

La hipoteca recargable

¿Una «novación modificativa» sin pérdida
de prioridad?

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

SANDRA CASTELLANOS CÁMARA

DIRIGIDA POR

GORKA GALICIA AIZPURUA

DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN, 2020

La presente tesis doctoral se ha realizado en el marco del Programa Predoctoral de Formación de Personal Investigador No Doctor del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura del Gobierno Vasco, del Proyecto del MCIU/AEI/FEDER DER2017-86292-P, cuya dirección corresponde al Dr. Gorka GALICIA AIZPURUA y del Grupo de Investigación Consolidado del Gobierno Vasco GIC IT1239-19 (Persona, Familia y Patrimonio), del que es investigador principal el Dr. Jacinto GIL RODRÍGUEZ.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	13
INTRODUCCIÓN	15

CAPÍTULO PRIMERO

HACIA UNA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

I. PLANTEAMIENTO	19
II. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS A LA VISTA DE SU CONFIGURACIÓN LEGAL.....	20
1. Los principios de publicidad y especialidad como base del sistema en la Ley Hipotecaria de 1861.....	20
2. El principio de accesoriadad y su relación con la «causa»	25
3. Desenvolvimiento de los principios hipotecarios a tenor del ulterior desarrollo legislativo hasta la vigente Ley Hipotecaria	33
3.1. Hipoteca ordinaria versus hipoteca de seguridad.....	34
3.2. Flexibilización de los principios hipotecarios en la hipoteca de máximo.....	37
3.2.1. Incidencia en el principio de accesoriadad.....	37
3.2.2. Incidencia en el principio de especialidad	55
III. EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS A TENOR DE LA DOCTRINA REGISTRAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL ANTES DE LA LEY 41/2007	59
1. Las tempranas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado	60
2. Visos de flexibilización.....	62
3. Consolidación de un criterio restrictivo	65
3.1. Rechazo a la hipoteca que “flota” sobre una pluralidad de obligaciones inconexas o totalmente futuras	67
3.1.1. Límites a las hipotecas de los artículos 153 y 142 de la Ley Hipotecaria...	67
3.1.2. Especial referencia a la figura del “crédito abierto”	77
3.2. La hipoteca recargable: una «ingeniosa construcción»	80
IV. RECAPITULACIÓN	83

CAPÍTULO SEGUNDO

LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, Y LAS NUEVAS FIGURAS HIPOTECARIAS

I. PLANTEAMIENTO	87
II. LA HIPOTECA RECARGABLE: DELIMITACIÓN.....	88
1. La regulación fragmentaria de la hipoteca recargable: referentes normativos	88
2. La disparidad de interpretaciones en torno al artículo 4 de la Ley 2/1994	96
2.1. La ambivalente posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado	96
2.2. La concepción doctrinal de la figura	102
3. Los elementos constitutivos de la hipoteca recargable	113
3.1. El aspecto subjetivo	113
3.2. El aspecto objetivo.....	119
3.3. El elemento temporal.....	130
III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RECARGA. SU RELACIÓN CON LA HIPOTECA FLOTANTE	137
IV. ADMISIBILIDAD DE LAS NUEVAS MODALIDADES HIPOTECARIAS DESDE EL PRISMA DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS	146
1. La hipoteca flotante y la recargable: ¿gravámenes accesorios?.....	146
2. La flexibilización del principio de determinación registral	156
3. La virtualidad del principio de indivisibilidad.....	161
4. La refinanciación sin pérdida de prioridad: ¿es oponible a terceros?	163
4.1. El rango hipotecario: efectos y negociabilidad	163
4.2. La recarga en nuestro sistema de ordenación del rango	172
V. RECAPITULACIÓN.....	181

CAPÍTULO TERCERO

LA NOVACIÓN Y LA MODIFICACIÓN DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA

I. PLANTEAMIENTO	183
II. LA REGULACIÓN DE LA NOVACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL.....	184
1. Introducción	184
2. De la novación extintivo-constitutiva a la meramente modificativa: evolución de la institución en perspectiva histórica.....	187

3. Exégesis predominante en la doctrina y en la jurisprudencia: bases para el sustento de una novación modificativa y su diferencia con la extintiva.....	211
3.1. La inclusión, al lado de la figura tradicional de la novación extintiva, de la novación impropia o modificativa	211
3.2. El ámbito de la novación extintiva y el de la modificativa según la <i>communis opinio</i> : interpretación de los artículos 1203 y 1204 del Código civil.....	218
4. Replanteamiento de las bases: la (in)existencia de novación modificativa como categoría jurídica.....	225
4.1. El artículo 1203 del Código Civil: la “modificación” como mecanismo jurídico	225
4.1.1. La sustitución de la persona del deudor: ¿“transmisión” a título singular de la deuda?	230
4.1.2. La naturaleza jurídica de la subrogación	243
A. La subrogación entendida como comunicación al derecho de regreso del solvens del rango, privilegios y garantías del crédito originario	248
a) El supuesto de pago parcial y la preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código civil.....	248
b) La subrogación ex parte debitoris: el artículo 1211 del Código civil y la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.....	250
c) La ubicación sistemática de la subrogación como subespecie de la novación	255
d) La doctrina de LAURENT como fuente de inspiración del artículo 1212 del Código.....	260
B. Argumentos que se oponen a la intelección de la subrogación como comunicación de las garantías	262
C. A modo de conclusión	267
4.1.3. La variación del objeto o de las condiciones principales de la obligación	270
4.1.4. Conclusión en torno al artículo 1203 del Código civil	274
4.2. El artículo 1204 del Código Civil: novación versus acumulación	275
4.3. El artículo 1207 del Código Civil: subsistencia de las obligaciones accesorias	282
4.4. El artículo 1208 del Código Civil: el vicio de nulidad	292
 III. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO: LA RELACIÓN ENTRE LA NOVACIÓN Y LA MODIFICACIÓN CONVENCIONAL DE LAS OBLIGACIONES	295
 VI. RECAPITULACIÓN	298

CAPÍTULO CUARTO

LA NOVACIÓN *MODIFICATIVA* DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS EN LA LEY 2/1994,
SOBRE SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

I. PLANTEAMIENTO	301
II. INTRODUCCIÓN A LA LEY 2/1994, DE 30 DE MARZO	301
III. RÉGIMEN DE LA SUBROGACIÓN <i>EX PARTE DEBITORIS</i> EN LA LEY 2/1994: A VUELTAS CON LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INSTITUCIÓN	308
1. El objeto de la subrogación: ¿crédito o hipoteca?	308
2. La naturaleza legal o convencional de la subrogación hipotecaria	314
IV. LA «NOVACIÓN MODIFICATIVA» DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS: EL ARTÍCULO 4, APARTADOS 1 Y 2, DE LA LEY 2/1994	321
1. El interés y el plazo: primeras modificaciones bonificadas	324
1.1. La modificación de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente	324
1.1.1. De la «mejora» a la mera «modificación»	325
1.1.2. ¿Cabe, desde el punto de vista registral, imponer el pacto a los titulares de derechos inscritos con rango posterior?	329
1.1.3. ¿Existe, en el plano obligacional, alguna limitación a la «modificación» del pacto de intereses? Especial referencia al control de abusividad e integración de la cláusula nula en el ámbito de protección de los consumidores	340
1.2. La alteración del plazo	353
1.2.1. ¿Hay novación en la prórroga? El fundamento del artículo 1851 del Código civil	354
1.2.2. La ampliación o reducción de plazo y su efecto frente a terceros registrales	361
1.3. A modo de conclusión	366
2. La ampliación o reducción de capital	368
2.1. ¿Qué subyace tras una ampliación o reducción de capital?	368
2.2. La imputación de las prestaciones realizadas en pago de la «única» deuda resultante	377
2.3. A modo de conclusión	387
3. La variación en el método o sistema de amortización y en cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo	388
4. La prestación o modificación de garantías personales	390

V. INCIDENCIA DE LAS «MODIFICACIONES» ENUMERADAS EN EL RANGO DE LA HIPOTECA INSCRITA: EL EXACTO SENTIDO DEL ARTÍCULO 4.3 DE LA LEY.....	396
1. La alteración o pérdida del rango «de la hipoteca inscrita» y los supuestos que dan lugar a la misma: una primera aproximación.....	396
1.1. ¿Pierde rango toda la hipoteca inscrita o solo en la medida del incremento o ampliación?.....	396
1.2. ¿Cuándo, en qué supuesto o supuestos, «las modificaciones previstas en los apartados anteriores» conllevan «una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita»?.....	398
1.3. A modo de conclusión	401
2. La admisión de la hipoteca recargable: una lectura interesada	401
2.1. La interpretación literal de la norma	403
2.1.1. Una primera contradicción	403
2.1.2. En busca de una lectura “finalista”	405
2.2. La interpretación lógica de la norma: el contenido de la hipoteca postergada cuando solo se amplía el plazo del préstamo.....	409
2.3. La (olvidada) interpretación sistemática de la norma	411
2.3.1. La prohibición contenida en el artículo 4.3 in fine.....	412
2.3.2. La reforma del artículo 2 de la Ley de subrogación: la obligación de la entidad acreedora de subrogarse en todos los préstamos hipotecarios titularidad de la subrogada.....	413
2.3.3. Los efectos de la «novación» según el Código de Buenas Prácticas	415
2.4. A modo de conclusión	420
3. La viabilidad de la hipoteca recargable en perspectiva sistemática: el análisis que la Dirección General pasa por alto	421
VI. RECAPITULACIÓN	435
CONCLUSIONES.....	439
BIBLIOGRAFÍA.....	449
LISTADO DE RESOLUCIONES	467

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
AC	Actualidad Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho
APDC	Asociación de Profesores de Derecho Civil
ARC	Aranzadi Civil
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCom.	Código de Comercio
C. Civ.	<i>Code civil</i>
C. Consom.	<i>Code de la consommation</i>
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CESCO	Centro de Estudios de Consumo
Cfr.	<i>Confer</i> (véase, compruébese)
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
EM	Exposición de Motivos
LC	Ley Concursal
LCCI	Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario
LEC	Ley de Enjuiciamiento civil
LH	Ley Hipotecaria
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal
RBD	Revista Boliviana de Derecho
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RDC	Revista de Derecho Civil
RDN	Revista de Derecho Notarial
RDP	Revista de Derecho Privado
RDPatr.	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RH	Reglamento Hipotecario
RITPAJD	Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
RJ	Repertorio de Jurisprudencia

RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SJPI	Sentencia de Juzgado de Primera Instancia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
TRLITPAJD	Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

Si alguna institución jurídica se puede catalogar de «tradicional», esa es justamente la hipoteca. Tal vez ello tenga que ver con el hecho de que nuestra vigente Ley Hipotecaria date del lejano año 1946, o tal vez con que hayan transcurrido casi ciento sesenta años desde que viera la luz la Ley Hipotecaria de 1861, fundadora del actual sistema inmobiliario. Sea como fuere, esta vinculación al pasado no le ha impedido mantener hoy el papel protagonista que indudablemente merece, en tanto que derecho real de garantía por excelencia y, por ende, principal motor para la obtención de crédito en los ámbitos empresarial y familiar.

Ha sido fundamentalmente en este último terreno en el que hemos sido testigos durante los últimos años de una profunda crítica hacia el proceder de las entidades financieras en la concesión de préstamos hipotecarios. A los pronunciamientos del Tribunal Supremo enjuiciando la abusividad o falta de transparencia de un sinnúmero de cláusulas incorporadas de manera más o menos subrepticia en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria celebrados con consumidores y usuarios, se suman las muy numerosas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a quien no se ha dudado en abrumar con todo tipo de cuestiones prejudiciales en una época de profunda incertidumbre. Tan sentida ha sido la necesidad de reformular el sistema que solo mediante la promulgación de una ley se ha visto la forma de restablecer una cierta seguridad jurídica: nos referimos, claro está, a la recientísima Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. De modo que la hipoteca es, sí, tradicional, pero está también de rabiosa actualidad.

Con semejante «revolución», no resulta extraño que haya pasado más o menos inadvertido lo que la Dirección General de los Registros y del Notariado, primero en el año 2015 y por segunda ocasión en 2017, nos ha venido a decir, a saber, que las entidades financieras pueden conceder nuevo crédito a los deudores hipotecarios (quizás apurados por las consecuencias de la crisis económica) sin necesidad de exigirles la constitución de una nueva hipoteca en garantía, pues pueden valerse perfectamente de la ya constituida para salvaguarda del préstamo que ahora “se amplía”, siempre que la deuda haya sido parcialmente amortizada. Todo sea por restar rigidez a un mercado

hipotecario que se quiere flexible y dinámico, e impulsar el tan necesario crédito territorial “en beneficio del deudor”.

Aludimos, obviamente, a una figura cuya incorporación a nuestro ordenamiento jurídico fue con razón discutida tras la aprobación de la (en lo que a este particular se refiere) desconcertante Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y que la Dirección General, ocho años después, ha venido sin embargo finalmente a refrendar: la hipoteca recargable. Esta institución constituye nuestro objeto de estudio y lo es, de un lado, por su actualidad, una vez despejadas (parcialmente) por la Dirección General las dudas acerca de su implementación en nuestro sistema, lo que puede propiciar un aumento exponencial de su uso práctico en tanto que instrumento dirigido a facilitar la refinanciación y la reestructuración de deudas; y, de otro, por la apremiante necesidad de ofrecer un tratamiento monográfico de la cuestión, máxime si se tiene en cuenta lo alejada que se halla esta «nueva» modalidad respecto de la tradicional hipoteca y los riesgos que una reforma de tal calado puede entrañar para nuestro Derecho de garantías. Un análisis aún más necesario atendido el oscurantismo de la norma vigente, del que bien puede resultar su definitiva incorporación a nuestro Derecho positivo, tal y como sugiere, por ejemplo, el borrador de reforma de Código civil recientemente propuesto por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, que incorpora un artículo 3123-15, titulado «*modificación objetiva de la obligación garantizada*», que prescribe: “*La modificación objetiva de la obligación garantizada no provoca la pérdida de rango de la hipoteca inscrita si con la modificación no se altera la cuantía de la responsabilidad hipotecaria*”¹.

La investigación se encauza por dos vías distintas, pero complementarias. En primer lugar, y desde el punto de vista del derecho real de hipoteca, se analiza la posible compatibilidad de la figura con los principios que informan el ordenamiento inmobiliario registral, en general, y con los dictados de la Ley y el Reglamento hipotecarios, en particular. Para ello es preciso transitar por la evolución de aquellos principios desde su consagración en la Ley Hipotecaria de 1861 hasta la última norma de calado en la materia, esto es, la Ley 41/2007, cuyo texto es determinante para una correcta delimitación tanto de la hipoteca recargable como de otra figura con la que está estrechamente vinculada: la hipoteca flotante. Este análisis va acompañado, como no

¹ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 510.

podía ser de otro modo, de una detallada relación de los pronunciamientos que al respecto de las mismas se han sucedido en el seno de la Dirección General.

Pero, en segundo lugar, es menester, desde la perspectiva del contrato de préstamo hipotecario y puesto que la hipoteca recargable se presenta como una «novación modificativa» de este (consistente en una ampliación del capital prestado), efectuar un exhaustivo examen de la novación. El estudio de esta institución parte de su evolución histórica, continúa por el régimen vigente en el Código civil (arts. 1203 a 1213) y culmina con el estudio de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. En consecuencia, su análisis no podía abordarse si no era junto al de otras instituciones conexas, como son la «asunción de deuda», el pago con subrogación o la libre modificación de las obligaciones en el marco de la libertad de pacto.

CAPÍTULO PRIMERO

HACIA UNA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

I. Planteamiento

La «hipoteca recargable», entendida como la posibilidad de ampliar el capital de un préstamo hipotecario preexistente hasta el límite de las cantidades previamente amortizadas, sin que ello implique alteración ni pérdida del rango de la hipoteca inscrita, ha suscitado en la doctrina científica desde la aprobación de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, un intenso debate sobre su admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, no solo por el sentido que deba darse a los confusos términos de la ley sino, más concretamente, por la posible compatibilidad de esta figura con los principios hipotecarios que sirven de sustento al sistema.

La discusión parte por ello, inevitablemente, de la significación y alcance que a estos últimos se otorgue, lo que nos conduce a valorar, con carácter previo, si se está asistiendo a una quiebra en su tradicional interpretación que nos permita entender el derecho real de hipoteca conforme a una estructura hasta ahora desconocida en nuestro ordenamiento inmobiliario registral o si, por el contrario, debe sostenerse, como ya lo hiciera GARCÍA URBANO², que mientras la hipoteca antes aseguraba, hoy es ella la que está necesitada de aseguramiento.

Esta crisis de identidad que rodea a la «reina de las garantías»³ ha de abordarse, en definitiva, desde el estudio de aquellos principios que informan sus caracteres esenciales, no solo en su configuración inicial sino, asimismo, a la vista de su desenvolvimiento en nuestra historia reciente, atendiendo a las sucesivas reformas que desde la Ley Hipotecaria de 1861 se han sucedido hasta la fecha y, principalmente, a la

² GARCÍA URBANO, J. M., “Crisis estructural del derecho real de hipoteca”, en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, coord. por J. L. Gimeno y Gómez-Lafuente, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 789.

³ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, v. III, t. 2, Tecnos, Madrid, 9.ª ed., 2016, p. 149, califican de esta forma la hipoteca por la eficaz y vigorosa protección que otorga al acreedor, atendida la naturaleza de los bienes dados en garantía y los procedimientos para su realización, que proporcionan amplia seguridad respecto de la recuperación total y puntual de la inversión.

doctrina que, como *complemento necesario del precepto escrito por el legislador*⁴, emana de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ese es el objetivo del presente capítulo.

II. Los principios hipotecarios a la vista de su configuración legal

1. Los principios de publicidad y especialidad como base del sistema en la Ley Hipotecaria de 1861

No resultaría acertado introducirse en el análisis de los denominados «principios hipotecarios», entendidos como aquellas reglas más generales de la legislación hipotecaria que perfilan las líneas esenciales de nuestro ordenamiento inmobiliario registral⁵, sin emprender el trayecto desde lo que necesariamente constituye su punto de partida: la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861. Esta norma, con el fomento del crédito territorial como fin y la publicidad como medio, materializó la entonces apremiante transformación de la legislación precedente y lo hizo por medio de la consagración de los principios básicos que, aún a día de hoy, son consustanciales al derecho real de hipoteca. Es por ello que, acogiendo las palabras de GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, comoquiera que con la publicación de dicha ley vieron la luz los conceptos hoy todavía vigentes y que las posteriores Leyes Hipotecarias solo han venido a recoger la herencia que aquella les legó, no procede a partir de ese momento realizar análisis histórico alguno sobre el particular: “no cabe ya hacer historia, sino solamente un análisis de la adaptación o no a los problemas de la vida actual”⁶.

Pero debe recurrirse precisamente a la historia para comprender las razones que descansaron tras la opción legislativa de los redactores de nuestra primitiva Ley

⁴ De esta forma lo expresó la EM de la primera Ley Hipotecaria, que reputó necesaria la creación de este órgano administrativo a los efectos de sentar un sistema de dirección, inspección y vigilancia que, a la par que garantizase el cumplimiento íntegro de la ley, diese impulso y uniformidad a su ejecución, impidiese el nacimiento de abusos o malas prácticas y sancionase en su origen las que comenzasen a aparecer.

⁵ LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil*, t. III bis, Dykinson, Madrid, 2.ª ed. (revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría y J. Rams Albesa), 2003, pp. 38 y ss.

⁶ GÓNZALEZ LAGUNA, M. y MANZANO SOLANO, A., “Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos”, *RCDI*, 61, 1985, p. 118. Esta realidad quedó reflejada en el Preámbulo de la Ley de 30 de diciembre de 1944, antesala de la vigente Ley Hipotecaria, que, lejos de estimar indispensable realizar una honda innovación de nuestros cardinales principios hipotecarios, reputó necesario un desarrollo de los mismos que permitiera aplicarlos en toda su extensión.

Hipotecaria, profundamente convencidos de que la solución técnica pasaba por modificar de forma drástica nuestro antiguo sistema hipotecario, que tachaban de defectuoso y viciado por cuanto que “ni garantizaba suficientemente la propiedad, ni ejercía saludable influencia en la prosperidad pública, ni asentaba sobre sólidas bases el crédito territorial, ni daba actividad a la circulación de la riqueza, ni moderaba el interés del dinero, ni facilitaba su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni aseguraba debidamente a los que sobre esta garantía prestaban sus capitales”⁷.

No obstante, una vez realizado el correcto diagnóstico de las consecuencias que derivaban de la configuración de las antiguas leyes hipotecarias, cuyo principal efecto se traducía en la inmovilización del crédito territorial, fue necesario, en aras a sentar las «bases capitales» de la nueva ley, descender hasta su origen y razón de ser: la clandestinidad del sistema. No existía mayor lacra que aquella y, por ello, el principio de publicidad debía consagrarse ahora como eje vertebrador de la nueva legislación, en íntima conexión con el principio de especialidad. En efecto, tras un largo periodo de debate sobre la reforma hipotecaria que indefectiblemente debía acometerse, cuyo primer antecedente se sitúa en el Proyecto de Código Civil de 1836⁸, a esas alturas no existía para la Comisión de Codificación más que un sistema aceptable: uno que tuviese por base la publicidad y especialidad de las hipotecas.

En definitiva, se abogaba por la desaparición definitiva de las hipotecas ocultas, generales e indeterminadas y ello solo podía llevarse a efecto mediante la construcción de un sistema cuyas bases fueran de signo opuesto, a saber, publicidad frente a clandestinidad, especialidad frente a generalidad y distribución frente a solidaridad⁹.

La publicidad debía extenderse, por tanto, al dominio y a los derechos reales que sobre el mismo se constituían. Solo de esa forma, mediante la creación de un buen registro de propiedad que permitiese inscribir el dominio de ese propietario que luego iba a

⁷ Así lo recoge la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, transcribiendo lo que al respecto había apuntado ya, con buena intuición, el Preámbulo del Real Decreto de 8 de agosto de 1855.

⁸ Para un recorrido por los antecedentes remotos, mediatos e inmediatos, así como por los trabajos preparatorios de la Ley Hipotecaria, *vid.* MONTERDE GARCÍA, J. C., *Génesis de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861*, Fundación Registral, Madrid, 2008, pp. 36 y ss. Según sostiene este autor, la Ley Hipotecaria de 1861 se basó finalmente, en lo relativo a sus principios inspiradores, en un sistema ecléctico, al tomar tanto elementos que podrían calificarse de originales patrios, como aspectos de los modelos registrales germánico o romano (pp. 127 y ss.).

⁹ GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, “Algunos problemas actuales...”, *cit.*, p. III.

hipotecar, podía alcanzarse el objetivo último perseguido: implantar un registro de hipotecas eficaz que, dando la debida certidumbre a los acreedores, facilitara la obtención de crédito por parte de los propietarios de inmuebles y, en definitiva, movilizara el crédito territorial¹⁰. El sistema de publicidad registral se concebía, por tanto, como única forma de dar seguridad a la hipoteca.

Y de tal principio cardinal derivaban en mayor o menor medida todos aquellos otros que, subsumidos dentro de la categoría de hipotecarios, mantenían estrecha relación con la constitución registral de la hipoteca¹¹. Eran consecuencia y complemento del mismo. Así ocurría con el principio de especialidad o determinación, que exigía la exacta concreción en el Registro de la Propiedad de la finca gravada y de la cantidad a la que se extendía la garantía hipotecaria, delimitación sin la que difícilmente podía concebirse la hipoteca como pública.

Añadía la Exposición de Motivos de la Ley de 1861 que, aun sin haber considerado, como decididamente lo hizo, a la especialidad como complemento de la publicidad, no hubiera dejado de suprimir las hipotecas generales, porque su misma extensión las hacía ilusorias: “por lo mismo que comprenden todos los bienes presentes y futuros del deudor, este tiene que quedar en libertad de enajenarlos, y si lo hace con todos, desaparece la garantía, sin que haya derecho a reclamar contra el comprador, viniendo así a hacer nulo en realidad el derecho *en la cosa*, porque hipoteca que no sigue a la finca, cualquiera que sea su poseedor, no merece llamarse hipoteca”.

De esta forma, frente a las hipotecas generales e indeterminadas que regían en nuestro Derecho histórico y que posibilitaban que la garantía recayese sobre todos los bienes del deudor sin limitación de ningún tipo y por el importe total de lo debido, a partir de la Ley Hipotecaria de 1861 se estableció como requisito *sine qua non* para la inscripción de la hipoteca la necesaria individualización de la finca que había de servir de garantía, así como la precisa identificación del *quantum* de que la misma respondía. Y tal exigencia operaba tanto si la garantía se limitaba a una sola finca registral como si se hipotecaban varios inmuebles en garantía de un solo crédito, mediante la consiguiente distribución

¹⁰ TENA ARREGUI, R., “Hacia un nuevo Derecho hipotecario”, en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, coord. por V. Pérez de Madrid Carreras, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, p. 9.

¹¹ Obsérvese que, mientras algunos son predicables exclusivamente de la hipoteca (indivisibilidad), otros son extensibles a todo el ámbito de los derechos reales (especialidad) o constituyen, como tal, principios generales del sistema (publicidad): GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, “Algunos problemas actuales...”, cit., p. 117.

de la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes fincas. La distribución se entendió, por tanto, como manifestación del principio de determinación.

Los expositores de la Ley explicaron con claridad meridiana cuál era la razón que subyacía tras estas exigencias, que seguían teniendo en el punto de mira, como no podía ser de otra manera, el tan reiterado motor de la reforma: el crédito hipotecario. Se perseguía, en última instancia, evitar que el deudor viera minorado su crédito territorial más de lo que en realidad había desmerecido su riqueza y la garantía que aún ofrecían los bienes inmuebles que poseía, rebajadas las obligaciones y cargas a que se hallaban afectos. En consecuencia, mediante la determinación de la cantidad o parte de gravamen de que cada finca respondía, la carga real se extendía únicamente a una cifra que podía ser muy inferior al verdadero valor del inmueble, quedando, por ende, a disposición del propietario una parcela que podía libremente destinar a la obtención de un ulterior crédito inmobiliario.

A este respecto, conviene recordar que la Ley de 1861 declaró la ineficacia del que denominaba *pacto prohibitorio de ulteriores hipotecas*, es decir, de aquel acuerdo en virtud del cual el acreedor imponía al propietario la prohibición de constituir posteriores hipotecas sobre la finca, por entender que se trataba de “una condición onerosa, que no debía tener fuerza civil obligatoria por carecer de objeto, por disminuir innecesariamente sin justicia y sin explicación posible el crédito territorial y por parecer, más que como garantía, una exigencia exorbitante”. Además, se trataba de un requerimiento que en principio en nada aprovechaba al primer acreedor, quien ostentaría siempre preferencia frente a los acreedores posteriores por aplicación del principio de prioridad y no habría de verse afectado entonces por una segunda hipoteca.

Publicidad y especialidad conforman, por tanto, los cimientos de nuestro actual sistema hipotecario. Del primero de ellos emanan además, como ya se ha dicho, otros tantos principios de indudable transcendencia para el ordenamiento inmobiliario registral, tales como el principio de legalidad, en cuanto a la necesaria calificación de los títulos presentados a inscripción, el principio de fe pública registral, como protección del tercero que confía en los pronunciamientos del Registro aun en los supuestos en los que sea inexacto, el principio de inoponibilidad, que otorga preferencia a lo inscrito frente a lo oculto o clandestino, y el que al mismo se halla estrechamente vinculado, de prioridad registral, traducido en la máxima de *prior in tempore potior in iure*, como regla general de

aplicación en los supuestos de concurrencia de derechos compatibles entre sí sobre un mismo bien inmueble.

Este último, que ordena la preferencia del acreedor más antiguo (el que primero haya inscrito su derecho) sobre el más moderno, fue considerado en 1861 como una consecuencia lógica y natural del sistema de publicidad, en la medida en que, debidamente inscrita en el Registro la hipoteca primeramente constituida, el acreedor – al menos, aquel que hubiera adoptado las oportunas cautelas– tenía en el momento de celebrar el contrato pleno conocimiento de la extensión del derecho previamente adquirido por otro y de las consecuencias que ello podía reportar en caso de incumplimiento, en particular la consiguiente pérdida de la garantía.

En nuestro ordenamiento jurídico rige así, como sistema de determinación del rango, el romano o latino de avance de puestos, frente al germánico de puestos fijos. En el primero de ellos, la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad determina el rango existente entre las diferentes hipotecas (sin perjuicio de lo que luego se dirá en torno a su posible negociabilidad) y si bien la primera comprime la potencial expansión de las ulteriores, su desaparición aprovecha a los acreedores hipotecarios posteriores por cuanto se produce *ex lege* una mejora automática del rango de su hipoteca. Por el contrario, el sistema germánico se caracteriza por la ausencia de tal mejora en el derecho de los acreedores de ulterior rango, habida cuenta de que, acaecidas cualesquiera circunstancias que en nuestro sistema darían lugar a la desaparición del derecho real de garantía, queda sin embargo a disposición del propietario el puesto vacante, que podrá destinar a garantizar las nuevas obligaciones que contraiga. De esta guisa, acontece que los acreedores posteriores no pueden avanzar y mejorar su rango por mor de la desaparición de la hipoteca que les precede –que, *de facto*, no desaparece–. Por ello, en este segundo sistema el rango no es, en la mayoría de los casos, consecuencia de una regla de prioridad sino de la mera voluntad de las partes¹².

Huelga decir que el sistema de determinación del rango guarda estrecha relación con la configuración de la hipoteca en cada ordenamiento jurídico. Es decir, mientras el sistema de avance de puestos es consecuencia de la caracterización de la hipoteca como

¹² QUESADA GONZÁLEZ, M. C., “El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos”, *RCDI*, 641, 1997, pp. 1315-1344.

indivisible y accesoria del crédito al que garantiza, el sistema de puestos fijos únicamente puede encontrar encaje en aquellos ordenamientos (v. gr., alemán y suizo) en los que la hipoteca no se configura necesariamente vinculada a la existencia de un crédito al que sirva de garantía. Al contrario, en aquellos sistemas se atribuye a los derechos reales de garantía una función alternativa a la de asegurar la efectividad de un crédito, a saber, la de movilizar el valor del suelo, de suerte que el derecho real en sí mismo considerado es objeto de tráfico jurídico¹³. Ahora, ¿qué significa que la hipoteca sea accesoria?

2. El principio de accesoria y su relación con la «causa»

Es claro que la hipoteca se constituye en nuestro Derecho para asegurar la efectividad de un crédito. Ahora bien, más allá de esa específica función, la relación entre ambos elementos ha sido tradicionalmente entendida en clave de accesoria, de tal forma que la existencia y alcance de la primera se halla subordinada a la de aquel, que por ello es calificado de elemento principal, frente al accesorio que conforma la hipoteca.

Como pone de manifiesto ARROYO AMAYUELAS, en nuestro ordenamiento jurídico puede diferenciarse entre una accesoria mínima (v. gr., las obligaciones de intereses, de restitución de frutos) y otra máxima (las obligaciones en función de garantía). La diferencia fundamental entre ambas consiste en que, si bien las primeras dependen de una obligación principal para su nacimiento (v. gr., la obligación de pago de intereses deriva de una obligación de capital) y en su configuración toman prestados elementos de la misma (v. gr., el tiempo y la cuantía del capital prestado, que determina el tanto por ciento de interés a pagar), una vez nacidas, son independientes. No así las segundas, que son subsidiarias de la obligación principal porque comparten con ella todos sus avatares¹⁴.

Del mismo modo que los principios relativos a la constitución registral de la hipoteca, a los que anteriormente se ha aludido, su carácter accesorio recibió asimismo sanción legal con ocasión de la aprobación de la Ley Hipotecaria de 1861. Esta, siguiendo nuestra tradición jurídico-legislativa¹⁵, configuró la hipoteca como “la garantía de la obligación y, por lo tanto, un contrato accesorio y subsidiario de otro principal” (EM),

¹³ QUESADA GONZÁLEZ, “El rango...”, cit., p. 1319.

¹⁴ ARROYO AMAYUELAS, E., “Efectos de la prescripción extintiva”, en *La prescripción extintiva: XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 288.

¹⁵ Vid. a este respecto, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoria*, Fundación Registral, Madrid, 2008, pp. 99-119.

recogiéndolo así expresamente en su artículo 105, cuyo tenor literal era el siguiente: “[l]as hipotecas sujetan directa e inmediatamente los bienes sobre que se imponen, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituyen, cualquiera que sea su poseedor”. El mismo principio fue traído sin solución de continuidad a nuestro Derecho vigente, cuya consagración podemos encontrar, entre otros preceptos, en los artículos 1528 (“[l]a venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la hipoteca”), 1857.1.º (“[s]on requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal”) y 1876 CC, que transcribe el anteriormente aprobado 104 de la vigente LH y este, a su vez, el ya reproducido 105 de la Ley de 1861: “[l]a hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”.

En sede doctrinal y a la vista de tales referentes normativos, tradicionalmente se ha coincidido en apuntar que la hipoteca no es un derecho independiente (con existencia propia) sino, antes bien, accesorio del crédito garantizado, por y para el cual nace, vive y muere. Es, en palabras de ROCA SASTRE, un derecho conectado al crédito y que sigue su suerte. Por ello no cabe que la titularidad de la hipoteca pueda corresponder a persona distinta de la del crédito garantizado o que pueda transmitirse independientemente de este, así como tampoco es concebible (a diferencia de lo que ocurre en el sistema alemán, como luego se verá) que la hipoteca subsista si se decreta la nulidad del crédito o una vez se haya producido su extinción por pago¹⁶.

Esta subordinación se manifiesta, en definitiva, a lo largo de toda la vida de la hipoteca: en su constitución (art. 105 LH), transmisión (arts. 149 LH y 1528 CC), ejecución (arts. 549, 575 y 685.2 LEC) y extinción (art. 79 LH). Ahora bien, no es menos cierto que en determinados contextos la hipoteca no sigue hasta sus últimas consecuencias los avatares del crédito garantizado. Y precisamente con sujeción a tales escenarios, en los que la garantía parece disponer de una cierta autonomía respecto de la obligación principal, cierto sector doctrinal trata de sustentar una reinterpretación del tradicional

¹⁶ Son todos estos supuestos manifestaciones del principio de accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito garantizado: *vid.* por todos, ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, t. VIII, Bosch, Barcelona, 9.ª ed., 2009, pp. 97-98, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 4.ª ed., 2001, p. 115.

principio de accesoriedad. Su análisis será abordado seguidamente, mas antes debemos acercarnos a un concepto, el de la «causa», estrechamente relacionado con esta materia y cuyos contornos aparecen a menudo entrelazados con el carácter accesorio de la hipoteca. Esta confusión viene motivada por la que de aquel concepto hallamos a su vez en la doctrina civil, la cual, a salvo honrosas excepciones, ha convertido a la causa en un comodín dispuesto a servir para todo y para nada. Sea como fuere, solo vamos a señalar aquí, en lo que a nuestro objeto de estudio interesa, dos nociones de causa que nos permitirán ora diferenciarla de la accesoriedad ora delimitar el alcance real que en materia hipotecaria cabe otorgar a tan «incomprensible y misterioso concepto»¹⁷.

La primera, cuya acepción resulta pacífica en la comunidad científica, concierne a la forma en la que se desenvuelven los desplazamientos patrimoniales y permite establecer una nítida distinción entre los sistemas abstractos, cuyo exponente encontramos en el Derecho alemán, y los causalistas, a cuya categoría pertenece el nuestro. En este contexto, el término causa es empleado como “fuente” de la que emana el derecho del acreedor, es decir, como fundamento que justifica la atribución patrimonial, que puede descansar bien en una norma o bien en un negocio jurídico regular.

Partiendo de tal definición, la distinción entre ambos sistemas (abstracto y causalista) responde a la posibilidad o imposibilidad de desligar la atribución de su fuente (o causa). El primero de ellos permite tal escisión, posibilitando que la atribución subsista aun cuando la fuente sea inexistente, irregular o inválida: el simple acuerdo transmisivo es suficiente para producir el traspaso de la propiedad o la adquisición del crédito. El segundo, en cambio, no admite dicha división. La consecuencia es clara: mientras en el sistema abstracto la falta o el vicio de la fuente únicamente dará lugar al nacimiento de una acción personal frente al sujeto a favor del cual se hizo la atribución, subsistiendo el efecto real acaecido, en un sistema causalista la misma circunstancia conllevará el decaimiento de todos los efectos que deriven del acto en cuestión, a salvo, claro está, la protección de los terceros de buena fe¹⁸.

¹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 164.

¹⁸ Así lo expone GALICIA AIZPURUA, G., *Causa y garantía fiduciaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 137-142, entendiendo aquí la causa en sentido amplio (art. 1277 CC). Vid., asimismo, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., *La “hipoteca global”: valoración y crítica*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004, pp. 30-40, y DÍEZ-PICAZO, L., “El negocio cancelatorio y la causa

En consecuencia, en el sistema alemán el mero acuerdo de las partes se estima suficiente para obtener el resultado jurídico-real perseguido: constituir la hipoteca. Una vez alcanzado este, se separa o desconecta de la causa en la que se funda. No así en nuestro ordenamiento, en el que se mantiene la conexión entre la hipoteca constituida y la causa (entendida como fuente) que sirve de base a dicha atribución patrimonial.

Sentada en estos términos la distinción, se nos plantea un interrogante: ¿puede en un sistema causalista existir una garantía inmobiliaria no accesoria? La respuesta ha de ser, a nuestro juicio, positiva, en la medida en que ambos conceptos se mueven en planos independientes: la causalidad concierne a la constitución misma del derecho real y a su interdependencia con la fuente (norma o negocio jurídico) del que deriva, pero no exige que tal derecho siga necesariamente las vicisitudes del crédito garantizado; es esta una exigencia que deriva exclusivamente del principio de accesoriedad¹⁹. En definitiva,

de la cancelación”, *RCDI*, 462, 1967, p. 1282, quien sostiene que “para que pueda hablarse en rigor de un negocio abstracto es menester que el negocio jurídico haya quedado íntegramente desligado de su causa. Los negocios llamados causales tienen un nexo o cordón umbilical que los liga inexorablemente con su causa, de tal manera que un defecto o una irregularidad de la causa produce la invalidez o la ineficacia del negocio. Si la causa no existió (v. gr.: se realiza una promesa para pagar una deuda y no se debía nada) o si la causa es ilícita (v. gr.: contraria a la moral o a la ley), el negocio es nulo y el declarante dispone de una excepción para impedir su exigibilidad o de una acción para reclamar la restitución de lo que hubiese perdido. En el negocio abstracto este cordón umbilical que liga el negocio con su causa está roto. De esta manera, el negocio vive y surte sus efectos con independencia de la existencia o de la irregularidad de su causa. Los defectos o las vicisitudes de la causa no afectan al negocio. Si la causa no existe o es ilícita, el obligado debe cumplir y realizar la prestación, y la otra parte está legitimada para recibir la atribución, sin perjuicio de la posible existencia de una acción de enriquecimiento injusto”.

Por su parte, GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., “Sistemas hipotecarios”, en *Estudios de Derecho hipotecario y civil*, t. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 155-156, sostiene respecto al Derecho inmobiliario alemán que en él se produce un verdadero cambio real con la inscripción que se apoye en un acuerdo válido (*einigung*) de transferente y adquirente sobre la modificación real, aunque sea nulo el antecedente causal, en cuyo caso restará al perjudicado recurrir por enriquecimiento sin causa o ejercitar una *condictio* de carácter personal contra el favorecido.

¹⁹ Así lo sostiene, durante el análisis sobre la viabilidad de regular una hipoteca no accesoria común para todos los Estados miembro de la Unión Europea (la denominada Eurohipoteca), DREWICZ-TUŁODZIECKA, A., *Basic Guidelines for a Eurohypothec. Outcome of the Eurohypothec workshop November 2004 / April 2005*, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, p. 44, que literalmente sostiene: “the question of causality/abstraction is ultimately a technical legal detail that does not prevent the introduction of a non-accessory security right in each of the individual EU States. Even a country that abides by the causality principle can accept non-accessory security rights; without «causa» there is just no security right. (...). «Accessoriness» is a completely different topic. Accessoriness is the term to define the degree or extend of linkage between the different elements of the mortgage arrangements, that is to say the creation of the loan and the creation of the security”. Es decir, la cuestión de la causalidad/abstracción es, básicamente, un detalle legal técnico que no impide la introducción de un derecho real no accesorio en cada uno de los Estados miembro de la UE. Incluso un país que se sujeta al principio de causalidad puede aceptar derechos reales no accesorios; sin «causa» simplemente no hay derecho real. (...). La «accesoriedad» es una

desde esta perspectiva, la causalidad o abstracción atañen al modo en el que se desenvuelven los desplazamientos patrimoniales. La accesoriadad o su ausencia se predicán, en cambio, de la relación entre el derecho de hipoteca ya constituido y la obligación o crédito asegurado²⁰. Con lo que bien podría ocurrir que en un sistema causalista, supuesta la validez de la fuente (negocio o ley) que produce el desplazamiento patrimonial, la hipoteca no fuese accesoria, permitiéndose por ejemplo su transmisión independiente; transmisión que, por lo demás, sería válida en tanto en cuanto lo fuese la fuente (negocio o ley) que la origina. De la misma forma que en un sistema abstracto como lo es el alemán, se encuentran también derechos reales de garantía inmobiliaria accesorios de la obligación que garantizan, en el sentido de vinculados en una relación de subordinación, junto a otros que ciertamente pueden existir por sí mismos (la deuda inmobiliaria o *die Grundschild*), incluso a disposición del propietario para una posterior reutilización²¹. Situación esta última que sería impensable en nuestro ordenamiento jurídico, en el que no tendría sentido sostener la subsistencia de la hipoteca si la misma está falta de causa: no podría pertenecer al tercero a favor del cual se ha constituido si la causa ha devenido ineficaz o nula (por razón de nuestro sistema causal), ni tampoco al propietario para su libre disposición, dado que no se permite la constitución de derechos reales en cosa propia. No podría por tales razones subsistir, aun a pesar de que no se atribuyese a la hipoteca un carácter accesorio.

En cualquier caso, como ya se adelantaba, el carácter causal de nuestro ordenamiento en general y de la hipoteca en particular, es una cuestión actualmente indiscutida. No puede predicarse lo mismo, por el contrario, de la segunda noción de causa a la que aludíamos más arriba. Esta, que participa de la confusión terminológica que propicia el

cuestión completamente distinta. La accesoriadad es el término que define el grado o extensión en la vinculación entre los diferentes elementos de la hipoteca, esto es, entre la creación del préstamo y la creación de la garantía.

²⁰ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., pp. 35-36.

²¹ Como pone de manifiesto CANALS BRAGE, F., “Comentario al artículo 144 de la Ley Hipotecaria”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. VII, v. 8, Edersa, Madrid, 2000, p. 139, con cita expresa de WOLFF, en realidad tampoco en Alemania la hipoteca como derecho de garantía deja de ser accesoria de un crédito: “si falta un crédito válido, porque no existiera *ab origine* o porque se extinguió después, no existe tampoco hipoteca alguna. Con ello no quiere decirse que en tal supuesto no haya desde el principio gravamen alguno sobre la finca, sino solamente que el gravamen que se tiene entonces no es una hipoteca y que no existe a favor de aquel para quien se ha inscrito, sino que es una deuda inmobiliaria, cuyo titular es el propio dueño de la finca”.

Código Civil, ha llevado a los autores desde antaño a dilucidar si la misma debe exigirse respecto del contrato o de la obligación contractual y cuál es el concreto sentido que deba darse al término²². La multiplicidad de definiciones que sobre la “causa” han sido formuladas ha tenido, además, un inevitable reflejo en el ámbito específico del carácter causal de la hipoteca.

Nos encontramos, por un lado, con un sector doctrinal que identifica causa del contrato de crédito hipotecario con la *función económico-social de garantía* que a su través persiguen las partes. En este sentido, AMORÓS GUARDIOLA sostiene que la antedicha función de garantía constituye la *causa específica o típica* de la hipoteca y, por ende, el parámetro que determina la validez del contrato que da origen a la hipoteca. A su juicio, la exclusión por las partes de dicha finalidad implica la falta de causa y, por tanto, la invalidez del negocio *ex* artículo 1275 CC. Esta concurrirá, entre otros, en los siguientes supuestos: “cuando las partes pacten el establecimiento de la hipoteca sin querer el nacimiento de la garantía (expresión de una causa falsa: simulación); o cuando, aun queriendo su nacimiento, este no sea posible por resultar inexistente o ineficaz el crédito garantizado (nulidad, anulabilidad o rescisión del contrato originador del crédito, por ejemplo, por falta de consentimiento, o violencia absoluta, o vicios del consentimiento alegados dentro del plazo de impugnación, o fraude de acreedores que provoca la rescisión, etc.)”²³.

Además de la causa típica o de garantía, este autor entiende que debe de igual forma examinarse la causa *genérica* del contrato (onerosa, gratuita o remuneratoria), así como la causa *concreta* o motivos incorporados a la misma en cuanto a la posible ilicitud de los móviles perseguidos por las partes.

Siguiendo sus pasos, ANGUITA RÍOS identifica causa con “la razón de ser o finalidad común perseguida por el acreedor y deudor hipotecario determinante de su declaración de voluntad favorable a la concertación de una garantía hipotecaria”, o sea, con la función de garantía de la hipoteca en tanto que razón o justificación objetiva del

²² Vid. a este respecto GALICIA AIZPURUA, *Causa...*, cit., pp. 17-58 y LACRUZ BERDEJO, J. L., “La causa en los contratos de garantía”, *RCDI*, 544, 1981, pp. 709 y ss.

²³ AMORÓS GUARDIOLA, M., *La causa del crédito hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990, p. 101.

negocio. Aprecia, por ello, ausencia de causa en aquellos pactos que exceden de su función típica de garantía, entre los que sitúa las cláusulas abusivas que frecuentemente se establecen en los contratos de préstamo hipotecario o los supuestos de superposición de garantías, esto es, aquellos en los que se pacta que la garantía recaiga, de forma simultánea o sucesiva, sobre dos bienes inmuebles que aseguran un mismo crédito en toda su extensión, sin distribución de responsabilidad. En otro orden de cosas, también estima que carece de causa aquella hipoteca con cuya constitución las partes persiguen obtener un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (v. gr. alterar el orden de prelación establecido por el legislador). Dicho de otro modo: cuando se quiere la hipoteca por el efecto que produce y no por su función²⁴.

En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia en el entendimiento de la noción de causa de la hipoteca. La STS 606/1997, de 3 julio (RJ 1997, 5477), tras declarar que el negocio de constitución de hipoteca requiere los elementos esenciales de todo negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa), sitúa esta última en la función económica y social, el fin objetivo e inmediato, que el Derecho reconoce como relevante, que en este concreto negocio se corresponde con la creación de un derecho real que cumpla una función de garantía de una obligación. En similares términos se pronuncia la STS de 28 noviembre 1997 (RJ 1997, 8430).

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, siguiendo lo que plantea ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, que esa causa no puede identificarse absolutamente con la función que el negocio desempeña puesto que, de ser así, y comoquiera que esa función económico-social es inherente a todo contrato de garantía, la atribución realizada por el garante no podría nunca dejar de tener carácter causal. A su juicio, la función forma parte de la causa pero esta es o puede ser algo más²⁵. Acontece, no obstante, que este autor recurre de nuevo para completar la noción de causa a los fines particulares que los sujetos en cuestión buscan alcanzar en cada caso concreto²⁶.

²⁴ ANGUITA RÍOS, R. M., *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 420.

²⁵ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., p. 36.

²⁶ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., p. 35. Sigue, por tanto, la noción que en su día apuntó DE CASTRO (*El negocio...*, cit., pp. 191 y ss.) en cuanto al “por qué y el para qué” de la celebración de un negocio que, en el caso específico de la hipoteca, viene determinado por el fin objetivo o función del negocio de que se trate –en el de hipoteca será una función de garantía– pero también, al menos en determinadas circunstancias, por los fines particulares que llevan a los sujetos a contratar.

En definitiva, la causa de la hipoteca se conceptúa por la doctrina general como un requisito del contrato al que se asigna un significado dual: primero, en una vertiente subjetiva, como resultado que las partes pretenden conseguir o porqué de la realización del contrato; y segundo, en un plano objetivo, como función o finalidad práctica del tipo contractual. Ahora bien, dicha construcción adolece de las deficiencias puestas de manifiesto por GALICIA AIZPURUA, en tanto que no consigue otorgar a la causa un significado propio con una específica consistencia jurídica²⁷.

En efecto, respecto del aspecto subjetivo, se está llamando causa a lo que en realidad conforma el contenido del consentimiento²⁸. Tan es así que en los contratos simulados lo que falta no es la causa sino la voluntad interna, el consentimiento: las partes no quieren lo que han celebrado²⁹. Por lo que respecta a la vertiente objetiva, coincidimos con este autor en las siguientes dos consideraciones que formula: primero, en que el tipo de contrato es, en todo caso, una consecuencia y no elemento estructural de este, indisponible por lo demás para las partes (*“los contratos son los que son y no lo que las partes dicen que son”*) y, segundo, en que la función económica del contrato, teniendo un objeto permitido, solo podría ser ilícita como consecuencia de la torcida intención de los contratantes, lo que nos reconduce nuevamente al ámbito subjetivo, esto es, al de los motivos personales de las partes. Añade, además, en relación a esta última cuestión, que el control de la autonomía privada encuentra ya como límite la previsión genérica contenida en el artículo 1255 CC, sin que esta noción de causa aporte ningún elemento adicional a la misma, a la par que, entendida de este modo la causa, no podría sostenerse su consideración como requisito exclusivo del contrato (tal y como lo consagra el artículo 1261.3º CC), sino que, antes bien, debería predicarse de todo negocio jurídico.

Una vez sentado lo anterior, debemos retornar a los supuestos que AMORÓS GUARDIOLA y ANGUITA RÍOS califican de ineficaces por falta de causa. Se observa, en este estadio, que algunos de ellos hacen alusión a supuestos de simulación, causa ilícita y, en

²⁷ GALICIA AIZPURUA, *Causa...*, cit., pp. 48 y ss., cuya crítica se sigue en adelante. *Vid.*, asimismo, LACRUZ BERDEJO, “La causa...”, cit., pp. 709 y ss.

²⁸ Como pone de manifiesto GALICIA AIZPURUA, *Causa...*, cit., p. 49, “la única vía empleada para deshacer la sinonimia consiste en incidir sobre la distinción entre, de un lado, la voluntad en sí y, de otro, el contenido de lo querido; sin embargo, de inmediato se acepta lo inapreciable de la diferenciación y se concluye que consentimiento y causa se hallan tan estrechamente ligados que no cabe consentimiento sobre la nada, esto es, consentimiento sin causa ni viceversa”.

²⁹ GALICIA AIZPURUA, *Causa...*, cit., p. 35.

definitiva, a vicios del consentimiento –que no de la causa, al menos, entendida como requisito autónomo e independiente al del consentimiento–, mientras que otros se mueven en el plano de la falta de transparencia o ausencia de equilibrio entre las prestaciones de las partes contratantes (cláusulas abusivas) o, incluso, entran dentro del campo específico del principio de especialidad (superposición de garantías). Sobre esto último tendremos ocasión de profundizar en el epígrafe segundo. Debe concluirse, sin embargo, que aquellos que se identifican como problemas causales tal vez no merezcan en realidad tal consideración, por cuanto el reproche o la reacción en tales supuestos provienen de otras instituciones ajenas a la causa.

Por último, si se pone en conexión esta última noción de causa (como función de garantía) con el principio de accesoriedad de la hipoteca, observamos cómo la línea divisoria entre uno y otro concepto tiende de nuevo a confundirse, hasta el punto de sostener que “la accesoriedad es consecuencia del carácter de derecho de garantía que asume la hipoteca”³⁰. Empero no debe identificarse la función de garantía que desempeña la hipoteca con el carácter accesorio de la misma: obsérvese que nada obsta a que, aun constituida la hipoteca con esa específica función, la relación entre crédito e hipoteca no se desenvuelva en términos de accesoriedad (un ejemplo de ello encontramos, como ya se ha dicho, en el Derecho alemán).

3. Desenvolvimiento de los principios hipotecarios a tenor del ulterior desarrollo legislativo hasta la vigente Ley Hipotecaria

De los sucesivos retoques a los que fue sometida la Ley Hipotecaria de 1861³¹, dos son las reformas que merecen especial atención a los fines que aquí se persiguen: la que tuvo lugar en el año 1869, operada mediante Ley de 21 de diciembre, y la reforma hipotecaria de 1909, que se materializó inicialmente mediante Ley de 21 de abril y, posteriormente, a

³⁰ DIÉGUEZ OLIVA, R., “Principios registrales de prioridad y especialidad. La llamada reserva de rango y sus relaciones con la hipoteca de propietario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005”, *RDPatr.*, 17, 2006, p. 319. En el mismo sentido, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Derecho o Carga Real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Cedecs, Barcelona, 1998, p. 339, apunta como fundamento de tal relación de accesoriedad, la propia función garantizadora que la hipoteca cumple para con dicho crédito.

³¹ Para un recorrido exhaustivo por las diferentes reformas que han tenido lugar hasta la fecha, *vid.* ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. I, pp. 211 y ss.

través de la promulgación de la nueva versión de la Ley Hipotecaria por Real Decreto de 16 de diciembre.

En efecto, con ellas se dio entrada en nuestro ordenamiento inmobiliario registral a determinadas modalidades hipotecarias –o particularidades en la configuración del derecho real de hipoteca– que, englobadas bajo la genérica denominación de hipotecas «de seguridad», fueron posteriormente consagradas en nuestro Derecho vigente y que vienen a constituir la antesala de las que adquirirán en el año 2007 refrendo legal, a saber, la hipoteca flotante y, puede que aparentemente, la recargable.

Tiempo atrás ya había venido a reconocer la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944 que, no habiendo alcanzado el crédito inmobiliario en aquel momento el desarrollo que perseguía la Ley Hipotecaria de 1861, se estimaba necesario aceptar las modalidades hipotecarias que las variables necesidades económicas exigían. Añadía, no obstante, que por consideraciones de tipo «social» no habían sido reconocidas determinadas formas de garantía hipotecaria que ofrecían ciertas legislaciones extranjeras, que “por la suma facilidad de su constitución y por estar desvinculadas de toda relación causal, pugnarían con básicos principios del ordenamiento civil patrio y con arraigados hábitos jurídicos, al par que, por su movilidad excesiva, podrían hallarse en oposición con la función social asignada a la propiedad”. Explicación esta a la que se acogerá con frecuencia la Dirección General en sus resoluciones venideras, como luego se verá. Por último, los expositores tildaban de prematura la aceptación de tales figuras en tanto en cuanto no prosperaran las formas hipotecarias que en aquel momento se sancionaban y que calificaban de tipo “intermedio”. Veamos cuáles son.

3.1. Hipoteca ordinaria versus hipoteca de seguridad

La Ley Hipotecaria de 1861, sosteniéndose en el sistema engranado por los principios hipotecarios a los que anteriormente se ha aludido, configuró la hipoteca como un derecho real garante del cumplimiento de una obligación específica, con existencia cierta y cuantía determinada, modalidad que posteriormente adquiriría en el ámbito doctrinal la calificación de «ordinaria o de tráfico», en tanto que tipo básico o tradicional de hipoteca. En esta, el crédito garantizado consta en el Registro con todas

sus particularidades y, por tanto, frente al tercero, la fe pública registral cobra todo su sentido, pues se extiende no solo a la hipoteca sino también al crédito objeto de garantía³².

Según sostiene ROCA SASTRE, con cita de la RDGRN de 4 de julio de 1984 (RJ 1984, 3851), al objeto de proceder a la inscripción de una hipoteca ordinaria deben hacerse constar, en tanto que circunstancias “normales”, la causa (v. gr., un préstamo mutuo, un reconocimiento de deuda, un precio aplazado de una compraventa, una indemnización de daños y perjuicios, un descuento, un aval, etc.) entendida aquí como “fuente”, la cantidad (la cifra de responsabilidad hipotecaria en los términos establecidos en el artículo 12 LH, que en las hipotecas de tráfico deberá coincidir con el importe del débito garantizado) y el vencimiento o plazo máximo de duración³³.

Sin embargo, según se acaba de adelantar, junto a esta hipoteca *corriente*, la hipoteca «de seguridad o máximo» tomó finalmente carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico como categoría que, partiendo de la obligación garantizada, comprende un abanico de figuras hipotecarias cuyo denominador común reside en la indeterminación registral del crédito por lo que a alguno de sus elementos –subjetivo u objetivo– se refiere. Así lo recoge, entre otras, la RDGRN de 4 de diciembre de 1980 (RJ 1980, 4833), al señalar que para que una hipoteca pueda considerarse englobada dentro de las de seguridad deben concurrir alguna de las siguientes circunstancias: a) o existe una indeterminación en cuanto al crédito, que se fija después normalmente por procedimientos extrarregistrales; b) o se trata de garantizar una obligación futura o sujeta a condición suspensiva y en la que el crédito se halla en estado potencial, pudiendo o no nacer; c) o concurre una indeterminación en la persona del acreedor.

A pesar del inexistente reconocimiento legal de esta clasificación –al menos hasta la reforma introducida por la Ley 41/2007, en cuyo Preámbulo se hace por primera vez mención expresa a la regulación de las hipotecas de máximo que la norma incorpora, aunque lo sea en única alusión a la hipoteca flotante–, su consideración como tal y la selección de las modalidades hipotecarias que, mediante la “modificación del natural desenvolvimiento del derecho de hipoteca”³⁴ pasan a integrarla, ha sido ampliamente aceptada por nuestra doctrina y jurisprudencia.

³² ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. VIII, p. 119.

³³ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. IX, pp. 323-324.

³⁴ Así lo expresa la propia DGRN en resolución de 21 de marzo de 1917 (LA LEY 9/1917).

Esta evolución encuentra su primer resquicio en la Ley Hipotecaria de 1861 con la introducción de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales, dado que esta constituye, en esencia, la primera modalidad a integrar dentro del conjunto de las llamadas de seguridad, en la medida en que, por definición, la obligación garantizada no resulta cierta *ab initio* en su existencia y cuantía³⁵. Entre los supuestos introducidos con las sucesivas reformas legislativas destacan los siguientes: la hipoteca en garantía de títulos endosables o al portador (LH de 1869, si bien estas, pese al rechazo inicial que mostró la Ley de 1861, circulaban ya al amparo de la Real Orden de 26 de febrero de 1867, por la que entre otras cuestiones se autorizaba a los concesionarios de ferrocarriles para la emisión de títulos al portador, garantizados con hipoteca), la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (LH 1909) y la hipoteca unilateral y en garantía de rentas o prestaciones periódicas (LH 1944-1946), evolución que culmina con la, legalmente sancionada, hipoteca flotante (Ley 41/2007).

Obsérvese, además, que la hipoteca ordinaria o de tráfico, constituida en garantía de un préstamo plenamente determinado en su existencia y cuantía, en la medida en que garantice no solo el pago del principal sino, asimismo, el de los intereses remuneratorios sujetos a un tipo variable o moratorios, así como el de las costas y gastos –lo cual, dicho sea de paso, es el esquema comúnmente utilizado– deberá ser considerada, por lo que a dichos importes se refiere, como una hipoteca de seguridad o de máximo³⁶.

Esta dicotomía entre el modelo prototípico de hipoteca y las que sucesivamente van obteniendo cobertura legal se pone de manifiesto desde tempranas resoluciones de la

³⁵ Como tuvo ocasión de precisar la DGRN en resolución de 31 de enero de 1925 (LA LEY 1/1925), la hipoteca en garantía de obligaciones futuras presenta dos fases distintas: en la primera, a la que alude el artículo 142 LH, la garantía constituida se acerca a la figura de la hipoteca de seguridad en tanto que, hallándose el crédito asegurado en un estado potencial, no goza de las garantías del sistema en cuanto a la presunción de existencia, vencimiento, importe y carácter hipotecario del crédito; en el segundo periodo, por el contrario, contraída la obligación y hecha constar esta circunstancia por medio de nota al margen de la inscripción (art. 143 LH), la hipoteca se *transforma* en una ordinaria y, por ende, el crédito queda protegido por los principios fundamentales del sistema.

Esta doctrina, que se predica en relación a los preceptos de la LH de 1861, debe entenderse plenamente trasplantable a los vigentes artículos 142 y 143 LH, dado que presentan idéntico contenido.

³⁶ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. IX, p. 341. Por su parte, la RDGRN de 26 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5199) deniega la inscripción de la cláusula de interés variable prevista en la escritura por no constar el límite máximo que por tal concepto responde la finca, recordando que “si bien en cuanto a la garantía del principal puede tratarse de una hipoteca ordinaria o de tráfico, en cambio respecto de la cláusula de fluctuación de interés se está ante una hipoteca de seguridad, que hace necesario señalar una cifra máxima de responsabilidad”.

DGRN³⁷, que reconocen la introducción en nuestro sistema de las hipotecas «de seguridad, fianza, caución o máximo» como un derecho real de carácter eminentemente accesorio constituido para asegurar el pago de obligaciones variadísimas y determinadas en sus líneas generales, cuya inscripción registral, al contrario de lo ocurre en las hipotecas de tráfico, no hace prueba de la existencia, exigibilidad, importe y vencimiento de los respectivos créditos, los cuales viven, se modifican y extinguen con sujeción a los preceptos relativos del Derecho civil y mercantil y cuya realidad y alcance, por tanto, habrán de acreditarse por medios extrarregistrales [RDGRN de 5 de febrero de 1945 (LA LEY 4/1945)].

3.2. Flexibilización de los principios hipotecarios en la hipoteca de máximo

Se ha sostenido con acierto que la hipoteca de seguridad es, paradójicamente, la que menor «seguridad» ofrece al tráfico jurídico³⁸, debido a la incertidumbre que genera la indeterminación en alguno de los elementos del derecho real que, por definición, es inherente a esta categoría hipotecaria. Esta falta de concreción, que puede afectar bien a su elemento subjetivo (v. gr., en la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador) bien al objetivo (v. gr., en las hipotecas en garantía de obligaciones futuras o de cuentas corrientes de crédito), tiene una indudable incidencia en la concepción tradicional de los principios hipotecarios que se vienen considerando y atañe especialmente al de accesoriedad, como característica propia de la hipoteca, y al de especialidad, en lo relativo a su reflejo registral. Veámoslo.

3.2.1. Incidencia en el principio de accesoriedad

Afirma ROCA SASTRE, siguiendo a JERÓNIMO GONZÁLEZ, que en la hipoteca de seguridad se acentúa el carácter accesorio que el derecho real reviste en relación al crédito asegurado, en el bien entendido que la extensión y contenido de la hipoteca dependerá enteramente de la efectiva existencia y particularidades de la obligación a la que sirve de garantía³⁹. Sin embargo, hay también quienes, desde otra óptica, han centrado su atención en aquellas situaciones en las que se produce, al menos aparentemente, un

³⁷ Vid., entre otras, las RRDGRN de 21 de marzo de 1917 (LA LEY 9/1917), 28 de febrero de 1928 (LA LEY 13/1928) y 5 de febrero de 1945 (LA LEY 4/1945).

³⁸ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. IX, p. 328.

³⁹ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. IX, p. 328.

distanciamiento entre el derecho real y el personal garantizado con hipoteca, para justificar así una redefinición de tal principio secular que, en última instancia, permita dar acogida a las nuevas modalidades hipotecarias de cuya admisión son partidarios (fundamentalmente, a las bautizadas como hipotecas globales)⁴⁰.

Esta evolución en el pensamiento doctrinal, desde la clásica consagración de la accesoriedad hasta una moderna crítica a la misma, se pone de manifiesto hacia mediados del siglo pasado. Apuntaba entonces DE LA CÁMARA que, mientras para la doctrina más antigua la hipoteca es un derecho real de garantía *accesorio* de una obligación, la doctrina *moderna* lo califica de derecho real de realización de valor que, si bien va generalmente unido a una obligación personal, vive en ocasiones *independiente* de la misma e incluso en algunos supuestos existe *sin que le sirva de soporte ninguna relación crediticia*⁴¹. Problemática esta, en torno al carácter accesorio de la hipoteca, que se hace visible también en algunas resoluciones de la Dirección General: entre ellas, la de 20 de noviembre de 1959 (RJ 2740), que pone de manifiesto cómo ciertos autores impugnan el carácter absoluto de la accesoriedad, mientras que años después la resolución de 24 de julio de 1998 (RJ 1998, 5979) recoge la denuncia realizada por el Registrador de la Propiedad en su nota de calificación respecto de los intentos de desvirtuar el carácter accesorio esencial de la hipoteca en nuestro Derecho con la aparición de figuras de garantía que tienden a la independencia al modo alemán, para lo que recuerda que sería preciso modificar la Ley Hipotecaria y, en general, el sistema civil, pues solo así podrían tener encaje en nuestro ordenamiento.

Entre los diferentes análisis que en los tiempos recientes se han realizado en materia de accesoriedad de la hipoteca, destaca la interpretación que realiza CORDERO LOBATO, para quien este requisito se ha vinculado erróneamente con la exigencia de que exista una conexión inicial entre la obligación y el gravamen hipotecario. Al contrario, la relación de accesoriedad solo se produce, a su parecer, entre el derecho del acreedor garantizado a ejecutar la hipoteca y la deuda exigible e incumplida por el deudor, de tal

⁴⁰ En su análisis se adentra ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., pp. 23 y ss. Por su parte, ANGUITA RÍOS, *Aspectos...*, cit., p. 123, advierte del peligro de que con estas reconsideraciones doctrinales se esté realmente facilitando el camino a las entidades financieras bajo la apariencia, siempre oportuna, de actualización del Derecho.

⁴¹ DE LA CÁMARA, M., "Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real", *RDP*, 386, 1949, p. 377.

forma que su significado se reduce, en este terreno, a la consideración del incumplimiento como *conditio iuris* de eficacia del derecho del acreedor a realizar la finca⁴². Coincidimos, sin embargo, con ARJONA GUAJARDO-FAJARDO en que la accesoriadad es algo distinto a ejecución o realización condicionada⁴³, tiene una sustantividad propia y se materializa más allá del instante de realización del bien hipotecado por parte del acreedor.

También hay quien se posiciona a favor de una accesoriadad *funcional*, referida exclusivamente a la función de garantía de la obligación: fuera de su finalidad, la hipoteca no es accesoria. Esta intelección del principio lleva a dicho sector doctrinal a entender que, en tanto en cuanto el fin comercial de la garantía sea el aseguramiento, esta existirá aun cuando la obligación sea distinta a la inicialmente garantizada⁴⁴. Ahora bien, esta posición parte de una, a nuestro juicio, desacertada equiparación plena entre la función de garantía y el carácter accesorio de la hipoteca. Llega a apuntarse que “si el tener como función asegurar una obligación significa ser accesorio, la hipoteca lo es”⁴⁵. Sin embargo, la accesoriadad excede de la mera función de garantía del contrato; de no ser así, en esta modalidad contractual concurriría siempre la nota de accesoriadad, mas cabe, como ya se ha señalado previamente, la existencia de hipotecas que, cumpliendo tal fin, adolecen de una falta de la misma, en cuanto a la inexistencia de relación de subordinación del derecho real respecto al crédito en particular garantizado (como acontece, v. gr. en el Derecho alemán).

⁴² CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pp. 76 y ss., y en el mismo sentido en CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 3.ª ed., 2015, pp. 811-813.

⁴³ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., p. 31.

⁴⁴ Por esta posición se decanta, por ejemplo, ANGUITA RÍOS, *Aspectos...*, cit., pp. 276 y ss., quien sostiene que “entre la hipoteca y una obligación no existe una unión insalvable, más bien nos encontramos con una garantía que funcionalmente asegura una obligación de contornos, y no de contenido, determinados”. También lo hace SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Relación...*, cit., pp. 598 y ss., para quien solo centrándonos en la función de garantía cabe explicar determinadas situaciones en clave de accesoriadad (no clásica, estricta, sino funcional). *Vid.* la síntesis que realiza esta autora sobre las distintas posturas doctrinales que simpatizan o se alejan de la concepción tradicional de la accesoriadad en pp. 17 y ss. Y la misma conclusión de que la accesoriadad no presupone que la obligación garantizada por la hipoteca haya de ser siempre la misma, sino que puede variar, sostiene BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pp. 125-174.

⁴⁵ ANGUITA RÍOS, *Aspectos...*, cit., p. 277.

Veamos, a continuación, algunas de las hipótesis que conllevan, a juicio de algunos autores, una quiebra del principio de accesoriedad, al objeto de poder extraer una conclusión al respecto. Estas salvedades guardan estrecha relación, como no podía ser de otra manera, con la incorporación de las hipotecas de seguridad a nuestro ordenamiento jurídico⁴⁶, si bien su abanico se extiende a otras circunstancias que afectan a cualesquiera hipotecas, con independencia de la clasificación antes apuntada⁴⁷.

Esta separación entre crédito e hipoteca se manifiesta fundamentalmente en dos momentos clave de la vida de la última, que coinciden precisamente con su nacimiento y ocaso. A este respecto, se cuestiona SÁENZ DE JUBERA HIGUERO si el hecho de que la hipoteca nazca antes de la obligación a la que sirve de garantía o se extinga más tarde que el crédito debe conducirnos a poner en duda el carácter accesorio de la hipoteca⁴⁸. Pues bien, tal vez la cuestión deba formularse en sentido inverso, a saber, si el principio de accesoriedad propio de nuestro sistema cohonesta con una modalidad hipotecaria en la que el derecho real pueda constituirse con carácter previo a la aparición del crédito en el plano obligacional, o cuál es, a la vista de aquel, el sentido que deba darse a la cancelación registral dada su actual configuración legal.

El supuesto primeramente señalado ha tratado de vincularse, entre otras, con la figura de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición, inicialmente regulada en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria de 1861. Se está, en definitiva, ante tres supuestos distintos, de los cuales la hipoteca constituida para la garantía de una obligación futura es *a priori* la que mayores inconvenientes puede presentar a la luz del principio de accesoriedad, por cuanto que el nacimiento del derecho real se produce,

⁴⁶ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia", *RCDI*, 702, 2007, pp. 1675 y ss., defiende que mientras en la hipoteca ordinaria los principios de accesoriedad y determinación no son absolutos, en la hipoteca de seguridad ni siquiera son aplicables.

⁴⁷ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Derecho o carga...*, cit., pp. 342 y ss., ofrece un elenco que comprende los siguientes supuestos: la constitución de hipoteca en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición suspensiva o resolutoria (arts. 142 y 143 LH), la hipoteca de responsabilidad limitada (art. 140 LH), la posibilidad de supervivencia de la hipoteca, ya extinguido el crédito, por su no cancelación (art. 144 LH), la mayor duración de la acción hipotecaria frente a la personal derivada del crédito (arts. 1964 CC y 128 LH), la constitución de hipoteca unilateral (art. 141 LH), la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (arts. 156 y 157 LH) y la subrogación hipotecaria o reversión de hipoteca (art. 118.2 LH). A todas ellas nos referiremos a continuación, a salvo la subrogación, cuya naturaleza jurídica será analizada en el capítulo relativo a la novación.

⁴⁸ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Relación...*, cit., p. 46.

por definición, con carácter previo al nacimiento de la obligación garantizada. En cambio, en la obligación condicional, como ya pusiera de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, el vínculo existe aunque nada se deba ni nada pueda pedirse hasta el cumplimiento de la condición suspensiva, mientras que cuando se trata de condición resolutoria, cumplida esta, la hipoteca pierde su eficacia, pues desvanecida la obligación no ha lugar a la existencia de garantía alguna.

En cuanto a la obligación futura, ya los expositores de nuestra primera Ley Hipotecaria sostuvieron que, para que la hipoteca se reputase válida, debía necesariamente existir otra obligación preliminar que le sirviese de sustento y que llevase implícita la necesidad o la suposición de la existencia de la segunda. Existía, a criterio de PANTOJA Y LLORET, un principio de obligación o promesa que, llegado el momento de su materialización, lo mismo que cuando se verificaba la condición suspensiva, hacía irrevocable la obligación y, retrotrayéndose a la fecha del compromiso, no podía menos de surtir efecto la hipoteca contra tercero desde que se hizo constar por primera vez en el Registro⁴⁹. Este ha sido el criterio finalmente consolidado en el seno de la DGRN y que, por tanto, retomaremos con ocasión de tal análisis.

Lo que parece claro es que, se exija o no tal relación jurídica preliminar, en ningún caso puede sostenerse que esta modalidad hipotecaria esté falta de accesoriedad, y ello porque la misma se halla indubitadamente subordinada a la existencia de la obligación en cuya garantía se ha constituido: la hipoteca solo surtirá efecto contra tercero *si la obligación llega a constituirse* (art. 142 LH), de forma que si esta no nace, aquella es ineficaz, lo que viene a confirmar su carácter accesorio y su total dependencia respecto del crédito⁵⁰. Podemos sostener, de esta guisa, que la accesoriedad se manifiesta a lo largo de toda la vida de esta hipoteca, incluido el instante de su constitución, aunque lo sea en garantía de una obligación *futura* (art. 105 LH) y aunque el nacimiento de la obligación a

⁴⁹ PANTOJA, J. M. y LLORET, A. M., *Ley Hipotecaria comentada y explicada*, t. I, Madrid, 1861, pp. 392-393.

⁵⁰ DELGADO, C., “La accesoriedad de la hipoteca en el Derecho español”, *RGLJ*, 83/165, 1934, p. 724. En el mismo sentido, ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. IX, pp. 342 y ss., sostiene que en la primera fase (mientras la obligación permanece siendo futura), la hipoteca es doblemente condicionada en su efectividad: no solo pende del incumplimiento de la obligación sino también de su previa existencia plena. También comparte este criterio ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., pp. 46-47, al entender que no se plantea en este caso un problema de accesoriedad (la hipoteca solo tiene razón de ser como garantía de una obligación concreta, para la que nace), sino que, en todo caso, lo será de determinación.

la que la hipoteca sirve de garantía no preceda por ende a la constitución registral del derecho.

Como ya se ha dicho, las restantes hipotecas de seguridad que han ido adquiriendo reconocimiento legal en nuestro ordenamiento también han promovido la reflexión sobre su posible encaje a la luz de aquel principio. Entre ellas, conviene destacar, primero, la hipoteca en garantía de obligaciones transmisibles por endoso o al portador, habida cuenta de que su necesaria constitución unilateral por parte del dueño de los bienes afectos ha puesto sobre la mesa el debate en torno a la posible similitud de esta figura con la hipoteca de propietario en tanto en cuanto estos títulos estén en poder del deudor hipotecante, bien por no haber sido todavía entregados a un tercero, bien por haber regresado a manos del propietario⁵¹.

La hipoteca de propietario, admitida en el Derecho alemán, se caracteriza por la facultad que otorga al propietario de retener la hipoteca en su patrimonio, revestida de un crédito. Esta situación acaece en los supuestos en los que confluyen en una misma persona las cualidades de propietario y de acreedor hipotecario, pues, al contrario de lo que sucede en nuestro ordenamiento, no tiene lugar aquí la consolidación, sino que pervive la hipoteca como derecho real en cosa propia, aunque la fuerza ejecutiva del crédito hipotecario se encuentre *dormida*. Ahora bien, también se produce en los casos de derechos de garantía llamados de *cédula*, en tanto en cuanto el propietario no los transmita a un tercero⁵². Nótese que el problema que suscita la hipoteca de propietario no es, en principio, de accesoriadad de la hipoteca (pues sí se encuentra supeditada a un crédito, cuya titularidad coincide, empero, con la de la propiedad del inmueble) sino, antes bien, de la imposibilidad de que, en nuestro Derecho, el dueño de la cosa constituya un *jus in re propria*, como consecuencia del principio *nemini res sua servit*⁵³. Cosa distinta cabe

⁵¹ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. VIII, pp. 136 y ss.

⁵² Para una breve reseña de los derechos reales de garantía en el Derecho alemán *vid.*: GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., “La hipoteca del propietario”, en *Estudios de Derecho hipotecario y civil*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 743-769; QUESADA GONZÁLEZ, “El rango...”, cit., pp. 1322 y ss.; y LUESO, L., “La hipoteca, la deuda territorial y la renta inmobiliaria en Alemania”, *RCDI*, 28, 1927, pp. 280-286.

⁵³ Puesto que en nuestro ordenamiento no está admitida la hipoteca sobre cosa propia, al confluir en la misma persona las titularidades del derecho real pleno (propiedad) y del derecho real limitativo (hipoteca), el resultado es extintivo: la hipoteca se extingue por consolidación de derechos. En efecto, aunque el acreedor hipotecario ostenta el «ius disponendi» o derecho de realización del valor de la cosa hipotecada, el dominio engloba todas las facultades (incluido ese «ius disponendi») que se pueden ostentar sobre una cosa, por lo que al coincidir en la misma persona la facultad desgajada (correspondiente al derecho real limitado de hipoteca) y su haz totalizador de facultades sobre la cosa, el derecho limitado desaparece forzosamente al ser anegado por el derecho absoluto, dada la virtualidad expansiva del dominio residual: SSTs 47/1998, de 30 enero (RJ 1999, 522), 1980/2002, de 9 enero (RJ 2003, 958), 470/2007, de 4 mayo (RJ 2007, 4327) y RDGRN de 31 de julio de 2014 (RJ 2014, 4495).

sostener respecto a la deuda territorial (*Grundschild*), también admitida en el Derecho alemán, que sí opera en ocasiones sin la existencia de un crédito al que garantizar y que se reduce, entonces, a una carga abstracta de la finca en manos del propietario.

La STS 1034/2000, de 16 de noviembre (RJ 2000, 9915), se hace eco de esta problemática y del riesgo de fraude que entraña la inscripción de una hipoteca (en garantía de obligaciones transmisibles al portador) cuyo verdadero titular no sea otro que el mismo dueño de la finca. Señala así que “una admisión indiscriminada de estas emisiones podría afectar al principio que veda la hipoteca de propietario, que pareció oportuno conservar en nuestro sistema hipotecario en armonía con el apotegma *nemine res sua servit* –la hipoteca constituye un *ius in re aliena*– y el carácter accesorio [EM de la Ley de 1944; RDGRN de 17 de enero 1994 (RJ 1994, 239)], pues se vulneraría tal prohibición cuando se constituye una hipoteca en favor de cualquier deuda futura de no importa qué acreedor (RDGRN de 22 de marzo de 1988), o cuando la hipoteca constituida supone una reserva de rango abstracta (prohibida en nuestro Derecho, RRDGRN de 5 de noviembre 1990, 17 de agosto de 1993) por no constar el desembolso o entrega alguna de dinero en contrapartida a los títulos suscritos”⁵⁴.

En efecto, ya con anterioridad había sentado la DGRN, entre otras, en resoluciones de 5 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9310) y 14 de enero de 1999 (RJ 1999, 47), que no cabe en nuestro sistema la constitución unilateral de una hipoteca en garantía de un crédito individual que todavía no existe como tal mientras el título siga en poder del emitente, por cuanto aceptarlo supondría vulnerar flagrantemente la prohibición general de la hipoteca de propietario, quedando a discreción de este favorecer con la garantía a cualquier obligación futura, máxime si se pretende que el crédito goce de prelación en función de la fecha de la emisión global pues, entonces, con el carácter de *ius cogens* de las normas sobre prelación de créditos, vendría a ser el deudor el que decidiera qué acreedor goza de la prelación hipotecaria. Esta doctrina se reitera en la RDGRN de 31 de julio de 2014 (RJ 2014, 4495), en relación a una hipoteca constituida en garantía de letras de cambio.

⁵⁴ En aplicación de esta doctrina, la STS 56/2003, de 27 de enero (RJ 2003, 1437), declara la nulidad radical de un negocio jurídico de emisión de cédulas hipotecarias, por cuanto queda acreditado en el procedimiento, a la vista de la inmovilización de esas obligaciones por los propios emitentes, que su finalidad no era la de la transmisión a terceros; antes bien, la misma obedecía a una causa ilícita en el sentido expresado en el artículo 1275 CC, pues no hacía más que constituir una línea defensiva que protegía, con preferencia, frente a futuras ejecuciones derivadas de otros créditos. Por tanto, el TS concluye que el acuerdo en la emisión era simulatorio entre las partes y se pretendía con su exterioridad engañosa, mediante una declaración que carecía de sentido volitivo, la fraudulencia frente a terceros extraños al acto, operándose así una simulación que constituye un vicio “de la causa” (sería más adecuado hablar, como ya se ha señalado al tratar de la causalidad, de una ausencia o falta total de consentimiento).

En definitiva, debe existir un crédito cierto que justifique la emisión de los títulos y, por consiguiente, la constitución del derecho real de hipoteca (por estricta aplicación del principio de accesoriedad), y estos deben a su vez quedar en poder de un tercero distinto al deudor. Una vez constituida, según reconoce la RDGRN de 31 de julio de 2014 (RJ 2014, 4495) en relación a la hipoteca en garantía de letras de cambio, su accesoriedad respecto del crédito garantizado es mucho mayor que en la hipoteca ordinaria, lo que determina que sea en la misma letra de cambio donde gravita, con sus formalidades y rigideces, la prueba y consistencia del crédito cambiario.

Debe tenerse en cuenta, por lo demás, que tampoco la propia hipoteca unilateral regulada en el artículo 141 LH puede equipararse a la de propietario, pues si bien puede constituirse *ab initio* en garantía de un crédito potencial, debe necesariamente configurarse en favor de un tercero que, en tanto que acreedor hipotecario, deberá prestar su consentimiento a la hipoteca unilateralmente constituida. Insistimos, no obstante, en que no es este un problema de accesoriedad sino de constitución de un derecho en cosa propia, mientras que respecto al carácter *potencial* de la obligación garantizada, cabe sostener idéntica conclusión a la ya apuntada en materia de hipoteca en garantía de obligaciones futuras.

Por otro lado, tampoco cabe desconocer que la nota de accesoriedad, tal y como ha sido concebida, sigue presente en las restantes modalidades introducidas: en la hipoteca de responsabilidad limitada (art. 140 LH), la obligación garantizada existe siempre aunque la responsabilidad patrimonial universal quede concretada desde un principio en el inmueble hipotecado⁵⁵; mientras que en la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH)⁵⁶, cuya falta de certeza puede alcanzar no solo a la cuantía de la

⁵⁵ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Derecho o carga...*, cit., pp. 348-350. En el mismo sentido, CECCHINI ROSELL, X., *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 43-48.

⁵⁶ Debe tenerse en cuenta que la hipoteca regulada en el artículo 153 LH lo es en relación a un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, en el que la concesión de crédito es siempre unilateral y no recíproca, como ocurre en el contrato de cuenta corriente. Asimismo, esta figura debe diferenciarse del contrato de apertura de crédito simple en el que, no existiendo la facultad de efectuar reembolsos parciales, el préstamo no se contabiliza en forma de cuenta corriente. *Vid.*, a este respecto, ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. IX, pp. 382 y ss. y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos...*, cit., pp. 322 y ss. La propia DGRN ha aludido en ocasiones al diferente tratamiento que debe otorgarse a una y otra hipoteca, hasta el punto de llegar a subsumir la hipoteca en garantía de crédito simple en el marco de los artículos 142 y 143 LH, equiparándola a la hipoteca en garantía de obligaciones futuras [entre otras,

obligación (en función del saldo que arroje la cuenta al instante de su cierre) sino a su misma existencia (que dependerá de la efectiva disposición que el deudor realice respecto del montante que el acreedor haya puesto a su disposición), solo en la medida en que se produzca el nacimiento del crédito garantizado, en estado *latente o potencial* cuando se constituye la hipoteca, podrá dotarse de sentido (y contenido) a la misma⁵⁷. Y lo mismo ocurre con relación a la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (arts. 156 y 157 LH). Con lo que ninguna merma se produce del principio de accesoriedad, entendido como vinculación del derecho real de garantía con una determinada obligación y subordinación respecto de ella. ¿Cabría extraer idéntica conclusión en relación a la hipoteca global, considerando que esta se constituye en garantía no de una específica obligación sino de una pluralidad indeterminada de ellas? ¿Es ese un problema que, en su caso, cae de lleno en el ámbito específico del principio de especialidad o atañe también a la accesoriedad? ¿Y si ello implica que en el lugar de las obligaciones extinguidas vienen a colocarse otras que resultan igualmente garantizadas, desconectando la hipoteca de las vicisitudes del crédito?

Sentado lo anterior y concluida la inexistente «quiebra» del principio objeto de análisis en las hipotecas de seguridad o máximo, a salvo de lo que podamos concluir respecto a las figuras introducidas en el año 2007, debemos entrar a considerar otros dos ejemplos de *crisis* del principio de accesoriedad particularmente recurrentes por cierto sector doctrinal, relativos a la forma de extinción de este derecho real.

Uno de ellos deriva de la aplicación del principio de indivisibilidad de la hipoteca, principio secular admitido sin discusión en la Ley de 1861 y actualmente consagrado en los artículos 122 LH y 1860 CC. En su virtud, la hipoteca subsiste íntegra en tanto en cuanto no se produzca su cancelación registral y ello aunque se reduzca paulatinamente la obligación garantizada por haber sido satisfecha la deuda mediante abonos parciales, lo cual, dicho sea de paso, constituye regla general en lo que a la forma de devolución de los préstamos hipotecarios se refiere (a salvo, claro está, la posibilidad de hacer constar el pago parcial por nota marginal: art. 240 RH). En opinión de GONZÁLEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, este principio fue configurado en beneficio del acreedor, como

RDGRN de 28 de febrero de 1933 (RJ 1933, 88) y 16 de junio de 1936 (LA LEY 16/1936)], en lugar de incardinarla en el artículo 153 LH.

⁵⁷ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Derecho o carga...*, cit., pp. 353 y ss. y ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., p. 42.

trasposición en sede hipotecaria del principio civil actualmente sancionado en el artículo 1169 CC que le concede el derecho a no recibir parcialmente las prestaciones en que consista su obligación⁵⁸.

De esta forma, la extinción total del derecho real no se produce hasta tanto no se lleve a efecto su cancelación registral, la cual únicamente opera a petición de parte con simultánea presentación en el Registro de la Propiedad de una escritura pública de cancelación, a cuyo otorgamiento debe necesariamente concurrir el acreedor para prestar su consentimiento (art. 179 RH, en relación con el 82.1 LH). Pues bien, es generalizada en la doctrina la idea de que, llevado el principio de accesoriedad hasta sus últimas consecuencias, una vez extinguida la obligación por el pago total de la deuda debería de igual forma y automáticamente procederse a la cancelación registral de la hipoteca sin necesidad de ulterior actuación alguna por parte de acreedor y deudor.

Obsérvese, sin embargo, que a pesar de que no quede constancia registral de esa paulatina disminución del importe de que responde la finca, como consecuencia de la correspondiente minoración del débito en el plano extrarregistral, o no se produzca una cancelación automática de la hipoteca en el Registro por mor de la extinción total del crédito una vez reintegrado su importe, no por ello ha de llegarse a la errónea idea de que la hipoteca vive sola y con plena autonomía durante ese lapso de tiempo, pues se trata de un derecho vacío de contenido que no otorga al acreedor facultad alguna de accionar frente al deudor⁵⁹. No se produce en estos supuestos ruptura de la accesoriedad sino mera discordancia entre la realidad civil y su reflejo registral⁶⁰. Se ha

⁵⁸ GÓNZALEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, “Algunos problemas actuales...”, cit., p. 135.

⁵⁹ DÍEZ-PICAZO, L., “El negocio cancelatorio...”, cit., p. 1286.

⁶⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Derecho o carga...*, cit., pp. 351-352. En el mismo sentido, CANALS BRAGE, “Comentario al artículo 144...”, cit., p. 126, nos recuerda que en la Ley Hipotecaria de 1861 la hipoteca se extinguía por pago del crédito y la cancelación requería simplemente la acreditación de este hecho mediante documento fehaciente (arts. 79.2 LH y 67.2 y 72 RH de 1861, así como, aunque con menos claridad, los arts. 79.2 LH de 1909 y 155 RH de 1915) y que no fue hasta las reformas hipotecarias de 1944-1946 y aún por la simple razón de zanjar la discusión en torno a qué debía entenderse por «documento fehaciente», cuando se disocia el hecho del pago (extintivo del crédito) y la cancelación de la hipoteca (vigente art. 179 RH). Para un mayor detalle sobre la evolución y el fundamento del actual artículo 179 RH vid. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “¿Por qué es necesario otorgar un nuevo consentimiento para cancelar cuando ya se ha pagado el préstamo hipotecario?: la justificación histórica y jurisprudencial del artículo 179 RH”, *RCDI*, 751, 2015, pp. 2918-2932.

Sea como fuere, una cosa es clara y así lo sostiene CANALS BRAGE (pp. 96 y 126): frente a la tentación de convertir el artículo 179 RH en expresión de la pervivencia de la hipoteca a la extinción del crédito, asegurada por el formalismo de un expreso consentimiento cancelatorio, debe recordarse que tales

cuestionado, no obstante, hasta qué punto deben ser protegidos los terceros adquirentes de un crédito hipotecario que reúnan los requisitos del artículo 34 LH cuando aquel sea nulo o esté total o parcialmente extinguido y, por tanto, si en presencia de estos sujetos la hipoteca no cancelada habría de entenderse como una entidad capaz de despertar los efectos de la fe pública registral⁶¹. Aunque se trata de una cuestión no exenta de polémica, parece que el único supuesto en el que, en su caso, cabría adoptar una tal solución sería el de la hipoteca extinta pero no cancelada que, al amparo del artículo 144 LH, podría darse por existente frente al tercero que adquiera el crédito confiado en la apariencia registral, siempre que la inexactitud del Registro se deba a una omisión imputable a aquel que se va a ver perjudicado por esa adquisición (léase, el deudor), que habiendo pagado la deuda antes de producirse tal cesión, no hubiese hecho constar en el Registro tal circunstancia⁶².

No fue esta la solución que la Dirección General adoptó en su conocida resolución de 24 de abril de 1991 (RJ 1991, 3167) cuando resolvió un supuesto en el que, producido el embargo de un crédito hipotecario, que no había sido notificado al deudor, este había pagado y extinguido después su deuda sin hacerlo constar tampoco en el Registro, y finalmente el acreedor embargante se había adjudicado el crédito. La Dirección se pronunciaba en favor del deudor, expresándose en unos términos con los que hacía decididamente prevalecer la accesoriadad sobre la fe pública: “el adjudicatario del crédito, aunque el pago no se haya hecho constar en el Registro, no puede invocar a su favor lo dispuesto en los artículos 34 y 144 LH porque, como aparece confirmado en los artículos 149, 151 LH y 176 RH, no es el régimen de la hipoteca como derecho real el que absorbe al del crédito, sino que, a la inversa, es el trato registral de aquella el que ha de adecuarse a las peculiaridades inherentes a la esencia personal del crédito, lo que,

reformas suprimieron al mismo tiempo el artículo 156 LH, que disponía que «*la hipoteca subsistirá en cuanto a tercero, mientras no se cancele su inscripción*». Supresión que bien podía responder al rechazo que la EM de la LH de 1944 contenía hacia formas de “hipoteca independiente”, pues, pudiendo aquel precepto apuntar hacia esa posibilidad [está claro que era una previsión inocua si por hipoteca se entiende puramente el derecho real accesorio de un crédito, pero que se carga de un contenido desmesurado si por hipoteca se entiende «deuda territorial» (hipoteca sin crédito)], tras su derogación no cabría de ningún modo justificar la pervivencia de una “obligación hipotecaria” independiente a la extinción del crédito garantizado, al modo de “deuda territorial”. Con lo que el expreso consentimiento cancelatorio que el artículo 179 RH exige al acreedor lo es solo en la medida en que acredita indubitadamente la extinción de la deuda, prueba que bien podría obtenerse por otros medios (cfr. art. 176 RH).

⁶¹ A favor de esta solución se pronuncia GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., “La hipoteca de seguridad”, en *Estudios de Derecho hipotecario y civil*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 706, y, aunque no sin ciertos reparos, Díez-Picazo, L., “El negocio cancelatorio...”, cit., pp. 1285-1286.

⁶² RODRÍGUEZ ROSADO, B., “Cesión de créditos hipotecarios inexistentes y fe pública”, *RCDI*, 745, 2014, pp. 2191-2215; *vid.* también RAMÓN CHORNET, J. C., “Embargo y adjudicación del crédito hipotecario: la resolución de la DGRN de 24 de abril de 1991”, en *Libro-homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 437-473.

asimismo, armoniza con la concreción de la fuerza sustantiva de los pronunciamientos registrales a los derechos reales inscribibles (arts. 1, 2 y 38 de la Ley Hipotecaria), con el carácter accesorio de la hipoteca y con la posibilidad de que esta sea constituida por un tercero sin conocimiento del acreedor” (*sic*, por «deudor»⁶³). Sin embargo, como con buen juicio apunta RODRÍGUEZ ROSADO, la clave de la solución del caso se sitúa en el hecho de que el acreedor embargante hubiese omitido notificar el embargo al deudor: era precisamente esa falta de diligencia, que provocó el pago del crédito por el deudor, la que había de penalizarse. Así, “en la alternativa entre proteger al deudor que omitió cancelar el crédito, o al acreedor embargante, luego adjudicatario, que omitió notificar el embargo, es correcto proteger aquí al deudor, pues su pago se produjo después de esa omisión del embargante, y a este es por ello imputable”⁶⁴.

Se sostiene entonces que en estos casos no se trata de proteger la apariencia que ofrece el Registro sino de penalizar la negligencia de quien omitió llevar a cabo la cancelación, en favor del tercer adquirente que cumpla tres requisitos: inscribir de inscrito, con título oneroso y buena fe⁶⁵. Exigencia esta última que, por cierto, hará decaer la protección al cesionario de una de las llamadas «hipotecas de amortización» (en la que el inmueble responde de un crédito de amortización periódica) en la medida en que el folio registral refleje esas previsiones de pago fraccionado y cuyo desconocimiento, por tanto, solo puede responder a la propia negligencia del cesionario⁶⁶.

Sin embargo, como pone de manifiesto GONZÁLEZ PACANOWSKA, resulta difícil recurrir aquí a la idea de negligencia del deudor que, habiendo restituido la deuda, no obtiene el asiento de cancelación, cuya práctica, por lo demás, requiere la colaboración del acreedor o, en su caso, el auxilio judicial (arts. 82 LH y 179 RH). El deudor cedido no

⁶³ Así lo sostiene CANALS BRAGE, “Comentario al artículo 144...”, cit., p. 86, pues no parece que la Dirección este refiriéndose a la hipoteca unilateral, único supuesto en el que se constituye «sin conocimiento del acreedor»

⁶⁴ RODRÍGUEZ ROSADO, “Cesión...”, cit., pp. 2204-2205. De la misma forma critica la resolución de la Dirección en este punto RAMÓN CHORNET, “Embargo...”, cit., p. 465: el Centro Directivo sostiene que el adjudicatario del crédito no es tercero hipotecario porque no hay que aplicar el régimen de la hipoteca sino el del crédito y, por tanto, da a entender que respecto de los créditos no cabe pensar en la actuación del principio de fe pública previsto para los derechos reales. Pero tal afirmación contradice el artículo 144 LH (¿a qué se refiere entonces?) y es contraria a la indiscutida opinión de que las hipotecas de tráfico se caracterizan justamente porque el principio de fe pública registral se extiende al crédito garantizado.

⁶⁵ Como pone de manifiesto RODRÍGUEZ ROSADO, “Cesión...”, cit., pp. 2200-2201, parece que el sistema que consagra el artículo 144 LH no es el de la fe pública sino el de la inoponibilidad, esto es, el Registro no protege al tercer adquirente por el hecho de confiar en la existencia de un derecho real de hipoteca publicado por el Registro sino que penaliza al propietario gravado con ella que no hizo constar la extinción o disminución o variación en su beneficio de las condiciones del crédito garantizado.

⁶⁶ RODRÍGUEZ ROSADO, “Cesión...”, cit., pp. 2202-2203 y 2208. En el mismo sentido, RAMÓN CHORNET, “Embargo...”, cit., p. 466.

debería sufrir en primer término las consecuencias de un negocio de cesión al que permanece ajeno por el solo hecho de haber «permitido» la subsistencia tabular del gravamen hipotecario y para beneficio de quien ha obtenido el crédito precisamente del sujeto obligado a consentir la cancelación, pues se le estaría trasladando un riesgo que corresponde asumir al cesionario frente al cedente⁶⁷.

Aún más: resulta difícil visualizar cuál sería la consecuencia práctica de admitir que la falta de cancelación registral de la hipoteca ha de perjudicar al deudor en beneficio de aquel tercer adquirente de buena fe, pues ni admitir la supervivencia de una garantía sin crédito como una carga real que grava autónomamente un bien⁶⁸, ni asumir que el mismo crédito (extinto por pago) renace como consecuencia de la cesión, parecen opciones válidas. Descartando ambas, CANALS BRAGE apunta a que tal vez la solución pase por aplicar el artículo 149.2 LH, que dispone que “*el deudor no quedará obligado por dicho contrato –de cesión– a más de lo que estuviere por el suyo*”, de donde infiere que el cesionario adquiere el crédito en idénticas condiciones a las que tuviera para el cedente en el instante de la cesión (y por tanto extinguido o aminorado, si así lo estaba)⁶⁹, así como que el deudor mantiene frente al cesionario las excepciones *objetivas* que tuviera contra el cedente⁷⁰. Y es que considera que bien podría recurrirse a la idea de «nulidad por falta de objeto» [STS 936/1994, de 25 de octubre (RJ 1994, 8291)] para negar que el deudor liberado por pago deba pagar de nuevo por no haber desvirtuado un pronunciamiento registral⁷¹. Ciertamente es que con ello se estaría de alguna forma restando virtualidad al artículo 144 LH, al que algún otro significado habría que encontrar. Pero no es menos cierto que la solución contraria, descartada como debe ser la posible subsistencia de una carga sin crédito, haría invertir la regla de accesoriad: lo que es un derecho accesorio (la hipoteca) no puede hacer subsistir el derecho principal (el crédito ya satisfecho que «renace») por una norma de protección que no está pensada para eso, pues la protección que debe dispensarse a los terceros adquirentes lo es en la transmisión de titularidades jurídico-reales que no tengan dicho carácter accesorio.

⁶⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “El crédito garantizado con hipoteca y el principio de fe pública registral”, en *100 años de la Revista de Derecho Privado: 1913-2013*, dir. por S. Díaz Alabart, Reus, Madrid, 2014, p. 114.

⁶⁸ RODRÍGUEZ ROSADO, “Cesión...”, cit., pp. 2200 y 2205.

⁶⁹ Sin perjuicio de que pueda reclamar, obviamente, frente al acreedor de mala fe.

⁷⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA, “El crédito...”, cit., p. 114.

⁷¹ CANALS BRAGE, “Comentario al artículo 144...”, cit., pp. 157-160.

Por último, una cuestión ampliamente debatida ha sido la atinente al plazo de prescripción de la acción hipotecaria. Al respecto, conviene tener presente cuál fue la solución adoptada por la Ley Hipotecaria de 1861, que fijó el de veinte años por ser este mismo el señalado para la prescripción de las acciones personales a que la hipoteca estaba adherida y, por tanto, “en estricta aplicación del principio de accesoriadad”. Entendía la Comisión General de Codificación que perdiendo las acciones personales su fuerza no debía conservarla la hipotecaria, ya que extinguido el crédito, no podía menos que considerarse extinguida su garantía⁷². Siguiendo esta misma línea argumental, fue duramente criticada por la doctrina la disociación que entre los plazos de la acción personal y los de la hipotecaria introdujo en 1889 el redactor del Código Civil y que se ha mantenido vigente hasta la fecha⁷³, cuya justificación solo podía hallarse, a juicio de DÍEZ-PICAZO⁷⁴, en un error histórico y en una falta de coordinación al redactarse el Código Civil.

Como es sabido, se distinguen en la doctrina dos líneas interpretativas dispares: las tesis dualistas y las unitarias⁷⁵. Los partidarios de las primeras se decantan a favor de la coexistencia de ambas acciones (personal y real) y sostienen que nada obsta a admitir,

⁷² Esta opinión es compartida hoy, entre otros, por LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil*, t. III, v. 2, Dykinson, Madrid, 3.ª ed. (revisada y puesta al día por A. Luna Serrano), 2009, p. 300, “extinguido el crédito, no puede subsistir la hipoteca, a salvo los efectos de la publicidad registral; y ello, no por un prejuicio conceptual sobre el vínculo obligatorio, sino como postulado lógico de la accesoriadad de la garantía, que no puede subsistir sin un quid garantizado”. En el mismo sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos...*, cit., p. 260: “como es un derecho accesorio no puede existir sin el crédito y se extingue o prescribe con el crédito” (por vía de consecuencia). Ahora bien, también puede prescribir, a su juicio, el derecho real con carácter previo al crédito y, por ende, por vía directa (v. gr., la interrupción de la prescripción del crédito no es, frente al dueño no deudor, interrupción de la prescripción de la hipoteca). La misma idea defiende GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Prescripción de la acción hipotecaria”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, coord. por A. Cabanillas Sánchez, Civitas, Madrid, 2003, pp. 3859-3885, para quien “la prescripción del crédito garantizado debe arrastrar la decadencia de la hipoteca” (p. 3884), aunque cabe la prescripción autónoma y específica de la acción hipotecaria en el plazo de veinte años (arts. 1964 CC y 128 LH) cuando la hipoteca haya pasado a manos de un tercer poseedor, produciéndose una disociación entre deudor personal y dueño de la finca hipotecada.

⁷³ Obsérvese que, tras la modificación del Código Civil operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, el vigente artículo 1964 CC prevé un plazo de prescripción de veinte años para la acción hipotecaria frente al significativamente más breve de cinco años que señala para las acciones personales que no tengan plazo especial.

⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, *La prescripción...*, cit., pp. 163-164.

⁷⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª ed., 2007, pp. 205 y ss.

aun prescrita la acción personal, la subsistencia de la hipotecaria; mientras que los segundos abogan por la unidad de plazo en materia de prescripción⁷⁶.

Nuestro Tribunal Supremo ha mantenido una posición favorable a la tesis unitaria: lo que prescribe por el transcurso del plazo de veinte años es el crédito hipotecario en su conjunto [SSTS de 12 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1153), 1113/2004, de 19 de noviembre (RJ 2004, 7244) y 1331/2007, de 10 de diciembre (RJ 2007, 8319)], si bien posteriormente parece haber cambiado de criterio al analizar el diferente cómputo del plazo de prescripción de la acción personal y la real [vid., entre otras, la STS 248/2014, de 26 de mayo (RJ 2014, 2955)].

Sin embargo, tal y como sostiene DE PABLO CONTRERAS, la ruptura del principio de accesoriedad que algunos autores observan como consecuencia de esta dualidad de plazos parte de una premisa inexacta, consistente en que, prescrita la acción personal, se extingue la obligación garantizada; antes bien, el derecho de crédito, al que el ordenamiento otorga protección poniendo a disposición del acreedor el posible ejercicio de dos acciones distintas, no se extinguirá en tanto en cuanto no hayan quedado ambas acciones prescritas (*sic*)⁷⁷. Aún más, debe tenerse en cuenta que ni siquiera en tal supuesto cabría defender que la obligación ha quedado extinguida, pues tal extinción solo se produce en el caso de que concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 1156 CC, a cuyo tenor “[l]as obligaciones se extinguen: por el pago o cumplimiento, por la pérdida de la cosa debida, por la condonación de la deuda, por la confusión de los derechos de acreedor y

⁷⁶ Son partidarios de la disociación de plazos prescriptivos, entre otros, DIEZ-PICAZO, *La prescripción...*, cit., pp. 174-175 (para quien la prescripción ordinaria lo que opera es una conversión de la hipoteca *normal* en hipoteca de responsabilidad limitada); RUBIO LINIERS, S., “La prescripción extintiva del crédito hipotecario”, *RCDI*, 528, 1978, pp. 947-962; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., “La prescripción de la acción hipotecaria desde la perspectiva de la ley de 8 de febrero de 1961”, *RDP*, 7, 1979, pp. 727 y ss.; y ALBALADEJO GARCÍA, M., *La prescripción extintiva*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, pp. 121 y ss. Defienden, por el contrario, las tesis unitarias, ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. X, pp. 584-586 y LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. II, v. 2, coord. por M. Muñoz Cervera y U. Nieto Carol, Civitas, Madrid, 1996, p. 79. Este último por concebir el crédito hipotecario como una figura jurídica autónoma; no así ROCA SASTRE, quien sostiene que, una vez constituida la hipoteca, si bien la acción personal no cambia de naturaleza, sí adquiere en cuanto al plazo de prescripción el carácter de acción real. Vid. al respecto, CAVANILLAS MÚGICA, S., “Comentario al artículo 1964 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil*, t. IX, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 13306-13307, y REGLERO CAMPOS, F. (actualización por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.), “Comentario al artículo 1964”, en *Comentarios al Código civil*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 2540-2544.

⁷⁷ DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al artículo 1964”, en *Código Civil comentado*, v. VI, dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª ed., 2016, p. 1546.

deudor, por la compensación y por la novación". O sea, prescritas ambas acciones, nos encontramos ante un derecho desprovisto de un mecanismo eficaz que permita hacerlo efectivo y cuya satisfacción queda únicamente sujeta al pago voluntario del deudor, pero no por ello extinto⁷⁸.

En consecuencia, nada obsta a que el plazo legal previsto para el ejercicio de ambas acciones, personal e hipotecaria, difiera, como también lo hace el *dies a quo* para el cómputo del mismo y, por supuesto, su contenido. Así, la acción personal, derivada del crédito, debe dirigirse necesariamente frente al deudor (o, en su caso, fiador) y se hace extensiva a la totalidad de los bienes que integran su patrimonio, dada la responsabilidad patrimonial universal *ex* artículo 1911 CC –salvo, lógicamente, en el que supuesto de que se haya pactado una limitación de responsabilidad al valor de los bienes hipotecados (art. 140 LH)–; mientras que la acción hipotecaria, de carácter real, está encaminada a la realización de los bienes que sirven de garantía y es partiendo de esa premisa como quedará, precisamente, determinado el sujeto legitimado pasivamente en cada supuesto concreto –que puede coincidir con la persona del deudor o bien puede tratarse de un hipotecante no deudor o de un tercer poseedor–.

Por lo que respecta al cómputo del plazo de prescripción de ambas acciones, la STS 248/2014, de 26 de mayo (RJ 2014, 2955) ha venido a establecer que, ejercitada con carácter previo la acción hipotecaria, para el supuesto de que el producto obtenido con la realización de los bienes hipotecados no sea suficiente para cubrir el crédito, podrá el acreedor continuar la ejecución *ex* artículo 579 LEC con base en el ejercicio de la acción personal, respecto de la cual únicamente podrá oponerse la prescripción transcurrido el

⁷⁸ En este sentido, señala ARROYO AMAYUELAS, "Efectos...", cit., pp. 235 y ss., que rige en España el "efecto débil" de la prescripción, por lo que esta solo genera una excepción a rechazar el cumplimiento – es decir, el crédito prescrito subsiste, solo que privado de coercibilidad–. De ello deriva la consideración de que el deudor que voluntariamente paga una obligación, aun cuando el pago ya no le pueda ser impuesto coactivamente, paga bien y, por ende, no existe enriquecimiento injusto del acreedor. En el mismo sentido se pronuncia ALBALADEJO GARCÍA, *La prescripción...*, cit., p. 128, para quien la prescripción no extingue ni el derecho ni la acción, sino que únicamente priva al acreedor de poder imponer al deudor el cumplimiento de su obligación. De esta forma se explica por qué el crédito puede seguir garantizado por la hipoteca accesoria de él: la razón no es otra que el derecho sigue «vivo». *Vid.* asimismo REGLERO CAMPOS, L. F., "Comentario al artículo 128 de la Ley Hipotecaria", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. VII, v. 6, Edersa, Madrid, 2000, pp. 555-582; y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., "La prescripción en los PECL y en el DCFR", *InDret*, 3, 2009, pp. 1-29.

plazo de cinco años (para aquellas que no tengan plazo especial) o aquel de que, en cada caso, se trate, *desde el día en el que tuvo lugar la celebración de la subasta*, pues no es hasta ese momento cuando el acreedor adquiere conocimiento cierto sobre si la garantía ha sido suficiente o no para satisfacer íntegramente su derecho y, por ende, es desde ese momento desde el que “*puede exigirse el cumplimiento de la obligación*” de conformidad con lo previsto en los artículos 128 LH y 1969 CC⁷⁹.

Ahora bien, ¿debería también fijarse el día de la subasta como *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la acción personal en aquellos supuestos en los que el acreedor puede razonablemente prever, antes incluso de iniciar el procedimiento judicial hipotecario, que su crédito supera el límite de la garantía establecida en la escritura de constitución? Téngase en cuenta que ni siquiera es preceptivo el ejercicio de la acción hipotecaria con anterioridad al de la personal, por lo que la solución ofrecida por la sentencia de referencia no resulta del todo satisfactoria; antes bien, el inicio del cómputo del plazo de cinco años debiera tener lugar en el preciso instante en que el acreedor, vencida la obligación, tenga a su disposición la posibilidad de acudir al procedimiento correspondiente en ejercicio de la acción personal. No menos dificultades suscita la determinación del momento inicial de prescripción de la acción hipotecaria, que algunos autores sitúan en el instante del vencimiento del crédito según el título inscrito⁸⁰, mientras que otros consideran que la prescripción puede no ser siempre estrictamente registral, por cuanto pueden acontecer circunstancias que no hayan tenido acceso al Registro⁸¹ y que supongan, empero, una interrupción de la misma.

En definitiva, a pesar de que prescriba la acción personal el crédito subsiste y, como tal, la posibilidad de hacerlo efectivo mediante el ejercicio de la acción hipotecaria⁸², por lo

⁷⁹ Esta interpretación es acorde con la “teoría de la insatisfacción”, en virtud de la cual la prescripción del crédito comienza desde que queda insatisfecha la pretensión del titular del derecho [DIEZ-PICAZO, *La prescripción...*, cit., p. 130].

⁸⁰ RUBIO LINIERS, “La prescripción...”, cit., p. 957. Por su parte, ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. X, p. 586-587 ponen de manifiesto que el cómputo del plazo comenzará en el momento en el que se inicie la situación de impago del crédito garantido, lo que ofrece una singularidad respecto de las demás acciones reales: la acción hipotecaria presupone lesión o estado anormal, pero afectante no a la hipoteca en sí, sino al crédito asegurado.

⁸¹ DIEZ-PICAZO, *La prescripción...*, cit., p. 209.

⁸² Aunque este será el supuesto más habitual, también podría ocurrir a la inversa, o sea, que prescriba la acción hipotecaria subsista la personal, habida cuenta de que ambas son autónomas a efectos de

que resulta claro que la previsión de una dualidad de plazos no puede entenderse en ningún caso como una ruptura del principio de accesoriedad. Es más, como pone de manifiesto RUBIO LINIERS, una solución análoga a la de la Ley Hipotecaria de 1861 tampoco hubiera alcanzado la deseada armonización prescriptiva, pues cabe asegurar con hipoteca cualquier clase de obligaciones (arts. 105 LH y 1861 CC) y, por tanto, también aquellas en las que el plazo de prescripción de sus respectivas acciones personales sea mucho más corto (v. gr., cualesquiera obligaciones con prescripción quinquenal, trienal o anual)⁸³. De esta guisa, aun habiendo fijado el Código Civil idéntico plazo de prescripción para la acción hipotecaria y las personales que no tengan señalado plazo especial, la interrogante seguiría abierta, pues ¿cómo deberían resolverse estos últimos supuestos? Solo se podría alcanzar la correlación deseada si se interpretara que la acción hipotecaria prescribe en el instante en el que lo hagan las respectivas acciones personales, lo cual se torna inextricable⁸⁴. Tampoco procede, por el contrario, “estirar los plazos de prescripción de todas las acciones personales susceptibles de recibir el amparo hipotecario o aplazar el inicio del cómputo de la prescripción que les es propia e inaplazable”⁸⁵. En resumen, la conclusión no puede ser otra que el plazo prescriptivo de veinte años no viene referido a la acción personal de cualquier obligación asegurada con hipoteca sino, singularmente, a la acción hipotecaria, que sigue una senda diferente al de la acción personal, aunque ambas tengan un origen común: el crédito hipotecario.

En fin, de conformidad con el análisis realizado, debe concluirse que los supuestos que, al parecer de cierto sector doctrinal, justifican una reinterpretación del principio de accesoriedad, no están en realidad exentos de tal nota; al revés, en todos ellos la hipoteca carece de sustantividad en sí misma considerada y desvinculada de un crédito al que asegurar. Es por ello que no procede sino reafirmar su carácter accesorio⁸⁶.

prescripción y por tanto las causas de interrupción de una de ellas no afectan necesariamente a la otra [PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos...*, cit., pp. 259-261].

⁸³ RUBIO LINIERS, “La prescripción...”, cit., pp. 952-953, e igualmente BALLARÍN HERNÁNDEZ, “La prescripción...”, cit., p. 723.

⁸⁴ DIEZ-PICAZO, *La prescripción...*, cit., p. 208.

⁸⁵ BALLARÍN HERNÁNDEZ, “La prescripción...”, cit., p. 728.

⁸⁶ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Derecho o carga...*, cit., p. 362. Comparte esta conclusión ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., pp. 41 y ss.

3.2.2. Incidencia en el principio de especialidad

Como ya se ha dicho, es nota común a las hipotecas de seguridad o máximo la indeterminación de que adolece el derecho real, ya respecto del sujeto titular del mismo, ya en relación a la existencia y cuantía del crédito garantizado. Esa falta de certeza y su consiguiente reflejo en la inscripción registral del derecho no casa plenamente con las exigencias derivadas del principio de especialidad, tal y como había sido concebido por la Ley Hipotecaria de 1861. Sin embargo, ya desde antiguo la DGRN admitió una *flexibilización* del mismo a fin de facilitar la constitución de tales garantías, permitiendo la hipoteca sin la previa determinación registral de todos los elementos de la obligación, aunque con observancia de algunas exigencias que ha calificado de mínimas. Esta evolución de la doctrina registral del Centro Directivo será abordada con posterioridad, por lo que basta por el momento con analizar en qué medida afecta al principio de especialidad esa falta de determinación de los elementos subjetivo u objetivo del derecho.

La hipoteca en garantía de obligaciones transmisibles por endoso o al portador constituye, sin lugar a dudas, el máximo exponente en materia de indeterminación del sujeto titular del derecho real, en la medida en que garantiza créditos cuya naturaleza y puesta en circulación conducen a una falta de concreción registral de la persona de su acreedor, que puede variar incesantemente al son de las operaciones mercantiles a las que prototípicamente sirve. De ello resulta, en palabras de ROCA SASTRE, que en estos títulos se produzca una especie de *impersonalización* u *objetivación* del crédito, que queda incorporado en un documento o registro que atribuye a su legítimo propietario la condición de acreedor⁸⁷.

Al objeto de valorar si la peculiaridad antedicha en la constitución de esta figura hipotecaria colisiona con el principio de especialidad, debe tenerse en cuenta que lo que tal principio exigía, a la vista de su configuración inicial, no era sino la perfecta identificación de la finca registral sobre la que la garantía recaía y la extensión del derecho real, es decir, en qué medida y hasta qué límite respondía un inmueble concreto. El principio de determinación se extendió, posteriormente, a todos los demás

⁸⁷ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. IX, p. 453.

elementos de la relación registral, entre ellos, al titular⁸⁸. Sin embargo, debe atenderse al fundamento sobre el que descansa dicho principio. Y este no es otro que velar por que el crédito territorial del hipotecante no se vea injustificadamente menoscabado al extenderse a todo el valor de la finca cuando el crédito que garantiza puede ser de un importe muy inferior. A estos efectos, ciertamente, resulta indiferente quién sea el titular del derecho real de hipoteca, pues lo único relevante es la extensión del gravamen⁸⁹. GARCÍA GARCÍA sostiene que cabe admitir en el caso de estas hipotecas la indeterminación actual del titular registral, por cuanto este es determinable; se trata, acogiendo sus palabras, de un titular “mediatamente determinado”⁹⁰.

Cuando, por el contrario, la indeterminación afecta a la existencia o cuantía de la obligación garantizada con hipoteca (y sin perjuicio de los requisitos que respecto de cada modalidad hipotecaria serán puestos de manifiesto con ocasión del análisis de la doctrina de la DGRN), adquiere suma transcendencia a los efectos de dar cumplimiento al principio de especialidad no solo la descripción de las «líneas generales» que permitan identificar cuál es la obligación garantizada sino, además, la concreción del límite máximo a que pueda estar afecta la finca hipotecada, esto es, la cifra de responsabilidad hipotecaria. Este límite opera exclusivamente como protección frente a terceros adquirentes o titulares de derechos sobre la finca –no así frente al propio deudor hipotecante, en virtud del artículo 692.1 LEC– y, por tanto, es ahí cuando verdaderamente alcanza plenitud el principio de especialidad⁹¹. Nótese, empero, que la mera inclusión del máximo, por lo demás imprescindible para la inscripción de cualquier hipoteca, no puede reputarse suficiente a los efectos de entender cumplido el

⁸⁸ Según pone de manifiesto GARCÍA GARCÍA, J. M., “Acto de desagravio al principio de especialidad (Crítica a las Resoluciones DGRN de 16 de diciembre de 1994, 7 de enero de 1994 y 7 de febrero de 1995)”, *RCDI*, 629, 1995, p. 1356, hoy día podemos contemplar el principio de especialidad desde cinco perspectivas: la finca, el titular registral, el derecho real, el acto inscribible o título material y el asiento, o sea, abarca todos los elementos de la publicidad registral.

⁸⁹ Coincidimos, así, con lo manifestado en la Exposición de Motivos de la Ley de 1869, que aseguraba que para el objeto de la Ley Hipotecaria, o sea, para el crédito territorial, lo esencial era que el Registro diera a conocer las fincas gravadas y el importe de los gravámenes, sin que fuera absolutamente necesario que se designasen las personas que tenían derecho a exigir el cumplimiento de la obligación garantizada, lo cual se acreditaría en los Tribunales de Justicia cuando fuese oportuno. No comparte este criterio, sin embargo, GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, “La hipoteca...”, cit., pp. 727-728, para quien el principio de especialidad sufre también un rudo golpe con la constitución de esta clase de hipotecas al no quedar individualmente designados los acreedores sino en tanto que futuros portadores.

⁹⁰ GARCÍA GARCÍA, “Acto...”, cit., p. 1359.

⁹¹ ANGUITA RÍOS, *Aspectos críticos...*, cit., p. 290.

principio de especialidad⁹². Y ello por una sencilla razón: porque con la expresión de tal máximo no se satisfacen plenamente los intereses a cuya salvaguarda se dirige. El análisis de tales intereses suele acometerse desde tres perspectivas: el de los terceros poseedores, el de los terceros acreedores y el del hipotecante⁹³.

Por lo que respecta a los terceros poseedores, su interés se cifra, como acertadamente pone de manifiesto ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, en conocer de antemano qué específicas obligaciones quedan cubiertas por la hipoteca, al objeto de que puedan, *ex ante*, valorar adecuadamente el riesgo que asumen al adquirir la finca y, *ex post*, controlar la integración que en su momento se realice. Y ello solo es posible si los criterios de determinación de la obligación sobre la que ha de recaer la hipoteca son suficientemente claros y precisos⁹⁴.

Idéntica conclusión se alcanza respecto a los terceros acreedores, que han de poder controlar aquello por lo que la finca puede ser ejecutada con preferencia y, a su vez, ver mejorado su derecho cuando se extinga la hipoteca precedente, de acuerdo con el sistema de avance de puestos que rige en nuestro Derecho⁹⁵. Un avance que, en la práctica, se torna sumamente difícil en el supuesto de una hipoteca «global» que cubra *cualesquiera* obligaciones que surjan entre las partes y sean incluibles en la cláusula de

⁹² GARCÍA-ARANGO, C., “Patología actual de la hipoteca de máximo”, *RCDI*, 593, 1989, p. 1144, denuncia que “colocar el exclusivo acento y supervalorar tal aspecto parcial del máximo, con objeto de crear una figura *sui generis*, con la que se intentan superar ciertos corsés sustantivos, supone un evidente desenfoco del problema” (p. 1114). Por su parte, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., pp. 70-71, señala que el máximo pierde su significado en las hipotecas globales: “ya no es el tope hasta el cual se cubre una obligación (o varias) incierta en su existencia y/o cuantía, sino la parte de valor en cambio de la finca que puede aplicarse a la obligación que en su día el acreedor elija”.

⁹³ *Vid.* a este respecto la obra de CORDERO LOBATO, *La hipoteca...*, cit., pp. 62 y ss., y la que va a servir de referencia en las líneas que siguen, de ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., pp. 51 y ss.

⁹⁴ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., pp. 64-65. En el mismo sentido se pronuncia SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *Relación...*, cit., p. 310, que rechaza la utilización de fórmulas omnicomprendidas, vagas y muy generales acerca de las obligaciones garantizadas, en aras de salvaguardar los intereses de terceros y del propio sistema registral: la flexibilización que exige el fomento del comercio y del crédito territorial no debe estar reñida con la seguridad.

⁹⁵ GARCÍA-ARANGO, C., “Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo”, en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, p. 232.

globalización, dada la amplitud con la que ciertos autores defienden que puede formularse esta⁹⁶.

Por lo que atañe al interés del hipotecante, este recibió expresa mención en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861: se trata de que no vea injustificadamente menoscabado su crédito territorial y de que pueda, de esta forma, constituir ulteriores cargas sobre la finca. Ello impone la necesidad de determinar con certeza la obligación u obligaciones que son objeto de cobertura hipotecaria, a efectos de que no se extienda sobre un valor de la finca superior al crédito que se quiere asegurar. Es por ello que se presentan frente a las hipotecas globales dos objeciones de gran envergadura: la primera es la de concebirse como un gravamen *sin justificación suficiente*, o sea, como una apropiación de los recursos del deudor que no guarda relación con las necesidades de aseguramiento del acreedor (pues la disminución de valor que conlleva la carga no está compensado con un beneficio actual a favor del sujeto gravado); y la segunda, la situación de monopolio en que una hipoteca de estas características sitúa al acreedor. Sobre estos aspectos profundizaremos más adelante, con ocasión del análisis de la hipoteca recargable.

Por último, encontramos en nuestro ordenamiento claros apoyos positivos a favor de este principio, aun en los supuestos de hipotecas de seguridad. Tómese, como botón de muestra, el caso de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras. Como ya se ha apuntado en materia de accesoriadad, su eficacia está supeditada a que la obligación llegue a nacer. Ahora bien, ante la necesidad de conocer qué específica obligación es la que se encuentra protegida por la hipoteca y que no resulte esta equívoca, deben aparecer claramente identificados en el Registro los caracteres de la misma (arts. 9, 30 y 32 LH): solo de esta forma puede constituirse válidamente el gravamen⁹⁷. Lo mismo cabe sostener respecto a la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas: debe hacerse constar en su inscripción “*el acto o contrato por el que se hubieran constituido las rentas o prestaciones y el plazo, modo y forma con que deban ser satisfechas*” (art. 157, párrafo segundo, LH), a fin de dar satisfacción al principio de especialidad.

⁹⁶ Vid., respecto a las diferentes posturas, la síntesis que realiza ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., pp. 52-53.

⁹⁷ DELGADO, “La accesoriadad...”, cit., p. 724.

III. Evolución de los principios hipotecarios a tenor de la doctrina registral de la Dirección General antes de la Ley 41/2007

Constituye lugar común en la doctrina la consideración de que, si por algo ha destacado la interpretación que la DGRN ha realizado en materia hipotecaria en general y en sede de principios hipotecarios en particular, ha sido precisamente por su carácter vacilante. Así, desde comienzos del siglo XX hasta el año 2007, el Centro Directivo ha ido mostrando ciertos periodos de interpretación *flexible* frente a otros en los que ha consolidado un criterio más restrictivo, a lo largo de un sinuoso recorrido en el que pueden distinguirse hasta tres etapas.

Antes de introducirnos en su análisis conviene tener presente una cuestión polémica, cual es la del carácter vinculante de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Inicialmente, si bien se reconocía su indiscutido valor doctrinal dentro del ámbito registral, se admitía la ausencia de aquella fuerza vinculante⁹⁸. Sin embargo, con la reforma del artículo 327 (párrafo 10) de la Ley Hipotecaria que introdujo en primer lugar la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y posteriormente la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, la cuestión quedó resuelta en sentido opuesto. Es más, a partir de esta última norma se tipificó en el artículo 313.B.k) de la Ley Hipotecaria como infracción grave “*el incumplimiento y la falta de obediencia a las Instrucciones y resoluciones de carácter vinculante de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como la falta de respeto o menosprecio a dicho Centro Directivo*”.

Por su parte, la RDGRN de 10 de noviembre de 2006 (LA LEY 129165/2006) proclamó el carácter vinculante de sus resoluciones, cuyo fundamento decía hallar en tres razones esenciales: primera, en el carácter de funcionario público a todos los efectos del Registrador; segunda, en su posición de subordinación jerárquica a la Dirección General cuando ejerce su función pública; y, tercera, en la necesidad de dotar de la necesaria predictibilidad al sistema de seguridad jurídica preventiva. De ahí que se acote el ámbito de la legitimación del Registrador para recurrir frente a una resolución de la Dirección General, admitiendo tan excepcional posibilidad solo cuando la misma afecte a un derecho o interés específico del mismo (art. 328, párrafo 4º, LH)⁹⁹. A pesar de ello, las últimas resoluciones de la DGRN han vuelto a dar un paso atrás para sentar una vinculación

⁹⁸ Entre otros, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos...*, cit., p. 500, en referencia a la RDGRN de 27 de septiembre de 1978 (LA LEY 78/1978) en la que se aludía a que los Registradores de la Propiedad debían «tener en cuenta» la doctrina que emanaba de este órgano, reconoce sin embargo que la Doctrina de la Dirección General no tiene valor vinculante general, ni siquiera para aquellos.

⁹⁹ *Vid.*, a este respecto, la STS 195/2014, de 2 de abril (RJ 2014, 2164), que sienta como doctrina jurisprudencial que el Registrador de la Propiedad únicamente está legitimado activamente para impugnar la resolución dictada por la DGRN si justifica su derecho por el anuncio de apertura de expediente disciplinario o se le exige responsabilidad civil; solo en ese caso se entiende que concurre el “interés” al que alude el precepto.

limitada a los términos planteados en el concreto caso que resuelven y solo respecto al Registrador calificador y a los demás que hayan de calificar el mismo documento, pero no así respecto al entero colectivo de Registradores [entre otras, RDGRN de 13 de marzo de 2012 (LA LEY 51080/2012)]¹⁰⁰.

1. Las tempranas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Dos son principalmente las resoluciones que deben considerarse en este periodo inicial, en el que el Centro Directivo, en aplicación de la entonces vigente Ley Hipotecaria de 1909, otorga al principio de especialidad y a la consiguiente distribución de responsabilidad entre fincas, una interpretación coherente con la finalidad que, con la implantación del tal principio capital, perseguían los redactores de la Ley Hipotecaria de 1861.

En la primera, fechada a 31 de mayo de 1910 (LA LEY 13/1910), deniega la inscripción de una hipoteca que pretende asegurar las obligaciones que el hipotecante dice tener con el Banco de España por descuento de letras negociadas por el mismo, cuyo número, clase y cuantía no precisa, así como las obligaciones contraídas con varios particulares, cuyo importe, nombre y circunstancias deja asimismo sin determinar. La hipoteca adolece, en palabras del Centro Directivo, de un vicio esencial que impide su inscripción en el Registro, la cual tampoco procedería aun en el caso de que constaran debidamente identificados los acreedores, habida cuenta de que sería preciso también consignar la participación correspondiente a cada uno de ellos en las diferentes fincas hipotecadas, para saber la cantidad por que quedan afectas a favor de los mismos, toda vez que entre las circunstancias que debe contener la inscripción se halla la referente a la extensión del derecho que se inscribe.

Unos años más tarde, la resolución de 24 de enero de 1916 (LA LEY 4/1916) resuelve un supuesto en el que se pretende constituir hipoteca sobre dos fincas en garantía de una única obligación, condicionando la efectividad de la segunda hipoteca a que con el importe obtenido de la realización de la primera no se alcance, en su día, a cubrir la total responsabilidad pactada. Por tanto, ambas hipotecas están destinadas a asegurar una

¹⁰⁰ Sobre toda esta cuestión *vid.* en general MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *El carácter vinculante de las resoluciones gubernativas de la DGRN como actos de la Administración*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, *passim*.

sola obligación principal que grava indistintamente los dos inmuebles hipotecados, con subordinación respecto al orden de ejecución.

Al objeto de valorar la procedencia de la inscripción, la Dirección acude al fundamento sobre el que descansa el principio de especialidad, rescatando los motivos que la Comisión redactora de la primitiva Ley Hipotecaria había tenido presentes para reformar en este punto nuestro antiguo Derecho: el primero, la indeseada minoración del crédito territorial que produce la indeterminación o indivisión de las cantidades de las que responden una o varias fincas y, el segundo, la necesidad de poner obstáculos a las «inmoderadas e inútiles» exigencias de los prestamistas.

Analizado desde esta perspectiva el supuesto de hecho, el Centro Directivo pone de manifiesto las evidentes dificultades que el deudor encontraría, de constituirse en esos términos la hipoteca, para concertar otros créditos y agotar la capacidad hipotecaria de las fincas. En efecto, el tercero que tomase alguna de ellas en garantía, lejos de saber con certeza las responsabilidades que sobre la misma se podrían hacer efectivas, tendría que subordinar su derecho al ejercicio que de sus facultades hiciese el dueño de la otra finca o al resultado de sucesos que la deteriorasen o destruyesen. Así, añade la Dirección, contratos calculados con toda prudencia y precisión podrían convertirse en “juegos de azar”. Es más, la dependencia mutua en la que se encontrarían sendos inmuebles impediría al deudor hacer uso del derecho de cancelación parcial que el artículo 124 LH le reconoce, que devendría por ende inaplicable. Es por todo ello que, en aplicación del artículo 119 LH y como consecuencia del principio de especialidad, rechaza la inscripción de la hipoteca sosteniendo que si las dos fincas garantizan una misma obligación principal, debe necesariamente distribuirse la responsabilidad entre ambas; pues lo contrario, o sea, la constitución de hipotecas solidarias, está vetado en nuestro ordenamiento jurídico. Aún más, si bien el artículo 142 LH autoriza la constitución de hipotecas en garantía de obligaciones sujetas a condición, en ningún caso permite la de *hipotecas condicionales*, que es lo que en definitiva se trata de constituir en el presente caso.

En el análisis que realiza de esta segunda resolución, AMORÓS GUARDIOLA concluye que, si bien la razón formal de la prohibición está contenida en el artículo 119 LH, la razón material reside en la falta de *causa de garantía* que justifique la protección jurídica de tal

pacto. Dicho con otras palabras: comoquiera que la constitución de una hipoteca solidaria nada adiciona a la finalidad de garantía a la que debe servir la hipoteca (y que constituye, precisamente, su causa *típica*), adolece de una falta de justificación suficiente o, lo que es igual, va más allá de lo que permite la causa jurídica de garantía. Añade, además, este autor que “la hipoteca solidaria implica una ventaja desproporcionada e injustificada para el acreedor, y un perjuicio o desventaja para el deudor igualmente carente de justificación dentro del marco institucional de la garantía hipotecaria”¹⁰¹.

A nuestro juicio, tal previsión no excluye en realidad la finalidad de garantía del negocio, que sigue presente: si el valor de la finca primeramente hipotecada no cubre el total de la deuda, el acreedor puede acudir a la realización del valor de la segunda, pues el fin es precisamente garantizar la restitución íntegra de la deuda. Son, por consiguiente, consideraciones de otra índole y ajenas a la causa las que descansan tras dicha prohibición. Así lo pone de manifiesto la RDGRN de 16 de marzo de 1929 (LA LEY 10/1929), al sostener que si nuestra Ley Hipotecaria ha prohibido las hipotecas solidarias y las subsidiarias, no lo ha hecho porque sean radicalmente nulas, lo que se desprende del contenido del artículo 123 LH cuando permite que el acreedor repita por la totalidad de la suma garantizada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido otra, sino por no aminorar el crédito territorial del deudor ni proteger las inmoderadas exigencias de los prestamistas¹⁰². Téngase en cuenta, además, que la proporcionalidad de las respectivas prestaciones (a la que alude AMORÓS GUARDIOLA) es una cuestión que habría de valorarse desde la perspectiva de su posible abusividad y que, por ende, entra dentro del ámbito de aplicación de la normativa de protección de los consumidores, siendo ajena en cualquier caso a la «causa».

2. Visos de flexibilización

El cambio de criterio se produce con ocasión de la generalización de las hipotecas de seguridad, momento en el que parece sentirse la necesidad de que los principios de especialidad y accesoriedad cedan frente a las necesidades del comercio. Así, acogién dose al elemento que las diferencia de las hipotecas de tráfico, consistente en

¹⁰¹ AMORÓS GUARDIOLA, *La causa...*, cit., pp. 196 y ss.

¹⁰² La RDGRN de 25 de noviembre de 1925 (RJ 1935, 2269) se rige por este mismo criterio para denegar la inscripción de dos pactos que establecen: uno, la prohibición de que el deudor disponga de la finca hipotecada y, dos, la renuncia por el deudor a solicitar la cancelación parcial de la hipoteca.

que la existencia, la exigibilidad y el valor asegurados no se acreditan pura y simplemente por los términos de la inscripción sino por medios extrarregistrales, se justifica una creciente indeterminación de las obligaciones que en cada caso quedan amparadas por la cobertura hipotecaria.

Esta tendencia empieza a percibirse en la resolución de 5 de marzo de 1929 (LA LEY 8/1929), en la que pretende constituirse hipoteca de máximo para garantizar la efectividad de los créditos que consten en *todos los documentos bancarios* firmados por el deudor y que se encuentren en poder del acreedor o que este haya negociado. La trascendencia de la resolución descansa en la interpretación que la Dirección realiza respecto a la forma en la que deben quedar determinadas las obligaciones cuyo cumplimiento se asegure con una hipoteca de máximo, pues sobre el particular viene a sentar que “basta con establecer las líneas fundamentales de las que han de quedar incluidas, para que los terceros puedan hacerse cargo de la posible existencia de las responsabilidades y para que los Tribunales, en su día, puedan declarar cuáles se hallan cubiertas por la garantía, y aunque los términos empleados en la escritura calificada son, por lo que atañe a este extremo, de una gran amplitud, no pueden ser tachados de vagos y confusos”¹⁰³.

De acuerdo con dicha línea interpretativa, debe destacarse asimismo la resolución de 28 de febrero de 1933 (RJ 1933, 88) que constituye, junto con la de 16 de junio de 1936 (LA LEY 16/1936), la única ocasión en que la Dirección ha permitido, con carácter previo a la aprobación de la Ley 41/2007, la inscripción de una hipoteca «global», entendida como aquella que garantiza, hasta cierto máximo, una pluralidad de obligaciones presentes y/o futuras e indeterminadas en el momento de su constitución.

En la primera ocasión, dos comerciantes tratan de garantizar con hipoteca las ulteriores compraventas de mercancía que previsiblemente celebrarán entre sí, cuyo precio quedará representado por letras de cambio y anotado en una cuenta de crédito. Se prevé, por tanto, la constitución de una hipoteca única en garantía de una pluralidad de

¹⁰³ Tan «vagos y confusos» eran como que se constituía hipoteca a favor de un determinado sujeto (banquero) para garantizar la efectividad de los créditos que tuviese a su favor “por efecto de operaciones bancarias realizadas por su mediación y representadas por letras de cambio libradas, aceptadas, endosadas o avaladas por el hipotecante, así como cualesquiera otras que consten en documento de giro y créditos que lleven su firma”.

obligaciones futuras con autonomía jurídica propia, en la medida en que el débito nacerá en el momento en el que se lleve a cabo cada operación mercantil independiente y cada letra de cambio tendrá virtualidad bastante para producir el nacimiento de la acción hipotecaria. En tal escenario, la DGRN entiende que no cabe subsumir el supuesto de hecho en el artículo 153 LH, que regula la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, por cuanto esta se caracteriza por ser, en su ejercicio, una deuda continuada e indivisible en la que se elimina el valor individual de cada partida para reflejarse en el saldo que la hipoteca garantiza al cierre de la cuenta. La hipoteca que aquí pretende constituirse, que califica de crédito simple, puede sin embargo entenderse comprendida en el marco más amplio de los artículos 142 y 143, en los cuales no halla obstáculo a la inscripción aunque no sea más que por aquel principio, que expresamente reconoce el artículo 1861 CC, de que la hipoteca como derecho real de naturaleza accesoria puede constituirse para la seguridad del cumplimiento de cualquier especie de obligación permitida por las leyes.

Por su parte, en la resolución de 16 de junio de 1936 (LA LEY 16/1936), el Centro Directivo permite la inscripción de una hipoteca de máximo en garantía de “las obligaciones que dimanen de *cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito* sea tenedor el acreedor y en las cuales figure el deudor como librador, librado, endosado o avalista *o en cualquiera otro concepto*”, no solo respecto de las operaciones mercantiles y efectos comerciales expedidos y puestos en circulación con anterioridad a la fecha de la escritura sino de cuantos se concierten en el futuro. También en este supuesto la hipoteca es incluida entre las que aseguran obligaciones futuras y, por ende, en el marco de los artículos 142 y 143 LH, respecto de las cuales señala que, “si bien suponen un gravamen actual sobre las fincas afectadas, nada indican sobre la existencia de la obligación afianzada ni acerca de su importe y exigibilidad”.

Ahora bien, el propio Centro Directivo, consciente del laxo criterio que aplica en su resolución, intenta justificarlo arguyendo que es la propia realidad la que muestra la conveniencia de facilitar la constitución de hipotecas en garantía de negocios mercantiles, por cuanto las entidades que se dedican a operaciones de descuento exigen de sus clientes garantías de carácter real que las pongan a cubierto de posibles insolvencias. Así y considerando que “de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la

inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias, y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y daño grave en la economía nacional”, concluye que debe darse a tales hipotecas la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio.

Entretanto, ya mediante resolución de 30 de abril de 1934 (LA LEY 12/1934), había ido un paso más allá en la doctrina esgrimida en la de 28 de febrero de 1928 (LA LEY 13/1928), en la que, a pesar de reconocer cierta libertad en la constitución de las hipotecas de máximo respecto a la determinación del crédito asegurado, establecía como límite la necesidad de saber con certeza qué créditos se hallaban garantizados por hipoteca, mientras que en la presente entendía que no era preciso siquiera que se identificaran las letras de cambio aseguradas ni se puntualizaran los vencimientos de las obligaciones futuras.

En concreto, la resolución traía causa de una hipoteca anteriormente inscrita por la que se garantizaban un número indeterminado de operaciones comerciales cuyo precio quedaba representado mediante sucesivas letras de cambio. Vencida e impagada una de las letras, se solicitó por el acreedor la extensión de nota marginal para hacer constar haberse contraído la obligación o cumplido la condición de que estaba pendiente la eficacia de la hipoteca, que fue denegada por el Registrador por no quedar acreditada que la cantidad consignada en la letra de cambio origen del protesto fuera de las incluidas en la garantía hipotecaria. Sin embargo, la Dirección declaró procedente la extensión de la susodicha nota marginal, sin perjuicio de que los Tribunales pudieran declarar en su día si tales responsabilidades se hallaban o no cubiertas por la garantía.

En definitiva, se asiste durante este periodo a una absoluta permisión por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la constitución de hipotecas en las que tienen cabida todo tipo de obligaciones (presentes, futuras, conexas o inconexas), cuya falta de concreción no puede tener otro reflejo registral que no sea el de su completa indeterminación.

3. Consolidación de un criterio restrictivo

Sentada la doctrina que precede, la cuestión se mantiene aparentemente pacífica –o al menos así se desprende de la inexistencia de resoluciones de la Dirección– hasta el año 1984 cuando, una vez planteado de nuevo un supuesto de hecho análogo ante la DGRN, se percibe un radical cambio interpretativo en su seno. En efecto, es a partir de entonces cuando comienza a rechazar, con base en los principios de especialidad y accesoriedad,

la posibilidad de constituir una hipoteca única en garantía de obligaciones *totalmente futuras* –y, por ende, indeterminadas– y/o de una masa indiferencia de obligaciones presentes o futuras, independientes entre sí; hipotecas que los interesados tratan de subsumir en el marco de los artículos 142 o 153 LH y a las que, sin embargo, el Centro Directivo califica de «flotantes», en aras a distinguirlas de las que en tales preceptos se regulan.

Por otra parte, en el año 2001 se plantea por primera vez cuál es el reflejo que, en el ámbito del derecho real de hipoteca, debe otorgarse a la ampliación de capital de un préstamo cuyo importe inicial ha sido considerado a efectos de la cobertura hipotecaria originariamente establecida. Dicho de otro modo: se plantea si cabe o no la *ampliación* de la hipoteca primeramente constituida mediante su *recarga*.

Mientras que con la primera figura (flotante) se persigue la constitución de una hipoteca que garantice la pluralidad crediticia característica de las relaciones entre las entidades de crédito y los deudores-empresarios, la segunda (recargable) encuentra una mayor aplicabilidad en el ámbito de los particulares, con la configuración de una hipoteca que permita aprovechar la garantía constituida al objeto de asegurar los préstamos destinados a la adquisición de la vivienda habitual para financiar la compra de otros bienes y servicios, en lo que podría concebirse como una evolución o generalización de la figura del crédito abierto. El nexo de unión entre ambas es, entonces, claro: se persigue en ambos casos sacar pleno rendimiento a los préstamos hipotecarios, a la vista de las ventajas que estos presentan para las entidades financieras, a saber, la consistencia de la garantía, desde el punto de vista de la seguridad del negocio, y la estrecha vinculación con el cliente, desde una perspectiva estrictamente comercial¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Así lo pone de manifiesto TENA ARREGUI, “Hacia un nuevo...”, cit., pp. 36 y ss., para quien existe un claro promotor en la creación de ambas figuras hipotecarias: las entidades financieras.

3.1. Rechazo a la hipoteca que “flota” sobre una pluralidad de obligaciones inconexas o totalmente futuras

3.1.1. Límites a las hipotecas de los artículos 153 y 142 de la Ley Hipotecaria

A diferencia de la postura sostenida en el periodo inmediatamente anterior, a partir del año 1984 la Dirección consolida un criterio contrario a la posibilidad de constituir una hipoteca de máximo en garantía de una pluralidad de obligaciones, presentes o futuras, de carácter indeterminado. Pueden encontrarse en este sentido un sinfín de resoluciones que van profundizando en los caracteres que tanto la hipoteca en garantía de obligaciones futuras como la de cuentas corrientes de crédito deben ostentar –dado el insistente reclamo de subsumir la hipoteca global en alguna de esas dos categorías–, y de cuyo examen conjunto pueden extraerse las siguientes conclusiones que, si bien se desarrollarán posteriormente, se adelantan ahora para una mayor claridad expositiva: primero, la necesidad de constituir una garantía individualizada para cada una de las distintas obligaciones que se quieran asegurar, siempre y cuando estas conserven su autonomía jurídica; y segundo, la inadmisibilidad de otorgar cobertura hipotecaria a obligaciones totalmente futuras si no queda debidamente identificada la relación jurídica de la que las mismas derivarán.

Según sostiene TENA ARREGUI, todas las resoluciones tienen un común denominador: el temor a un abuso de posición dominante, al privilegio injustificado y, en último término, a la amortización de la propiedad. Y recuerda a este respecto, por lo acertado de su predicción, las palabras de JERÓNIMO GONZÁLEZ: “si desarrollásemos muchísimo la hipoteca de seguridad, llegaríamos a una amortización parecida a la de la época feudal”, habida cuenta de que la hipoteca flotante vincula la propiedad del deudor a un nuevo señor, excluyéndola casi totalmente de la competencia de cualquier otro¹⁰⁵.

La andadura comienza con la resolución de 4 de julio de 1984 (RJ 1984, 3851), que entra a conocer de una escritura en la que se constituye hipoteca en garantía de las obligaciones (presentes y futuras) que resulten de las operaciones de crédito concedido por determinadas entidades bancarias. La transcendencia de la resolución se cifra en que, si bien reconoce que el principio de determinación puede acogerse con notable flexibilidad en materia hipotecaria en aras a facilitar el crédito, exige respeto a unas exigencias mínimas; entre ellas, la de expresar circunstanciadamente las obligaciones

¹⁰⁵ TENA ARREGUI, “Hacia un nuevo...”, cit., pp. 30 y 35.

que por medio del gravamen se garantizan. Con lo que no cabe, por ejemplo, tratándose de obligaciones ya existentes al constituirse la hipoteca, referirse a ellas por mera alusión a las “*diversas operaciones crediticias que en la actualidad*” tengan los Bancos acreedores con la, en aquel caso, sociedad deudora. Fórmulas de semejante amplitud sí habían sido, sin embargo, admitidas con anterioridad¹⁰⁶. Como tampoco cabe, apunta la Dirección, que cada obligación mantenga su autonomía en relación con la cuenta corriente estipulada.

Ahondando en este último aspecto, destaca la resolución de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9722), no solo por la trascendencia de su contenido sino porque, a su vez, sienta la interpretación que va a imperar en las sucesivas decisiones de la Dirección¹⁰⁷. La resolución trae causa de una escritura en la que las partes tratan de constituir hipoteca *ex* artículo 153 LH en garantía del saldo resultante de una cuenta bancaria en la que prevén cargar una diversidad de obligaciones presentes y/o futuras sin conexión entre sí; en concreto, tratan de garantizar diversas operaciones bancarias ya concertadas entre los hipotecantes y el Banco acreedor, así como las cantidades que por cualquier concepto adeuden los primeros a dicho acreedor en cualquiera de sus sucursales durante el periodo de vigencia de la hipoteca.

La DGRN entiende que a pesar de su denominación no se trata en puridad de una hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, por cuanto que: primero, se niega a los titulares de la cuenta que se pretende garantizar que puedan librar órdenes contra la misma ni disponer de ella; y segundo, lejos de constar expresamente en la escritura el preceptivo acuerdo novatorio, se afirma que las obligaciones cargadas en la cuenta garantizada no sufrirán modificación, alteración ni novación alguna, conservando toda su fuerza y vigor, así como las acciones y derechos derivados de las mismas, hasta su completa satisfacción.

¹⁰⁶ Recuérdese en particular que la resolución de 5 de marzo de 1929 (LA LEY 8/1929) había admitido la fórmula por la que se decía garantizar “los créditos que constaran en todos los documentos bancarios firmados por el deudor y que se encontraran en poder del acreedor o que este hubiera negociado” y, por su parte, la resolución de 16 de junio de 1936 (LA LEY 16/1936) había permitido la inscripción de una hipoteca en garantía de “las obligaciones que dimanasen de cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito fuera tenedor el acreedor y en las cuales figurase el deudor como librador, librado, endosado o avalista o en cualquiera otro concepto”, expedidos y puestos en circulación con anterioridad a la fecha de la escritura, así como de cuantos se concertasen en el futuro.

¹⁰⁷ RRDGRN de 6 de junio de 1998 (RJ 1998, 5226), 24 de julio de 1998 (RJ 1998, 5979), 10 de julio de 2001 (RJ 2001, 5910), etc.

Este acuerdo novatorio resulta esencial habida cuenta de que, según sostiene el Centro Directivo, la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante y, por consiguiente, su realización solo procederá a través del ejercicio individual de cada una de las relaciones jurídicas comprendidas, cuya autonomía y régimen jurídico se mantendrán inalterados sin más correcciones que las debidas al juego compensatorio. Por el contrario, cuando la cuenta bancaria aparece como instrumento contable de una relación contractual, ya de apertura de crédito ya de cuenta corriente, el saldo resultante de la misma deviene exigible de forma autónoma, en tanto que obligación nueva que viene a sustituir las relaciones de crédito que hayan podido surgir entre las partes y cuya anotación en la cuenta ha resultado en su pérdida de exigibilidad aislada.

Idéntica solución denegatoria se alcanza aun en el supuesto de que se haya incluido en la escritura una cláusula en cuya virtud el cierre de la cuenta determine la novación de las obligaciones anotadas y consiguiente pérdida de su exigibilidad aislada, puesto que, al anticiparse al propio nacimiento de las obligaciones a novar, adolece de una absoluta indeterminación en su objeto, contraria a lo previsto en los artículos 1261 y 1271 CC, además de que el alcance de tal pacto novatorio quedaría a la exclusiva voluntad del acreedor (art. 1256 CC), dada su facultad de optar por aquellas operaciones que serán reflejadas en la cuenta [RDGRN de 7 de junio de 1999 (RJ 1999, 4740)]. Por tanto, a fin de que pueda prosperar la inscripción de la hipoteca, el convenio contractual debe articularse en el sentido de que no sea el cierre de la cuenta, sino la simple anotación de las operaciones en la misma, la que determine su novación.

En caso contrario, es decir, en el supuesto de que nos encontremos ante obligaciones distintas sin conexión causal entre sí, y dado que no puede ser objeto de garantía el posible saldo de la cuenta, habrá de constituirse una garantía hipotecaria individualizada para cada una de ellas, en consonancia con el mantenimiento de su autonomía jurídica, y no una hipoteca única aplicable indistintamente y a elección del acreedor a cualquiera de ellas¹⁰⁸.

Esto es, el Centro Directivo sostiene que la garantía de varias obligaciones tan solo cabe a través de otros tantos derechos de hipoteca, uno para cada obligación, aun en el caso de que un mismo

¹⁰⁸ Esta misma decisión se reitera posteriormente, entre otras, en la RDGRN de 11 de enero de 1995 (RJ 1995, 186), la cual sienta claramente que, por aplicación de los principios de especialidad y accesoriedad, no cabe la constitución de hipoteca en garantía de una masa indiferenciada de obligaciones ya existentes que pudiera tener contraída determinado deudor o deudores con el acreedor garantizado.

acreedor sea titular de todos los créditos.

Este es el criterio que aplica, entre otras, en las resoluciones de 11 de octubre de 2004 (RJ 2005, 2549) y 25 de abril de 2005 (RJ 2005, 5538), en las que deniega la inscripción de una hipoteca de máximo en garantía del cumplimiento de todas las obligaciones comerciales (derivadas del suministro de piedras y mármoles naturales) que dos sociedades tienen concertadas; hipoteca con la que se pretende, por tanto, garantizar la falta de pago de las mercancías que en su día se suministren, junto con cualquier eventualidad por pérdida o deterioro de las mismas. Obsérvese una vez más que una hipoteca de tales características, en garantía de las operaciones mercantiles existentes entre dos comerciantes, sí había sido admitida conforme al criterio precedente [RDGRN de 28 de febrero de 1933 (RJ 1933, 88)], al amparo de los artículos 142 y 143 LH.

Ello no obsta, sin embargo, a que pueda constituirse hipoteca en favor de dos o más acreedores, siempre que se trate de una obligación «única por su fuente, causa y fin», y que se especifique en el asiento bien el carácter solidario del crédito bien la participación de cada acreedor en el mismo, y ello a pesar de que a tenor del artículo 1138 CC pueda dar lugar, por razón de la mancomunidad simple y divisibilidad de la prestación, a que hayan de reputarse como distintos los créditos de cada uno de ellos [RDGRN de 28 de julio de 1998 (RJ 1998, 5984)]. Tampoco impide que las partes puedan acordar la novación extintiva de las diversas deudas que tenga el deudor contraídas con el acreedor para, una vez convertida en una *nueva y única deuda*, pase a ser garantizada con hipoteca [RDGRN de 21 de junio de 2001 (RJ 2001, 5684)].

En definitiva, deben concurrir ambas circunstancias para que pueda entenderse constituida una hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, a saber, la disponibilidad del saldo de la cuenta a favor del deudor y la pérdida de autonomía de las operaciones que quedan reflejadas en la misma¹⁰⁹. La ausencia de alguno de los dos requisitos mencionados es, en palabras de la RDGRN de 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6275), un síntoma típico de la «patología» consistente en tratar de emplear la técnica de la apertura de crédito en cuenta corriente para encubrir lo que en realidad son hipotecas flotantes. Pero es más, esta última resolución establece un requisito adicional, al que ya indirectamente se había referido la de 23 de diciembre de 1987: la inexistencia de un elemento de arbitrariedad a favor de la entidad financiera en cuanto a la determinación de qué concretas obligaciones deben ser introducidas en la cuenta.

¹⁰⁹ En la RDGRN de 27 de julio de 1999 (RJ 1999, 6083), si bien se pacta que las partidas integradas en la cuenta pierdan su autonomía y exigibilidad aislada, de suerte que la hipoteca tenga por objeto una sola obligación consistente en la resultante del saldo que arroje la liquidación de la cuenta, en la misma escritura se condiciona la disponibilidad del crédito a que se efectúe únicamente por los medios que la entidad acreedora admita y, por tanto, sostiene la DGRN que no existe en realidad una relación básica de crédito ya vinculante para la entidad acreedora, por lo que no cumple las exigencias mínimas requeridas.

Pues la Dirección se percata de que la indeterminación respecto a la futura existencia, fuente y causa de los créditos que se pretenden garantizar con hipoteca favorece en particular al Banco, a cuya discreción queda (y no debe quedar) la determinación de las obligaciones sobre las que finalmente recaerá la garantía hipotecaria.

Esta particularidad es, precisamente, la que justifica que se refiera a dicha hipoteca como flotante, indicativo de que la misma «flota» sobre las diversas obligaciones garantizadas: el acreedor podría libremente decidir, llegado el caso, sobre cuáles recae finalmente la hipoteca. De este modo, podría suceder que el crédito cuya efectividad asegurara en última instancia la hipoteca no debiera ostentar tal rango atendida su naturaleza y la que hubiera sido su fecha real de inscripción en el Registro; sin embargo, su ejecución se tramitaría con preferencia a otros acreedores cuyo derecho debiera haber sido antepuesto, en clara vulneración del principio *par conditio creditorum* que consagra el artículo 1925 CC.

En otras resoluciones se pone el acento, en cambio, en que atribuir la concreta determinación de las obligaciones a una sola de las partes, además de incumplir el principio de determinación registral, como consecuencia de la indeterminación del objeto del contrato (art. 1273 CC), supone dejar al criterio de tan solo una de aquellas el cumplimiento del mismo, en contra de lo previsto en el artículo 1256 CC¹¹⁰.

Resulta interesante exponer el supuesto de hecho que da lugar a la resolución de 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6275), en el que concurren *a priori* los requisitos que respecto de la hipoteca en garantía de cuenta corriente se venían exigiendo, tales como la disponibilidad del saldo a favor del deudor y el pacto de novación de las obligaciones por su simple introducción en la cuenta bancaria. Persiste, sin embargo, como ya se apuntaba, el elemento de arbitrariedad a favor del acreedor, no solo por lo atinente a las concretas obligaciones que deben ser introducidas en la cuenta sino también al instante en el que tal inserción ha de tener lugar. Ello implica, según indica la DGRN, que la consecuencia práctica de la operación podría ser la que sigue: líquida, vencida y exigible una obligación, el Banco podría optar entre, primero, proceder ejecutivamente al margen de la hipoteca, segundo, cargar en la cuenta la obligación incumplida o, tercero, no hacer nada y dejar que la obligación insatisfecha devengue los intereses de demora pactados. De las tres opciones ningún acreedor optaría a su juicio por la segunda (o sea, por cargar la obligación incumplida en la cuenta), pues de ello no obtendría ninguna ventaja y sí el inconveniente de que la cantidad adeudada dejase de devengar intereses, por lo que la disyuntiva se produciría entre la

¹¹⁰ Vid. RRDGRN de 26 de noviembre de 1996 (RJ 1990, 9333) y 6 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7781).

primera y tercera alternativas. Si finalmente se decidiese por la última, o sea, por dejar que la obligación impagada devengue los correspondientes intereses de demora, con ello el Banco no renunciaría a ejecutar al margen de la hipoteca en cualquier momento en que pudiese interesarle hacerlo (a salvo siempre la prescripción de la acción), pero si se acercase la fecha de cierre de la cuenta sin haber ejecutado la obligación y todavía permaneciese impagada, bien podría introducirla en la cuenta poco antes del cierre, incluyendo por supuesto los intereses de demora devengados y, de no ser satisfecho el saldo al cierre, ejecutar la hipoteca por el total adeudado.

En definitiva, el Banco podría optar entre ejecutar al margen de la hipoteca o conceder una “espera”, con los intereses de demora correspondientes, hasta el momento del cierre de la cuenta a cambio de, en caso de no resultar satisfecha la deuda durante esa espera, poder ejecutarla con cargo a la garantía hipotecaria constituida. Naturalmente, los intereses de demora devengados, al ser introducidos en la cuenta, estarían cubiertos con la hipoteca siempre que no se sobrepasase en conjunto la cifra máxima pactada y, además, una vez convertidos en principal adeudado por el efecto novatorio, devengarían nuevos intereses de demora si al cierre de la cuenta el obligado no satisficiera el saldo deudor. El Centro Directivo reconoce que ello no implicaría un verdadero y propio pacto de anatocismo como consecuencia de la novación, pero advierte que el efecto práctico sería esencialmente idéntico¹¹¹.

Retomando la resolución de 23 de diciembre de 1987, una vez sentado que no ostenta la cuenta bancaria que se pretende garantizar la naturaleza jurídica de una hipoteca en garantía de cuenta corriente, la DGRN se cuestiona si la misma cumple o no las exigencias de una hipoteca de máximo por deuda futura a los efectos de su inscripción. Sin embargo, termina concluyendo que tampoco satisface los requerimientos mínimos de cara a la determinación de la obligación que, presente o futura, debe precisarse *inequívocamente*, lo cual constituye una exigencia estructural de la hipoteca dada su naturaleza esencialmente accesorio. Este requisito lo concreta finalmente la resolución de 3 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7491), cuando sienta que la salvaguarda del principio de accesoriedad de la hipoteca y de su esencial finalidad de garantía de un crédito específico implica que sea preciso identificar, al tiempo de su constitución, la relación jurídica de la que derivará la obligación a asegurar, negando así la posibilidad de que la hipoteca pueda configurarse como la afección de todo o parte del valor en cambio del bien gravado en favor de un determinado sujeto que obtendría, de este modo, una cobertura genérica aplicable a cualesquiera créditos.

¹¹¹ Vid. *infra* lo que sobre el pacto de anatocismo se indica (apartado 3.2 del capítulo segundo).

Resulta sumamente ilustrativa y por ello merece especial mención la resolución de 17 de enero de 1994 (RJ 1994, 239), en tanto expone los argumentos que han llevado a la Dirección a sostener la inadmisibilidad de hipotecas en garantía de deudas totalmente futuras, entendidas como aquellas cuya constitución *ex novo* depende enteramente de un futuro contrato que las partes libremente puedan o no celebrar.

El Centro Directivo parte de que su admisión “equivaldría a permitir la inscripción de hipotecas que, en realidad, no son tales, porque, dado su carácter accesorio, en rigor no existen (no puede haber hipoteca mientras no exista la deuda a la que ha de servir de garantía)”. Así, constituiría en realidad una «reserva de rango» cuya existencia y virtualidad quedaría a la libre disposición del propietario, que podría utilizarla incluso para burlar los derechos –en otro caso preferentes– de terceros acreedores hipotecarios o anotados de embargo, eludiendo las normas imperativas en materia de prelación de créditos. Además, si bien estas reservas de rango podrían facilitar determinadas operaciones comerciales, al no existir un legítimo interés suficiente que las justifique, menoscabarían indebidamente el crédito territorial del propietario y perturbarían el tráfico inmobiliario, pues es evidente que tal facultad propiciaría que las diversas entidades encadenaran a sus clientes con la constitución de hipotecas sobre sus bienes en previsión de eventuales operaciones futuras. Por último, se pone de manifiesto la dificultad que entrañaría la cancelación de estas hipotecas, en la medida en que exigiría difíciles pruebas de hechos negativos.

Con base en las anteriores consideraciones, la Dirección estima más conveniente aplicar un criterio restrictivo, por el que solo se entienda válida la constitución de hipoteca en garantía de una obligación futura cuando lo sea de “créditos que puedan eventualmente nacer de una relación jurídica básica ya existente y que jurídicamente vincula ya al eventual deudor”. Para refuerzo de esta decisión acude, primero, a la explicación que de los artículos 142 y 143 ofrece la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, antes expuesta, que considera esencial para que la hipoteca sea válida la existencia de otra obligación preliminar que le sirva de sustento, y cuya vigencia refrenda el hecho de que estos preceptos se hayan mantenido prácticamente inalterados hasta la fecha; segundo, al rechazo que la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma de 1944 muestra a la hipoteca de propietario, dado que su admisión implicaría apartarse del tradicional carácter accesorio de nuestra hipoteca; y, tercero, ya en el ámbito del

Derecho comparado, a la interpretación que la doctrina común italiana ha realizado del artículo 2852 de su Código Civil, relativo a las hipotecas constituidas en garantía de créditos condicionales o de créditos eventuales, que exige deriven de una relación ya existente jurídicamente vinculante para el potencial deudor.

En definitiva, concluye que para que una hipoteca pueda servir de garantía a una obligación futura es preciso que en el momento de la constitución exista una «relación jurídica básica» que vincule ya el deudor y ora deje a la sola voluntad de una de las partes el nacimiento de la concreta obligación asegurada (como ocurre, v. gr., con la apertura de crédito o cualquier precontrato), ora implique deberes a cargo del eventual deudor cuya infracción dé lugar al nacimiento de tal obligación, ya se trate de una relación jurídica de tráfico (tal sería el caso si la obligación futura que se asegura lo es, por ejemplo, en concepto de daños y perjuicios, intereses de demora, pena convencional o costas judiciales, cuyo devengo depende de que el deudor incumpla una obligación previa), ya se trate de una relación jurídica familiar o de otro tipo, cuando de la infracción de los genéricos deberes que por sí comporta la susodicha relación (ya constituida) pueda surgir la obligación garantizada (por ejemplo, la hipoteca que se constituye en garantía de la obligación de indemnizar que puede surgir como consecuencia de la infracción de los deberes que comporte un determinado cargo)¹¹².

¹¹² Sostiene CORDERO LOBATO, *La hipoteca...*, cit., pp. 89-90, que la razón que descansa tras la exigencia de una relación jurídica previa no se sitúa en realidad en el plano de la accesoriedad de la hipoteca, sino que responde a la necesidad de que el inmueble hipotecado no se «bloquee» sin que el acreedor asuma ningún riesgo futuro: quien recibe una hipoteca en garantía de eventuales intereses de demora, ha asumido el riesgo de que en el futuro el deudor se retrase en el pago, de la misma forma que lo ha hecho el comprador que recibe una hipoteca en garantía del eventual saneamiento por evicción. Ello no sucede, por el contrario, si la obligación garantizada es *puramente futura*, habida cuenta que en este caso el acreedor no asume ningún riesgo futuro: no ha concedido crédito ni tampoco se ha obligado a hacerlo. Por su parte, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., pp. 45-46, tampoco estima correcta la solución de la DGRN, pues esa *relación previa*, o incluye ya la obligación que se quiere asegurar (y entonces no será futura) o no es nada. En efecto, en los casos en los que se asegura la obligación de saneamiento por evicción o la de pago de intereses moratorios, por ejemplo, la hipoteca no garantiza la obligación inicial en sí misma considerada sino la responsabilidad que derive en caso de incumplimiento de aquella. Ahora bien, no cabe responsabilidad sin previa obligación o deber, por lo que no son propiamente casos de obligaciones futuras, que lo serían solamente aquellas que nazcan *ex novo*, es decir, las calificadas de *puramente futuras*. Por último, ANGUIITA RÍOS, *Aspectos...*, cit., pp. 262-263, sostiene que, si bien no queda resuelto el problema de la accesoriedad, lo que se consigue con esta teoría del vínculo preexistente es ganar en la especificidad del derecho y, principalmente, hacer más patente la posibilidad de que surja, es decir, otorgar cierta dosis de probabilidad a la obligación futura: al existir una relación previa parece que la posibilidad de que surja es más cercana y justifica, por ello, la constitución del gravamen. ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. IX, p. 342, nos recuerdan, por otra parte, que la Ley Hipotecaria se limita a recibir el concepto de «obligación futura» ya formado en el Derecho civil, para cuya existencia se requiere

Durante este periodo existe al menos un supuesto en el que la DGRN entiende cumplido el requisito de la necesaria determinación de la relación jurídica básica que, por ende, da lugar a la inscripción de la hipoteca: el resuelto por resolución de 28 de abril de 1999 (RJ 1999, 2223). La misma trae causa de una escritura en la que se constituye hipoteca unilateral de máximo a favor de los herederos de una tercera persona, para garantizar la deuda que pudiera resultar en favor de dicho causante y, en definitiva, de sus herederos, como consecuencia de ciertas irregularidades detectadas en una permuta previamente formalizada. El Centro Directivo concluye que aparece suficientemente determinada la relación jurídica básica, vinculante ya para el eventual deudor, cuya anomalía o irregularidad dará lugar al nacimiento de la concreta obligación asegurada, consistente en indemnizar los daños y perjuicios o las responsabilidades pecuniarias que deriven de aquella en favor –como herederos de la mencionada causante– de los acreedores hipotecarios, y ello a pesar de que, como hipoteca de seguridad que es, su plena efectividad dependa de la prueba extrarregistral de la existencia del crédito garantizado.

En resumen de todo lo expuesto, la hipoteca regulada en el artículo 153 LH requiere, primero, que el deudor tenga efectiva disponibilidad sobre el saldo de la cuenta; segundo, que se produzca la pérdida de autonomía de las operaciones reflejadas en la misma, de suerte que el saldo final constituya en realidad una obligación única a la que sirve de garantía la hipoteca constituida –en caso contrario, si las distintas obligaciones conservan su autonomía jurídica, debe constituirse una hipoteca independiente para asegurar la efectividad de cada una de ellas–; y tercero, que no concurra un elemento de arbitrariedad respecto de las obligaciones concretas que deben ser introducidas en la cuenta y del momento en el que lo sean, o dicho de otro modo, que la hipoteca no *flote* sobre las distintas obligaciones susceptibles de constituir el objeto de la garantía. Por su parte, el artículo 142 LH exige que la obligación futura sea precisada de forma inequívoca, mediante la identificación de la relación jurídica en cuyo seno podrá nacer.

A la vista de esta doctrina, resulta particularmente polémica la STS 492/2002, de 27 de mayo (RJ 2002, 4484), cuyo supuesto de hecho puede sintetizarse en los siguientes términos: las partes suscriben una escritura que titulan como “hipoteca de máximo”, en garantía del pago de todas las

por lo menos que haya cierta seguridad o posibilidad de que la obligación existirá o, en palabras de JERÓNIMO GONZÁLEZ, que el aparato jurídico creado tenga «consistencia suficiente» para merecer la garantía de sus consecuencias.

cantidades que durante el plazo de cinco años resulten a favor de la entidad financiera en concepto de principal, intereses, comisiones o gastos, devengados por razón de operaciones que se realicen en el futuro por dicha entidad a favor del deudor “y que con carácter enunciativo y sin limitaciones se relacionan: saldos deudores en cuentas corrientes, de crédito, pólizas de préstamo o crédito, descuentos comerciales, descuentos financieros, cantidades derivadas del uso de Tarjetas de Crédito o Cajeros Automáticos, y cantidades prestadas por avales, fianzas, y además en documentos de crédito y giro, incluso recibos que la entidad descuente o negocie en lo sucesivo y en los que el deudor aparezca conjunta, indistinta o solidariamente, bien como librador, endosante, aceptante o avalista. Las cantidades que el Banco pudiere pagar en razón de contribuciones, tributos o exacciones, que afecten directamente a la finca hipotecada, o las primas de los seguros concertados en relación con la misma o con la actividad que en ella se desarrolle, sin perjuicio del posible vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas. Las cantidades que el Banco por cuenta de los acreditados, entregue al Notario autorizante de esta escritura, para atender los gastos que ocasione, hasta que una primera copia de la misma, librada para el Banco acreedor, quede inscrita en el Registro de la Propiedad, incluidos los de cualquier título previo, cuya inscripción sea necesaria para la de la hipoteca”.

El Tribunal, tras realizar un repaso por la doctrina de la DGRN, acuerda declarar la nulidad del inciso “y que con carácter enunciativo y sin limitaciones se relacionan”, mas reputa válida la hipoteca respecto a la serie de operaciones que se describen y que, a su juicio, se encuentran convenientemente precisadas en sus elementos esenciales. Ello no obstante, justifica su fallo en la inexistencia, en el concreto supuesto de hecho, de terceros afectados, cuya concurrencia, según él mismo expresa, hubiese sido suficiente para “modificar la posición recién explicada”. No compartimos, sin embargo, la decisión del Alto Tribunal, no tanto porque se aparte notablemente de la doctrina de la Dirección (a la que paradójicamente cita como fundamento de su resolución), sino porque termina por admitir la validez de una hipoteca en garantía de obligaciones cuya descripción adolece de una manifiesta vaguedad y que colisiona, por ende, con el principio de especialidad. Téngase en cuenta, además, que la protección que tal principio dispensa no se sitúa en exclusiva en la esfera de los terceros interesados sino también en la de otros sujetos (hipotecante, terceros poseedores...¹¹³), por lo que la inexistencia de los primeros no justifica la adopción de una solución dispar.

No podemos terminar sin antes mencionar la resolución de 1 de junio de 2006 (LA LEY 70250/2006), en la que se ha percibido una cierta flexibilización en el criterio de la Dirección, al permitir la inscripción de una hipoteca en garantía de letra de cambio que garantiza no solo la obligación cartular sino también la extracambiaria consistente en el pago de intereses de demora más allá del límite establecido en el artículo 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque –por supuesto, respetando los términos del artículo 114 LH

¹¹³ Vid. *supra* apartado 3.2.2.

respecto de la cobertura hipotecaria en concepto de intereses¹¹⁴. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que ya desde la temprana resolución de 23 de diciembre de 1987, antes reseñada, el Centro Directivo se había referido al nexo causal de las distintas obligaciones a garantizar (nexo causal, en aquel supuesto, inexistente). En cambio, en el presente caso sí existe una relación de causalidad o accesoriedad entre los intereses garantizados y la obligación cartular y, por tanto, la constitución de una hipoteca única en garantía de ambas obligaciones viene justificada por la “debida conexión” que estas mantienen¹¹⁵. Ahora bien, lo cierto es que el Centro Directivo sienta aquí abiertamente que obligaciones distintas pueden recibir una cobertura hipotecaria única en tanto en cuanto tengan conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra, sin que el principio de especialidad sea obstáculo para ello (siempre que las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos definidores), ni tampoco el de accesoriedad de la hipoteca (en la medida en que la misma quede enlazada con esas distintas obligaciones y debidamente supeditada a estas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad).

3.1.2. Especial referencia a la figura del “crédito abierto”

Parece oportuno traer a colación aquí un instrumento ampliamente extendido en la práctica bancaria al que se denomina «crédito abierto con garantía hipotecaria» y que designa el contrato, articulado en forma de cuenta corriente, en virtud del cual una entidad financiera pone a disposición del deudor un determinado capital hasta un límite máximo, que puede hacer efectivo en una o en varias disposiciones de carácter autónomo (en cuanto al destino, tipo de interés y plazo de amortización). La principal particularidad de este contrato consiste en la facultad que otorga al deudor de volver a disponer del saldo ya amortizado en tanto no tenga lugar el cierre de la cuenta.

¹¹⁴ Así lo ha percibido, entre otros, GÓMEZ GÁLLIGO, “La reforma hipotecaria...”, cit., p. 1681, que califica la resolución de esperanzadora, en alusión a lo que considera un cambio en la doctrina de la DGRN, a saber, la posibilidad de que una misma hipoteca asegure diversas obligaciones siempre que estén causalmente vinculadas entre sí.

¹¹⁵ La DGRN insiste aquí en que la garantía en concepto de intereses de demora constituye en realidad un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, habida cuenta de que su nacimiento depende de la conducta ulterior –incumplimiento por mora– del obligado al pago. Obsérvese, por otro lado, que lo mismo se permite en las hipotecas ordinarias o de tráfico, en las que indudablemente cabe cubrir mediante una única garantía el principal y otras obligaciones accesorias, tales como los intereses remuneratorios, moratorios, costas y gastos, siempre y cuando se establezca separadamente la cantidad que respecto de cada obligación responde la finca (por exigencia del principio de determinación).

Según pone de manifiesto GÓMEZ GÁLLIGO, es esta una fórmula financiera principalmente destinada al consumo, como así se aprecia en la práctica registral¹¹⁶. Con él coincide ROCA SASTRE, quien sitúa su nacimiento en los años 90 como respuesta a la necesidad de las familias de financiar no solo la adquisición de su vivienda habitual sino también la de otros bienes y servicios (ajuar, automóvil, etc.), con cargo a la misma cobertura hipotecaria¹¹⁷.

Se trata de una figura no regulada legalmente cuya existencia ha pasado prácticamente inadvertida en el ámbito de la jurisprudencia registral, en el que no se han encontrado resoluciones sobre el particular, a salvo una de 6 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7781). Del análisis realizado por el Centro Directivo, que deniega la inscripción de la hipoteca por su *flotabilidad*, se extraen tres ideas claras respecto a los caracteres de esta fórmula que la Dirección entiende lícitos: primero, considerando que desde el perfeccionamiento del contrato surge la obligación fundamental del concedente de tener a disposición del acreditado la cantidad pactada pero no así la del deudor de reintegrarla (que solo nacerá en el momento en el que efectivamente disponga de ella y en la medida en que lo haga), se está ante una obligación futura que deriva de una relación jurídica básica preexistente (el contrato de apertura de crédito), susceptible de ser garantizada a través de una hipoteca de seguridad; segundo, no necesariamente debe instrumentarse en cuenta corriente aunque sí puede utilizarse aquella como técnica contable, aun cuando cada obligación mantenga su propia autonomía, pues de este modo se otorga al contrato mayor elasticidad en el bien entendido de que el deudor puede reintegrar la cantidad dispuesta “a su voluntad”, reduciendo el monto de lo debido a través de abonos en la cuenta, lo que disminuye la base de cálculo de los intereses a devengar y aumenta la posibilidad de hacer disposiciones futuras; y tercero, es válido el pacto en virtud del cual se acuerda la aplicación del artículo 153 LH a efectos de ejecución, aun a pesar de que no se esté ante una hipoteca en garantía del saldo de cuentas corrientes de crédito.

A pesar de que no es unánime en la doctrina la delimitación de cuáles sean las notas básicas de este producto financiero, se comparte la idea de que las partidas que se incorporan a la cuenta no pierden su exigibilidad aislada y consiguientemente no se

¹¹⁶ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “El crédito abierto garantizado con hipoteca”, en *Contratación bancaria. Jornadas celebradas en Tarragona, 6 y 7 de marzo de 1997*, coord. por M. Díaz Muyor y P. del Pozo Carrascosa, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 163.

¹¹⁷ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. IX, pp. 85 y ss.

refunden en una obligación única consistente en el saldo que la misma arroje¹¹⁸. Además, cada una de las disposiciones efectuadas puede tener un destino distinto y una configuración autónoma en cuanto a tipo de interés y plazo de amortización, que en ningún caso podrá superar el máximo estipulado como vencimiento final del crédito¹¹⁹. En definitiva, las deudas que se cargan en cuenta pueden carecer totalmente de conexión entre sí¹²⁰.

Analizada esta figura desde el prisma de la doctrina de la Dirección General, se extraen las siguientes conclusiones: primera, que incurre en los mismos defectos por los que es sistemáticamente denegada la inscripción de hipotecas *flotantes* bajo el marco del artículo 153 LH, a saber, la inexistente pérdida de autonomía de cada obligación con su incorporación a la cuenta corriente, por lo que no cabe sostener que exista una única obligación garantizada consistente en el saldo resultante; y segunda, desde el punto de vista de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, con la que parece encontrar mayor afinidad, nos topamos asimismo con un defecto insalvable, a saber, que no existiendo una única obligación futura sino varias, es preciso que se dé un nexo causal entre sí, que evidentemente no concurre en el presente caso si atendemos a la configuración independiente de cada obligación (nótese que no solo se pacta un diferente tipo de interés y plazo de vencimiento sino que incluso varía el destino de la cantidad de la que se dispone)¹²¹. Estamos, a nuestro juicio, ante una mera

¹¹⁸ Así lo ponen de manifiesto, entre otros, NAVARRO VIÑUALES, J. M., “El derecho real de hipoteca inmobiliaria en la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *RCDI*, 654, 1999, pp. 1968-1969, y SÁENZ DE JUBERA HIGERO, *Relación...*, cit., pp. 280-282, quienes además sostienen que normalmente se pacta que sea el acreedor hipotecario quien decida de forma unilateral, mientras exista saldo disponible, las deudas que se cargan en la cuenta –concorre así el elemento de arbitrariedad vedado por la DGRN–. Lo contrario sostiene GÓMEZ GÁLLIGO, “El crédito abierto...”, cit., p. 166, por entender que lo único determinante es el saldo definitivo de la cuenta, si bien pone de manifiesto que se prevé la posibilidad de vencimiento anticipado de la totalidad de la operación si alguna de las disposiciones deja de ser pagada a su respectivo vencimiento. Es claro, por tanto, que no opera la dinámica de la cuenta corriente de crédito sino la de la exigibilidad de cada concreta obligación garantizada, que puede además arrastrar el vencimiento de las restantes.

¹¹⁹ GÓMEZ GÁLLIGO, “El crédito abierto...”, cit., p. 165.

¹²⁰ NAVARRO VIÑUALES, “El derecho...”, cit., p. 1969.

¹²¹ Así lo expresa también NAVARRO VIÑUALES, “El derecho...”, cit., pp. 1969, cuando pone de relieve cómo la realidad prevalece sobre la teoría, pues reconoce que sin perjuicio de la doctrina de la Dirección General que aboga por el criterio «una deuda, una hipoteca» y que solo admite una reunificación de varias obligaciones a través de una cuenta que cumpla los requisitos antedichos, la práctica notarial-registral muestra que a diario se autorizan e inscriben sin problema hipotecas que vulneran las dos ideas apuntadas, admitiendo el producto llamado “crédito abierto”. Con él se consigue que una sola hipoteca garantice una pluralidad de obligaciones presentes y futuras que carecen de conexión causal entre sí y sin que se prevea la novación y refundición en el saldo por su incorporación a la cuenta; la hipoteca flotante

yuxtaposición de obligaciones a las que se otorga apariencia de unidad mediante un contrato único, con el manifiesto objetivo de pasar el filtro de una Dirección General que, conforme ha sido puesto de manifiesto, concede un estrecho margen de actuación a aquellos interesados en conseguir coberturas genéricas.

3.2. La hipoteca recargable: una «ingeniosa construcción»

A partir del año 2001 se plantea ante la DGRN la siguiente cuestión: si, ampliado el capital de un préstamo anterior que está garantizado con hipoteca y respecto del cual una parte ya ha sido amortizada por el deudor, cabe subsumir esa nueva entrega de capital dentro de la garantía hipotecaria ya existente hasta alcanzar el importe máximo que esta inicialmente garantizaba. Encontramos aquí, por tanto, el precedente más inmediato de lo que actualmente se conoce como hipoteca recargable. Sin embargo, la solución entonces ofrecida por el Centro Directivo dista mucho, como posteriormente se verá, de la actual.

Este asunto es primeramente abordado en la resolución de 26 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4808), en la que el recurrente trata de utilizar una garantía hipotecaria existente para cubrir lo que denomina “*ampliación por novación modificativa del préstamo original*”. A tal fin alega que la hipoteca primitiva, para la que se había convenido el conocido como sistema francés de amortización (es decir, aquel en el que se van abonando los intereses del préstamo a la vez que se amortiza el capital, a través de cuotas periódicas), es en realidad un *tertium genus* distinto de las hipotecas de tráfico y de las de seguridad que, dada la divergencia que existe entre la suma garantizada con la hipoteca y la realmente debida como consecuencia del pago de las sucesivas cuotas, puede seguir utilizándose para asegurar la ampliación del préstamo en función de los pagos ya realizados y hasta la suma en que lo hacía inicialmente.

La Dirección rechaza tal pretensión, que califica de «ingeniosa construcción», con base en las siguientes consideraciones: primero, en que el sistema previsto para el pago o devolución del préstamo en nada altera la naturaleza de una hipoteca ordinaria o de tráfico que, frente a la de seguridad, es la que garantiza una obligación ya existente y de

resurge así, por una vía indirecta, llena de pujanza. Para un análisis detenido sobre la figura, *vid.* BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, *Hipoteca en garantía...*, cit., pp. 79 y ss.

cuantía determinada; y segundo, en que la indivisibilidad de la hipoteca, en cuya virtud la misma subsiste íntegra a pesar de los pagos parciales realizados por el deudor, guarda estrecha relación con su accesoriedad, en cuanto nace en garantía de una concreta obligación, por un importe determinado o máximo, con la que se transmite y extingue, sin que tenga cabida en nuestro Derecho la hipoteca sin crédito o de propietario. Así, el Centro Directivo reputa inadmisibles “que la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito pueda aplicarse posteriormente, como una reserva de rango disponible, a la cobertura adicional de otro, ni aunque por haberse reducido el importe del primero quepa el segundo dentro del límite de responsabilidad hipotecaria establecida para aquel”. Recuerda además que ni tan siquiera en la hipoteca de seguridad existe tal posibilidad, pues conforme se ha visto en el apartado precedente en ella se exige en todo caso la identificación de la relación jurídica de la que ha de nacer la obligación asegurada, sin que el exceso de cobertura permita cobijar un crédito distinto del inicialmente previsto en su constitución, fruto de un nuevo convenio contractual.

Idéntica solución ofrece la resolución de 9 de enero de 2002 (RJ 2002, 4139), mientras que la de 17 de enero de 2002 (RJ 2002, 4588) va un paso más allá cuando ofrece un remedio «salomónico»¹²² para los casos en los que las partes acuerden una novación del contrato de préstamo primitivo consistente en una ampliación de capital y quieran (consiguientemente) ampliar la cobertura hipotecaria¹²³. Este, que será el que se aplique en los años venideros, consiste en asimilar a efectos prácticos –o mejor dicho, a efectos de ejecución–, la ampliación de la hipoteca a la constitución de una nueva con su respectivo rango, en salvaguardia de la obligación de restituir la nueva entrega de capital. Solo de esta forma se entiende que pueden protegerse los derechos adquiridos por terceros acreedores con carácter previo a la ampliación, cuya prioridad viene determinada por ley, y ello sin perjuicio de que la deuda total resultante pueda operar *inter partes* como una obligación única a consecuencia de la “novación modificativa” pactada, a la que resultará de aplicación un único régimen jurídico contractual (v. gr., se

¹²² Así la califica, de forma ciertamente ilustrativa, CANALS BRAGE, F., *La recarga de la hipoteca*, Fundación Registral, Madrid, 2010, p. 70.

¹²³ Según pone de manifiesto la propia resolución, el mismo problema se plantearía por ejemplo en el supuesto de que, garantizada con hipoteca tan solo una parte de la obligación, los intervinientes conviniesen posteriormente ampliar la cobertura hipotecaria al resto no garantizado. Esta situación parece darse con menor frecuencia práctica que la consistente en realizar futuras concesiones de capital a un mismo deudor, pero no por ello es imposible que ocurra: *vid.* RDGRN de 2 de enero de 1996 (RJ 1996, 584).

unificará su pago a los efectos previstos en el artículo 1169 CC). La Dirección admite de este modo la posibilidad de que se amplíe una hipoteca existente al objeto de dar cobertura real al incremento cuantitativo del préstamo hasta entonces garantizado, si bien con los peculiares efectos antedichos, en coherencia con lo previsto para supuestos análogos por los artículos 144, 116 y 163 LH, así como por el artículo 219.2º RH, y con el fin último de dejar a salvo los derechos adquiridos por terceros con carácter previo a la ampliación.

Por último, mediante resoluciones de 2 y 3 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6940 y 2005, 6928, respectivamente) se admite la inscripción de una hipoteca en la que se fija una responsabilidad hipotecaria hasta un importe máximo por principal del crédito y otras cantidades complementarias (intereses ordinarios, de demora, costas y gastos), y en la que se pacta adicionalmente que, sin perjuicio de la eficacia inmediata de la constitución del derecho de hipoteca por dicho importe, las cantidades aseguradas por la hipoteca quedarán aumentadas en una determinada suma superior si se cumple cualquiera de las condiciones detalladas en la escritura.

El Centro Directivo razona que, aceptada la posible ampliación de una hipoteca con el alcance previsto en la resolución de 17 de enero de 2002, no hay óbice para que esa ampliación pueda estar contemplada *ab initio* bajo condición suspensiva. En palabras de la Dirección, no se trata de un gravamen potencial sino de un derecho de garantía actual de un crédito existente, que perjudica a los terceros adquirentes desde su constitución, si bien la cobertura de dicho crédito se modula de suerte que, además de la parte inicialmente asegurada, se extienda, si se cumple la condición, a otra parte también determinada. Nótese que en este caso, al contrario de lo que sucede en el analizado con anterioridad, la hipoteca adquiere rango por el total importe presente y futuro en el momento de la inscripción (esto es, no puede haber aquí, como en aquella hipótesis, terceros intermedios cuyos derechos hayan de ser salvaguardados si tiene lugar la ampliación). Ahora, no puede desconocerse que esto, la adquisición de rango en el instante de la inscripción), es un rasgo inherente a todas las hipotecas sometidas a condición.

Mayores dudas suscitan, a nuestro juicio, las concretas condiciones a las que se somete la ampliación, pues se contemplan determinadas circunstancias reveladoras de un

deterioro de la situación patrimonial del deudor y de los garantes o de la disminución del valor de la finca hipotecada y por ende de la integridad de la garantía. La DGRN entiende que son escenarios que justifican de forma suficiente el que se *module* el derecho real de hipoteca. Resuelve, empero, en sentido opuesto a como lo hizo en la resolución de 24 de enero de 1916 (LA LEY 4/1916), anteriormente analizada, en la que si bien deniega con acierto la inscripción de la hipoteca porque no es acorde al principio de especialidad y consiguiente distribución de responsabilidad entre fincas, añade asimismo que la segunda hipoteca “no puede ser solo un seguro contra la contingencia del menor valor de la primera, suposición inadmisibles, dadas las limitaciones de tiempo y riesgo propias del contrato de seguro; o una fianza de otra de carácter real, figura jurídica que no cabe dentro del articulado del Código civil”. Declara, en fin, con rotundidad, que si bien la ley contempla la constitución de hipotecas en garantía de obligaciones sujetas a condición, no así la de tales hipotecas condicionales, que bien parece ser también la que en este caso se constituye.

Sea como fuere, debe en este punto resaltarse que dichas resoluciones no implican alteración alguna en el criterio de la Dirección General respecto a la posible recarga de la hipoteca, habida cuenta de que, si bien admite la posibilidad de prever *ab initio* su ampliación, la nueva concesión de crédito en ningún caso se realiza con cargo a los importes previamente amortizados y tomando como referencia la cifra de responsabilidad hipotecaria inicialmente pactada; por el contrario, se fija una responsabilidad correspondiente a la obligación incondicionalmente garantizada y otra superior, respecto a la diferencia, sometida a condición.

IV. Recapitulación

La Ley Hipotecaria de 1861, que da paso a la moderna legislación en esta materia, idea un sistema cuyo principal objetivo consiste en movilizar el crédito territorial, a cuyo fin se hace necesario conjugar los intereses de acreedor y deudor y, por tanto, dar al primero la debida certidumbre respecto al éxito de su inversión y remover, desde la óptica del segundo, los obstáculos que aminoran sin la debida justificación su crédito territorial. La hipoteca se configura así como un derecho real accesorio de un crédito principal y específico, con existencia cierta y cuantía determinada, cuyo cumplimiento asegura, que

ingresa en el Registro de la Propiedad, previa identificación de la obligación asegurada y de la finca sobre la que recae el gravamen (por exigencia del principio de especialidad), al objeto de obtener la necesaria publicidad, cuyos efectos frente a terceros vienen determinados por los principios de fe pública registral, inoponibilidad y prioridad.

Estos principios sirven de sustento a un sistema en el que la hipoteca es concebida para garantizar deudas pasadas. Sin embargo, con la introducción de determinadas modalidades hipotecarias que vienen a responder a las «nuevas necesidades del comercio», empieza a generalizarse el uso de la misma como forma de asegurar deudas futuras, cuyo nacimiento, en ocasiones, constituye tan solo una expectativa.

Frente a ello, y a pesar de haber mostrado cierta vacilación en sus pronunciamientos, la Dirección General finalmente consolida una postura respetuosa (se dice, en extremo) con los cardinales principios de especialidad y accesoriedad de la hipoteca. Así, para poder constituir válidamente una hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, exige que se dé una disponibilidad real del saldo a favor del deudor y una previa determinación de las obligaciones que, mediante su ingreso en la cuenta y consiguiente pérdida de autonomía jurídica por el efecto novatorio de la misma, van a ser objeto de cobertura hipotecaria, en tanto que saldo final resultante a su cierre. Por su parte, la hipoteca en garantía de obligaciones futuras únicamente puede asegurar aquellas que vengán justificadas y determinadas por una relación jurídica básica preexistente.

En la misma línea, el Centro Directivo deniega de forma sistemática la inscripción de hipotecas que califica de *flotantes*, esto es, de aquellas por las que trata de garantizarse una pluralidad de obligaciones presentes o futuras sin conexión entre sí sobre las que la hipoteca *flota*, otorgando al acreedor la facultad de optar por las que van a quedar en última instancia incluidas en la cobertura hipotecaria. De la misma forma, el Centro Directivo desecha la posibilidad de utilizar la parte previamente amortizada de un préstamo para justificar una nueva entrega de capital al deudor con cargo a la misma hipoteca inicialmente constituida, sentando sobre el particular la necesidad de asimilar frente a terceros dicha novación –que califica de modificativa *inter partes*– a la constitución de una nueva hipoteca sobre el importe ampliado, a los efectos de salvaguardar los derechos de posibles acreedores intermedios.

En fin, la evolución de la hipoteca aparece acompañada de constantes esfuerzos tendentes a lograr una genérica cobertura, aplicable, a discreción del acreedor, a cualesquiera créditos presentes o futuros del deudor, que ponga al primero a salvo de la posible insolvencia o incumplimiento de este. Ante el ferviente impulso de las entidades de crédito parece finalmente ceder el legislador en el año 2007, cuando asistimos a una reforma legal por la que se introduce en nuestro ordenamiento jurídico la tan deseada hipoteca flotante y, al menos aparentemente, la recargable, que si bien en un inicio es rechazada por la Dirección, finalmente obtiene carta de naturaleza mediante su resolución de 14 de mayo de 2015, en un manifiesto olvido de aquellos esenciales principios hipotecarios que guían sus resoluciones precedentes. Parece, así, que el equilibrio entre los intereses de acreedor y deudor que propugnaba la Ley Hipotecaria de 1861 finalmente ha visto decantada la balanza hacia uno de sus extremos. Y ello por no mencionar la situación a la que pueden verse relegados los posibles terceros interesados, pues ¿dónde ha quedado la protección que a estos confería nuestro sistema?

CAPÍTULO SEGUNDO

LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, Y LAS NUEVAS FIGURAS

HIPOTECARIAS

I. Planteamiento

De cuanto se ha expuesto en el capítulo anterior, sabemos que la Dirección General de los Registros y del Notariado se vio obligada a rechazar de forma reiterada la inscripción de hipotecas que, lejos de acomodarse a los principios que tradicionalmente habían inspirado la regulación de esta institución, alteraban su configuración y la moldeaban al servicio de las «nuevas necesidades del comercio».

En efecto, se pretendía bajo tal pretexto garantizar mediante un único gravamen todas aquellas obligaciones que pudieran surgir entre acreedor y deudor (principalmente, cuando el primero era una entidad financiera) y se aspiraba de igual forma a asegurar, mediante la hipoteca constituida en garantía de un préstamo, cualesquiera ampliaciones de capital que, en relación al mismo, pudieran convenir las partes. Existía, en definitiva, un insistente reclamo en pro de la flexibilización del mercado hipotecario frente a una inamovible posición de la Dirección. Y en este clima de tensión, el legislador cedió finalmente en el año 2007 a favor del primero con la aprobación de la *Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria*.

Su misma Exposición de Motivos sentaba abiertamente como finalidad de la norma la de flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas y, singularmente, el alcance de los principios de accesoriidad y determinación, cuya estricta aplicación impedía dar acogida a los nuevos productos hipotecarios –como ya hemos visto, no tan “nuevos”– ansiados en la práctica bancaria. En la misma dirección, el legislador buscaba ampliar el ámbito de aplicación de la “novación modificativa” de los préstamos hipotecarios, para lo que calificó de *mera modificación* la alteración en determinados elementos del préstamo, eludiendo, al parecer, con ello, el efecto extintivo que podía derivar de la

novación¹²⁴. Esta afirmación, junto con la redacción que se da al artículo 4 de la Ley 2/1994, dará pie, por los motivos que seguidamente se expondrán, a cuestionar la posible introducción en nuestro ordenamiento de una nueva modalidad hipotecaria: la hipoteca recargable.

En el presente capítulo procederemos a delimitar el alcance de la Ley 41/2007, tanto por lo que se refiere específicamente a aquella figura, objeto de nuestra investigación, como a la hipoteca flotante, también introducida por esta misma norma. Pues solo una vez definidos los contornos de ambas podremos analizar su admisibilidad desde el prisma de los principios hipotecarios: ¿hasta dónde ha llegado su flexibilización?

II. La hipoteca recargable: delimitación

1. La regulación fragmentaria de la hipoteca recargable: referentes normativos

El debate doctrinal que se suscita en torno a la posibilidad de recarga de la hipoteca viene en gran medida motivado por la escasa (si no inexistente) regulación legal de la figura, que se limita a lo que sobre ella puede inferirse del artículo 4, apartados segundo y tercero, de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, tras la modificación que en ella introdujo la Ley 41/2007.

Antes de abordar la regulación que contiene el precepto indicado, conviene tener presente cuál fue el contexto en el que se promulgó inicialmente la norma en cuyo marco se inserta. Como ya es conocido, la Ley de subrogación nació en un escenario de notable descenso de los tipos de interés, que había suscitado una considerable demanda por parte de los deudores hipotecarios por la renegociación de los términos de su préstamo o por la subrogación de otro que les ofreciera unas condiciones más competitivas, todo ello al objeto de beneficiarse de las ventajas que suponía aquella

¹²⁴ Esta institución y su recta intelección en la materia será abordada en el capítulo siguiente. Nótese, empero, que el debate antes de la aprobación de la Ley 41/2007 no giraba en torno a la calificación *modificativa* o *extintiva* de la novación, sino en cuanto al reflejo que esta debía tener en el plano registral, en atención a los terceros implicados. El Centro Directivo en todo momento había sostenido, en efecto, que la ampliación de capital de un préstamo había de reputarse como una mera modificación de la obligación, pero sus efectos frente a terceros perjudicados habían de entenderse limitados al plano obligacional y, por ende, no podían trascender al real, por contrariar los principios de nuestro sistema registral. Con ello quiere decirse que tal vez su catalogación como *mera modificación* no venía en realidad a aportar nada nuevo.

bajada en el interés. Sin embargo, la subrogación no estaba resultando en aquel momento una opción viable para quienes se encontraban en esa situación, pues los considerables gastos a los que tenían que hacer frente (las fuertes comisiones por amortización anticipada y los altos costes notariales, registrales, fiscales, etc., que conllevaba la cancelación de un préstamo hipotecario y la simultánea constitución de otro) hacían prácticamente desaparecer la ventaja económica que a los deudores podía propiciar la minoración de los intereses.

De esta forma surgió la Ley 2/1994, en tanto que desarrollo legal del artículo 1211 CC, o sea, del instituto de la subrogación, con un objetivo claro: promover las condiciones óptimas que hicieran de la subrogación un recurso viable para el deudor hipotecario. Para ello, además de regular el procedimiento subrogatorio, el legislador limitó la cuantía que las entidades acreedoras podían percibir en concepto de comisión por amortización anticipada y contempló la aplicación de ciertos beneficios fiscales y arancelarios a fin de abaratar la operación. Como alternativa a la subrogación, el deudor hipotecario podía renegociar con su acreedor los términos del préstamo para tratar de mejorar el tipo de interés inicialmente convenido, con lo que el legislador dotó igualmente a este negocio de idénticos beneficios de orden fiscal y arancelario a los previstos para la subrogación.

Teníamos, por tanto, una norma que regulaba principalmente la subrogación y que dedicaba un único artículo (el 9) a establecer determinados beneficios fiscales y arancelarios para el supuesto de que las partes modificasen sus préstamos hipotecarios; mutación que debía ir necesariamente referida a la *mejora* del tipo de interés, conjuntamente con la posible *alteración* del plazo de vencimiento del préstamo.

Este esquema inicial se vio sensiblemente alterado tras las sucesivas reformas a las que fue sometida la norma, cuyo análisis detenido acometeremos en un capítulo posterior. Baste por el momento atender a la operada por la Ley 41/2007, en la que se intuye la recarga hipotecaria. Con ella, bajo un capítulo (el IV) rubricado “mejora y flexibilización del mercado hipotecario”, se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, que tradicionalmente había ido referido en exclusiva a la subrogación y, en concreto, a limitar la posibilidad de pactar en su escritura cualquier otra alteración del préstamo hipotecario originario distinta de la mejora de las condiciones del tipo de

interés¹²⁵. El cambio se dirige ahora, sin embargo, a enumerar las circunstancias a las que puede ir referida la *modificación* de los préstamos hipotecarios y el efecto que esta producirá en el rango de la hipoteca inscrita. El precepto reza, en concreto, así:

Artículo 4. Escritura pública.

(...)

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.

Sin perjuicio de las diversas interpretaciones a que se presta la norma a causa de su oscura redacción, es preciso poner ahora de manifiesto la lectura que, en términos generales, realizan quienes ven en ella la regulación de la recarga de la hipoteca: comoquiera que la modificación de un préstamo hipotecario puede ir referida a la *ampliación de capital* (art. 4.2.i) y esta *no supondrá, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita*, salvo cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación (art. 4.3), el precepto tanto quiere decir como que podrá ampliarse el capital de un préstamo hipotecario hasta el límite de la cifra de responsabilidad inscrita (o sea, valiéndose de las cantidades ya amortizadas) quedando tal ampliación cubierta por la hipoteca inicialmente constituida, la cual no verá alterado su rango aun cuando los titulares de

¹²⁵ Como se expondrá después, junto a esta previsión inicial se incorporó posteriormente (en el año 2000) la posibilidad de *ampliar* el plazo del préstamo, si bien este término fue reemplazado en la reforma de 2007 por el de *alteración* (del plazo del préstamo), actualmente vigente.

derechos posteriormente inscritos no se avengan a ello. Mayor discusión suscita los efectos que deba asignarse a la ampliación de plazo, a los que se aludirá después.

Esta intelección de la norma se apoya en la previsión que contiene la disposición transitoria única de la Ley 41/2007 (apartado tercero), a cuyo tenor “*la ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en (...) el 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*”¹²⁶. En efecto, de tal enunciado se colige que la ampliación de capital de un préstamo no lleva necesariamente aparejada la alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita (“*la ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita...*”). Y ello supone un cambio en la materia de entidad tal que conduce al legislador a vetar su aplicación retroactiva (“*sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley*”). La cuestión es: ¿cuál es el supuesto de hecho que puede dar lugar a que se amplíe capital sin alteración o pérdida de rango? Aún más, ¿qué relación guarda el rango de la hipoteca «inscrita» (o sea, de una ya constituida) con que en el plano obligacional se convenga un aumento del importe prestado?

Pues bien, el planteamiento de estos autores sigue así: si la ampliación de capital del préstamo no conlleva siempre la alteración del rango de la hipoteca que se constituyó para garantizarlo y el límite legal se sitúa en el *incremento de la cifra de responsabilidad*

¹²⁶ Esta disposición tiene su origen en la enmienda nº 79 que el Grupo Parlamentario Popular presentó en el Senado y cuya justificación era la siguiente: “dada la posible repercusión en los titulares de asientos posteriores al de la hipoteca ampliada (anotaciones de embargo, segundas o ulteriores hipotecas, que pueden estar extendidos a favor de las Administraciones Públicas), hay que dejar bien sentado en el texto legal para evitar interpretaciones que pueden acarrear demandas litigiosas, que el carácter que se predica de novación meramente modificativa en las ampliaciones de capital, sin pérdida de rango, solo tendrá lugar para las hipotecas que se constituyan a partir de la entrada en vigor de la Ley, no para las que ya estuviesen constituidas con anterioridad” (BOCG. Senado Núm. II-130-d de 06/11/2007). Ahora bien, el mismo Grupo Parlamentario proponía, amén de la introducción de dicha previsión en materia de Derecho transitorio, la mención en el propio artículo 4.3 de la Ley 2/1994 de la posibilidad expresa de pactar la ampliación de capital de la hipoteca sin alterar la responsabilidad hipotecaria: “[*l*as modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán (...), y siempre que en la constitución se conviniere el pacto expreso de ampliación de capital”. En estos términos fue aprobado el texto en el Senado. Sin embargo, el Congreso de los Diputados suprimió la referencia al pacto expreso en la aprobación definitiva de la ley, mas no suprimió el número tercero de la disposición transitoria única, que solo tenía razón de ser de haber triunfado dicha redacción [en este sentido BOTÍA VALVERDE, A., “Hipoteca recargable y novación”, 2008, accesible en www.notariosyregistradores.com (consultado el 13/03/2018), pp. 1-15].

hipotecaria, es porque “cifra de responsabilidad hipotecaria” y “capital pendiente” son dos conceptos autónomos. El primero alude a la cifra máxima que consta en la inscripción registral, que coincidirá en las hipotecas de tráfico con el importe total del préstamo, mientras que el segundo tomará en consideración las amortizaciones que, en concepto de principal, ya haya practicado el deudor, para delimitar entonces la deuda actual. Ocurrirá, así, que tomando como referencia el importe de estas últimas, el deudor podrá convenir con su acreedor una ampliación de capital hasta ese límite, sin que con ello se supere la cifra de responsabilidad hipotecaria ni, en definitiva, la hipoteca vea empeorado su rango. Caso contrario, es decir, si con la suma del capital pendiente de pago y del importe de la ampliación se supera la cifra de responsabilidad hipotecaria, sí se producirá tal alteración o pérdida de rango de la hipoteca, en la extensión que luego se dirá.

Se entiende que la reforma acoge así la pretensión de los usuarios, tanto del ámbito empresarial como particular, de ampliar los capitales de los préstamos hipotecarios en vez de cancelar las hipotecas precedentes y formalizar otras nuevas, lo que en último término respondía a su deseo de eludir los cada vez mayores costes tributarios asociados a la operación, fundamentalmente después de que el Estado transfiriese a las Comunidades Autónomas la gestión del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, que gravaba tanto la cancelación como la constitución de la nueva hipoteca y que aquellas elevaron del 0,5% al 1%¹²⁷. Además, se dice que la inclusión de la «ampliación de capital» como supuesto de modificación de los préstamos hipotecarios resolvía un problema de índole práctica: la recarga podía postularse como una solución para los acreedores de mejor rango que, previa concesión de nuevo crédito al deudor, hubiesen constituido una segunda hipoteca sobre el inmueble, pues no era infrecuente encontrarse con que una entidad distinta se subrogase únicamente en el primer gravamen, quedando así aquellos (que bien podían haber concedido crédito por la confianza de verse acreedores preferentes) relegados a una posición subordinada¹²⁸.

¹²⁷ Así lo expresa GARCÍA MEDINA, J., *Nuevas y especiales formas de garantía en el comercio (Estudio sistemático y crítico)*, La Ley Actualidad, Madrid, 2009, pp. 208 y ss., que concluye que la carestía tributaria (que se produjo en torno al año 1998), añadida al coste de los fedatarios públicos, impulsó las ampliaciones de préstamo y, correlativamente, de las hipotecas.

¹²⁸ Ahora bien, no puede obviarse que con la reforma que por la misma Ley 41/2007 se introdujo en el artículo 2 de la Ley 2/1994, por la que se obligaba a la entidad financiera que se subrogase a hacerlo en todos las cargas inscritas en favor del mismo acreedor, esta contingencia dejó de ser factible y, por ello, no existía ya la necesidad de solventarla por medio de esta institución, como se ha querido hacer ver. Ciertamente

La norma transcrita constituye, sin embargo, el único encaje normativo en el que en su caso cabría subsumir esta nueva modalidad hipotecaria, lo que ha sido objeto de crítica por las siguientes razones: primero, porque en aquella construcción se ve una interpretación forzada de la norma, habida cuenta de que la ley no establece de forma expresa que la cifra de responsabilidad hipotecaria quede *vacante* como consecuencia de los pagos realizados y pueda volver a *llenarse* con una nueva concesión de crédito, ni tampoco prevé que la ampliación en el monto prestado pueda “ganar” el rango adquirido por la hipoteca anterior (únicamente se refiere a la “pérdida o alteración” del rango del derecho real *ya inscrito*); segundo, porque la clave de tal interpretación parece situarse en la disposición transitoria de la ley cuando esta, que es en puridad adjetiva, va más allá de la sustancia del artículo 4¹²⁹; tercero, porque el legislador en ningún momento se refiere a la recarga como nuevo tipo legal de hipoteca, ni siquiera en el Preámbulo de la Ley, al contrario de que lo sí hace respecto a la *flotante e inversa*¹³⁰; cuarto, porque aun cuando hubiese introducido semejante figura en nuestro ordenamiento jurídico, no se alcanza a comprender la elección de norma hecha por el legislador, a todas luces inapropiada al efecto, habida cuenta de que la Ley 2/1994 es una norma de carácter auxiliar en sede de Derecho Hipotecario dirigida a regular el procedimiento subrogatorio y solo de forma residual a describir los extremos a los que puede alcanzar la modificación de los préstamos hipotecarios beneficiados de bonificación¹³¹; y por

es que esta última previsión del artículo 2 se ha suprimido después con la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, mas la situación descrita puede encontrar solución en otras medidas, como, por ejemplo, mediante un pacto de igualdad de rango o una condición resolutoria.

¹²⁹ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, t. X, cit., p. 66, y GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, t. II, Civitas, Madrid, 8.ª ed., 2014, pp. 4632 y ss.

¹³⁰ Aunque sí se hizo expresa mención a ella durante la tramitación parlamentaria de la Ley 41/2007: *vid.*, entre otras, la enmienda nº 17 presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds en el Congreso (aunque la descripción que realiza de lo que denomina hipoteca *recargable* se corresponde, en puridad, con la flotante), la enmienda nº 95 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, y las enmiendas nº 61 y 63 presentadas por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-127-7 de 09/05/2007 y BOCG. Senado Núm. II-130-d de 06/11/2007). Es más, tras la aprobación de la Ley 41/2007, el Grupo Parlamentario Mixto en el Congreso instó al Gobierno, mediante Proposición no de Ley (162/000260), a modificarla para, entre otras cuestiones, “suprimir la modalidad de la hipoteca recargable”, por los motivos de peso que en ella expone: BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 119, de 05/12/2008. Por tanto, parten de su efectiva introducción en nuestro ordenamiento.

¹³¹ Recuérdese que el objetivo de esta última previsión era sencillamente abaratar los costes de las posibles modificaciones en la misma medida en que lo habían sido los de la subrogación, de suerte que el deudor pudiera sacar provecho de la caída de los tipos de interés no solo a través de aquella institución sino, alternativamente, mediante pacto en tal sentido con su mismo acreedor. ¿Cuál sería la razón de que ahora

último, porque no se han reformado en el mismo sentido los dos principales cuerpos legales que regulan la materia, como son la Ley Hipotecaria y el Código Civil, cuyo régimen vigente no contiene referencia alguna, siquiera parcial o indirecta, a esta modalidad hipotecaria, ni de su articulado se infiere (más bien al contrario) que pueda asignarse una tal función a la cifra de responsabilidad hipotecaria¹³².

se prevean otras circunstancias como la «ampliación de capital», que ninguna relación guardan con aquel propósito, el de servir de alternativa a la subrogación, y a las que ni siquiera se extiende la bonificación?

En efecto, discute la doctrina si la reducción y ampliación de capital constituyen realmente supuestos en los que pueda aplicarse la exención fiscal de la Ley 2/1994. Nada prevé al respecto su artículo 9, que solo contempla la exención para aquellas novaciones en las que la modificación se refiera a las condiciones del tipo de interés, a la alteración del plazo o a ambas, de lo que se infiere su inaplicación a otros supuestos como la ampliación de capital, habida cuenta de que el artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria proscribe la aplicación analógica del precepto. Algunos autores, en cambio, encuentran la razón de que esa circunstancia no se prevea legalmente en que no conlleva en puridad una “modificación” de la hipoteca y, por lo tanto, ningún concepto que se pueda incluir en el ITP y ADJ. En este sentido ROVIRA PEREA, J., “Cancelaciones obligacionales y reales tras la reforma de la Ley 2/1994”, *La Notaría*, 49-50, 2008, pp. 47 y ss., alude a la doctrina de la Dirección General de Tributos [consultas de la DGT 2001/98, de 29 de diciembre (JUR 2001, 202755) y 27/2003, de 14 de enero (JUR 2003, 58996)] en virtud de la cual la valoración de la hipoteca, a efectos del impuesto, no se determina en función de la obligación principal que garantiza sino del *contenido valuable* que motiva la inscripción registral, al amparo del artículo 10.2.c) del Texto Refundido. De ello deduce que si no hay modificación de la «responsabilidad hipotecaria» (en más –ampliación– o en menos –reducción–), no hay en realidad base evaluable. En sentido contrario se pronuncia BOTÍA VALVERDE, “Hipoteca recargable...”, cit., p. 10, para quien la recarga está indubitadamente sujeta a tributación, como también lo está la novación consistente en la modificación del sistema de amortización, salvo que se deba al cambio del tipo de interés o del plazo, únicos a los que resulta aplicable la exención del artículo 9 de la Ley 2/1994 [consulta vinculante de la DGT V0594/08, de 27 de marzo (JUR 2008, 121070)].

Por su parte, el Tribunal Supremo (Sala 3ª) ha fijado recientemente doctrina sobre el particular en la sentencia 338/2019, de 13 de marzo (RJ 2019, 743), en virtud de la cual la exención que contempla el artículo 9 de la Ley 2/1994 se extiende en exclusiva a las cláusulas relativas al interés del préstamo, a la alteración del plazo del préstamo o a ambas. En lo demás, el citado precepto sugiere que las escrituras de novación de préstamos hipotecarios están sujetas a la modalidad de AJD, sean cuales sean los pactos o condiciones recogidos y, desde luego, cuando sean los descritos en el artículo 4.2 de la citada Ley. Ahora bien, el Tribunal Supremo concluye que la sujeción al gravamen vendrá, en definitiva, determinada por que se cumplan todos los requisitos legalmente previstos, esencialmente que el acto sea inscribible en el Registro y que la operación tenga por objeto cantidad o cosa valuable. En ese supuesto, la base imponible se determinará en atención al contenido material del hecho imponible, “que en caso de la simple novación modificativa de préstamo hipotecario incorporada a escritura pública se concreta en el contenido económico de las cláusulas financieras valuables que delimitan la capacidad económica susceptible de imposición”.

¹³² Muy al contrario de cuanto sucediera en el Derecho francés y su *«hypothèque rechargeable»*, instrumento financiero que se introdujo mediante Ordenanza 346/2006, de 23 de marzo, y que supuso la modificación y readecuación tanto del *Code civil* como del *Code de la consommation*. Precisamente en un intento de homogeneizar el Código civil con la Ley 2/1994 se ha propuesto desde la Asociación de Profesores de Derecho Civil, dentro del proyecto que impulsa en la actualidad (de carácter meramente privado) de formulación de una Propuesta de nuevo Código Civil (PCC), la introducción de un artículo 3123-15 («*modificación objetiva de la obligación garantizada*»), que prescribe: “*la modificación objetiva de la obligación garantizada no provoca la pérdida de rango de la hipoteca inscrita si con la modificación no se altera la cuantía de la responsabilidad hipotecaria*” [ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código*]

No falta tampoco quien entiende que el hecho de que el Código civil y la Ley Hipotecaria no hayan sido reformados no es óbice para la admisión de la figura, considerando que la creación de derechos reales se rige por la doctrina del *numerus apertus* (arts. 2 LH y 7 RH), es decir, que los ya tipificados pueden, a falta de regulación legal y al amparo de la autonomía de la voluntad, adaptarse a las exigencias de la realidad económica y social¹³³. Ahora, a tal fin es necesario respetar las características estructurales típicas de los ya regulados, que exista una razón justificativa suficiente que sustente la alteración, que queden salvaguardadas las exigencias que el sistema registral impone a favor de terceros y, finalmente, que no se vulnere el principio de libertad de tráfico¹³⁴. ¿Podría sostenerse que, a falta de una regulación lo suficientemente clarificadora, la hipoteca recargable cumple con tales límites? ¿Respetar las características estructurales típicas de la hipoteca tal y como ha sido tradicionalmente concebida? ¿*Quid* de las limitaciones impuestas por el sistema para la salvaguarda de los derechos de terceros?

En las líneas que siguen analizaremos su admisibilidad desde el punto de vista de los principios que inspiran la regulación de la hipoteca y de aquellos registrales que, como el de prioridad, se tornan en exigencia impuesta a favor de terceros. Procede antes, sin embargo, abordar las diversas interpretaciones que en torno a la norma expuesta han sido formuladas tanto por la doctrina como por la Dirección General, a fin de delimitar qué se entiende por hipoteca recargable y cuáles son, de ser admitida, sus elementos constitutivos y su posible alcance.

Civil, Tecnos, Madrid, 2018, p. 510]. En la última versión se ha suprimido, empero, la referencia al plazo que antes contenía el artículo en cuestión: "...si con la modificación no se altera la cuantía de la responsabilidad hipotecaria ni, en su caso, el plazo máximo de duración de la garantía". Con lo que se obvia un elemento de indudable transcendencia (la ampliación del plazo) que en el artículo 4 de la Ley 2/1994 sirve, como luego se verá, a los efectos de delimitar los supuestos en los que no puede mantenerse el rango.

¹³³ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., "Un estudio sobre la hipoteca recargable: perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante. Sus diferencias", *ADC*, 66/3, 2013, p. 1119; idea que reitera después en su trabajo "Las consecuencias de la ampliación del plazo en un préstamo hipotecario que admite recarga: la hipoteca recargable y el plazo", *RCDI*, 742, 2014, p. 663.

¹³⁴ RRDGRN 2473/2016, de 18 de febrero (RJ 2016, 2981), 5649/2016, de 19 de mayo (RJ 2016, 3984), 11037/2017, de 5 de septiembre (RJ 2017, 4350) y 178/2017, de 12 de diciembre (RJ 2016, 6568), entre otras.

2. La disparidad de interpretaciones en torno al artículo 4 de la Ley 2/1994

2.1. La ambivalente posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado

En un primer estadio, el Centro Directivo se mantuvo impasible frente a la reforma introducida en el artículo 4 de la Ley 2/1994. Así, dio continuidad al criterio que respecto de las ampliaciones de capital de préstamos hipotecarios venía sosteniendo desde el año 2001¹³⁵. Recuérdese que el mismo consistía en entender que, cuando las partes contratantes en un préstamo hipotecario conviniesen una ampliación del capital inicialmente prestado (y consiguientemente un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, pues ambos conceptos se reputaban indisolubles), el tratamiento que, desde la óptica registral, debía darse a la “novación” del préstamo garantizado con hipoteca era el siguiente: *inter partes* podían reputar la obligación como única pero frente a terceros que hubiesen adquirido derechos sobre la finca hipotecada en el periodo intermedio (o sea, desde que tuvo lugar la constitución de la hipoteca inicial hasta la ampliación), no podía oponerse salvo que mediase su asentimiento. En el caso de que no prestasen tal consentimiento, la hipoteca inicial se mantenía con el mismo rango ya adquirido, en garantía de la cantidad pendiente de pago respecto a la inicialmente concedida, mientras que por el importe correspondiente a la ampliación –y caso de que quisieran garantizarlo con hipoteca–, las partes habían de constituir un nuevo gravamen, con el rango que determinase la fecha de su inscripción, es decir, postergado al derecho de los acreedores intermedios¹³⁶.

La Dirección sostuvo durante este periodo que con la reforma legal el legislador se había limitado a reconocer de forma explícita la doctrina preconizada por ella. En otras palabras: que, sin perjuicio de que *inter partes* pudiera operar la “novación modificativa”, frente a terceros debía entenderse que existían dos obligaciones distintas y, en definitiva, dos hipotecas, puesto que en ningún caso podía perjudicar a aquellos la pretendida extensión de la deuda¹³⁷. De esta guisa, la ampliación de la hipoteca para dar

¹³⁵ RRDGRN de 26 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4808) y, muy en particular, la de 17 de enero de 2002 (RJ 2002, 4588).

¹³⁶ En este sentido se pronuncian las resoluciones de 11 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1470), 13 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1863) y 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5826), e idéntico criterio transluce en las RRDGRN de 22 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 698), 10 de enero de 2013 (RJ 2013, 2901), 4 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3058), 7 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3061) y 21 de abril de 2014 (RJ 2014, 3213).

¹³⁷ Doctrina que se sustentaba, a su juicio, en las disposiciones del Código Civil reguladoras de la novación modificativa (arts. 1202, 1203 y ss.) –nótese que se cita por error el 1202– y en la legislación hipotecaria

cobertura real al incremento que en su *quantum* experimentase el préstamo hasta entonces garantizado debía respetar el límite previsto en el artículo 144 LH: solo era oponible frente a terceros a partir de su inscripción, por lo que la ampliación solo les afectaba si había accedido al folio registral antes que su derecho.

Esta confirmación de su tesis la leía la Dirección con claridad en el primer inciso del artículo 4.3, el cual, al aludir a que “[l]as modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita...”, venía a refrendar su decisión de no alterar el rango de la hipoteca inicialmente constituida en garantía del préstamo todavía no ampliado. Y es que había sido esta una cuestión que había preocupado especialmente al Centro Directivo, que se había planteado si, modificado el préstamo por haber sido incrementada la cuantía del capital prestado y no pudiendo tal convenio prevalecer sobre los intereses de terceros, debía entenderse que toda la hipoteca perdía el rango adquirido para ocupar el que le correspondiera según la fecha de inscripción de la ampliación –nótese que se alcanzaría así la identidad deseada entre el total de la obligación y el importe por el que respondía la carga– o debía tener lugar el *desdoble* por el que finalmente optó. Lo hizo así porque entendió que alterar el rango de la hipoteca ya inscrita suponía una sanción excesiva para un derecho real válidamente constituido y porque, comoquiera que la ampliación no podía afectar a los titulares que hubiesen inscrito su derecho antes, solo restaba una opción: constituir un nuevo gravamen que cubriese el importe ampliado. Pues bien, a la vista de que el precepto se refiere a la hipoteca «inscrita» y lo inscrito solo puede ser lo ya existente, tenía sentido sostener que el mantenimiento del rango solo se predicaba respecto de la hipoteca original¹³⁸. En consecuencia, en nada afectaba el nuevo convenio al gravamen anterior, que se mantenía incólume, pero que por ello mismo no cobijaba la ampliación pactada.

concerniente al rango (especialmente, arts. 17, 24, 25 y 134 LH): *vid.* RDGRN de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5826). Ahora, en esta misma resolución también afirma que “en las llamadas ampliaciones de préstamo hipotecario con incremento de responsabilidad hipotecaria, entre las partes contratantes se produce la unificación del pago de dos obligaciones, a los efectos previstos en el artículo 1169 del Código Civil, régimen convenido cuyos efectos vincularán también a sus causahabientes o a cualquiera que voluntariamente quiera asumir el pago de la deuda”. Con lo que no queda del todo claro si la obligación resultante de la ampliación de capital es una única ampliada, o son dos cuyo pago se unifica.

¹³⁸ RDGRN de 22 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 698), entre otras. Esta cuestión será abordada con mayor grado de detalle en el capítulo cuarto.

Por otro lado, durante este primer periodo la Dirección admitió la constitución de hipotecas en las que se hacía constar *ab initio* la posible ampliación del capital del préstamo que garantizaban hasta una determinada cantidad, es decir, hipotecas en las que la propia inscripción preveía la posible concesión, previa petición de los deudores, de importes adicionales hasta un límite máximo, pero sujeta a la condición de que la entidad acreedora verificase que la situación de la finca no había empeorado ni su valor, disminuido¹³⁹. Esta posibilidad no encerraba, sin embargo, ninguna novedad, pues ya había sido admitida con anterioridad a la reforma¹⁴⁰.

En este tipo de hipotecas, y por cuanto a su través se alcanza una situación similar a la resultante de la recarga (esto es, que un mismo gravamen otorgue cobertura real al importe en que haya sido ampliado un préstamo), puede verse una suerte de *recarga convencional*. Concurren, sin embargo, dos circunstancias que las alejan significativamente de la que se reputa como *legal*¹⁴¹: primera, que el acreedor se obliga desde un primer instante a conceder crédito en esas condiciones, con lo que se hace más patente la posibilidad de que la obligación futura surja justificándose así la constitución del gravamen, mientras que en la recarga *legal* (entendida como hipoteca recargable) el acreedor no se obliga a prestar al deudor importes adicionales, sino que se limita a aprovechar, para el caso de que lo haga, un gravamen ya constituido; y segunda, que en estas cargas cuya inscripción admite la Dirección, la cifra de responsabilidad hipotecaria viene conformada por una cantidad superior a la del préstamo inicialmente concedido en previsión de las futuras posibles ampliaciones que pueden tener lugar, lo que resulta en su configuración como hipoteca de máximo, al contrario de lo que se predica de la recargable en la que, como ya hemos adelantado, se utiliza la cifra de responsabilidad hipotecaria inicialmente prevista (en rigor, la cifra garantizada en concepto de principal en una hipoteca de tráfico) para dar cabida a la nueva concesión de crédito.

¹³⁹ RRDGRN de 1 y 27 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1482 y 2008, 8278, respectivamente).

¹⁴⁰ Vid. las resoluciones ya analizadas en el capítulo anterior, de 2 y 3 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6940 y 2005, 6928).

¹⁴¹ A esta distinción entre régimen de pacto o voluntario y régimen legal alude CANALS BRAGE, *La recarga...*, cit., pp. 80 y ss., para referirse, de un lado, a las posibles ampliaciones de capital que, en tanto que obligación futura (art. 142 LH), son susceptibles de constituir el objeto de la hipoteca desde el instante de su constitución (siempre y cuando el acreedor se vincule objetivamente a concederlas) y de otro, al tratamiento que deba darse a la futura ampliación de capital, si al respecto nada han previsto las partes y que habrá de regirse, entonces, por el artículo 4.3 de la Ley 2/1994.

Según se acaba de señalar, aquella solución había sido admitida incluso con anterioridad a la reforma, por su perfecto encaje en la doctrina consolidada en torno al artículo 142 LH. En efecto, desde el punto de vista del principio de especialidad, la obligación futura aparece claramente delimitada en cuanto a su cuantía y a las circunstancias que tienen que concurrir para su nacimiento, estando la carga *suficientemente justificada*, pues la disminución de valor que acarrea el gravamen se compensa con un beneficio real a favor del deudor: el compromiso del acreedor de concederle crédito. Mientras que, por lo que se refiere al principio de accesoriedad, la hipoteca se constituye desde un inicio tomando en consideración el importe de la ampliación, con lo que preexiste aquella «relación jurídica básica» que exigía el Centro Directivo, hallándose la carga indisociablemente unida a una obligación futura pero concreta.

En síntesis, el criterio que la Dirección inicialmente sostuvo en torno al artículo 4.3 de la Ley 2/1994 fue el siguiente: siempre que se pactase una ampliación de capital y, en consecuencia, se produjese un aumento de la cifra de responsabilidad que gravaba la finca, se requería el consentimiento de los titulares de derechos inscritos o anotados en el periodo intermedio para que tal modificación pudiera aprovechar el rango ganado por la primera hipoteca. Si por el contrario no lo prestaban, se producía un *desdoble* en el derecho real para no perjudicar los intereses de esos terceros intermedios, que se materializaba mediante la inscripción de una hipoteca de ulterior rango por el importe de la ampliación.

El cambio interpretativo vino de la mano de la crucial resolución 6402/2015, de 14 de mayo (RJ 2015, 3527). En ella se resolvía el recurso presentado frente a la nota de calificación que denegaba la inscripción de una escritura de novación y ampliación de responsabilidad hipotecaria de una hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente de crédito, por la que se ampliaba el plazo de amortización y el límite de disposición de la cuenta (de 300.000 a 500.000€), al existir tres anotaciones preventivas de embargo que habían sido inscritas en el periodo intermedio y cuyos titulares no habían consentido la ampliación de esta hipoteca que les precedía en rango. La Dirección desestimó el recurso por entender que, habiéndose producido no solo una ampliación del plazo sino además de la cifra de responsabilidad hipotecaria, ninguna duda cabía de que no podía aplicarse al supuesto de hecho la previsión contenida en el artículo 4.3 de

la Ley 2/1994, pues en ella aparecía claramente reflejado “el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria” como excepción al mantenimiento del rango de la hipoteca.

No obstante, el Centro Directivo no quiso desaprovechar la ocasión para sentar una nueva doctrina en torno al alcance del precepto, dirigida a admitir la recarga como «un nuevo modelo de hipoteca», consistente en “la facultad de compensar las cantidades amortizadas del principal –de un préstamo preexistente– con los nuevos importes concedidos, siempre que la suma de estos con el capital pendiente de amortización del préstamo primitivo no supere la cifra de capital inicialmente concedido, aunque existan acreedores intermedios, y con el mantenimiento del rango de la hipoteca que seguirá siendo única”.

Para ello, la Dirección hubo de modificar su punto de partida, al objeto de admitir que la ampliación de capital no generaba por sí sola un incremento de la responsabilidad hipotecaria. Introdujo así una disociación entre ambos conceptos que, si bien hasta entonces operaba en las hipotecas de máximo o seguridad, dada su particular configuración y la función que en las mismas desempeñaba, no lo hacía en las ordinarias o de tráfico. En estas, la cifra de responsabilidad no era sino plasmación del importe del crédito al que servía de garantía y como tal se entendía reducido a compás de la minoración de la deuda, a pesar de que por aplicación del principio de indivisibilidad no quedase reflejo registral de la disminución (a salvo nota marginal: art. 240 RH)¹⁴². El cambio de criterio solo se concibe, entonces, cuando se dota a la cifra de responsabilidad hipotecaria de autonomía y significación propia.

De esta manera, la Dirección terminó por avalar, a tenor de la nueva normativa, lo que años atrás había calificado de «ingeniosa construcción»¹⁴³, a pesar de que reconoció que su admisión constituía “una excepción a la aplicación de los principios de prioridad registral y accesoriedad de la hipoteca que afecta a los terceros titulares de derechos inscritos o anotados”. Entendió, sin embargo, que de la disposición transitoria única de la Ley 41/2007 cabía inferir que se había configurado, a partir de su entrada en vigor, un nuevo modelo de hipoteca que se distinguía del precedente. Y que esta distinción solo

¹⁴² CANALS BRAGE, *La recarga...*, cit., p. 23.

¹⁴³ RDGRN de 26 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4808).

podía cifrarse en su eventual recarga, atendida la voluntad del legislador de flexibilizar el derecho real de hipoteca y de ampliar, en beneficio del deudor, los supuestos en los que podía operar la “novación modificativa” de los préstamos hipotecarios¹⁴⁴.

En definitiva, el artículo 4.3 ha de leerse, a tenor de la última interpretación de la Dirección, sentada en aquella resolución de 2015 y reiterada en la 11729/2017, de 19 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4378), del siguiente modo: *“la ampliación del capital no supondrá, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o exista una ampliación del plazo del préstamo por este incremento de la responsabilidad hipotecaria o ampliación del capital”*. Dos son, entonces, los supuestos en los que la ampliación de capital de un préstamo no quedará cubierta por la hipoteca inicialmente constituida –a salvo, claro está, que los acreedores posteriores consientan la posposición de su derecho–: primero, si el importe ampliado excede del amortizado, pues en tal caso se superará la cifra de responsabilidad hipotecaria y habrá de constituirse una segunda hipoteca que vendrá conformada por el exceso; y, segundo, si el incremento en el *quantum* del préstamo va acompañado de una prórroga en su plazo de vencimiento, en cuyo caso la segunda hipoteca vendrá determinada por la total cifra del capital recién concedido y por el nuevo plazo estipulado, sin que opere la recarga en cantidad alguna. Esto último aun cuando ampliación de capital y prórroga de plazo se pacten en diferentes momentos temporales, ya que, de otro modo, se podría fácilmente evadir la norma, la cual claramente alude a la “ampliación del plazo” como condicionante de la pérdida de rango (aunque aquí lo una la Dirección al hecho de que además se aumente capital). En definitiva, “la ampliación del capital sin exceder de la posible recarga, es decir, sin pérdida de rango por no suponer aumento de responsabilidad hipotecaria, excluye, existiendo terceros, la posibilidad de la ampliación del plazo de la obligación. Y, del mismo modo, la ampliación del plazo, que (...) tampoco implica la pérdida de rango,

¹⁴⁴ La Dirección hace suya, entonces, la tesis defendida cinco años antes por la Comisión Nacional de Criterios de Calificación del Colegio de Registradores: LONGO MARTÍNEZ, A. A., “De la novación de préstamo hipotecario a la hipoteca recargable”, *La Notaría*, 2, 2015, pp. 109-115. La misma que había sostenido también la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado en sesión de 14 de marzo de 2008, que le llevaba a reputar de innecesaria la modificación de la responsabilidad hipotecaria cuando se produjese una ampliación del capital que, sumada a la parte pendiente de amortización del capital inicialmente concedido, no excediese del total de este último.

excluye, en presencia de terceros, la posibilidad de utilización de la recarga en una posterior ampliación de capital”¹⁴⁵.

El plazo se configura, por tanto, como el periodo de tiempo dentro del cual es susceptible de admitirse la recarga de la hipoteca. Y es que, a juicio de la DGRN, el enunciado del artículo 4 que apunta que “[l]as modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán (...) una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen (...) la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación”, debe entenderse en el sentido de que la “ampliación del plazo” solo provoca pérdida de rango “por este incremento o ampliación”, es decir, si deriva de un *incremento* en la cifra de responsabilidad hipotecaria o de una *ampliación* de capital.

En definitiva, la nueva doctrina registral reconoce a las partes la posibilidad de que amplíen el capital de un préstamo ya suscrito (siempre que lo haya sido a partir del día 9 de diciembre de 2007, fecha de entrada en vigor de la reforma) y aseguren hipotecariamente las nuevas cantidades adeudadas optando entre: a) utilizar la posible recarga existente no alterando la responsabilidad hipotecaria si en la misma cupiere el nuevo importe concedido; b) valerse de la posible recarga existente y constituir por el importe que exceda una nueva hipoteca; o c) prescindir de la recarga y constituir directamente una segunda hipoteca por el total importe de la “ampliación”¹⁴⁶.

2.2. La concepción doctrinal de la figura

A la doctrina se debe la denominación con que hoy es conocida esta modalidad hipotecaria, inspirada a su vez en el instrumento financiero, antes mencionado, incorporado en el Derecho francés mediante la Ordenanza gubernamental 346/2006, de 23 de marzo: *l'hypothèque rechargeable*. Y es que su aparente similitud con la figura que de nuestra legislación parece deducirse enseguida promovió la reflexión sobre si el

¹⁴⁵ RDGRN 6402/2015, de 14 de mayo (RJ 2015, 3527).

¹⁴⁶ RDGRN 11729/2017, de 19 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4378). Nótese que la Dirección General parece haber ido un paso más allá en esta última resolución, puesto que mientras en la de 14 de mayo de 2015 sostuvo que o procedía o no procedía la recarga, de manera que en el segundo supuesto debía constituirse nueva hipoteca por todo el importe de la ampliación, ahora admite que si la modificación supera los límites de la recarga, puedan las partes optar por recargar y constituir nuevo gravamen (pospuesto en rango) solo por el exceso.

legislador estatal, mediante la reforma del artículo 4 de la Ley 2/1994, había acometido en realidad una «mala copia» de la legislación vecina¹⁴⁷.

Téngase en cuenta además que la Ley 41/2007 se aprobó en un contexto europeo en el que cada vez eran más las voces que abogaban por reformar los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado miembro en todo lo necesario para alcanzar una regulación homogénea en materia registral, dirigida a la consecución de un mercado hipotecario común a la Unión Europea¹⁴⁸. Para este se patrocinaba una hipoteca no accesorial (*eurohipoteca*), independiente de la existencia de una determinada deuda personal, que podía constituirse sin vinculación a un específico crédito, reutilizarse para asegurar de forma sucesiva créditos distintos y, por tanto, que no debía cancelarse a pesar de que se extinguiesen las obligaciones en cada momento garantizadas¹⁴⁹.

Como ya se ha apuntado, la recarga se concibe como la posibilidad de que la hipoteca constituida en garantía de un préstamo, en el que el deudor ha restituido parte de lo

¹⁴⁷ En efecto, poco en común tienen ambas regulaciones, desde su misma extensión hasta los caracteres que ambas hipotecas recargables parecen revestir. Aunque posiblemente sería más acertado hablar de que, mientras el legislador francés ha acometido una reforma de su Código Civil y de su Código de comercio para adecuarlos a la minuciosa regulación que ha dedicado a esta figura, el español se ha limitado a reformar el artículo 4 de la Ley 2/1994, prescindiendo incluso de aclarar si en realidad mediante él estaba incorporando tal modalidad hipotecaria en nuestro ordenamiento. Esta cercanía con la hipoteca recargable francesa sí se puso de manifiesto durante la tramitación parlamentaria de la Ley 41/2007, cuando se propuso que solo pudiesen recargarse aquellas hipotecas cuya inscripción originaria hubiese contemplado tal posibilidad, al modo en que ocurre en el Derecho francés (enmienda nº 95 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso). Propuesta por lo demás que, como bien se puede intuir a la vista del vigente artículo 4, no fue acogida.

¹⁴⁸ Así lo expresa GÓMEZ GÁLLIGO, “La reforma...”, cit., pp. 1694 y ss., sentando como uno de los retos del mercado hipotecario que late en la reforma operada mediante Ley 41/2007, la preparación de un mercado hipotecario europeo. Por su parte, KACZOROWSKA, M., “Accessoriness of mortgage and the development of a European mortgage market. Considerations from the perspective of Polish Law in view of the proposal of a non-accessory eurohypothech”, *Transformacje Prawa Prywatnego*, 1, 2017, pp. 75-100, señala como ejemplos de esta tendencia las reformas operadas en el mercado hipotecario francés, español y polaco, entre otros, aunque reconoce que se le ha dejado de dar continuidad en los últimos años. Coincide con esto último DÍAZ FRAILE, J. M., “La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria”, *Diario La Ley*, 6727, 2007, p. 1772, aunque sitúa el abandono de este objetivo de integración de los mercados hipotecarios europeos en un periodo muy anterior, ya visible en la Segunda Directiva bancaria de 1989 (que consagra el principio del mutuo reconocimiento de las técnicas financieras y deja incluso fuera de él todo lo que tenga que ver con el Derecho civil, hipotecario, concursal y procesal, respetando el *statu quo* normativo de cada país) y al que se da continuidad con el Libro Verde de 2005. *Vid.*, además, DE LA PUENTE ALFARO, F., “¿Hacia un Derecho Registral Inmobiliario europeo?, *RCDI*, 741, 2014, pp. 39-65.

¹⁴⁹ NASARRE AZNAR, S., “Eurohypothech: Drafting a Common Mortgage for Europe”, *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, 2, 2010, pp. 50-62; MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, E., *Un modelo para una eurohipoteca: desde el informe Segré hasta hoy*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, *passim*; y MUÑIZ ESPADA, E., *La propuesta de una hipoteca independiente en el Derecho español*, Fundación Registral, Madrid, 2008, *passim*.

prestado, pueda cubrir una entrega adicional de capital resultado de un nuevo convenio entre acreedor y deudor, hasta el límite inicialmente pactado, de tal forma que la ampliación quede asegurada por el gravamen inicial, con el rango correspondiente al momento de su constitución, y ello aunque existan acreedores intermedios entre su inscripción y la posterior ampliación. Lo característico de la hipoteca recargable es, entonces, que por ministerio de la ley –y, por tanto, sin necesidad de alcanzar un pacto con los acreedores posteriores–, pueda conservarse el rango de la hipoteca inicial aun cuando pase a dar cobertura a la cuantía en que haya sido ampliado el préstamo garantizado por esta.

Esta concepción respecto a lo que implica la hipoteca recargable, que en principio es unánime en la doctrina, suscita sin embargo profundos desacuerdos entre los autores que alcanzan a su misma admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, desacuerdos que se extienden, aun por quienes la admiten, a aspectos tales como los siguientes, ¿constituye un nuevo modelo de hipoteca o supone una alteración estructural de este derecho real?; ¿tiene naturaleza legal o convencional, es decir, opera solo en caso de pacto expreso registralmente reflejado o puede prescindirse de él?; ¿en relación a qué obligaciones puede pactarse la recarga y cuáles son sus elementos definatorios?; etc.

Cabe afirmar, en síntesis, que las dudas interpretativas que la aplicación de la norma plantea a la Dirección General de los Registros y del Notariado no escapan al ámbito doctrinal, donde vuelven a ponerse de manifiesto las más variadas lecturas del precepto en análisis. Huelga decir que el debate se suscita en particular a la hora de delimitar los efectos que la recarga despliega frente a terceros, sean acreedores que hayan inscrito o anotado su derecho sobre la finca gravada en el periodo que media desde la constitución de la hipoteca susceptible de recarga y la ampliación de capital, sean terceros poseedores o hipotecantes no deudores. En ausencia de tales terceros, se entiende que la ley se limita a aclarar que un préstamo hipotecario es susceptible de modificación sobre las circunstancias que enumera (importe del capital prestado, plazo de vencimiento, tipo de interés, método de amortización, etc.) y que la alteración podrá ser anotada sin necesidad de constituir una nueva hipoteca. Ahora bien, esta aseveración requiere de una matización en el supuesto particular de ampliación de capital, pues, si bien es cierto lo que acaba de apuntarse, es decir, que no se ve obstáculo a la inscripción de la ampliación de no existir titulares de cargas y gravámenes posteriores a la hipoteca

objeto de modificación, no es opinión unánime que pueda llevarse a cabo mediante la susodicha recarga. Por el contrario, parece que lo procedente es aumentar la responsabilidad hipotecaria en proporción al nuevo préstamo, en lugar de imputarlo a la cifra inicialmente prevista. El debate alcanza, entonces, a si en nuestro Derecho cabe o no *reutilizar* una hipoteca.

Mas el principal inconveniente surge, como decíamos, en presencia de terceros que puedan ver eventualmente lesionados sus derechos como consecuencia de la recarga. A este respecto, la pregunta que surge es la siguiente: ¿es posible, al amparo del artículo 4 de la Ley 2/1994, oponerles la recarga aun cuando no la consientan? Entre las diferentes interpretaciones de la norma podemos distinguir con nitidez dos líneas de pensamiento diametralmente opuestas.

La primera de ellas parte de la premisa de que toda hipoteca supone frente a terceros la reserva de un derecho de realización de valor por un importe equivalente al máximo de responsabilidad hipotecaria¹⁵⁰. Entendida en estos términos la hipoteca, los defensores de esta tesis sostienen que puede cobijar la concesión de nuevo crédito en la misma medida en que el préstamo primitivo haya sido amortizado, siempre y cuando la suma de ambos importes (el capital pendiente y la nueva cantidad concedida) no rebase la cifra de responsabilidad hipotecaria prevista en la inscripción. De esta forma, se dota a esta última de una función de la que hasta ahora carecía: actuar como límite objetivo para determinar cuándo existe perjuicio a terceros¹⁵¹. Así, en la medida en que conocen el límite *máximo* de riesgo que asumen como consecuencia de la existencia de un

¹⁵⁰ GÓMEZ GÁLLIGO, “La reforma...”, cit., pp. 1684 y ss., y “Principios generales de la reforma del mercado hipotecario por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, en *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, coord. por E. Muñoz Espada, S. Nasarre Aznar y E. Sánchez Jordán, Edisofer, Madrid, 2009, pp. 31 y ss.; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., pp. 979-980. También se muestran favorables a la recarga GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “Las consecuencias...”, cit., pp. 660-678; AZOFRA VEGAS, F., “La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga”, *Diario La Ley*, 7167, 2009, pp. 1-16, y ROVIRA PEREA, J., “Cancelaciones...”, cit., pp. 41-49; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A. S., “La solución al debate sobre la hipoteca recargable (a propósito de la RDGRN de 14 de mayo de 2015)”, AC, 4, 2016, pp. 22-29; SIMÓN MORENO, H., *La optimización de la hipoteca española desde la perspectiva europea*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 261 y ss.; y LUQUE JIMÉNEZ, M. C., *El rango registral en las novaciones de hipoteca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 91-98.

¹⁵¹ Díez GARCÍA, H., *Recargas hipotecarias e hipotecas recargables*, Reus, Madrid, 2012, p. 176, sostiene que esta es la auténtica *ratio* de la reforma: introducir un criterio objetivo que permita definir la existencia o la inexistencia de perjuicio a terceros.

gravamen de rango preferente sobre el inmueble (la cantidad máxima de que responde la finca), cualquier alteración en la obligación que no sobrepase tal importe les será oponible. Por el contrario, cuando el cambio sí determine un incremento de la responsabilidad hipotecaria, este les perjudicará y por tanto habrán de consentirlo expresamente¹⁵². La interpretación descansa, en definitiva, en el entendimiento de que la ampliación de capital, siempre y cuando se efectúe dentro de los límites prefijados por la cifra de responsabilidad hipotecaria, no constituye para los terceros un acto dañoso en sí mismo que no tengan el deber jurídico de soportar, ya que se trata del límite máximo al que desde un principio habían quedado expuestos¹⁵³.

Frente a la tesis anterior, se alza la de quienes defienden que el único alcance que cabe atribuir al precepto es el de servir de confirmación del criterio de la Dirección General previo a la reforma. En otras palabras: cuando las partes pacten un incremento en el *quantum* de un préstamo previamente concertado y garantizado mediante hipoteca, si existen acreedores intermedios, no podrá hacerse valer frente a ellos la ampliación; antes bien, habrán de constituir una nueva hipoteca en garantía del importe ampliado, postergada en rango a quienes hubieran inscrito su derecho con anterioridad¹⁵⁴. Y es

¹⁵² DÍEZ GARCÍA, *Recargas...*, cit., pp. 203 y ss., lo que le lleva a concluir que “lo que ha de vigilarse en cualquier supuesto de refinanciación es que no aumente ninguna cifra de responsabilidad, pero nada más”. CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., p. 979, coinciden en que esto es lo que permite la nueva versión de la Ley 2/1994, a la vista de su tenor literal y del hecho de que, con el consentimiento de los acreedores intermedios, tal modificación ya era posible merced a los negocios sobre el rango.

¹⁵³ VALLE MUÑOZ, J. L., “La «hipoteca recargable»: casuística sustantiva y registral”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, dir. por E. Lauroba Lacasa y coord. por J. Tarabal Bosch, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 272, parece compartir el mismo criterio respecto a la “total responsabilidad de la hipoteca anterior”, si bien reconoce que el artículo 144 LH debe entenderse modificado como consecuencia de la admisión del préstamo recargable, puesto que la posición de los terceros puede verse perjudicada por los negocios posteriores entre un acreedor de mejor rango y el deudor, a diferencia de lo que sucedía antes de la reforma legal.

¹⁵⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “La recarga de la hipoteca y su eficacia respecto a terceros”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, coord. por M. P. García Rubio, Civitas, Madrid, 2009, pp. 199-226; PARRA LUCÁN, M. A., “Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, 1, 2009, pp. 1-77; DELGADO RAMOS, J., “Los principios hipotecarios tras la Ley 41/2007, de reforma del sistema hipotecario”, accesible en <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/mercadohipotecario/principioshipotecarios.htm> (consultado el 07/02/2018); CANALS BRAGE, F., “El incierto porvenir de la hipoteca en España (a propósito de algunos proyectos más o menos normativos)”, *Diario La Ley*, 6691, 2007, pp. 1-17; CRUZ GALLARDO, B., *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores. Práctica registral y procesal*, La Ley, Madrid, 2014, p. 435; y VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., “La novación

que, en opinión de estos autores, la doctrina anterior incurre, al igual que lo hace el planteamiento del artículo 4 de la Ley 2/1994, en dos defectos insalvables: la desnaturalización del rango hipotecario, por un lado, y la atribución de categoría conceptual a la *responsabilidad hipotecaria*, escindiéndola de la obligación garantizada, por otro¹⁵⁵.

En cuanto a la primera tacha y sin perjuicio del análisis que realizaremos en materia de prioridad, ha de tenerse en cuenta un argumento recurrente: las reservas de rango no están admitidas en nuestro ordenamiento jurídico, que se apartó expresamente de los sistemas que contemplan esta posibilidad al aprobar la vigente Ley Hipotecaria¹⁵⁶, por lo que una alteración de tal magnitud, que implica una trascendental modificación en la naturaleza jurídica de la hipoteca, hubiera requerido de una declaración expresa y de la indispensable reforma del Código Civil o de la Ley Hipotecaria¹⁵⁷.

modificativa de la hipoteca”, en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, dir. por E. Bosch Capdevila, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 391-418, y del mismo autor “La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable”, en *Jornadas sobre la ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, pp. 185-224, aunque parece después acogerse a la última tesis de la Dirección General, favorable a la recarga, en su trabajo “Modalidades modernas de crédito hipotecario. Especial referencia a la refinanciación”, en *La hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*, dir. por C. Cuadrado Pérez y M. Almeida Cerredá y coord. por G. Velasco Fabra, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 273-315. En fin, *vid.* una síntesis de las distintas posiciones que en el ámbito doctrinal se han adoptado en 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 *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Fundación Registral, Madrid, 2009, pp. 148 y ss.

¹⁵⁵ CANALS BRAGE, “El incierto...”, *cit.*, p. 12.

¹⁵⁶ Recuérdese lo que la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944, sobre la reforma de la Ley Hipotecaria, decía: “la hipoteca de propietario no ha sido aceptada. Se juzgó conveniente no apartarse del clásico apotegma *nemini res sua servit* y del tradicional carácter accesorio de nuestra hipoteca (...). Tampoco se ha estimado procedente incorporar a nuestra legislación la llamada deuda territorial”.

¹⁵⁷ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, “La novación...”, *cit.*, p. 417; DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, *cit.*, pp. 209 y 215; TENA ARREGUI, “Hacia un nuevo...”, *cit.*, p. 38; ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L., “La novación de préstamos hipotecarios. La hipoteca recargable”, en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario, Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, coord. por V. Pérez de Madrid Carreras, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, p. 298; BOTÍA VALVERDE, “Hipoteca recargable...”, *cit.*, pp. 7 y 9; QUESADA PÁEZ, A., “Hipotecas especiales”, *RCDI*, 711, 2009, p. 357; MOLINS GARCÍA-ATANCE, E., “La subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (art. 13 de la Ley 41/2007)”, en *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, coord. por E. Muñiz Espada, S. Nasarre Aznar y E. Sánchez Jordán, Edisofer, Madrid, 2009, p. 321; y, al menos inicialmente, CORDERO LOBATO, E., “Proyectadas novedades en materia hipotecaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 732, 2007, pp. 9-13, quien aseguró que una reforma que viniese a legalizar la hipoteca de propietario

El segundo defecto pasa por alto que en las hipotecas de tráfico la ampliación de capital conlleva *siempre* un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, ya que esta última se reduce por sí sola y como consecuencia del principio de accesoriedad al son de los pagos parciales realizados por el deudor. Entendida en estos términos, toda ampliación de capital exigirá necesariamente el consentimiento de los titulares registrales intermedios para mantener el rango de acuerdo al artículo 4.3, pues admitir lo contrario supondría tanto como distorsionar la función de la cifra de responsabilidad hipotecaria hasta confundirla con la fuente de la obligación; una cifra que, por lo demás, se exige solo en orden a la constitución de las hipotecas de seguridad, pero no así en las de tráfico, en las que únicamente debe hacerse constar “*el importe del principal de la deuda*” ex artículo 12 LH. Como bien apunta BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, confirma esta dualidad el artículo 219 RH cuando en su apartado primero apunta que “*el importe de la obligación asegurada con la hipoteca o la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada deberá ser fijado en moneda nacional o señalando la equivalencia de las monedas extranjera...*”. Pues el precepto, partiendo de la existencia de dos «clases» de hipoteca, se preocupa de determinar qué debe constar en el Registro para dar cumplimiento al principio de especialidad: el importe de la obligación asegurada (en las hipotecas de tráfico) o la cantidad máxima de que responde la finca (en las de máximo). Todavía más: la denominación de la hipoteca de máximo no debería inducir a confusión, puesto que toda hipoteca (también la ordinaria) exige la fijación de un «máximo», que no es sino la suma aritmética de sus conceptos fundamentales de capital, intereses ordinarios, intereses de mora y costas. Y termina diciendo: “por ello sería un error otorgar más transcendencia de la que tiene a la existencia de un máximo de responsabilidad que tiene por misión cumplir con el principio de especialidad”¹⁵⁸.

Nótese, además, que ubicar el perjuicio a terceros solo en aquello que exceda del importe máximo por el que responde el gravamen (amén de lo que se apuntará después respecto a su adecuación o no a los principios generales del sistema registral) únicamente resulta aceptable tal cual respecto de quienes *consciente y voluntariamente* hayan asumido el riesgo de postergar su derecho, o sea, de aquellos acreedores que hayan accedido a constituir una hipoteca de segundo o ulterior rango; mas no así de los

habría exigido alguna modificación adicional, por ejemplo, del artículo 115 LH, que en un caso similar (ampliación) impide que sean perjudicados los derechos reales inscritos con anterioridad.

¹⁵⁸ BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, *Hipoteca en garantía...*, cit., pp. 16-17.

titulares de anotaciones de embargo, en tanto que derechos reales de constitución *forzosa*. Y es que estos últimos no tienen opción de elegir si quieren asumir o no el riesgo de quedar postergados a cualesquiera ampliaciones de capital que pueda convenir su deudor con un acreedor de mejor rango; lo estarán siempre, con evidente merma de sus posibilidades de satisfacción con cargo al importe obtenido en la realización de la finca gravada.

Estos autores sostienen, en fin, que solo es procedente la recarga si así se ha previsto en el instante de la constitución del gravamen, mediante la fijación de una cifra máxima de responsabilidad hipotecaria superior a la del importe de la obligación garantizada, en previsión de un posible aumento de la deuda inicial. Esta sería la única hipótesis en que podría ampliarse capital sin incremento de tal cifra: cuando la fijada primeramente fuera superior al capital en un inicio prestado. En caso contrario, como es conceptualmente imposible compensar las amortizaciones parciales del préstamo con las nuevas concesiones de capital, toda ampliación requerirá para el mantenimiento del rango del consentimiento de los acreedores intermedios.

Esta interpretación se apoya en una lectura distinta del precepto, en virtud de la cual la ampliación de capital solo se prevé como una circunstancia más sobre la que puede versar la modificación del préstamo hipotecario, al igual que pueden serlo el plazo, el tipo de interés y el sistema de amortización, sin que a ella se enlace sin embargo el mantenimiento del rango (que solo podría tener lugar en el caso recién expuesto). Antes bien, de la previsión legal (*“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...”*) cabe deducir que mientras algunas de las alteraciones mencionadas pueden no conllevar un aumento de la responsabilidad hipotecaria máxima, otras (como la ampliación de capital) ineludiblemente lo hacen¹⁵⁹. Aún más, el precepto indica literalmente que la hipoteca inscrita conserva el mismo rango si no hay un incremento de la cifra de responsabilidad, pero en ningún caso apunta a que “la parte” de la cifra de responsabilidad hipotecaria que se corresponda con la parte del crédito satisfecha pueda servir de cobertura al nuevo capital concedido.

¹⁵⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., pp. 206 y ss., y DELGADO RAMOS, “Los principios...”, cit.

Mas si lo que hay, es expresa previsión de las partes, no cabe hablar propiamente de «recarga», pues el gravamen está inicialmente diseñado para dar cabida al importe total de la deuda tras la posible ampliación, o sea, está destinado a garantizar una obligación ya nacida y otra, si se quiere, futura o condicional. E idéntica conclusión se alcanza en el plano obligacional, pues, a la vista de que la nueva concesión de crédito ya está prevista en la fuente de la obligación (en este caso, en el contrato de préstamo), no hay en rigor *novación* ni *modificación* de ningún tipo, que requieren, por definición, de un nuevo acuerdo de voluntades¹⁶⁰.

Recuérdese además que la posibilidad de gravar la finca por un importe superior al del préstamo efectivamente concedido, en previsión de una futura ampliación, ya había sido admitida por la Dirección General con anterioridad a la reforma de 2007, pues ningún inconveniente plantea desde el punto de vista legal o de la jurisprudencia registral –y en concreto, de la doctrina que en torno a la hipoteca en garantía de obligaciones futuras ha consolidado el Centro Directivo–. Por tanto, la reforma así entendida resultaría superflua, ya que el criterio de la Dirección que vendría a confirmar encuentra su marco legal en los artículos 142 LH y 1861 CC, amén de que ningún sentido cabría otorgar entonces a la disposición transitoria única (apartado 3º) de la Ley 41/2007. Pues, en efecto, ¿qué sentido tiene que se limite la aplicación del artículo 4.3 de la Ley 2/1994 a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la Ley si esta doctrina ya venía siendo aplicada por parte de la Dirección General a las constituidas antes de esa fecha?¹⁶¹

Junto a estas dos lecturas, que abocan a un posicionamiento a favor o en contra de la recarga, se intuye una tesis intermedia que gira en torno al *pacto expreso de recarga*, la cual sitúa en el acuerdo de las partes la admisibilidad de la hipoteca recargable en nuestro Derecho¹⁶². Dicho con otras palabras: solo el consentimiento expreso de los otorgantes,

¹⁶⁰ DÍEZ GARCÍA, *Recargas...*, cit., p. 242, y GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *La novación extintiva por cambio de objeto*, Comares, Granada, 1999, p. 486.

¹⁶¹ VALLE MUÑOZ, “La hipoteca...”, cit., p. 269, ve en ella un indicio claro de cuál era el propósito del legislador: “esta tesis de la reforma interpretativa no puede explicar la existencia de la disposición transitoria única 3. Si la norma pretendiese dar claridad legal a lo que ya existía (aunque fuese solo a nivel de resolución), ¿por qué establecer esta ruptura temporal?”.

¹⁶² ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, “La novación...”, cit., p. 299. También se muestran favorables al pacto DÍAZ FRAILE, “La nueva...”, cit., pp. 1769-1782; AZOFRA VEGAS, F., “La hipoteca recargable, realidad o mito”, *Diario La Ley*, nº 7162, 2009, pp. 1-15; y DE REINA TARTIÈRE, G., “El sistema de rango

debidamente plasmado en la inscripción de la hipoteca, justifica la adecuación de la operación al ordenamiento jurídico o, lo que es igual, la hipoteca solo será *recargable* en la medida en que así lo hayan convenido las partes al constituirla y ese pacto haya sido inscrito en el folio registral, momento a partir del cual será oponible frente a terceros.

Cierto es que con ello se palia en cierta medida la inseguridad jurídica que provoca la admisión de una recarga a la que el asiento registral no procura publicidad de ningún tipo, ya que de esta forma los terceros podrían conocer con certeza la naturaleza *recargable* o no del gravamen que les antecede, en coherencia con lo que prevé el artículo 144 LH. Ahora bien, como ya se ha apuntado antes, esta información podría resultar de utilidad para quienes voluntariamente están en disposición de decidir si conceden crédito en esas condiciones y si aseguran su restitución a través de la constitución de una hipoteca de ulterior rango sobre esa finca, mas no así para quienes lo sean *forzosamente*, en tanto que titulares de anotaciones de embargo: ¿también frente a ellos cabría oponer un nuevo acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor concerniente a una ampliación de capital, por el mero hecho de que se hubieran cuidado de publicitar la reserva de tal prerrogativa? ¿No se incita, con ello, al aprovechamiento monopolístico de los recursos del deudor, por parte del primer acreedor en rango? Además, esta interpretación da por válida la premisa de que toda cobertura hipotecaria constituida en garantía de una obligación puede, una vez extinguida por pago del deudor, servir a idénticos fines con otra obligación distinta: ¿pero no es ello tanto como negar el carácter accesorio del derecho real?; ¿o es que, por el contrario, cabe aseverar que subsiste, en tanto en cuanto el gravamen siga ligado a una obligación principal, *cualquiera* que sea esta?

Sea como fuere, ha de tenerse en cuenta que la norma no contempla el convenio *inter partes* como fuente de la recarga, sino que de su lectura se sigue que operaría, en su caso, *ope legis*. Parece claro, por lo demás, si se analiza la tramitación parlamentaria de la Ley 41/2007, que tal omisión no obedeció a un descuido del legislador, habida cuenta de que sí constaba la previsión en el texto aprobado por el Senado y no fue hasta el trámite de

progresivo frente a la recepción de la hipoteca recargable”, Revista del Notariado (Argentina), 891, p. 36. Por su parte, TENA ARREGUI, “Hacia un nuevo...”, cit., p. 38, lamenta que el legislador permita la recarga sin exigir para ello pacto expreso, pero advierte que la solución tampoco sería demandar este último, pues acabaría enseguida convertido en una simple cláusula de estilo incorporada a todos los préstamos bancarios.

aprobación definitiva cuando el Congreso prescindió de ella, alejándose del modelo francés¹⁶³.

En resumidas cuentas, el único aspecto en el que parece existir consenso entre los autores es en la deficiente técnica legislativa de que adolece la última modificación (hasta la fecha) del artículo 4 de la Ley 2/1994. En su interpretación, la opinión doctrinal se divide entre quienes se muestran favorables a la recarga, por entender que lo que se opone frente a terceros es sencillamente la cifra de responsabilidad y, por tanto, que esta puede cobijar cualquier ampliación del préstamo garantizado, y la de quienes rechazan esta posibilidad, sosteniendo que un eventual incremento de la deuda solo podría quedar amparado si desde el instante en el que es constituido el gravamen se fija una cifra de responsabilidad superior al del préstamo inicialmente concedido, y solo en esa medida. En fin, entre ambas posturas se sitúa aquella intermedia que admite que pueda operar una recarga sobre la cifra de responsabilidad inicial, pero solo si existe un pacto expreso debidamente inscrito en el Registro que advierta a los terceros acerca de esta posibilidad.

Una vez expuestas en líneas generales las principales tesis que la doctrina mantiene en torno a la viabilidad de la hipoteca recargable, procede indagar en los elementos que la definen, pues ello nos permitirá delimitar con mayor precisión qué se entiende por recarga y cuál es el alcance con el que se plantea su posible operatividad.

¹⁶³ El texto aprobado en el Senado para el artículo 4 era del tenor literal siguiente: “[l]as 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, y siempre que en la constitución se conviniere el pacto expreso de ampliación de capital”. A pesar de lo que se recoge en el Informe de la Ponencia de 21 de noviembre de 2007 (BOCG. Senado Núm. II-130-f de 21/11/2007), parecían haberse incorporado así las enmiendas nº 61 y 63, del GP Popular (réplica de la enmienda nº 95 que había presentado en el Congreso), en las que se ponía de manifiesto que la seguridad de los acreedores posteriores y de los terceros en general exigía otorgar publicidad registral al carácter ampliable del capital de la hipoteca, pues solo en tal caso podría evitarse que opusieran frente a ella su buena fe. De esta forma, solo serían recargables las hipotecas que expresamente se hubiesen constituido como tales, dejando a disposición del hipotecante la opción de eludir tal efecto, para facilitar con ello la posibilidad de obtener financiación de otra entidad de crédito que opondría así menores reticencias a constituir una segunda hipoteca sobre la finca. En la justificación de la enmienda, el Grupo Parlamentario sostuvo además que el pacto de recarga suponía un grave inconveniente para la enajenación del bien, en la medida en que no mostraba claramente la situación en la que se encontraba la finca si no se había dado publicidad adecuada a la refinanciación. Por ello, el hipotecante había de quedar en disposición de rechazarlo [BOCG. Senado Núm. II-130-d de 06/11/2007].

3. Los elementos constitutivos de la hipoteca recargable

3.1. El aspecto subjetivo

Desde el punto de vista subjetivo, la primera limitación que debemos considerar es la que deriva del tenor literal del artículo 4.2 de la Ley 2/1994: “[c]uando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley...”; precepto que remite, a su vez, al artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. Así, solo sería factible la recarga en los préstamos hipotecarios concedidos por las siguientes entidades financieras: “los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito, las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, las cooperativas de crédito y los establecimientos financieros de crédito”.

El legislador adopta un criterio aún más restrictivo que el establecido para el acreedor hipotecario flotante, cuya condición puede recaer no solo en las entidades financieras indicadas sino, también, en las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad social [art. 153.bis b)] y en la SAREB, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección de los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero. No obstante, hemos de entender que los motivos que conducen al legislador a fijar este límite son los mismos que, respecto a la flotante, expone en el Preámbulo de la ley, a saber, la conveniencia de limitar esta posibilidad “a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas”. Ahora bien, como pone de manifiesto TENA ARREGUI, esta especial supervisión puede servir en su caso para evitar el fraude, pero no el abuso de posición dominante que, a nadie escapa, puede verse agravado en el caso de las entidades financieras. Por ello, este autor sitúa la razón de la restricción en el verdadero espíritu que anima la reforma: fortalecer la posición acreedora de las entidades financieras, tanto frente a sus deudores como frente a otros acreedores. Solo de esta forma puede comprenderse que esta limitación respecto al prestamista no vaya acompañada de una del lado del deudor, de forma que cualquier persona física o jurídica pueda “beneficiarse” de las nuevas figuras¹⁶⁴.

¹⁶⁴ TENA ARREGUI, “Hacia un nuevo...”, cit., pp. 31-34. La misma crítica comparte AZOFRA VEGAS, F., *La hipoteca flotante*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 201, que no considera justificada la limitación y entiende que debería haberse brindado idéntica oportunidad a las entidades no bancarias e incluso al crédito comercial entre empresarios. Pone de manifiesto, en su apoyo, que el legislador ya había venido

Esta acotación subjetiva ha sido leída, además, de forma restrictiva por la Dirección General en relación a la hipoteca del artículo 153 bis LH, pues la excepcionalidad de la norma impide, a su juicio, realizar una aplicación extensiva o analógica que, en particular, lleve a otorgar a las sociedades de garantía recíproca la consideración de «entidad financiera»¹⁶⁵. Lo mismo debe predicarse, en consecuencia, de la recargable, que, de admitirse, únicamente otorgaría a las entidades financieras enumeradas la posibilidad de servirse del rango ganado por la hipoteca primitiva en garantía de una suma nuevamente concedida, mas no a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas.

Por el contrario, la ley no establece limitación alguna desde el punto de vista del sujeto pasivo, como ya hemos apuntado. Es más, mientras la hipoteca flotante parece ir destinada a las pequeñas y medianas empresas¹⁶⁶, la recargable encuentra mayor acomodo en el ámbito de los particulares, primero, por ser estos los principales beneficiarios de las hipotecas ordinarias o de tráfico (en cuyo ámbito parece desenvolverse la recarga) y segundo, porque bien puede servir como fuente de financiación en las operaciones de consumo¹⁶⁷. Con el mismo propósito, o sea, el de incentivar el consumo, se introdujo «*l'hypothèque rechargeable*» en la legislación gala, pero tras ocho años de recorrido se decidió excluirla del ámbito de los particulares mediante Ley 344/2014, de 17 de marzo (“loi Hamon”) al objeto de evitar su sobreendeudamiento. Hoy solo es aplicable a los créditos profesionales: artículo 2422 del *Code*.

reconociendo *mayoría de edad* a las primeras, otorgándoles facultades inicialmente reservadas a las entidades de crédito (v. gr., la certificación del saldo líquido exigible a efectos de ejecución, en virtud de los artículos 572.2 y 573.1.2 LEC) y que se trata, además, de una opción de política legislativa contraria a la tendencia europea (vid. Libro Blanco sobre la Integración de los Mercados de Crédito hipotecario de la UE, en el que la Comisión se muestra favorable a autorizar que las entidades no bancarias desarrollen actividades de préstamo hipotecario).

¹⁶⁵ RRDGRN de 28 de junio de 2012 (RJ 2012, 8829), 18 de julio de 2012 (RJ 2012, 10092), 26 de julio de 2012 (RJ 2012, 10375) y 27 de julio de 2012 (RJ 2012, 10377), relativas todas ellas a la hipoteca flotante pero aplicables, en la medida en que el criterio legal es el mismo, a la recargable.

¹⁶⁶ Esta limitación no fue, empero, finalmente incorporada al texto de la ley, aunque al tiempo de la aprobación del artículo 153 bis LH se insistiera en su idoneidad para proveer a las pequeñas y medianas empresas de un mecanismo adecuado de financiación, por lo que no faltó quien se mostró favorable a restringir esta modalidad hipotecaria para financiar exclusivamente actividades empresariales, vedando su posible utilización para cubrir “todo tipo de deudas personales y familiares”: vid. enmiendas nº 42 y 59 del Grupo Parlamentario Popular y enmienda nº 85 del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado (BOCG. Senado Núm. II-130-d de 06/11/2007).

¹⁶⁷ Obsérvese que este es precisamente el argumento que utilizan los defensores de la recarga en favor de su oportunidad, ya que ven en ella un mecanismo útil de refinanciación del deudor: GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario”, *RCDI*, 691, 2005, pp. 1633-1652; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “Un estudio...”, cit., pp. 1150 y ss.; VALERO FERNÁNDEZ-REYES, “La novación...”, cit., p. 416.

Precisamente, la regulación de «*l'hypothèque rechargeable*» ha llevado a la doctrina a cuestionarse si la recarga debe producirse necesariamente con el mismo acreedor del préstamo hipotecario primitivo o podría el deudor, por el contrario, ofrecer la parte “libre” de la hipoteca primeramente constituida a una entidad financiera distinta que le conceda crédito. Esto es lo que ocurre en el Derecho francés, donde las diferentes entidades pueden concurrir libremente, siendo nulo el pacto en contrario. A pesar de que la doctrina se muestre, por lo general, favorable a esta regulación¹⁶⁸, al fomentar la competencia entre entidades financieras y otorgar al deudor la posibilidad de elegir entre las distintas ofertas con absoluta libertad, parece claro que no fue la opción por la que se decantó nuestro legislador: la norma no solo omite esta alternativa sino que, además, prevé la ampliación de capital como una *modificación del préstamo hipotecario*, la cual, claro está, solo puede llevarse a efecto si concurren los mismos sujetos que prestaron su consentimiento al negocio primitivo.

Lo anterior sitúa a la entidad financiera en una evidente situación de monopolio, por las dos razones siguientes: primera, porque el bien del hipotecante (por lo general, su vivienda) quedará anticipadamente afecto como garantía por el valor de *toda la cifra de responsabilidad hipotecaria*, aun cuando la deuda real sea muy inferior y la nueva obligación (la ampliación) pueda no nacer nunca, pues el acreedor no queda obligado a conceder más crédito que el inicial sino, en todo caso, facultado para aprovechar eventualmente la preferencia que le otorga la hipoteca constituida frente a cualquier otro acreedor posterior; y segunda, porque en el caso de que el deudor precise de nueva financiación, el acreedor hipotecario gozará de una indudable ventaja frente a otras entidades, dado que el prestatario podrá (solo en el supuesto de que contrate nuevamente con él) rentabilizar los recursos que empleó en la constitución de la hipoteca primitiva y,

¹⁶⁸ DÍAZ FRAILE, “La nueva...”, cit., p. 1782, sostiene que, o bien se exige que conste en el Registro el carácter ampliable de la hipoteca o, en su defecto, debería admitirse la concurrencia, por el tramo de la ampliación del capital, de otro acreedor distinto del inicial. BERMEJO PUMAR, M. M., “La reutilización de la garantía. Facultad del hipotecante”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, coord. por M. P. García Rubio, Civitas, Madrid, 2009, p. 84, entiende que solo si se interpreta la norma favoreciendo que el deudor pueda ofrecer la recarga a un acreedor distinto, puede alcanzarse el objetivo de la reforma: abaratar y facilitar la libre competencia. Por el contrario, no ve inconveniente en ello VALLE MUÑOZ, “La hipoteca...”, cit., p. 269, para quien la propia Ley de Subrogación de Hipotecas de 1994 ya fomentó suficientemente la competencia entre las entidades financieras. Ciertamente es que, en el supuesto de que se produzca la subrogación, será en su caso la entidad subrogada la que podrá optar por la *reutilización* de la hipoteca, pero ¿se fomenta realmente con ello la competencia, cuando la concesión de nuevo crédito va indubitadamente ligada a la entidad que lo otorgó en primer lugar, o a la que se subrogó en su posición?

considerado el ahorro, aceptar incluso unas condiciones más onerosas que las ofrecidas por las entidades de la competencia, con lo que se acentúa el riesgo de abuso de posición dominante¹⁶⁹.

Junto al deudor y acreedor, cabe cuestionarse si existen otros sujetos que hayan de consentir la recarga. Por ejemplo, si el hipotecante es un tercero distinto del deudor, ¿ha de recabarse su consentimiento? Y si la finca se transmite a un tercero, ¿hasta qué punto quedaría restringida la posibilidad de recarga?

La norma únicamente se refiere a los «*titulares de derechos inscritos con rango posterior*». Lo que, por otra parte, es lógico si se tiene en cuenta que el artículo 4.3 se dirige a regular los efectos de la modificación sobre el rango registral, y que solo es posible hablar de «rango registral» respecto de los titulares de derechos limitados en los que la ordenación jerárquica es de esencia. Esto es, el rango, equivalente a categoría o clase, solo se tiene por contraste con otras situaciones que, coexistiendo entre sí, comporten distinto grado de privilegio, por lo que no es posible la ordenación mediante rango de los derechos plenos (v. gr. el dominio: la existencia de un propietario registral excluye la aparición coetánea de otro)¹⁷⁰. De donde se concluye que solo aquellos sujetos han sido objeto de expresa contemplación legal, y no otros distintos.

Ahora, esta omisión normativa no impide a los autores exigir que se recabe el consentimiento de aquellos otros terceros a los que hacíamos alusión. Se entiende, primeramente, que así debe hacerse cuando el dueño de la finca no coincida con el deudor. De hecho, si bien es cierto que para el titular dominical (hipotecante no

¹⁶⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., p. 219. En el mismo sentido, PARRA LUCÁN, “Los principios...”, cit., p. 7, pone de manifiesto cómo ambas figuras (la hipoteca global y la recargable) recogen una aspiración de las grandes entidades de crédito de fidelizar a los clientes, al propiciar que adquieran una exclusiva sobre un deudor. Denuncia, por ello, que la perspectiva de la norma no sea exactamente la del jurista sino, antes bien, la de una entidad que comercializa productos financieros y desea que los clientes de crédito acudan siempre a ella para obtener financiación.

Este temor al privilegio injustificado y monopolístico que se concede a las entidades financieras aflora también durante la tramitación parlamentaria de la Ley 41/2007: *vid.* a modo de ejemplo, la enmienda nº 17 presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds en el Congreso y la nº 95 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-127-7 de 09/05/2007).

¹⁷⁰ CANALS BRAGE, *La recarga...*, cit., p. 142, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., “El rango hipotecario. Negocios sobre el rango”, en *Homenaje a José María Chico Ortiz*, coord. por J. L. Gimeno y Gómez-Lafuente, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 956.

deudor) resulta irrelevante que el acreedor preferente conserve o no el rango, en la medida en que este se dirige únicamente a ordenar la eficacia de los derechos reales limitados entre sí, lo que sin duda no le es indiferente es la extensión de la obligación garantizada; por ello, cualquier modificación que suponga una ampliación en su cuantía que pretenda asegurarse con cargo a un inmueble de su propiedad habrá de ser consentida por él. En definitiva, el tercero hipotecante, en tanto que sujeto pasivo del gravamen (y por tanto, *parte* en el préstamo hipotecario y no tanto *tercero*), habría de consentir la recarga de la misma forma que si de la constitución de la garantía se tratase¹⁷¹.

Mayores dudas suscita, en segundo lugar, la situación del tercer poseedor pues, a pesar de que se entienda que también debe consentir expresamente la modificación del crédito hipotecario atendida su condición de titular dominical de la finca gravada¹⁷², resuenan las voces que aconsejan adquirir la finca con descuento del importe total asegurado (art. 118 LH), aun cuando conste de forma fehaciente por anotación registral (arts. 143 LH y 240 RH) que la deuda ha sido parcialmente amortizada¹⁷³. Pues solo de esta forma se protegería el adquirente ante la contingencia de que el deudor convenga una ampliación de capital con el acreedor sobre la hipoteca ya constituida. Sin embargo, no parece que exista un riesgo cierto de que la hipoteca sea recargada tomando como referencia la responsabilidad máxima inicial (si admitimos que es este el dato oponible frente a terceros), al menos en el supuesto de que conste la amortización parcial de la deuda en el Registro, ya que bien podría entenderse que se ha producido en ese caso una *actualización* de aquella cifra, como acontece cuando, durante la tramitación del procedimiento ejecutivo, un acreedor preferente informa sobre el estado de su crédito (arts. 4.3 Ley 2/1994 y 657 LEC), limitando con ello (según se explicará después) las posibilidades de que opere la recarga¹⁷⁴.

Por último, en lo concerniente a los titulares de derechos inscritos con rango posterior, a los que sí presta atención la norma, se entiende que habrán de manifestar si

¹⁷¹ AZOFRA VEGAS, *La hipoteca...*, cit., p. 174; CANALS BRAGE, *La recarga...*, cit., p. 138.

¹⁷² CANALS BRAGE, *La recarga...*, cit., pp. 139 y ss.; CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., p. 980.

¹⁷³ AZOFRA VEGAS, “La hipoteca recargable: excepciones...”, cit., p. 9; QUESADA PÁEZ, A., “Hipotecas especiales”, *RCDI*, 711, 2009, pp. 357.

¹⁷⁴ DÍEZ GARCÍA, *Recargas...*, cit., p. 237.

consienten la posposición de su rango cuando la nueva concesión de crédito, sumada a la cantidad pendiente de restitución, supere la cifra de responsabilidad hipotecaria o, alternativamente, vaya acompañada de una ampliación del plazo del préstamo (según la doctrina de la Dirección). De manera que, si no concurre ninguna de las dos circunstancias enunciadas, la ampliación de capital será, a juicio de los partidarios de la recarga, oponible frente a ellos, sin que puedan alegar nada al respecto. Y es que se entiende que la ley establece una presunción de que no existe afectación de los intereses de estos acreedores cuando no se produce incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, pues han debido medir, a través de aquella, a cuánto ascendía su riesgo¹⁷⁵.

Percíbese, no obstante, la evidente contradicción a la que nos conduce la afirmación que acaba de apuntarse. Si se parte de que lo que realmente se impone frente a terceros es la cifra de responsabilidad hipotecaria porque la finca se halla afecta en toda esa extensión y, por ende, el riesgo que aquellos asumen es el que la misma representa (y no la concreta cuantía de la obligación que ha originado el gravamen), ¿cuál es la razón de que la información que mediante aquella cifra se traslada no se repute suficiente frente a otros terceros?; es decir, ¿por qué no lo es para el hipotecante no deudor y el tercer adquirente de la finca y sí, sin embargo, para los titulares de derechos reales limitados inscritos en el periodo intermedio?¹⁷⁶

Es evidente que quien, como hipotecante no deudor, presta su finca en garantía de una concreta obligación, lo hace exclusivamente hasta tanto sea satisfecha, pero no para asegurar cualesquiera deudas que puedan tener cabida en el importe que, como cuantificación del crédito, haya sido reflejado en el Registro. Es claro por ello que, para que la recarga fuese válida, debería exigirse su consentimiento. Y lo mismo cabe predicar del tercer poseedor, quien habrá de descontar o retener del precio de venta *el importe de la obligación garantizada* a tenor del artículo 118 LH, pero no el representado por la cifra de responsabilidad, por lo que no cabría asegurar con el mismo gravamen una deuda distinta de aquella, salvo que consienta. En ambos casos se diluye la función que

¹⁷⁵ DÍEZ GARCÍA, *Recargas...*, cit., p. 231.

¹⁷⁶ De esto mismo advierte DÍEZ GARCÍA, *Recargas...*, cit., pp. 227-237, si bien parece sostener que, comoquiera que la función de la cifra «máxima» es justamente la de delimitar el nivel de riesgo de todos los terceros, sin distinción, que adquieran derechos sobre la finca hipotecada, una vez que asumen el riesgo ningún perjuicio se causa a *ningún* tercero por el hecho de que la hipoteca garantice también la ampliación de capital si no se han sobrepasado los límites de responsabilidad hipotecaria.

pretende asignarse a la responsabilidad hipotecaria que, ni resulta determinante para tales terceros ni puede serlo tampoco para los titulares de derechos reales limitados sobre la finca, como se verá después al analizar el principio de prioridad.

3.2. El aspecto objetivo

Por lo que concierne a la obligación garantizada, en tanto que objeto sobre el que puede recaer la recarga, el debate se suscita principalmente en torno a las dos siguientes cuestiones: en cuanto a su fuente, si el ámbito de aplicación de la recarga se debe entender exclusivamente referido a los préstamos hipotecarios o puede, por el contrario, aplicarse extensivamente a otros contratos de financiación (v. gr., apertura de crédito en cuenta corriente); y, por lo que atañe a la naturaleza de la obligación susceptible de recarga, si esta se ciñe a la ampliación de capital o puede asegurarse con el excedente de cobertura cualquier otra obligación distinta (v. gr., intereses).

El primero de los aspectos señalados parte, a su vez, de una falta de consenso doctrinal y jurisprudencial acerca del ámbito objetivo de la propia Ley 2/1994. La norma se refiere insistentemente a los *préstamos hipotecarios*, cuya mención aparece en su propio título, en su Exposición de Motivos, en la determinación de su ámbito de aplicación (arts. 1 y 2) y en los artículos 3, 4, 8 y 9, tanto de forma directa como indirecta, mediante alusiones a elementos propios de esta modalidad contractual [“toma de dinero prestado” (art. 2) o “capital pendiente de amortizar” (art. 8)]. Posiblemente esto se explica por pura coherencia con la dicción del artículo 1211 CC, en cuyo desarrollo fue dictada y que contempla la subrogación sin consentimiento del acreedor cuando el deudor, para pagar la deuda, “*haya tomado prestado el dinero...*”. Junto a ello, el texto incorpora algunas referencias a los *créditos* que, antes de la reforma de 2007, bien podían entenderse realizadas en un sentido amplio, como sinónimo de derecho o título del acreedor y no como equivalente al contrato de apertura de crédito¹⁷⁷. Esta situación solo ha variado ligeramente tras la reforma y la inclusión, a través de ella, de dos menciones cuya única acepción posible es la del negocio jurídico de crédito, en los artículos 2 (“*cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario...*”) y 8 (“*para el cálculo de los honorarios*

¹⁷⁷ AZOFRA VEGAS, “La hipoteca recargable: realidad...”, cit., pp. 5-6.

notariales de las escrituras de subrogación, novación modificativa y cancelación, de los créditos o préstamos hipotecarios...”).

Ante este panorama, la Dirección General se ha inclinado por una interpretación extensiva de la ley que permita aplicar el procedimiento subrogatorio indistintamente “a los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios”, en aras de alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los dos instrumentos y extender a ambos los beneficios fiscales y de reducción de gastos que prevé la Ley 2/1994, máxime en aquellos supuestos en los que el producto financiero, constituido como crédito, reúne al fin y al cabo las características propias de un préstamo¹⁷⁸.

La misma disyuntiva se ha planteado en el seno de la Sala 3ª (de lo Contencioso-Administrativo) del Tribunal Supremo. Así, aun cuando inicialmente declaró que de la regulación contenida en la Ley 2/1994 se deducía claramente que tenía por objeto los préstamos hipotecarios y no cualquier otro negocio jurídico destinado a la financiación de la adquisición de inmuebles (como puedan ser las cuentas de crédito que tengan garantía hipotecaria), finalmente ha venido a admitir que, a efectos del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, los créditos con garantía hipotecaria han de asimilarse a los préstamos hipotecarios, de suerte que la exención prevista en el artículo 9 de la Ley 2/1994 debe aplicarse a la financiación hipotecaria en general, cualquiera que sea el modelo de instrumentación (crédito o préstamo) utilizado¹⁷⁹. Repárese, sin embargo, en que se trata de una interpretación integradora de la norma que atañe exclusivamente a

¹⁷⁸ RRDGRN de 18 de junio de 2001 (RJ 2002, 7716) y 29 de febrero de 2008 (RJ 2008, 8269).

¹⁷⁹ Vid. la STS de 5 de abril de 2016 (RJ 2016, 2557), que reproduce lo que ya había sentado la Sala en la sentencia de 24 de abril de 2014 (RJ 2014, 2643) para unificar doctrina, y que reitera posteriormente en las de 5 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1295), 9 de abril de 2015 (RJ 2015, 1845), 13 de abril de 2015 (RJ 2015, 1342), 24 de abril de 2015 (RJ 2015, 2386), 6 de mayo de 2015 (RJ 2015, 3079), etc. Las razones que llevan al Tribunal Supremo a adoptar esa posición son las siguientes: primera, la tradicional asimilación que a efectos del impuesto se ha venido realizando entre préstamos y créditos; segunda, la finalidad de la Ley 2/1994, que se cifra en dinamizar, agilizar y hacer competitivo el mercado financiero; y tercero, la legislación posterior a aquella, o sea, el tratamiento tendente a la uniformidad que introducen, por un lado, las Leyes 41/2007, de 7 de diciembre y 2/2009, de 31 de marzo, sobre contratos de préstamo o crédito, y por otro, el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, del mercado hipotecario, y el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. Todos estos datos conducen al Tribunal Supremo a entender que no existe razón suficiente para ofrecer un trato diferenciado a efectos de la exención en el impuesto y a hacer suyo, de esta forma, el criterio que el Tribunal Económico-Central había sentado en su resolución de 16 de mayo de 2013 (PROV 2014, 163257) con el que se apartaba de las consultas vinculantes que hasta entonces había emitido la Dirección General de Tributos.

la exención fiscal de la operación. Pero que no predispone que todo el contenido de la Ley 2/1994 sea en la misma medida aplicable a los «contratos de crédito»¹⁸⁰.

Por último, la doctrina, a donde también se ha trasladado el debate, se halla dividida entre quienes sostienen que la regulación solo es aplicable a los préstamos hipotecarios en sentido estricto y quienes defienden su aplicación extensiva en la medida en que la norma aspira a favorecer al deudor, resultando por tanto indiferente cuál sea la fuente de su deuda¹⁸¹.

La falta de consenso expuesta se proyecta, como no podía ser de otra forma, en el ámbito de la recarga o, dicho en palabras de la ley, en lo que pueda ser objeto de “novación modificativa” con mantenimiento de rango. La cuestión es: ¿ha de entenderse circunscrita a los préstamos hipotecarios o la fuente de la obligación no es hasta tal punto determinante?

Si atendemos al tenor del artículo 4 de la Ley 2/1994, resulta indiscutible que el legislador únicamente se figuró el contrato de préstamo hipotecario como marco de la relación negocial en la que podía tener lugar la modificación consistente en la ampliación de capital, con los efectos que le atribuye en su párrafo tercero. Por ello el precepto alude únicamente a “las escrituras públicas de modificación de *préstamos hipotecarios*”, al “*prestamista*” y a las “condiciones financieras del *préstamo*”. A este contrato se refiere también exclusivamente el Centro Directivo cuando se pronuncia abiertamente a favor de la recarga en su resolución de 14 mayo de 2015, aun cuando la misma se dicta en el seno de un recurso que tiene por objeto la inscripción de una escritura de novación de hipoteca de máximo en garantía del saldo de una cuenta corriente de crédito.

Y es que esto último no es, a juicio de la Dirección, una circunstancia que altere las conclusiones sentadas respecto a la recarga, por los siguientes motivos: por un lado, porque ya con anterioridad había entendido aplicables las normas de la Ley 2/1994 (tanto las relativas a la subrogación como a la modificación) a los préstamos y a los

¹⁸⁰ Como apunta AZOFRA VEGAS, “La hipoteca recargable: realidad...”, cit., p. 6, también el artículo 8 de la Ley prevé una bonificación arancelaria aplicable a las operaciones que en el mismo se describen, entre ellas, a la cancelación, que sin embargo es una materia que no se regula en la Ley 2/1994.

¹⁸¹ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “Un estudio...”, cit., pp. 1137-1138.

créditos hipotecarios; y, por otro, porque entiende asimilable el plazo de la cuenta corriente de crédito al del préstamo, en la medida en que puede cumplir una función similar respecto de la recarga, o sea, determinar el plazo de amortización final y, a su vez, el tiempo en que las distintas disposiciones de capital, en los términos pactados, son posibles. Extrae, así, la siguiente conclusión: la ampliación del plazo de una cuenta corriente de crédito en que simultáneamente se suprima la posibilidad de nuevas disposiciones se asimilaría a la simple ampliación del plazo del préstamo y no exigiría el consentimiento de los terceros inscritos o anotados para el mantenimiento del rango de la hipoteca, pues solo tiene como finalidad facilitar el pago de una deuda anterior. Por el contrario, la misma ampliación del plazo de la cuenta corriente de crédito que vaya acompañada de la posibilidad de disponer otra vez hasta la cifra total del crédito convenido y garantizado, que se asimilaría a la simultánea ampliación de capital, sí exigiría dicho consentimiento de los terceros (aunque la responsabilidad hipotecaria máxima no se alterara).

Sucede, de esta forma, que la Dirección solo alude a dos hipótesis que, aunque estrechamente vinculadas con la recarga, no constituyen en esencia el supuesto de hecho que puede dar lugar a la misma. Dicho con otras palabras: contempla la mera ampliación del plazo de vencimiento de la cuenta (que según su doctrina no implica, aun sin anuencia de los terceros, alteración en el rango registral) y, junto a ella, aquella prórroga del plazo durante la cual puedan llevarse a cabo nuevas disposiciones de capital, lo que equivale a un incremento en la cantidad prestada o *aumento de capital* (que sí impide, a salvo el consentimiento de los terceros, imputarlo a la hipoteca previamente constituida). No obstante, no prevé el supuesto constitutivo de recarga: que sin variación en el plazo, pueda el deudor beneficiarse de nuevas disposiciones del principal ya restituido cuando, en el marco del contrato previamente estipulado, no hubiera tenido ya derecho a las mismas. ¿Cabría entonces aplicar el artículo 4.3 de la Ley 2/1994?

Es posible que la referencia al préstamo como tipo contractual venga dada por la dinámica de la recarga, si se piensa en ella como en la posibilidad de compensar las cantidades ya satisfechas con las nuevas concesiones de capital. De hecho, su operatividad puede advertirse con mayor facilidad en un préstamo hipotecario de amortización periódica (sometido al sistema francés de amortización) que, por ejemplo, en la apertura de crédito en cuenta corriente donde, de habitual, las sucesivas

disposiciones de capital que realice el deudor habrán sido ya inicialmente convenidas y cubiertas, de igual forma, por la garantía hipotecaria, amén de que la devolución del saldo no se realiza necesariamente mediante cuotas regulares y puede, además, haberse pactado su renovación.

Cierto es que en la práctica se observa con frecuencia la existencia de figuras en las que la denominación atribuida varía sustancialmente del contenido típico así nominado, v. gr., préstamos en los que la entrega real típica se sustituye por un derecho a la entrega condicionado y créditos en los que se imponen amortizaciones periódicas de capital y se pacta el cierre de disponibilidad mucho antes del cierre de la cuenta. Algunas podrían con facilidad incardinarse en la dinámica de la recarga, pues lo realmente determinante es que se haya producido una entrega de capital al deudor, que este haya sido amortizado parcialmente y que no se hayan previsto ulteriores entregas¹⁸².

Ahora bien, esta práctica ya era frecuente en el instante en el que fue aprobada la reforma, por lo que el legislador bien podría haberla contemplado, tal y como hizo en materia de compensación por amortización anticipada (arts. 7 a 9 de la Ley 41/2007), cesión (art. 11.3 de la Ley 41/2007), movilización de los préstamos o créditos garantizados con primera hipoteca mobiliaria o primera prenda sin desplazamiento (art. 12.4 de la Ley 41/2007) y en la regulación de la hipoteca inversa (disposición adicional primera de la Ley 41/2007)¹⁸³. Aún más: habida cuenta de la excepcionalidad de la previsión normativa (caso de que finalmente se entendiera admisible), resulta más lógico adoptar una posición cauta, ceñida al texto literal de la norma y que evite interpretaciones analógicas o extensivas¹⁸⁴, del mismo modo en que no cabría generalizar este régimen a cualquier otra garantía distinta de la hipoteca inmobiliaria

¹⁸² CANALS BRAGE, *La recarga...*, cit., pp. 124 y ss., quien sostiene que, aunque por esencia la obligación típicamente recargable sea la derivada del préstamo, también podría tener lugar en el marco de una apertura de crédito en cuenta corriente cuando se haya vetado la disposición del saldo con carácter previo al cierre de la cuenta, siempre y cuando se hubieran realizado amortizaciones anticipadas. El Tribunal Económico-Administrativo Central también utiliza este argumento en su resolución de 16 de mayo de 2013 (JUR 2014, 163257), antes citada, en la que sostiene la aplicación de la exención prevista en el artículo 9 de la Ley 2/1994 a los créditos hipotecarios. Afirma, en concreto, que existe en la práctica una confusión cada vez más creciente entre las figuras crediticias que dificulta un tratamiento separado de las mismas, basado exclusivamente en la distinción originaria de ambos contratos.

¹⁸³ AZOFRA VEGAS, "La hipoteca recargable: realidad...", cit., pp. 6 y ss.

¹⁸⁴ En el mismo sentido se pronuncia GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, "Un estudio...", cit., p. 1139, que opta por una aplicación estricta de la ley aunque admite, no sin dudas y reparos, una cierta interpretación extensiva de su objeto en favor de obligaciones asimilables a los préstamos.

(salvo que definitivamente se opte por un sistema de garantías no accesorias). Lo demás no es sino distorsionar el sistema¹⁸⁵.

La segunda cuestión que se plantea en torno al aspecto objetivo de la recarga guarda relación con cuál ha de ser la obligación susceptible de propiciarla: ¿actúa solo como consecuencia de la ampliación de capital o puede la cobertura sobrante destinarse a asegurar una obligación distinta?¹⁸⁶. Huelga decir que la recarga ha sido entendida como el aumento en el capital prestado sin pérdida de rango, lo que se deduce esencialmente de que la disposición transitoria única de la Ley 41/2007 contemple el posible aumento en el monto prestado sin incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria (o sea, sin que ello implique necesariamente una alteración en la posición que el derecho real ocupa en el Registro). Pero también del artículo 4, que solo contempla la “ampliación de capital” como fenómeno productor del mantenimiento del rango y no así el concierto de cualesquiera otras obligaciones entre las partes. Parece, por ello, que el factor determinante para que se produzca la recarga consiste, precisamente, en la inyección de capital¹⁸⁷. Lo que en cierta medida es lógico si admitimos que la obligación resultante de

¹⁸⁵ Al contrario de lo que opina CORDERO LOBATO, E., “Sobre lo imperativo en nuestro Derecho de garantías”, en *La autonomía privada en el Derecho civil*, dir. por M. A. Parra Lucán, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 373-375, quien aboga por la recarga de otras garantías sin pérdida de rango y, en definitiva, por un sistema hipotecario flexible que no limite la autonomía de la voluntad “sin ventajas apreciables para el tráfico jurídico y sin sacrificio alguno de seguridad jurídica”. Discrepamos, así, en el mismo punto de partida, pues la recarga, al menos en los términos en los que aparece hoy “regulada”, genera una situación de inquietante inseguridad jurídica.

¹⁸⁶ Aunque reconoce que no es el supuesto que prevé la norma, en favor de esta última posibilidad se pronuncia CORDERO LOBATO, “Sobre lo imperativo...”, cit., p. 374, quien no ve por qué ha de ser más atendible la necesidad de flexibilizar una ampliación del crédito inicial que la de conceder cualquier otro y aboga, en definitiva, por la generalización de la recarga más allá de la ampliación de capital. Encuentra, además, explicación a que el artículo 4.2 únicamente se refiera a esta última en la propia *ratio* de la norma, que regula la “subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios” y por ello es lógico que solo haga mención a dicho supuesto. Ahora bien, la justificación de que solo se prevea aquella posibilidad, entendemos, es bien distinta a la que expone esta autora y orbita en torno a la consideración del incremento en el *quantum* de la deuda como mera “novación modificativa” de la obligación: en la medida en que la obligación garantizada sea «única», y solo en esa medida, podrá mantenerse *intacto* el derecho real que le sirve de garantía, con los límites antedichos. A la calificación que, en el plano obligacional, deba darse a dicha alteración nos referiremos en el capítulo siguiente. Baste, por el momento, dejar sentado que esa parece ser la verdadera razón que descansa tras la previsión normativa, lo que lleva a desechar, por definición, la posibilidad de aprovechar la carga a los efectos de cubrir “otras” obligaciones, cualesquiera que sean estas.

¹⁸⁷ Así lo entiende la generalidad de la doctrina [entre otros muchos, VALLE MUÑOZ, “La hipoteca...”, cit., p. 276; y CRUZ GALLARDO, *Principios...*, cit., p. 434], aunque hay también quien advierte de que, aun presentado como ampliación del crédito inicial, la hipoteca recargable encierra una técnica de refinanciación a través de la cual la entidad crediticia concede lo que en realidad no es sino un nuevo

la ampliación sigue siendo única y que esa unidad busca trasladarse al plano registral. En definitiva, la posibilidad de que tenga lugar la recarga debe entenderse referida a lo sumo al aumento cuantitativo de la obligación previamente garantizada con hipoteca, pero en ningún caso permitiría aprovechar la posición ganada por esta para asegurar cualesquiera otras obligaciones. Si tal es la voluntad de las partes, habrán de recurrir a los instrumentos financieros específicamente diseñados para cobijar, bajo una misma carga, tal pluralidad (la más reciente y flexible, la hipoteca flotante).

Merece, empero, especial mención la siguiente circunstancia: es previsible que, amén de la ampliación en la suma dada en préstamo, las partes convendrán el devengo de intereses remuneratorios, en tanto que contraprestación para el prestamista, así como de los moratorios que disuadan al deudor de incurrir en mora y compensen, para el caso de que esta se produzca, el retraso en la restitución de la deuda. Ahora, ¿qué ocurre si en la escritura de ampliación se pacta su eficacia no solo *inter partes* sino también “a efectos hipotecarios”? ¿Quedan de igual forma cubiertos por la garantía? Parece claro que si la obligación principal (ampliada) queda amparada por esta, lo serán también los intereses pactados, en tanto que accesorios de ella, si bien en los términos de la inscripción primitiva y, por supuesto, con el límite que frente a terceros impone el artículo 114 LH. Ocurre así que el gravamen seguirá cubriendo intereses en la misma extensión en la que lo venía haciendo, mas la deuda en el plano extrarregistral habrá aumentado de forma considerable, no solo por lo tocante al principal sino asimismo a los intereses que tal ampliación lleve aparejados, incrementando el riesgo de impago y consiguiente ejecución de la hipoteca, con purga de los derechos de los acreedores posteriores.

Cuestión distinta es que, aprovechando la operación, se altere el tipo de interés o el plazo a efectos hipotecarios¹⁸⁸, lo que plantea dos problemas: uno, desde la óptica del principio de especialidad, en la medida en que la forma en que fueron determinados los intereses en el instante inicial sea incompatible con la que ahora se convenga; y dos, desde el punto de vista del posible incremento en la responsabilidad total a que quede afecta la finca. De concurrir este último supuesto, ninguna duda cabe de que la hipoteca

crédito: PARRA LUCÁN, “Los principios...”, cit., p. 6. Sobre ello volveremos en el capítulo IV, epígrafe IV, apartado 1.3.

¹⁸⁸ Las opciones aquí son numerosas, tanto desde el punto de vista del tipo de interés (que se pase de un tipo fijo a otro tipo fijo superior o inferior, o bien de un tipo fijo a uno variable o viceversa), como desde el punto de vista del plazo (que, respetando el límite de 5 años que prevé el artículo 114 LH, podría ampliarse o reducirse).

inicial únicamente podrá conservar su rango si consienten los titulares de las cargas intermedias, pues una alteración en la obligación de tal magnitud rebasa el límite fijado expresamente por la ley: determina un incremento de la responsabilidad hipotecaria¹⁸⁹.

Mayores dificultades suscitan las posibles alteraciones en el tipo de interés inicialmente estipulado, cuya casuística resulta por lo demás inabarcable, lo que no obsta a que podamos extraer ciertas reglas comunes. Es obvio que, si los intereses se pactan por referencia a un tipo fijo, podrán quedar determinados en el Registro mediante el establecimiento de una cantidad global (art. 220 RH) o, alternativamente, del tipo de interés convenido y el tiempo o número de anualidades por las que se constituye la hipoteca, que será, en todo caso, de tráfico. Si, por contra, las partes se someten a un tipo de interés variable, aquellos solo podrán quedar asegurados a través de una hipoteca de máximo, ya que en el momento de constitución de la carga se ignorará su importe total. Sin demasiado tino, la Dirección General se ha opuesto a que la cobertura hipotecaria quede definida por referencia a unos tipos de interés distintos de los estipulados, con invocación del carácter accesorio de la hipoteca: “como los intereses ahora [tras la modificación] son fijos, la cobertura hipotecaria que se pactó para los intereses ordinarios variables ya no puede dar cobertura a aquellos por impedirlo el principio de accesividad”¹⁹⁰. Ahora bien, este último no exige que se modifique la

¹⁸⁹ DÍEZ GARCÍA, *Recargas...*, cit., pp. 204-205, concluye que cualquier cambio en la obligación que determine un incremento de la responsabilidad hipotecaria resulta susceptible de causar un perjuicio a terceros (y no solo cuando dicho aumento derive de una ampliación de capital). Por su parte, la RDGRN de 11 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1470), ante un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria por intereses de demora respecto de la que aparecía inscrita en el Registro de la Propiedad, exigió el consentimiento de los titulares de cargas intermedias (en concreto, del titular de la hipoteca unilateral constituida con posterioridad a la que, en aquel momento, trataba de modificarse), si se quería mantener el rango de la hipoteca modificada.

¹⁹⁰ RRDGRN de 2, 4 y 14 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 9040; 2002, 8915; y 2002, 10031, respectivamente). En el mismo sentido se había pronunciado en la RDGRN de 5 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7780): “el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado hace imposible la discrepancia en los términos definatorios de la obligación y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito. Siendo fijo el tipo de interés remuneratorio, no cabe que su cobertura hipotecaria quede definida por referencia a un tipo de interés distinto, vulnerándose con ello la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales”. Y así ha vuelto a reiterarlo recientemente en las resoluciones 1494/2017, de 25 de enero (RJ 2017, 904) y 11729/2017, de 19 de septiembre (RJ 2017, 4378): “el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (...) implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definatorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito (arts. 9 y 12 LH), de modo que pactándose en la modificación de la condiciones financieras del préstamo hipotecario un tipo fijo para los intereses remuneratorios y moratorios que antes no existía (o inferior al anteriormente existente), o estableciéndose una límite obligacional a los intereses variables antes inexistente (o inferior al precedente), no cabe que la cobertura

hipoteca cuando se altere el contenido de la obligación. Lo único que cabe cuestionarse aquí es si ambos asientos pueden practicarse sin contradicción y, por tanto, sin afectación del principio de especialidad¹⁹¹.

La incompatibilidad entre ambos asientos registrales (el de hipoteca y el de modificación) no gira en torno al carácter variable o no de los intereses ni al incremento o disminución de su tipo: el que conste en la inscripción de la hipoteca será en todo caso el que actúe como tope máximo a efectos hipotecarios, tanto si se ha configurado como tal (en el caso de las hipotecas de seguridad en garantía de intereses sometidos a un tipo variable) como si se ha hecho constar en tanto que tipo fijo, de suerte que el nuevo interés pactado (fijo o variable) ningún inconveniente planteará de ser inferior a este¹⁹², pero tampoco de ser superior (más allá de que el exceso únicamente pueda tener virtualidad en el plano obligacional)¹⁹³. Sentado lo anterior, parece que la falta de coherencia asoma en aquellos supuestos en los que la inscripción inicial no solo prevé el tipo de interés y el plazo acordado sino, asimismo, la suma total a que asciende la garantía, como si, por ejemplo, responde de los intereses “correspondientes a tres años al tipo máximo del 19%, lo que equivale a 57.000 unidades de cuenta”¹⁹⁴. Si solo se altera el tipo (para pasar a uno fijo del 10%) pero se mantiene intacto lo demás, ambos pronunciamientos resultarían incompatibles pues, con el nuevo tipo aplicable (10%), 57.000 unidades de cuenta no equivalen a tres años sino a bastantes más. Se crearía, de esta forma, una incertidumbre sobre el alcance temporal de la cobertura hipotecaria de los intereses remuneratorios, incompatible con los dictados del principio de especialidad¹⁹⁵.

hipotecaria se mantenga definida por referencia a unos tipos de interés distintos de los ahora estipulados, vulnerándose con ello la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales, dada la transcendencia *erga omnes* de sus pronunciamientos. En definitiva, no es admisible que el tipo máximo del interés a efectos de la fijación de la responsabilidad hipotecaria, sea superior al límite fijado a efectos obligacionales a la variabilidad del tipo de interés, porque, como queda señalado, el carácter accesorio de la hipoteca imposibilita que se puedan garantizar obligaciones o importes no pactados y/o que nunca podrán devengarse”.

¹⁹¹ DE LA PUENTE ALFARO, F., “Novación de la obligación accesoria de intereses y modificación de la cobertura hipotecaria”, *RCDI*, 690, 2005, pp. 1359-1374.

¹⁹² Sostiene la Dirección, según la doctrina recién expuesta, que en tal caso la responsabilidad hipotecaria debe reducirse en la misma medida ya que el gravamen en ningún caso puede garantizar intereses que no se puedan devengar en el plano obligacional.

¹⁹³ DE LA PUENTE ALFARO, “Novación...”, cit., pp. 1359-1372.

¹⁹⁴ Este es el supuesto de hecho que da lugar a la RDGRN de 5 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7780) a la que antes nos hemos referido.

¹⁹⁵ DE LA PUENTE ALFARO, “Novación...”, cit., pp. 1359-1372.

Sea como fuere y por lo que a nuestro objeto de estudio se refiere, únicamente resta dejar sentado un dato que resulta evidente: en el ámbito hipotecario los intereses solo pueden reclamarse en cuanto tales y dentro de los límites legales pactados, pero nunca englobados en el capital, ni siquiera por existir un exceso de cobertura presuntamente *recargable* a tenor de la nueva normativa. Así lo impone, de un lado, el principio registral de especialidad, que exige la determinación separada de las responsabilidades a que queda afecto el bien por principal e intereses (arts. 12 LH y 220 RH), lo que impide que el acreedor pueda cobrar, en el instante de la ejecución, con cargo a la cantidad fijada en concepto de principal, el eventual exceso de los intereses devengados sobre los garantizados, ni a la inversa; y, de otro lado, lo exige también el necesario respeto del límite que para proteger a los terceros consagra el artículo 114 LH¹⁹⁶.

Lo anterior resulta aplicable a los intereses remuneratorios y moratorios, pero también a los anatocísticos, que en la medida en que sean capitalizados, podrían suscitar mayores dudas respecto de su posible inclusión en la cobertura fijada por concepto de principal.

Recuérdese que los intereses moratorios anatocísticos compensan el perjuicio que el deudor ocasiona al acreedor como consecuencia del pago tardío de los intereses pactados; daño que se cifra en la indisponibilidad de dichos intereses por parte del acreedor, de los que normalmente hubiera obtenido alguna rentabilidad. Así, de la misma forma que la mora en el pago del crédito principal conlleva el pago de intereses (de demora), la misma responsabilidad existe cuando la mora afecta al pago de los intereses vencidos (intereses de los intereses)¹⁹⁷.

El pacto de anatocismo –cuya validez en el plano obligacional habrá de valorarse caso por caso, en función del carácter civil o mercantil del préstamo y de quienes sean parte en él (desde el punto de vista de la posible abusividad de la cláusula o del necesario respeto a lo previsto en el artículo 114.III LH)– puede materializarse mediante dos fórmulas distintas: primero, a través de la suma de los intereses que vayan venciendo al capital originariamente debido, de suerte que esta suma global produzca nuevos intereses y así sucesivamente (tesis de acumulación sucesiva);

¹⁹⁶ El límite del artículo 114 LH no opera respecto a las hipotecas de máximo del artículo 153 LH, en las que no es preciso distribuir la responsabilidad entre las diferentes partidas y los intereses habitualmente se integran como una partida más de la cuenta y, por ende, se computan dentro de la cantidad máxima asegurada. Sin embargo, a otra conclusión llega la doctrina por lo que respecta a la aplicabilidad de ese límite a la hipoteca flotante, en la que, a diferencia de la anterior, no se asegura la devolución de un saldo final sino una pluralidad de obligaciones, por lo que debe respetarse tal limitación: *vid.* por todos PARRA LUCÁN, “Los principios...”, *cit.*, p. 14. Con mayor razón en las hipotecas ordinarias y en las restantes de máximo.

¹⁹⁷ *Vid.* al respecto, MEDINA ALCOZ, M., “Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference”, *InDret*, 4, 2011, pp. 1-59.

o segundo, considerando el anatocismo como producción de nuevos intereses por los solos intereses, sin que queden adicionados de ninguna forma al capital (tesis de los intereses de intereses)¹⁹⁸.

Son numerosísimas las resoluciones de la Dirección que rechazan la posibilidad de que el pacto de anatocismo acceda al Registro¹⁹⁹, aunque su rechazo se sustenta no tanto en la idea de que no puedan garantizarse hipotecariamente los intereses que puedan generar, a su vez, los intereses insatisfechos (tesis de los intereses de intereses), sino en el veto a la cláusula de capitalización de intereses (tesis acumulativa). Esta última no puede acceder al Registro porque, de admitirse, daría lugar a una confusión incompatible con el principio de especialidad, que se materializaría principalmente en el instante de la ejecución. Y es que difícilmente podrían delimitarse cuáles son los conceptos por los que se está cobrando el acreedor con cargo a la cifra garantizada por principal, con lo que además podría aprovecharse la vía de la capitalización para soslayar el límite que, en presencia de terceros, impone el artículo 114 LH²⁰⁰.

Frente a la admisión del pacto de anatocismo consistente en la acumulación al capital de los intereses devengados se ha solido argüir, por último, que obligaría a la continua alteración de la cifra capital para la nueva determinación de los correspondientes intereses²⁰¹. Este razonamiento partía, obviamente, de una plena equiparación entre la cifra inscrita y el capital prestado, sin prever que el gravamen pudiera *recargarse* hasta el importe fijado por la primera de haberse producido una restitución parcial de la deuda. La situación varía ligeramente si admitimos que el legislador ha establecido una nítida diferencia entre “cifra de responsabilidad” y “principal pendiente de pago”, pues, desde este punto de vista, los intereses capitalizados pueden tener cabida en la cobertura

¹⁹⁸ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., “Comentario al artículo 1109 del Código Civil”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo, t. XV, v. I, Madrid, 1989, pp. 851-853. Nótese que la primera fórmula ha sido vetada en el artículo 25 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: los intereses de demora no pueden ser capitalizados en el caso de préstamos o créditos concluidos por una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, previsión que no admite pacto en contrario a tenor de lo previsto en el apartado segundo de la norma.

¹⁹⁹ RRDGRN de 20 de mayo de 1984 (RJ 1987, 3927), 19 de enero de 1996 (RJ 1996, 586), 23 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1032), 12 de febrero de 1997 (RJ 1997, 856), 21 de enero de 1998 (RJ 1998, 274), etc.

²⁰⁰ ÁLVAREZ OLALLA, P., *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Comares, Granada, 1999, pp. 215-223. Nada obsta, empero, a que pueda constituirse una hipoteca de seguridad ex artículo 142 LH para garantizar unos intereses moratorios (anatocísticos), de existencia y cuantía incierta, que se devengarían sobre los intereses insatisfechos, caso de que los hubiera [ÁLVAREZ OLALLA, *La garantía...*, cit., p. 221].

²⁰¹ CHICO ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, 1994, pp. 1441 y 1425.

hipotecaria sin necesidad de actualizar tal cifra. Ahora, esto no permite pasar por alto los dos argumentos antes expuestos, pues el principio de especialidad (arts. 9, 12 LH y concordantes) y el artículo 114 LH siguen plenamente vigentes e impiden, por lo expuesto, destinar el aparente sobrante de cobertura por principal a dichos intereses.

Aún más, téngase en cuenta que la recarga se configura, en todo caso, como una “novación modificativa” consecuencia de una ampliación del principal del préstamo, pero no como la posible atribución del exceso de cobertura a otras obligaciones distintas de esta, sean principales, sean accesorias; amén de que la capitalización de intereses, en la medida en que haya sido inicialmente convenida por las partes, no implica «modificación» ni «novación» del préstamo. No concurre, en definitiva, el supuesto de hecho previsto por la norma.

3.3. El elemento temporal

Si atendemos a la vertiente temporal de la recarga, lo primero que hemos de tener en cuenta es que esta puede contemplarse desde dos perspectivas: en primer lugar, desde el punto de vista de las hipotecas a las que resulta de aplicación la previsión normativa y, en segundo lugar, respecto al periodo efectivo durante el cual puede llevarse a cabo la recarga.

La primera limitación temporal a la que hemos hecho referencia se contempla en la disposición transitoria única de la Ley 41/2007, que viene a distinguir dos regímenes normativos de aplicación a las hipotecas constituidas antes y después de la entrada en vigor de la Ley. Esta disposición se torna, empero, de difícil intelección, pues de su contenido no se extrae con claridad en qué se cifra la diferencia entre ambos, más allá de que gire en torno a “*la ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita*”. Ahora bien, una vez puesto el acento en tal diferencia, la disposición reenvía, para dilucidar en qué consiste esta, a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 2/1994, cuya dificultad interpretativa ya ha sido puesta de manifiesto, con lo que la remisión no permite despejar las dudas²⁰².

²⁰² DELGADO RAMOS, “Los principios...”, cit.

Sea como fuere, de admitirse la tesis favorable a la recarga, es claro que únicamente cabría practicarla en relación a las hipotecas constituidas a partir del 9 de diciembre de 2007 (fecha de entrada en vigor de la Ley), de suerte que las constituidas antes de ese día habrían de regirse, a los efectos de determinar las consecuencias que la ampliación de capital tiene en el plano registral, por la doctrina anterior, que también ha sido expuesta.

En efecto, la distinción entre ambos regímenes normativos tendría plena razón de ser si el legislador hubiera acometido una reforma clara y coherente de nuestro ordenamiento, pues, advertidos los terceros de las nuevas “reglas del juego”, nada podrían objetar: comoquiera que la norma estaría ya avisando de la hipotética *recargabilidad* de la hipoteca, los terceros que voluntariamente adquirieran derechos sobre la finca hipotecada o que la prestaran en garantía, ningún perjuicio podrían denunciar—aunque esto mismo no sería predicable, como ya hemos dicho, de los titulares de anotaciones de embargo, ya que su decisión no es “libremente” adoptada—. Quedaría así explicada la duplicidad de sistemas, habida cuenta de que en ningún caso procedería imponer a quienes fuesen terceros antes del cambio legislativo una reforma de tal calado y en clara vulneración de sus derechos sin una expresa sanción legal.

Cuestión distinta es la de si, una vez reformado hasta ese punto el régimen jurídico de la hipoteca, las constituidas antes de esa fecha podrían, por voluntad de las partes, someterse a la nueva regulación, a lo que CANALS BRAGE responde afirmativamente²⁰³. No obstante, matiza el autor, de un lado, que, a tal fin, no deberían existir en ese instante terceros registrales a quienes pudiera perjudicar la modificación en el régimen aplicable, y, de otro, que las partes deberían fijar en todo caso el importe del préstamo pendiente de amortización, ya que la recarga solo podría practicarse sobre esa cifra, mas no sobre la inicial. Esta última limitación se justificaría porque solo a partir de la Ley 41/2007 es cuando el legislador ha pasado a diferenciar entre cifra de responsabilidad y capital pendiente de pago, dotando a la primera de una cierta consistencia jurídica. Circunscrito el pacto a los términos antedichos e inscrito en el Registro para dotarle de la publicidad oportuna frente a terceros, no habría sin embargo inconveniente en admitirlo.

²⁰³ CANALS BRAGE, *La recarga...*, cit., pp. 117-119.

En segundo lugar, debemos considerar aquellas delimitaciones temporales que afectan al periodo durante el cual puede practicarse la recarga y que guardan relación con las circunstancias siguientes: el término del plazo de vencimiento de la obligación garantizada, la ejecución de cargas posteriores a la hipoteca susceptible de ampliación y, por supuesto, la extinción de la obligación principal (generalmente, por pago).

Esta última no presenta mayores dificultades, pues parece claro que la posibilidad de recarga cesaría en el instante en el que se extinguiese la obligación garantizada: no cabría, entonces, “novarla modificativamente” ni alterar ninguno de sus elementos. En consecuencia, no podría haber recarga a partir del instante en el que hubiese sido íntegramente amortizado el préstamo, aun cuando la hipoteca no hubiese sido cancelada en el Registro²⁰⁴. Lo contrario sería tanto como admitir que el gravamen puede reutilizarse para dar cobertura a obligaciones distintas de la inicial (“ampliada”).

De la misma forma, el plazo de vencimiento de la obligación garantizada jugaría un papel decisivo como acotación temporal de la recarga. Este límite se ha colegido de la redacción del controvertido fragmento del artículo 4.3 de la Ley 2/1994, a cuyo tenor “[l]as 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”. Como ya hemos apuntado, la recarga solo podría admitirse de entender que la ampliación de capital (“modificación prevista en los apartados anteriores”) no supone una alteración o pérdida de la hipoteca inscrita (al contrario, queda cubierta por esta) excepto cuando concurra alguna de las dos siguientes circunstancias, a saber: que implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o “la ampliación del plazo de préstamo por este incremento o ampliación”.

²⁰⁴ BERMEJO PUMAR, “La reutilización...”, cit., p. 84; DÍEZ GARCÍA, *Recargas...*, cit., p. 129; y VALLE MUÑOZ, “La hipoteca...”, cit., p. 261. En sentido contrario se pronuncia DÍAZ FRAILE, “La nueva...”, cit., p. 1782, a cuyo criterio, si el préstamo estuviere amortizado, la recarga podría hacerse por todo el importe del préstamo inicial. Aunque no cabe aceptar esta última posibilidad, sí debemos tener en cuenta que la nueva normativa entraña un evidente riesgo, que se cifra en la más que probable falta de interés de las entidades financieras en que se pague por completo el capital prestado y sus intereses, porque, quedando por pagar una cantidad, por pequeña que sea, tendrán abierta la vía para conceder al deudor una nueva línea de préstamo en situaciones más ventajosas que las de cualquier otra entidad de crédito: DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., pp. 218-219.

Esta última previsión ha causado cierta perplejidad en los operadores jurídicos, pues hay quienes, con toda razón, han percibido en este inciso una reiteración superflua por parte del legislador: si lo determinante es que se produzca un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, nada aporta que se mencione aquí la ampliación del plazo del préstamo, que por sí sola no genera pérdida de rango si no va acompañada de aquella; del mismo modo en que no la producen, aisladamente consideradas, todas las demás circunstancias que contempla el artículo 4.2, y que, sin embargo, sí conllevan pérdida de rango cuando de forma simultánea se amplíe la cifra máxima. En fin, siguiendo esta interpretación, habría bastado con que el legislador hubiera contemplado “el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria” como único supuesto de pérdida de rango²⁰⁵.

Frente a esta lectura, aparece una segunda que sostiene que la prórroga del plazo del préstamo, conjugada con la ampliación de su capital, implica siempre una pérdida de rango de la hipoteca, aun cuando no se acreciente la cifra de responsabilidad²⁰⁶. De ahí que la norma aluda a “*la ampliación del plazo de préstamo por este incremento (léase, de la cifra de responsabilidad hipotecaria) o ampliación*” (léase, de su capital)²⁰⁷. Esta es precisamente la interpretación que ha sostenido la Dirección en sus resoluciones de 2015 y 2017: el plazo se configura como el periodo de tiempo dentro del cual es susceptible de admitirse la recarga de la hipoteca, de tal forma que cuando la ampliación del capital vaya acompañada, precedida o seguida de un aumento del plazo

²⁰⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., p. 206, aunque para este autor la ampliación de capital conlleva siempre incremento de la cifra de responsabilidad, salvo que desde un inicio haya sido pactada una superior que dé cabida a la ampliación.

También en este sentido, aunque favorable a la recarga, se muestra AZOFRA VEGAS, “La hipoteca recargable: excepciones...”, cit., p. 8, que entiende incluso que el aumento del plazo, aunque vaya acompañado de una ampliación de principal, no tiene que suponer una alteración del rango. ¿En qué posición quedarían entonces los terceros, que podrían no ver nunca mejorado su derecho ni sus posibilidades reales de obtener la restitución ante el incumplimiento de su obligación con cargo a la finca gravada? ¿En qué situación quedaría el deudor, eternamente encadenado a su acreedor, ante la eventual necesidad de financiación?

²⁰⁶ Recuérdese que aunque hablemos de “pérdida de rango”, al modo en que lo hace la Ley, no se está pensando en el supuesto de que el derecho real vea alterada su posición en el folio, sino que quedaría respondiendo en los mismos términos en los que lo hacía inicialmente, y sería la ampliación que se produzca en el monto prestado la que no quedaría cobijada por él. Esta última es, en todo caso, la que “no ganaría” el rango adquirido por la hipoteca anterior: sobre todo ello *vid. infra* capítulo cuarto, epígrafe IV.

²⁰⁷ Y de ahí también que el precepto continúe señalado: “[e]n estos casos *necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior...*” y “[e]n ambos supuestos, *se harán constar en el Registro...*”, lo que denota que el legislador está pensando en dos como los supuestos susceptibles de provocar una alteración en el rango.

de la obligación garantizada, no podrá quedar cubierta por el gravamen ya constituido sino que operará “la división de la garantía”, es decir, habrá de constituirse una nueva carga (con el rango que determine la fecha de su inscripción) por la total cifra del nuevo capital concedido y los correspondientes conceptos accesorios o complementarios y por el nuevo plazo acordado –salvo, claro está, que los acreedores intermedios consientan la postergación de su derecho–.

Esta intelección de la norma se sitúa en una posición intermedia entre el entendimiento de que la mera ampliación del plazo conlleva pérdida de rango y la que sitúa en el incremento de la cifra de responsabilidad el factor determinante. La Dirección descarta ahora la primera de las opciones apuntadas –aunque no lo hiciera en el pasado– porque entiende que si la ampliación de capital, que sí incrementa el riesgo de incumplimiento y, por ende, de ejecución de la hipoteca preferente, no requiere el consentimiento de los acreedores posteriores (hasta el límite que representa la responsabilidad hipotecaria), con mayor razón se prescindirá de contar con su anuencia cuando de lo que se trata es de aumentar el plazo de pago, circunstancia que, por lo general, puede favorecer a los titulares de derechos inscritos posteriores en la medida en que hace más improbable la ejecución de la hipoteca por impago y, en consecuencia, la purga de sus inscripciones.

Además, apoya su interpretación, de un lado, en el vigente artículo 2 de la Ley 2/1994 y, de otro, en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. El primero de ellos –hoy modificado por Ley 5/2019–, relativo al procedimiento de subrogación, obligaba a la entidad que se subrogase a hacerlo en todos los préstamos o créditos hipotecarios de los que fuese titular la misma entidad; se trataba con ello de evitar que las cargas posteriores de la entidad subrogada fuesen objeto de purga por la ejecución de la hipoteca anterior en que se había subrogado otra. Y considerando que en la subrogación podía pactarse “la alteración del plazo del préstamo” (art. 4.1 Ley 2/1994), resultaría superflua tal previsión si la ampliación del plazo supusiera, por sí sola, la postergación del rango de la hipoteca. De la misma forma entiende el Centro Directivo que cuando el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, prevé forzosamente como una medida de reestructuración de la deuda, respecto del colectivo que recae en su ámbito de aplicación, “*la ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años...*” (nº 1 del Código de Buenas Prácticas), con “*los efectos previstos en el art. 4.3 de la Ley 2/1994*” (art. 5.5 del Real Decreto-ley), parece excluir que esa

ampliación forzosa del plazo pueda provocar, por sí sola, la pérdida de rango de la hipoteca que garantiza la operación.

Por las razones expuestas, la Dirección descarta que la sola ampliación del plazo de vencimiento de la obligación garantizada resulte en una pérdida de rango de la hipoteca inscrita, como también rechaza que únicamente haya de ponerse el foco en el mantenimiento o alteración de la cifra de responsabilidad, ya que entiende que la interpretación de la norma debe hacerse en sus propios términos y ello impide prescindir de la alusión a la “ampliación del plazo” como condicionante de la pérdida de rango.

Tras la lectura que propone y que conjuga ambos elementos (variación en el plazo y en la cifra de responsabilidad) descansa una razón de innegable peso: de permitirse la ampliación de capital y la del plazo, de forma continuada y sin más límite que el de no sobrepasar la responsabilidad hipotecaria de la finca, el gravamen podría tornarse prácticamente en perpetuo, impidiendo a los acreedores posteriores ver mejorado su derecho a pesar del transcurso del tiempo y de las constantes amortizaciones de la deuda que les precede²⁰⁸. El ordenamiento francés ha resuelto la cuestión estableciendo una duración máxima de cincuenta años para las hipotecas que se constituyan con pacto de recarga. Sin embargo, a falta de una previsión similar en el nuestro, la solución solo puede consistir en utilizar el parámetro que ofrece el plazo de vencimiento de la obligación garantizada con ese mismo fin: limitar el alcance temporal de la recarga.

Cierto es que lo habitual en la práctica financiera es que las escrituras de ampliación del capital contemplen el simultáneo aumento del plazo de la obligación, por lo que la Dirección reconoce que esta interpretación limita en buena medida la eficacia de la reforma, pero recuerda al respecto que no cabe realizar una aplicación extensiva de la norma habida cuenta de que “supone una excepción a la aplicación de los principios de prioridad registral y accesoriedad”. A nuestro juicio, el problema que suscita el hecho de que el plazo deba mantenerse inalterado para poder aprovechar los beneficios de la recarga no reside tanto en que la aplicación generalizada de esta institución pueda

²⁰⁸ VALLE MUÑOZ, “La hipoteca...”, cit., p. 275; SIEIRA GIL, J., “La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007”, en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Fundación Registral, Madrid, 2009, pp. 204-205.

quedar (por fortuna) restringida, sino en que ello significaría que las cuotas periódicas de amortización verían sensiblemente incrementado su importe, lo que podría desencadenar un mayor atosigamiento del deudor para el pago tempestivo de su deuda y, en fin, en que se precipitase la realización forzosa de la finca.

Por último, la ejecución de alguna de las cargas posteriores a la hipoteca susceptible de recarga limitaría, asimismo, la operatividad de esta desde el punto de vista temporal. El último inciso del artículo 4.3 señala, en concreto, que “[e]n ningún caso será posible hacerlo (dice la Dirección: “mantener el rango”, entiéndase, tras ampliar capital con efecto modificativo) cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores”.

Lo primero que llama la atención sobre esta previsión es el craso error que comete el legislador al referirse a la constancia registral de la «petición de información» sobre la cantidad pendiente de pago en las cargas que anteceden a la que está en vías de ejecución. Y es que nuestra Ley procesal en ningún caso prevé que se haga constar en el Registro tal petición, sino únicamente el mandamiento judicial en el que se exprese el importe actual de la deuda (art. 657 LEC) a los efectos previstos en el artículo 144 LH. Podría pensarse que, a falta de constancia registral de la «petición de información», el precepto debe entenderse referido a este último, mas el momento temporal de ambos no será coincidente. Difícilmente podría estimarse admisible, no obstante, conforme a los dictados de la buena fe, que un acreedor preferente que ya haya informado sobre la cuantía efectiva de su crédito lo amplíe posteriormente, en claro perjuicio del ejecutante. Quizá por ello el límite a la recarga debería situarse en el instante en el que se notifique la ejecución en curso al acreedor preferente y se le requiera información respecto al estado de su crédito. Es más, sería razonable establecer como límite el de la publicidad registral del mandamiento si la recarga pudiera efectuarse por terceros acreedores ajenos al préstamo inicial, pues solo mediante ella podrían conocer la tramitación del procedimiento de ejecución de una carga de ulterior rango. Sin embargo, como ya se ha señalado, la Ley no contempla tal posibilidad, por lo que el acreedor en disposición de promover la recarga será, en todo caso, conocedor de la existencia del procedimiento y de la fase procesal en la que se encuentra.

En cualquier caso, esta limitación se ha justificado a la vista de la finalidad que se persigue con la petición de dicha información, consistente en que los licitadores que participen en la subasta puedan conocer con exactitud el valor de las cargas preferentes (en las que habrán de subrogarse) y ajusten sus pujas en función de ellas (art. 670.5 LEC), pues la virtualidad de este último precepto quedaría anulada si, tras haber informado sobre la cifra pendiente, la hipoteca preferente pudiese ser recargada²⁰⁹. Se ha apuntado además como fundamento de la previsión legal que en ese instante, es decir, cuando se informa de la cuantía exacta a la que asciende la deuda garantizada, se produce una actualización o concreción de la cifra de responsabilidad hipotecaria, por lo que cualquier ampliación posterior determinaría siempre un incremento de esta, generador de pérdida de rango a tenor del artículo 4.3 de la Ley 2/1994²¹⁰.

III. Naturaleza jurídica de la recarga. Su relación con la hipoteca flotante

¿Constituye la hipoteca recargable un nuevo tipo legal de hipoteca o puede, por el contrario, incardinarse en el régimen de alguna de las modalidades hipotecarias ya tipificadas (ordinaria, en garantía de obligación futura, flotante, etc.)? ¿Conlleva, en realidad, una alteración en la configuración de la hipoteca de tráfico, que deja de ser tal para convertirse, en adelante, en una hipoteca de máximo?

Como bien puede imaginarse, la doctrina atribuye a esta figura una distinta naturaleza jurídica, fruto de las divergencias que, respecto a su concepción, ya han sido expuestas. La Dirección General, por su parte, se ha referido a ella como un *nuevo modelo de hipoteca* que se distingue del precedente, o sea, del vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, cuya diferencia se cifra en la posibilidad de recarga, es decir, en la facultad de ampliar el capital del préstamo hipotecario sin que ello implique pérdida o alteración en su rango. En consecuencia, de admitirse en esos términos la reforma, habríamos de concluir que la hipoteca de tráfico ya no es tal o, al menos, que deja de serlo cuando se lleva a cabo la recarga, pues esta se sirve de una *cifra de responsabilidad* que ninguna entidad jurídica tenía anteriormente en su configuración. Ahora bien, en la medida en

²⁰⁹ DÍAZ FRAILE, “La nueva...”, cit., p. 1782; en el mismo sentido, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, “La novación...”, cit., p. 411.

²¹⁰ DÍEZ GARCÍA, *Recargas...*, cit., p. 236.

que el gravamen se constituye en garantía de una obligación ya nacida y determinada (la derivada de un préstamo), algunos autores ven en esta modalidad una hipoteca ordinaria, “*la más ordinaria de todas, si se quiere*”²¹¹, pues la recarga no es sino un efecto que la ley atribuye a su modificación, caso de que las partes quieran acogerse a él.

Sin embargo, la función que, de admitirse la recarga, se viene a dar por su medio a la cifra de responsabilidad lleva a cuestionarse si en realidad no se ha producido una mutación de todas las hipotecas ordinarias en hipotecas de máximo²¹². Recuérdese que en estas últimas, dado que existe un elemento de indeterminación en torno al crédito, que puede afectar a su cuantía o a su misma existencia, tiene pleno sentido establecer una cifra máxima de responsabilidad como límite superior del que responde la finca (independientemente de cuál sea el importe final al que ascienda la obligación con ella asegurada) y, por ende, como protección frente a terceros adquirentes o titulares de derechos limitados. Pues bien, de admitirse que las hipotecas ordinarias están, ahora, sujetas imprevistamente al posible incremento del capital debido hasta el importe del inicialmente prestado, la responsabilidad hipotecaria actuaría, frente a terceros, de igual forma a como lo hace en las de máximo, aunque el objetivo perseguido esta vez diste notablemente del de dispensar protección a estos terceros.

Nótese que así se relaja aún más el principio de especialidad por comparación con las hipotecas de máximo: en estas, tal principio impone que se haga constar en el Registro, amén de la cifra de responsabilidad hipotecaria, la descripción de las *líneas generales* que permitan identificar cuál es la obligación garantizada: v. gr., en la del artículo 142 LH, por referencia a la relación jurídica básica de la que podrá nacer; en la del artículo 153 LH, mediante la determinación en sus líneas generales de las obligaciones que serán cargadas en la cuenta; e, incluso, en la del artículo 153 bis LH, por alusión a la denominación y descripción general de los actos jurídicos básicos de los que puedan derivar las obligaciones garantizadas. En la hipoteca recargable, sin embargo, no parece

²¹¹ CANALS BRAGE, *La recarga...*, cit., pp. 267 y ss. En el mismo sentido, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “Un estudio...”, cit., p. 1127, para quien la recarga no es más que una mera posibilidad que, cuando se lleva a cabo, transforma la hipoteca original en lo que llamamos la hipoteca recargable.

²¹² VALERO FERNÁNDEZ-REYES, “La modificación...”, cit., pp. 185 y ss., sostiene que no estaríamos ante una figura especial de hipoteca, como sucede con la flotante o con la inversa, sino ante una alteración radical de la naturaleza de la hipoteca en el Derecho español, transformándola de una hipoteca accesoria en casi una hipoteca de propietario.

exigirse la constancia registral del pacto de recarga, ni la alusión al posible incremento en la cuantía de la obligación que pretende quedar cubierta bajo el mismo gravamen.

Ahora bien, cierto es que en las hipotecas de seguridad la obligación (u obligaciones) garantizadas se desenvuelven ajenas al Registro: una vez fijadas sus líneas generales, no debe dejarse constancia en él de las modificaciones a que sean sometidas (incluida la ampliación de su importe) para que queden cubiertas por la garantía, siempre y cuando no superen el máximo previsto. Otra es la regulación prevista para la recarga, cuya existencia sí debe reflejarse registralmente a través de nota marginal (en virtud del artículo 4.3 de la Ley 2/1994). Ahora bien, ¿a qué efectos? Pues si se sostiene que la recarga opera por ministerio de la Ley y frente a los titulares de derechos inscritos con rango posterior, no parece que la constancia registral cumpla ninguna función: ni es necesaria para que la ampliación quede cubierta por el gravamen ni, desde luego, se le atribuyen los efectos que procederían de aplicar el artículo 144 LH, o sea, dotarle de oponibilidad frente a terceros, ya que a estos les viene impuesta aun cuando se produzca con posterioridad a la inscripción de su derecho.

Dentro de las hipotecas de seguridad o máximo, hay quienes ven en la recargable una hipoteca en garantía de obligación futura, por cuanto la posible ampliación es, en el instante en el que se constituye el derecho real, una obligación de existencia incierta que adquiere, en el momento de su nacimiento, el rango ganado por la carga ya constituida²¹³. Sin entrar ahora en la consideración de si el principio de accesoriedad de la hipoteca permite cobijar bajo ella unas nuevas cantidades entregadas en compensación de las ya amortizadas, lo que desde el punto de vista del artículo 142 LH está claro es que su constitución requiere de la descripción de la relación jurídica básica de la que pueda nacer la obligación futura –en este caso, fácilmente determinable por relación al préstamo originario–, sin cuya mención no se cumplen los requisitos mínimos previstos para este tipo de hipotecas.

²¹³ CARRERAS BOJ, P., “La hipoteca en garantía de obligación futura frente a la llamada *hipoteca recargable*: alternativa de tipos hipotecarios o relación de género y especie”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, dir. por E. Lauroba Lacasa y coord. por J. Tarabal Bosch, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 523-534, ve en la hipoteca recargable una especie de la hipoteca en garantía de obligación futura. También se inclina por esta tesis ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL, “La novación...”, cit., p. 299, aunque sostiene como condición indispensable el pacto de recarga: “las partes, al estipular que la entidad prestamista pueda entregar una nueva cantidad de dinero al prestatario, están cumpliendo el requisito de determinar en sus líneas esenciales el nacimiento de la obligación que justifica la garantía hipotecaria y así evitar la reserva de rango sin causa que la justifique”.

Por ello, parece que solo cabría defender esta intelección si se parte de que la recarga únicamente tiene cabida en el caso de que la hipoteca haya sido constituida en previsión de tal ampliación, es decir, si se grava la finca por un importe superior al del capital inicialmente prestado, en la perspectiva de que vaya a ser incrementado si concurren las condiciones previstas en la escritura²¹⁴. Sin embargo, como ya hemos apuntado antes, aquí no existe propiamente *recarga*, tal y como parece haber sido configurada por el legislador; al menos, la ampliación de capital no deriva, en este caso, de una “novación modificativa” del préstamo hipotecario, fruto de un nuevo convenio entre las partes, puesto que la eventual entrega de ulteriores cantidades ya había sido acordada por ellas desde el momento en el que constituyeron el gravamen.

Por otro lado, la hipoteca recargable también se ha puesto en relación con la flotante, tanto para valorar las posibilidades que ofrece de *recargar* el gravamen, en el sentido de cobijar obligaciones distintas a las garantizadas en primer lugar, como para ponderar, incluso, si el artículo 153 bis LH consagra, en fin, otro tipo de recarga distinto del regulado en el artículo 4 de la Ley 2/1994²¹⁵.

Al contrario de la deficiente técnica legislativa que se ha denunciado en cuanto a la regulación de la recarga, la hipoteca flotante ha sido sancionada con un mayor grado de claridad, tal vez por las numerosas resoluciones (denegatorias) de la Dirección General que antes de la aprobación de la Ley había provocado esta modalidad de caución. La Dirección ha visto, así, revocado su criterio anterior de la mano del legislador, que otorga cobertura legal a tan polémico derecho real mediante la incorporación en la Ley

²¹⁴ DELGADO RAMOS, “Los principios...”; cit. y DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., pp. 222-223. No es admisible, a su juicio, la recarga de la hipoteca, entendida como la posible concesión de capital con cargo a las amortizaciones parciales realizadas (en perjuicio de terceros), por lo que la única virtualidad que cabe atribuir a la reforma es la de sentar abiertamente la posibilidad de gravar una finca por una cuantía superior a la inicialmente prestada, siempre que se haya convenido *ab initio* el posible incremento en el capital prestado; o sea, reafirmar el criterio que, al respecto, ya venía aplicando la Dirección General y cuyo marco normativo podemos hallar en el artículo 142 LH.

²¹⁵ Vid. BERMEJO PUMAR, “La reutilización...”, cit., pp. 77-103, quien sostiene que la Ley 41/2007 ha admitido dos supuestos de recarga: por la vía del artículo 153 bis LH y, alternativamente, por la vía de la novación modificativa que regula el artículo 4 de la Ley 2/1994. En sentido similar se pronuncia BOTÍA VALVERDE, “Hipoteca recargable...”, cit., p. 12, por entender que la “elástica” regulación de la hipoteca flotante bien puede servir a los fines que se persiguen con la llamada hipoteca recargable, sin más diferencia que, conforme al artículo 4.3 la recarga tendría su origen en la ley y, por tanto, no requeriría de pacto expreso, que sin embargo sí sería necesario introducir en el documento público constitutivo de la hipoteca flotante. Apoyan esta opinión sobre la reutilizabilidad de la hipoteca en el marco del artículo 153 bis LH, MUÑIZ ESPADA, *La propuesta...*, cit., p. 336 y AZOFRA VEGAS, *La hipoteca...*, cit., pp. 164 y ss.

Hipotecaria de un artículo 153 bis y la adecuación del artículo 12 LH, por lo que atañe a los datos que deben hacerse constar en la inscripción.

En virtud del nuevo precepto, “*podrá constituirse hipoteca de máximo a favor de las entidades financieras a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas*”, así como “*a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos*”. A efectos de su inscripción, será suficiente con que se especifique “*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*”.

Atendiendo al tenor literal de la norma, una de las primeras cuestiones que ha suscitado el desacuerdo doctrinal ha sido, precisamente, la relativa a cuál es el supuesto de hecho regulado propiamente en ella²¹⁶. A juicio de la Dirección General, la hipoteca flotante es tal cuando concurren cualquiera de las siguientes circunstancias: primera, que a través del gravamen se garanticen obligaciones *totalmente futuras*, tan solo identificadas de manera somera mediante los datos que exige el artículo 153 bis LH; segunda, que asegure una *pluralidad de obligaciones en parte presentes, en parte futuras*; o tercera, que la cobertura hipotecaria recaiga sobre una *pluralidad de obligaciones autónomas cuya suma exceda del máximo previsto*, sin que quede predeterminado cuáles van a quedar garantizadas en su fase de ejecución y cuáles quedarán al margen, es decir, del cumplimiento de cuáles responde, en fin, la garantía²¹⁷.

El Centro Directivo ha mantenido, por su parte, plenamente vigente su doctrina precedente en torno a los requisitos que deben concurrir para la constitución de una hipoteca en garantía de obligaciones futuras o de cuentas corrientes²¹⁸. En consecuencia, en el marco del artículo 142 LH, la DGRN sigue exigiendo que exista una *relación jurídica básica y única* como fuente de las futuras obligaciones de cuyo

²¹⁶ Vid. una síntesis de las distintas posturas en ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., *La hipoteca flotante y su régimen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 24-32.

²¹⁷ RDGRN de 8 de junio de 2011 (RJ 2012, 3168).

²¹⁸ RRDGRN de 29 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 708) y 2 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2912).

cumplimiento responda el gravamen²¹⁹, mientras que, en lo que se refiere al artículo 153 LH, exige la determinación de las líneas generales de las obligaciones aseguradas que deben novarse por efecto de su incorporación en la cuenta (de forma que la obligación garantizada hipotecariamente sea única: el saldo de la cuenta a su vencimiento) y sin que tal inclusión pueda quedar al arbitrio del acreedor²²⁰.

Junto a ellas, el artículo 153 bis LH consagra una señaladísima excepción en beneficio de acreedores cualificados, que les permite inscribir una hipoteca que participe del potencial de ambas: pueden garantizarse, mediante ella, una pluralidad de obligaciones sin necesidad de pacto novatorio (el que se exige respecto del artículo 153 LH)²²¹ y pueden ser, además, de cualquier clase, presentes y/o futuras. Ahora bien, aunque sean de existencia incierta en el instante de la constitución del gravamen (futures), no es necesario que se haga constar la relación jurídica básica ya existente de la que derivarían (cosa que sí exige el artículo 142 LH), lo que implica que su válida inscripción no depende de una relación obligatoria ya nacida. Al contrario, será suficiente con que se haga constar “*la 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*” (art. 153 bis LH).

Pues bien, se ha sostenido con acierto que la primera de las exigencias (la *denominación*) no puede referirse únicamente a la inclusión del calificativo de *flotante* en el título constitutivo de la hipoteca, pues será su contenido y no su designación lo que convierta a la hipoteca en tal; antes bien, debe entenderse referida a los actos jurídicos básicos fuente de las obligaciones que se quieren garantizar, si estos son típicos (v. gr., contrato de préstamo, compraventa, etc.), mientras que la *descripción* se reserva para aquellos

²¹⁹ En este sentido se pronuncia, *obiter dicta*, en las resoluciones de 20 de junio de 2012 (RJ 2012, 10067), 28 de junio de 2012 (RJ 2012, 8829), 18 de julio de 2012 (RJ 2012, 10092), 26 de julio de 2012 (RJ 2012, 10375) y 27 de julio de 2012 (RJ 2012, 10377), en las que deniega la inscripción de la hipoteca al amparo del artículo 153 bis LH (por no ser el acreedor ninguno de los sujetos a los que se refiere el precepto) pero sostiene su posible formalización en el marco del artículo 142 LH, si las futuras obligaciones garantizadas derivan de una relación jurídica básica (como puede ser un contrato de suministro, fianzamiento, etc.). Precisamente, sostiene la DGRN que la diferencia entre la hipoteca del 142 y la del 153 bis es que, mientras en la primera el contrato básico que constituye la fuente de las obligaciones garantizadas mediante hipoteca es único y perfectamente determinado, la flotante “puede referirse a una pluralidad de obligaciones derivadas de distintos actos o contratos básicos y con una indeterminación mucho mayor”.

²²⁰ RDGRN de 2 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2912).

²²¹ Lo que implica que las diversas obligaciones a las que se otorga cobertura hipotecaria conservan su autonomía jurídica y exigibilidad aislada.

casos en que tales actos sean atípicos y respecto de los que la denominación no puede reputarse suficientemente clarificadora²²². Se concluye, así, que la previsión legal no da cobertura a aquellas fórmulas que aluden exclusivamente a las obligaciones que el deudor contraiga en el ámbito de la actividad negocial a la que se dedique el acreedor (prototípicamente, la bancaria)²²³. Sin embargo, no existiendo limitación alguna respecto de los actos jurídicos básicos que pueden hacerse constar, también se advierte del riesgo de que pueda alcanzarse un resultado similar mediante la enumeración de todos los negocios jurídicos propios de la actividad bancaria (préstamos, créditos, líneas de descuento, etc.), aunque su materialización sea totalmente remota.

Además de ello, debe concretarse, como en toda hipoteca de máximo, el límite a que queda afecta la finca hipotecada (esto es, la cifra de responsabilidad hipotecaria), amén del plazo de duración del derecho real, que cobra en este caso una especial trascendencia, habida cuenta de que sirve para compensar en cierta medida la indeterminación que rodea a las obligaciones garantizadas²²⁴. Dicho plazo no tiene por qué coincidir necesariamente con el del vencimiento de ninguno de los créditos cuya efectividad se asegura, pues “la duración de las distintas obligaciones garantizadas pueden no coincidir entre sí, e incluso ser desconocida en el momento de constitución de la hipoteca flotante por incluir ésta la garantía de obligaciones futuras aún no nacidas ni pactados sus términos definitorios”²²⁵. Nótese, empero, que solo se gana en determinación si mediante aquel plazo lo que se trata de acotar es el margen temporal en el que deben surgir las obligaciones concretas para que queden garantizadas con la hipoteca; no así en el supuesto de que lo único que se establezca sea el plazo de caducidad de la misma. Y es que la fijación de un plazo en el primero de los sentidos

²²² CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., p. 879. En el mismo sentido, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca flotante...*, cit., pp. 35-42.

²²³ A pesar de que la Dirección, en alguna de sus resoluciones, pueda dar pie a esta interpretación. Así se infiere, al menos, de la resolución de 23 de julio de 2014 (JUR 2014, 224769), en la que la escritura de constitución de la hipoteca cuya inscripción se cuestiona enumera las partidas de abono y cargo en una cuenta a título enunciativo, posibilitando la inclusión de *cualquier obligación de carácter bancario y naturaleza mercantil que contraiga la acreditada con el banco*; características estas que, en palabras de la DGRN, la aproximan a la hipoteca denominada flotante. Similares términos parece contener la escritura de constitución de hipoteca flotante que da lugar a la RDGRN de 22 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 5258), a la que no se opone tacha desde el punto de vista de la determinación de las obligaciones garantizadas.

²²⁴ RDGRN de 19 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8378).

²²⁵ RDGRN de 22 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 5258), en la que se observa una vez más el laxo criterio que aplica la Dirección en materia de determinación, dando cabida incluso a un nuevo pacto entre las partes respecto al alcance de las obligaciones cubiertas con la hipoteca.

reseñados constituye, en realidad, una fórmula adicional de determinación, o sea, una manera de definir el abanico de obligaciones sobre las que puede recaer finalmente la hipoteca²²⁶.

No obstante, se ha advertido que la fijación de un plazo de duración de la hipoteca también podría llevar al deudor a verse forzado a soportarla durante el tiempo pactado a pesar de que no hubiese nacido ninguna obligación ni fuese a hacerlo en el futuro. Por ello, hubiese sido deseable el reconocimiento legal de un derecho de desistimiento a favor del deudor y la fijación de un plazo a partir del cual la hipoteca pudiese cancelarse por caducidad²²⁷. En efecto, aun cuando el deudor acuda a un procedimiento declarativo para obtener la cancelación, difícilmente logrará un pronunciamiento favorable al amparo del artículo 82 LH mientras continúe vigente el plazo pactado, y ello a pesar de que todas las obligaciones presentes estén satisfechas, a la vista de la dificultad de probar que no surgirán nuevas en el futuro. Cuestión distinta es la de si, atendiendo a las particularidades del caso, cabría instar bien la nulidad del plazo por su carácter abusivo, bien la aplicación de la doctrina jurisprudencial en torno al desistimiento en las relaciones jurídicas indefinidas²²⁸.

Por último, ha de tenerse en cuenta que, aun cuando la flotante pueda constituirse en garantía de obligaciones cuya suma exceda del importe total por el que ha sido gravado el inmueble –es decir, que este no sea suficiente para cubrir su cuantía íntegra en caso de incumplimiento, pudiendo optar el acreedor por aquellas sobre las que deja recaer finalmente el gravamen–, cosa muy distinta es que donde se garantizaron unas se coloquen ahora otras obligaciones diferentes, o sea, que satisfechas las primeras pueda destinarse la parte vacante de cobertura a garantizar cualesquiera otras obligaciones, lo cual, como ya se ha dicho, ni siquiera es posible en el ámbito de la recarga.

Concebida en estos términos la hipoteca flotante que regula el artículo 153 bis LH, su distancia con la recarga resulta clara: frente a la pluralidad que caracteriza a la primera,

²²⁶ Con este (primer) plazo la hipoteca gana en precisión: de entre los créditos garantizados, que deben pertenecer a determinada clase o género, solo podrán ser asegurados los nacidos entre determinadas fechas, de suerte que cumplido el plazo, no se admiten más candidatos [PARDO NÚÑEZ, C. R., “Hipoteca flotante: selección de los créditos asegurados”, *RCDI*, 753, 2016, p. 156].

²²⁷ CORDERO LOBATO, *La hipoteca...*, cit., pp. 173 y ss.

²²⁸ PARRA LUCÁN, “Los principios...”, cit., p. 15.

la recargable únicamente se desenvuelve en torno a una sola relación jurídica, la relativa al préstamo (aun cuando pueda ver su cuantía sucesivamente incrementada como consecuencia de la «novación»); de suerte que ambas normas estarían contemplando, en definitiva, dos supuestos de hecho que ninguna relación guardan entre sí²²⁹. Ahora bien, si entre las obligaciones aseguradas por una hipoteca constituida en el marco del artículo 153 bis LH se encuentra la derivada de un préstamo, ningún inconveniente se observa en que puedan operar, respecto de ella, los mismos efectos que el artículo 4 de la Ley 2/1994 prevé en relación a su modificación. Dicho con otras palabras: si se admite la recarga, nada podrá objetarse a que, consistiendo uno de los créditos garantizados mediante hipoteca flotante en un préstamo, este pueda ver ampliado su capital con cargo al gravamen constituido para las cantidades previamente amortizadas en dicha relación contractual²³⁰.

Por último, tampoco procede equiparar la recarga con otros instrumentos ajenos a nuestra legislación, como puedan ser la hipoteca de propietario o la deuda territorial. Si tomamos como referencia el modelo germánico, en el que se ambas instituciones son admitidas, debemos apuntar que sus rasgos en nada coinciden con los de la presunta recarga española. La primera consiste en un derecho real en cosa propia, pero siempre revestido de un crédito (como podría ser, por ejemplo, una letra de cambio garantizada hipotecariamente y todavía en manos del propietario, que no la transmitido por el momento a un tercero), mientras que la segunda sí se caracteriza por pervivir desprovista de una obligación que garantizar, como carga abstracta sobre la finca a disposición de su titular. Ninguna de estas dos notas concurren en la recarga, aun cuando se apueste por su admisión, habida cuenta de que el gravamen en ningún caso pasa a manos del propietario (todo lo contrario, la entidad financiera tiene la *exclusiva* sobre la finca en tanto que acreedor hipotecario), ni subsiste sin obligación a la que

²²⁹ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “Un estudio...”, cit., p. 1129.

²³⁰ En este sentido, AZOFRA VEGAS, *La hipoteca...*, cit., pp. 175-176. Por el contrario, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “Un estudio...”, cit., p. 1129, se inclina por entender que no cabría recarga de una hipoteca flotante porque esta solo puede tener lugar en una hipoteca ordinaria o de tráfico. Ahora, si bien no cabe, a nuestro juicio, generalizar la aplicación de la recarga sobre obligaciones que tengan su fuente en contratos de financiación distintos del préstamo hipotecario, ello no implica que este deba ser garantizado necesariamente mediante una hipoteca de tráfico. En definitiva, una cosa es que la fuente de la obligación deba ser un contrato de préstamo y otra bien distinta que aquella haya de quedar forzosamente garantizada a través de una hipoteca ordinaria. Como bien apunta AZOFRA, el artículo 4 se refiere a la novación modificativa de préstamos hipotecarios bancarios y tanto lo es el préstamo bancario asegurado por una hipoteca ordinaria como el garantizado mediante hipoteca flotante.

servir de garantía (cosa distinta será su extensión). Lo único que le cabe al propietario es destinarla a garantizar una ampliación de su deuda con el mismo acreedor originario. Tal vez nos conduzca a distinta conclusión su valoración como reserva de rango, aunque esta cuestión se abordará en el siguiente epígrafe.

IV. Admisibilidad de las nuevas modalidades hipotecarias desde el prisma de los principios hipotecarios

Una vez delimitado el objeto de nuestra investigación, es momento de valorar su admisibilidad y posible integración en nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, el análisis debe efectuarse desde una doble perspectiva: por un lado, desde el punto de vista del sistema registral y fundamentalmente de los principios que le sirven de inspiración y guía; y por otro, desde el plano estrictamente obligacional, a fin de determinar qué efectos deben atribuirse a las diferentes alteraciones que se producen en la obligación objeto de garantía.

En las líneas que siguen culminaremos el camino iniciado en el capítulo anterior, en el que concluíamos el sentido que había de darse a los principios hipotecarios a pesar del insistente reclamo de superarlos, por vía de su constante flexibilización.

1. La hipoteca flotante y la recargable: ¿gravámenes accesorios?

Es sabido ya que en materia hipotecaria la accesoriedad se concibe (o *concebía*) como la relación de subordinación de la hipoteca respecto al crédito al que sirve de garantía. Tal vez resulte más acertado, en efecto, referirnos al tiempo pretérito pues, como también se ha puesto de relieve en el capítulo anterior, la percepción (no del todo fundada) de que esta nota quiebra en determinados supuestos, ha conducido a la doctrina a un intento de dotar a este principio de un significado dispar. Ello ha resultado en la consagración de una nueva fórmula que trata de justificar la vinculación crédito-hipoteca mediante su relegación al instante de la ejecución de la garantía, en un entendimiento absolutamente finalista del derecho real que sitúa el acento en su, por lo demás indisociable, función de garantía. Con ello trata de explicarse por qué la hipoteca puede constituirse antes de que haya nacido el débito de cuya efectividad responde o por qué puede este variar, incluso, a lo largo de la vida del gravamen. Y es que entendida en esos términos la

accesoriedad, ningún obstáculo hay para que pueda hacerse efectiva la garantía siempre que exista un crédito eficaz que colocar bajo su yugo.

Sin embargo, como también apuntábamos en el capítulo anterior, no cabe sostener que este principio quiebre en algunos supuestos “y siempre en las hipotecas de máximo”²³¹ porque, aunque en ellas el crédito no sea actual sino potencial, la relación entre el derecho real (ya constituido) y la obligación asegurada (de futuro nacimiento) se desenvuelve siempre en términos de supeditación, de suerte que el primero se halla inequívocamente vinculado a un crédito determinado y solo en la medida en que este concreto nazca, se transmita o se extinga, podrá hacerlo la garantía²³².

De igual forma, tampoco cabe relegar la nota de accesoriedad al instante de la ejecución de la hipoteca, pues ello nos conduciría a concebirla como un mero derecho de realización del valor de un bien inmueble con el que dar satisfacción a *cualesquiera* créditos a cuyo cobro pudiera tener derecho el acreedor, que obtendría de esta forma una cobertura genérica a su favor²³³. Claro está que la accesoriedad se muestra con nitidez en ese instante, en el que habrá de determinarse la cuantía exacta de la obligación cuyo incumplimiento ha precipitado la incoación del procedimiento ejecutivo²³⁴. Pero la hipoteca no es accesoria solo porque pueda, en el momento de su realización, ponerse en relación con un crédito impagado de cuya efectividad responda. Al contrario, semejante dependencia debe reflejarse desde el mismo nacimiento del derecho real y durante toda la vida de este.

Esta falta de consenso doctrinal en torno al significado de la accesoriedad tiene un indudable reflejo cuando de lo que se trata es de ponderar si las nuevas modalidades hipotecarias se adecúan en rigor a los postulados de este principio, pues su distinta intelección conduce a conclusiones muy dispares. Ciertamente es que la nueva regulación

²³¹ GÓMEZ GÁLLIGO, “La hipoteca...”, cit., pp. 1642-43.

²³² Solo cabe admitir una única excepción, que tiene lugar en los supuestos de subrogación hipotecaria. Nos remitimos, sin embargo, al lugar en el que se aborda su estudio (*vid.* capítulo III, epígrafe segundo, apartado 4.1.2.) para explicar la razón de que se admita ahí la inaplicación de este principio.

²³³ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, “La modificación...”, cit., pp. 192-193.

²³⁴ No solo en las hipotecas de seguridad, en las que habrá de acreditarse por medios extrarregistrales la existencia y extensión de las obligaciones aseguradas (que pueden haber sido descritas en la inscripción en líneas generales), sino también en las hipotecas ordinarias, ya que deberá señalarse la cuantía total a satisfacer caso de que el deudor haya amortizado parcialmente la deuda.

lleva consigo, cuando menos, una relajación del mismo por lo que concierne a estos instrumentos, como así lo manifiesta en su Exposición de Motivos el texto que les brinda cobertura legal (Ley 41/2007). No queda claro sin embargo en qué se cifra exactamente tal modulación ni cómo debe concebirse entonces: ¿es accesoria aquella hipoteca cuya vinculación a un crédito se produce solo en el instante de su realización?; ¿vive, en el ínterin, como una reserva en favor del acreedor en la que puede, a su antojo, subordinar los créditos que ostente frente al deudor en la medida en que nazcan o, liberándole de ellos, según vayan siendo satisfechos?

Téngase en cuenta por lo demás que, desde la *adaptación* de la accesividad que el legislador refiere necesaria, la Dirección General ha dado un salto cualitativo en su doctrina más reciente (resoluciones de 14 de mayo de 2015 y 19 de septiembre de 2017), doctrina que, dirigida a admitir la recarga, *exceptúa* la aplicación de este principio²³⁵. En materia de hipoteca flotante ha adoptado en cambio una posición más cauta, mediante una interpretación de la norma en la que solo se percibe un *debilitamiento* del carácter accesorio de la hipoteca. Comenzaremos el análisis por esta última para retomar después la cuestión de en qué medida la recarga se opone al carácter necesariamente accesorio de la garantía.

La hipoteca flotante plantea, desde la perspectiva de la accesividad, dos cuestiones: primera, si este principio, que ha sido tradicionalmente vinculado con la máxima «*una hipoteca - una sola obligación garantizada*», permite cobijar bajo un mismo gravamen la pluralidad característica de la flotante y, segunda, si es posible que la carga pase a cubrir una obligación (u obligaciones) distinta(s) de aquella(s) para la(s) que fue constituida.

Antes de dar respuesta a la primera cuestión planteada, debe recordarse que, con antelación a la introducción del artículo 153 bis LH, la Dirección General únicamente permitía la inscripción de hipotecas en garantía de más de una obligación si entre estas

²³⁵ Esto refuerza la idea de algunos autores de que la nota de accesividad no debe predicarse de las hipotecas de máximo, entre ellos, GÓMEZ GÁLLIGO, “Principios generales...”, cit., p. 45, quien ve en la hipoteca flotante y en la posibilidad de recarga dos claros ejemplos de la superación en nuestro Derecho de este principio como elemento estructural de la hipoteca. En sentido contrario se pronuncia GARCÍA GARCÍA, *Código de legislación...*, t. II, cit., p. 4634, porque, como bien apunta, una cosa es la aplicación flexible de la accesividad y otra distinta prescindir de este principio fundamental que nuestra legislación mantiene vigente, aunque coincide, claro está, en que a esto último es a lo que conduce la recarga y es por ello que la rechaza.

existía una conexión causal o relación de dependencia o accesoriedad. Así ocurría, por ejemplo, en las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, dependientes de la relación jurídica básica ya existente, o cuando se garantizaban intereses devengados por el impago de la obligación principal, por su condición accesorial. Si no concurría esta interdependencia entre ambas obligaciones, había de constituirse una garantía individualizada para cada una de ellas, salvo que fueran introducidas en una misma cuenta y novadas por efecto de su incorporación, pues solo de este modo se lograba el objetivo perseguido: garantizar una obligación única consistente en la restitución del saldo así conformado. Esta idea, que no contaba con respaldo en el Derecho positivo (más allá del dato gramatical extraíble de los artículos 1857.1 y 1876 CC y 104 LH, entre otros, en los que se utiliza el singular para designar la “obligación” garantizada), era sin embargo aplicada con rigidez por la Dirección General como lógica derivación del principio de accesoriedad, que le llevaba a requerir el aseguramiento separado de cada una de las concretas relaciones crediticias en consonancia con el mantenimiento de su autonomía jurídica²³⁶.

Sin embargo, y a pesar de las reiteradas alusiones de la Dirección a este principio como fundamento de su doctrina, no podemos admitir que dicha exigencia encuentre sustento en la nota de accesoriedad, que en ningún caso impone la unidad en la obligación garantizada: la hipoteca continuará siendo accesorial aun cuando asegure una pluralidad de obligaciones, siempre y cuando nazca conectada a ellas y quede debidamente supeditada a las mismas en su vigencia y exigibilidad²³⁷.

²³⁶ *Id.*, entre otras, las RRDGRN de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9722), 3 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7491), 6 de junio de 1998 (RJ 1998, 5226) y 24 de julio de 1998 (RJ 1998, 5979)].

²³⁷ DÍAZ FRAILE, “La nueva...”, cit., p. 1780, es de la opinión de que la ecuación «una obligación - una hipoteca» no constituye un dogma categórico, aunque trae a colación para explicarlo un ejemplo tal vez no del todo afortunado. Parte de que es posible que de forma sobrevenida una sola hipoteca garantice varias obligaciones, como ocurre cuando el crédito o la deuda se divide entre los herederos del acreedor y/o del deudor (art. 1860 CC). Y si es posible en estos casos que de manera repentina una hipoteca garantice varias obligaciones, no se entiende por qué debe rechazarse que pueda hacerlo *ab initio* y desde el mismo instante de su constitución.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la regla general en el régimen del Código Civil es la de que la obligación permanece invariable y, por tanto, no se produce la división de la deuda por el hecho de la sucesión universal (al contrario de lo que dispone el artículo 463-1 del Código Civil de Cataluña): PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, Comares, Granada, 3.^a ed., 2009, pp. 243-267. Es decir, que en el ejemplo concreto del artículo 1860 CC, la hipoteca continuaría garantizando una obligación única. Y aun cuando se produjese la división de la deuda, pasando así el gravamen a garantizar una pluralidad de obligaciones, existiría entre ellas una innegable *conexión causal*, que justificaría siempre, a juicio de la Dirección, su cobertura mediante una hipoteca única.

Fácilmente se advierte que, si el crédito garantizado no es uno solo, sino varios, pueden suscitarse problemas de índole práctica cuando, por ejemplo, uno de ellos se transmite a un tercero o se produce su extinción quedando los demás subsistentes: ¿qué efectos provoca esta situación en el derecho real? Sin embargo, estas cuestiones, bien mirado, no plantean problema alguno desde el punto de vista de la accesoriedad de la hipoteca: la cesión de uno solo de los créditos incluidos en la cobertura determinará, por un lado, la necesidad de hacer constar en la inscripción la cuota que corresponde a cada acreedor hipotecario y, por otro, la cotitularidad en el derecho de hipoteca implicará, en cuanto a su ejecución, la posibilidad de que la acción hipotecaria pueda ejercitarse para el cobro de una sola de las deudas garantizadas, quedando subsistente la garantía para las restantes, al modo en que ocurre cuando un deudor presta inicialmente una sola hipoteca a favor de varios acreedores que concurren de forma mancomunada parciaria. O sea, la hipoteca podrá ser ejecutada parcialmente y subsistirá en garantía de la porción de crédito que corresponda a los demás (art. 227 RH)²³⁸. Es claro, en definitiva, que la accesoriedad de la hipoteca en ningún caso se ve comprometida en la medida en que el gravamen siga la suerte de los créditos que son objeto de cobertura. Por tanto, la hipoteca flotante no presenta desde esta perspectiva inconveniente alguno²³⁹.

A distinta conclusión ha de llegarse en la segunda cuestión planteada, esto es, la relativa a si es posible que se produzca un intercambio en las obligaciones sujetas a garantía. Pues en la medida en que la accesoriedad requiere de una conexión inicial entre el gravamen constituido y el crédito de cuya efectividad responde, ha de negarse rotundamente tal alternativa. Como ya hemos apuntado antes, el artículo 153 bis LH permite que la hipoteca pueda constituirse en garantía de obligaciones cuya suma exceda del importe total por el que ha sido gravado el inmueble (o sea, de la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria) y que el acreedor pueda elegir aquellas sobre las que deja recaer finalmente el gravamen (caso de que tenga que instar la ejecución)²⁴⁰. Pero lo que en ningún caso está permitido es que donde se garantizaron

²³⁸ CORDERO LOBATO, *La hipoteca...*, cit., pp. 223 y ss.

²³⁹ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., p. 86; CORDERO LOBATO, *La hipoteca...*, cit., p. 124.

²⁴⁰ Así parece concebirlo la Dirección, cuando en su resolución de 8 de junio de 2011 (RJ 2012, 3168) señala como uno de los supuestos comprendidos en el artículo 153 bis LH el de hacer recaer la cobertura hipotecaria sobre una pluralidad de obligaciones autónomas cuya suma exceda del máximo previsto, sin que quede previamente determinado cuáles de ellas van a quedar garantizadas en su fase de ejecución y cuáles quedarán al margen. En el mismo sentido se pronuncia en las RRDGRN de 4 de diciembre de 2012

unas se coloquen después otras distintas, o sea, que satisfechas las primeras pueda destinarse el “exceso de cobertura” a garantizar cualesquiera otras. En efecto, tal y como ha tenido ocasión de recordarnos la Dirección General, el debilitamiento de los principios de accesoria y determinación registral que descansa tras la regulación de la hipoteca flotante no puede llevarse al límite de considerarlas meras garantías desvinculadas de las obligaciones aseguradas²⁴¹. Y eso es lo que, en definitiva, estaríamos admitiendo de secundar tal posibilidad. En resumen, la hipoteca flotante será accesoria si queda enlazada a las obligaciones en cuya garantía se constituye, lo que implica: primero, que no podrá transmitirse de forma independiente a ellas; segundo, que subsistirá en tanto perdure cualquiera de los créditos cubiertos; y, tercero, que no podrá ejecutarse por el incumplimiento de obligaciones distintas de las expresamente contempladas en el momento de su constitución²⁴².

Entrando ahora en el análisis de la hipoteca recargable, tampoco parece ser esta última la disfunción a la que nos conduce en el ámbito de la accesoria. No cabe, como se acaba de apuntar, que el gravamen se constituya en garantía de una obligación y extinguida esta, aunque sea de forma parcial (generalmente por pago), se coloque en su lugar otra distinta. Sin embargo, según el tratamiento que el legislador estaría otorgando a la recarga en la Ley 2/1994, la obligación continuaría siendo, en teoría y como consecuencia de la “novación modificativa”, la misma que dio lugar a la constitución de la carga, si bien que de cuantía superior. Sobre esta cuestión volveremos en los capítulos que siguen, cuando analicemos la calificación que en el plano obligacional cabe asignar a una alteración como la descrita en la relación obligatoria. Pero admitiendo por el momento que eso fuese así²⁴³, ¿cómo habría de trasladarse al plano del derecho real de hipoteca dicha “novación modificativa” en la obligación asegurada?

Se ha sostenido que no puede haber mayor prueba del carácter accesorio de la hipoteca que la traslación a esta de las vicisitudes que sufra la obligación garantizada y, entre

(RJ 2013, 1142), 23 de julio y 31 de julio de 2014 (JUR 2014, 224769 y 2014, 4495), cuando indica que será en el momento de la ejecución cuando quede definitivamente determinada la obligación u obligaciones garantizadas a cuyo cumplimiento ha quedado finalmente vinculada la hipoteca.

²⁴¹ RRDGRN de 23 de julio y 31 de julio de 2014 (JUR 2014, 224769 y 2014, 4495).

²⁴² RRDGRN de 8 de junio de 2011 (RJ 2012, 3168), 12511/2014, de 24 de octubre (RJ 2014, 6709) y 11186/2014, de 3 de octubre (RJ 2014, 5512).

²⁴³ Pues más adelante se comprobará que no es esta nuestra opinión.

ellas, el incremento en su cuantía. Pero esta lectura, que no presenta mayor inconveniente cuando no existen terceros registrales posteriores a la hipoteca y anteriores a la modificación, en cuyo caso el gravamen puede ser ampliado (que no *recargado*) en la misma extensión en la que lo haya sido la deuda, encuentra un límite insalvable cuando concurren tales sujetos. Nótese, por ejemplo, que en el supuesto regulado en el artículo 115 LH (ampliación de hipoteca para cubrir intereses devengados e impagados cuya suma exceda del límite previsto en el artículo 114 LH), la obligación de pagar intereses resultante del contrato también es única –es más, es incluso accesoria de la devolución del principal, que da lugar a la hipoteca primeramente constituida– y sin embargo, la ampliación de la garantía en ningún caso puede perjudicar los derechos reales inscritos con anterioridad a ella. Mas ¿constituye el perjuicio a terceros el único límite a la ampliación de la hipoteca o la recarga colisiona, además, con las exigencias derivadas del principio de accesoriidad?

Si analizamos los diferentes estadios en los que debe manifestarse la nota de accesoriidad de la hipoteca respecto al crédito garantizado, encontramos que, en la mayoría de ellos, no resulta quebrada por el planteamiento que descansa tras la recarga. No lo hace desde luego en el instante de su constitución, en el que la carga se vincula a una obligación determinada (la derivada de un préstamo), pero tampoco en el de su modificación (pues la accesoriidad no requiere que la alteración en la obligación garantizada se traslade al ámbito del derecho real, que puede subsistir invariado, y solo en el caso de que se quiera adecuar al cambio que haya experimentado la obligación deberá observarse el límite que representa el perjuicio a terceros), ni en el de su transmisión (habida cuenta de que solo podrá cederse la hipoteca en la medida en que se ceda el crédito objeto de garantía), ni aun en el de su ejecución (ya que solo podrá realizarse el bien en el caso de que se acredite el incumplimiento de la obligación). Sin embargo, sí lo hace, a nuestro juicio, en el momento de su extinción.

En efecto, nótese que la accesoriidad determina la reducción del derecho real en la misma proporción en que lo haga la obligación garantizada²⁴⁴. Pues bien, esta

²⁴⁴ Así lo entiende también CANALS BRAGE, *La recarga...*, cit., pp. 30 y ss., para quien, “elegido el sistema de accesoriidad, no se sigue de él otra consecuencia intrínseca que la del hecho de que el pago o extinción, o en general imposibilidad de existencia, del crédito respecto del que se desarrolla la función de garantía conlleva necesariamente la correlativa extinción de la hipoteca. Y que el pago parcial implica la reducción idéntica de la cifra garantizada”. No obstante, este autor cambia posteriormente su postura

consecuencia es la que resulta eliminada del ámbito de la recarga cuando se admite que la minoración en la cuantía de la deuda no produce reducción de la garantía, la cual, por contra, se mantiene inalterada para dar cobertura a las sucesivas ampliaciones del crédito inicial²⁴⁵. De esta forma pretende esquivarse el resultado al que conduciría la regla general en materia de ampliación de hipoteca, que determinaría, aun tratándose de una obligación única “ampliada”, la postergación del gravamen (por el tramo del incremento) a los titulares de derechos inscritos en el periodo intermedio²⁴⁶, pues la aplicación del principio de accesoriedad no solo determina la imposibilidad de utilizar la cobertura hipotecaria dada a una obligación para garantizar otra distinta, sino, asimismo, la de destinar la cobertura hipotecaria de una parte de la deuda, que ha quedado pagada y por ende extinta, a cubrir una ampliación de la misma²⁴⁷. ¿Hasta tal punto se ha querido *flexibilizar* el carácter accesorio de la hipoteca, desvinculándola del crédito en un instante tan crítico para el deudor como es el de su debido cumplimiento con la consiguiente extinción de la carga que pesa sobre su patrimonio? Obsérvese además que, de ser así, el legislador habría incurrido en una evidente contradicción cuando, sin modificar el artículo 1857.1 CC y, por tanto, el carácter accesorio de la hipoteca, habría decidido abrazar en el artículo 4 de la Ley 2/1994 una modalidad hipotecaria en la que la obligación principal deja de ser presupuesto de su misma existencia²⁴⁸.

Aún más: si se admite que la hipoteca no puede *reutilizarse* una vez la obligación esté *completamente* satisfecha porque, en tal caso, la garantía queda *automáticamente* extinguida y a la espera de su cancelación y de la consiguiente corrección de la inexactitud registral (arts. 40 y 82 LH), ¿qué razón hay para no aplicar idéntica solución a las hipótesis de extinción parcial de la deuda? La hipoteca muere en la misma medida en que lo hace el

al objeto de otorgar significado al artículo 4 de la Ley 2/1994 y llega a admitir que quizá era intención del legislador dotar de autonomía a la «cifra de responsabilidad», escindiéndola de la obligación que subyace.

²⁴⁵ CORDERO LOBATO, “Sobre lo imperativo...”, cit., p. 373.

²⁴⁶ *Vid. infra* apartado 4.4.

²⁴⁷ DELGADO RAMOS, “Los principios...”, cit. Este autor entiende por ello que la norma no ampara esta posibilidad, sino únicamente la de hacer constar una cifra de responsabilidad hipotecaria superior a la de la deuda inicialmente contraída, en previsión de las futuras ampliaciones. Solo en esa medida puede entenderse modulado este principio.

²⁴⁸ GARCÍA MEDINA, *Nuevas y especiales...*, cit., pp. 211-212, quien defiende que el defecto de técnica jurídica en que ha incurrido el legislador debe resolverse en favor de la nota de accesoriedad, a la que seguirá sometida a la hipoteca de tráfico en tanto no se produzca una clara reforma del sistema hipotecario.

crédito asegurado (bien sea parcial o totalmente), a pesar de que solo proceda su cancelación registral en el instante en el que la deuda haya sido totalmente amortizada.

La doctrina francesa, por su parte, no ha tenido inconveniente en admitir que aun cuando el artículo 2422 del *Code civil* no derogue de forma expresa el principio de accesoriedad (*C. civ.*, art. 2393), la lógica de funcionamiento de la hipoteca recargable conduce cuando menos a una atenuación de sus efectos, si no a su total derogación²⁴⁹. En efecto, la hipoteca recargable francesa ha de constituirse en garantía de una obligación, pero sobrevive a su desaparición y permanece a la espera de una eventual recarga, incluso cuando el crédito inicial ha sido íntegramente pagado, dentro del límite temporal de cincuenta años desde el día de su formalización (*C. civ.*, art. 2434, al. 3). Aquella posibilidad de recarga aun extinguido el crédito se concluye de la lectura *sensu contrario* del artículo 2422 *C. civ.*, cuando a propósito de la facultad del constituyente de ofrecer la hipoteca en garantía a un nuevo acreedor, el legislador precisa que puede hacerlo «aun cuando el primero no haya sido pagado», lo que *sensu contrario* indica que la recarga puede operar aunque el crédito inicial haya sido amortizado en su integridad. En definitiva, la recarga hace quebrar el carácter accesorio de la hipoteca, primero, cuando permite la subsistencia del gravamen una vez extinguido el crédito para cuya garantía fue constituido, por lo que cobra independencia respecto de él, y, segundo y estrechamente relacionado con lo anterior, cuando hace posible la afectación de la carga al afianzamiento de nuevos créditos.

En coherencia con ello, el legislador francés se ha cuidado de introducir en el artículo 2488 *C. civ.* una excepción al principio según el cual la hipoteca desaparece por la extinción de la obligación principal, viniendo ahora aquel precepto a señalar que los privilegios y las hipotecas decaen «*por la extinción de la obligación principal, con reserva del caso previsto en el artículo 2422*»; excepción que extiende al apartado segundo del citado precepto, en el que se prevé la desaparición de la hipoteca por renuncia del acreedor hipotecario. Ahora, no será necesario recordar que ni existe en nuestro Código civil un precepto como el artículo 2422, que expresamente señala que la hipoteca constituida a

²⁴⁹ GOURIO, A., “L’hypothèque rechargeable”, *Revue de Droit bancaire et financier*, 5, 2006, étude 14, p. 3; DAGOT, M., *L’hypothèque rechargeable*, LexisNexis, Paris, 2006, pp. 3-4, 12, 129; PELLIER, J. D., “Réflexions sur la spécificité de l’hypothèque rechargeable”, *Les Petites Affiches*, 2008, pp. 1-7; HOUTCIEFF, D., “L’hypothèque rechargeable”, *JurisClasseur Civil Code : art. 2421 à 2423*, Fasc. 20, pp. 5 y ss.

finés profesionales por una persona física o moral «*puede quedar ulteriormente afecta a la garantía de créditos profesionales distintos de aquellos mencionados en el acto constitutivo*» (siempre que así se haya previsto expresamente), ni se ha contemplado excepción alguna a las normas que consagran el carácter accesorio de la hipoteca y sus manifestaciones: la vinculación del gravamen al aseguramiento de una concreta obligación y la extinción de la garantía como consecuencia de su cumplimiento voluntario.

No debe olvidarse, por lo demás, que la construcción en la que trata de sustentarse la recarga solo es posible si se altera la función de la cifra de responsabilidad, de modo que pase de delimitar la cuantía de endeudamiento a actuar como expresión de la extensión cuantitativa en que la garantía puede ser utilizada²⁵⁰. Ahora bien, esta concepción de la cifra de responsabilidad, que puede tener una razón de ser en la hipoteca de máximo en la que se garantizan una o varias obligaciones de cuantía incierta y hasta el límite que representa esa cifra, carece de ella en la que asegura una obligación determinada en todos sus elementos, porque en tal caso la hipoteca no tiene como contenido un valor autónomo, sino aquel que viene representado por el crédito: es meramente la cuantificación de este²⁵¹. Las partes no han convenido que el inmueble quede respondiendo del cumplimiento de una obligación hasta un importe máximo (cualesquiera que sean las modificaciones a las que sea sometida) sino que, al contrario, han especificado la extensión en la que el crédito queda asegurado hipotecariamente, por lo que reducida su cuantía ninguna razón hay para que la carga persista inalterada. Esta cifra no tiene otra virtualidad que la de limitar la dosis de responsabilidad que pesa sobre el inmueble frente a terceros, habitualmente reflejo del importe total de la deuda en el instante de la constitución del gravamen. Por ello, toda reducción en la cuantía del crédito conlleva, en un sistema de accesoriedad como el nuestro, una minoración de esa

²⁵⁰ Defiende CORDERO LOBATO, *La hipoteca...*, cit., p. 177, que así es como debe concebirse la cifra de responsabilidad en las hipotecas globales: “el máximo no determina la cuantía de endeudamiento sino el límite en que el mismo será oponible a terceros”. Ahora bien, pone de manifiesto que esto mismo no es lo que ocurre en las hipotecas en garantía de obligaciones de cuantía inicialmente determinada: a diferencia de estas últimas, el máximo no delimita en aquellas “la cuantía de las obligaciones que se pueden contraer, sino que, por el contrario, su única función es delimitar la cifra máxima en que el derecho del acreedor como titular del gravamen va a ser oponible *erga omnes* (p. 176).

²⁵¹ CANALS BRAGE, “El incierto...”, cit., pp. 12-13. Además, como pone de manifiesto este autor, en el sentido más clásico de la hipoteca, la responsabilidad hipotecaria solo opera en el caso de existir terceros, ya que entre partes debe entenderse que la hipoteca cubre toda la obligación. Por esta razón la fijación de cifras se requiere tan solo para aquellos conceptos que generan cantidades indeterminadas (intereses, costas, etc.), porque el crédito está cuantificado en sí mismo.

cifra en la misma extensión. Esa y no otra es la razón de que el exceso de cobertura no pueda destinarse a asegurar una deuda (o parte de ella) distinta de aquella que dio origen al gravamen: no existe, en rigor, ningún «exceso».

2. La flexibilización del principio de determinación registral

Como ya hemos apuntado en el capítulo anterior, el principio de especialidad vio la luz a la par que nuestra primera Ley Hipotecaria, la cual, gestada durante un periodo de gran inmovilización del crédito territorial, aspiraba a dotar al nuevo sistema de unos principios que lo alejaran de la clandestinidad que caracterizaba al régimen precedente. Los fines eran claros: fomentar el crédito hipotecario y evitar la usura. Y los medios para alcanzarlo, también: de un lado, conferir certeza a los acreedores acerca de la eficacia de su garantía (lo que incluía poder conocer la extensión de las cargas preferentes y calibrar su expectativa de ver mejorado su rango), ya que solo así podía lograrse que prestasen sus capitales con facilidad; pero a su vez no debía cederse frente a sus inmoderadas exigencias, por lo que, de otra parte, había que dar a quienes gravaban sus fincas la seguridad de que no verían injustificadamente menoscabado su crédito territorial y de que quedarían en libertad para constituir ulteriores cargas sobre los inmuebles hasta explotar su valor real.

Con esas pretensiones fue acogido el principio de determinación, cuyas exigencias aprovechaban a todos los agentes intervinientes en el tráfico inmobiliario, pues les permitía conocer, antes de la adquisición de la finca o de su utilización como garantía, la extensión y características de las cargas a que se hallaba afecta. Tales exigencias se cifraban, para la hipoteca ordinaria, en la determinación registral de todos los elementos de la obligación, mientras que, en las hipotecas de máximo, dada la indeterminación de alguno de los elementos del crédito, habían de hacerse constar al menos sus líneas generales –de forma que la obligación dejaba de estar determinada para pasar a ser determinable–.

A la vista de lo expuesto, debemos cuestionarnos cuáles son los problemas que pueden presentar tanto la recarga de la hipoteca como la hipoteca flotante en lo que se refiere a este principio.

Recuérdese que la recarga de la hipoteca se concibe como el efecto que la ley atribuye, caso de que las partes quieran acogerse a él, a la ampliación de capital de un préstamo hipotecario, de tal forma que el ámbito en el que se desenvuelve es, por definición, el de una hipoteca de tráfico constituida en garantía de la obligación de restitución de un préstamo. Sentado lo anterior, fácilmente se advierte un primer inconveniente que plantea desde el punto de vista del principio de determinación: si se admite que la recarga opera *ope legis*, sin necesidad de que se haya pactado expresamente por las partes y se haya hecho constar tal convenio en la inscripción de la hipoteca (por lo demás, necesario al amparo del artículo 12 LH, que exige que se hagan constar “*las obligaciones garantizadas*”), nos encontraríamos con que no quedarían registralmente determinados *todos los elementos de la obligación*, ya que el incremento en su importe, aun cuando se realice dentro de la cifra inicialmente prevista (aprovechando la parcela “libre” que según esta interpretación han dejado las cantidades ya amortizadas), habría de hacerse constar en el Registro. Solo de esta forma cabría sostener que la fe pública registral se extiende más allá del gravamen hasta alcanzar al crédito objeto de garantía. Pues, de lo contrario, esto es, si el crédito vive, se modifica y extingue fuera del Registro, su inscripción no puede hacer prueba de su existencia, exigibilidad, importe y vencimiento, extremos cuya realidad deberá acreditarse por medios extrarregistrales al modo de cuanto acontece en las hipotecas de máximo.

Sin embargo, lo anterior podría no ser totalmente determinante del rechazo de la figura si reparamos en que, en un préstamo sometido al sistema de amortización francés (lo que constituye hoy día la generalidad en la práctica bancaria), los pagos parciales no suelen hacerse constar en el Registro, de suerte que también en este caso debe acreditarse, mediante prueba extrínseca a la inscripción, la existencia e importe del crédito asegurado al instante de la ejecución. Es más, como ya hemos apuntado, la recarga podría operar en un préstamo hipotecario que, garantizado junto con otras obligaciones al amparo del artículo 153 bis LH, quedara cubierto en el marco de una hipoteca de máximo, cuya inscripción, como es sabido, solo describiría en líneas generales los créditos susceptibles de cobertura.

Debe descenderse por ello al terreno de los concretos objetivos que inspiraron la consagración de este principio en nuestro ordenamiento inmobiliario registral a fin de ponderar si la admisión de la recarga puede, en alguna medida, obstaculizar su

consecución. ¿Se dificulta con ella la movilización del crédito territorial o, por el contrario, no supone ningún obstáculo a la misma? Esto es, ¿se procura a los sujetos intervinientes certeza suficiente para que ofrezcan sus fincas en garantía y presten sus capitales o se genera, en cambio, una situación de inseguridad jurídica?

Desde el punto de vista del deudor, debemos valorar si la recarga menoscaba *injustificadamente* su crédito territorial, o sea, si hace del gravamen una carga *excesivamente onerosa* y si merma las posibilidades del dueño de volver a ofrecer su finca en garantía. En lo que atañe a la excesiva onerosidad del gravamen, hemos de observar que la hipoteca se mantiene en cualquier caso invariable sobre la finca a pesar de la parcial amortización del préstamo en tanto no se satisfaga íntegramente, instante en el que sí procede su cancelación. Por tanto, desde esta perspectiva y siempre que las entidades financieras no obstaculicen la cancelación registral del gravamen una vez haya sido totalmente amortizado el crédito inicial, no cabría oponer objeción alguna²⁵². Del mismo modo, el deudor debe quedar en disposición de hacer constar en el Registro su pago parcial, el cual debería interpretarse, cuando menos, como una *actualización* de la “cifra de responsabilidad”, o sea, del tope máximo susceptible de recarga al modo en que ocurre cuando se incoa la ejecución de cargas posteriores y el acreedor de mejor rango informa sobre el estado de su crédito²⁵³.

Distinta conclusión se alcanza si analizamos qué posibilidades tiene el deudor de ofrecer de nuevo su finca en garantía, hallándose inscrita una hipoteca que pueda ser objeto de recarga. Ninguna duda cabe de que se le presentarán mayores dificultades para obtener financiación de un acreedor distinto al inicial que, ante la inseguridad que genera el desconocimiento del importe adeudado y la *recargabilidad* del gravamen que le precede (lo que le impide ponderar sus expectativas reales de ver mejorado su rango), podría negarse a constituir una hipoteca supeditada a aquella o, de otro modo, imponer unas condiciones más onerosas de las que exigiría de conocer con exactitud la extensión de la carga preferente. Nótese además que esta mayor onerosidad del gravamen

²⁵² DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., pp. 218-219, advierte, como ya se ha apuntado, del evidente riesgo que entraña la admisión de la recarga desde el punto de vista del escaso interés que las entidades financieras tendrán en que sus clientes amorticen íntegramente su deuda o cancelen registralmente el gravamen, en la medida en que ello les veta la posible concesión de un nuevo préstamo garantizado mediante la hipoteca (de primer rango) ya inscrita.

²⁵³ *Vid. supra* apartado 2.3.3.

posterior, en atención a la posible recarga de la garantía preferente, de ninguna manera se ve compensada con un beneficio actual a favor del deudor, ya que el acreedor que puede beneficiarse de la afección anticipada y la “reutilización del rango” no contrae obligación alguna de concederle crédito²⁵⁴.

Este último es precisamente el mayor inconveniente que presenta la recarga desde la perspectiva de los acreedores pospuestos en rango, pues si se permite que la hipoteca anterior pueda dar cabida a una ampliación en la deuda cubierta, no solo se les impide estimar su extensión real (quedando relegados a la información que pueda procurarles la cifra de responsabilidad), sino que, además, se acentúa de forma significativa su riesgo de exposición como acreedores de segundo rango: si se incrementa la deuda anterior pero se mantiene inalterado el plazo en el que debe restituirse (de lo contrario, no operaría la recarga), las posibilidades de ejecución de la carga preferente aumentan exponencialmente, con la correlativa purga de su inscripción.

En consecuencia, ni se ofrece la suficiente certeza a los acreedores (a salvo, claro está, los que ocupan la primera posición en la jerarquía registral), ni se concede a los propietarios la confianza de que podrán explotar el valor total del inmueble mediante su sucesiva utilización como garantía, salvo que *se casen* con una única entidad financiera. Y es que el principio de especialidad parece quedar reducido, por efecto de la recarga, a la mera constancia de una “cifra máxima” de que responde la finca, lo que genera una situación de incertidumbre que facilita lo que con tanto ímpetu quisieron evitar los redactores de nuestra primera Ley Hipotecaria: la inseguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, el aprovechamiento monopolístico de los recursos del deudor y, en suma, la inmovilización del crédito territorial.

Por último, en lo que atañe a la hipoteca flotante, ha de estarse a los requisitos que exige el artículo 153 bis LH para dar cumplimiento al principio de determinación, esto es, deben hacerse constar “*la denominación y descripción general de los actos jurídicos básicos de los*

²⁵⁴ Por ello denuncia BERMEJO PUMAR, M. M., “La hipoteca en garantía de créditos sucesivos: artículo 4 de la Ley 2/1994 (recarga de la hipoteca). Artículo 153-bis de la Ley Hipotecaria (hipoteca recargable). La reutilización de la garantía, facultad del dueño del bien hipotecado”, *RJNot.*, 71, 2009, pp. 64-65, que se trata de una *sobre-garantía* innecesaria.

que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas²⁵⁵, el importe máximo del que responde la finca y el plazo de duración de la hipoteca”. Ahora bien, como ya se ha señalado antes, ello no puede traducirse en la utilización de fórmulas que aludan exclusivamente a todas las obligaciones que el deudor contraiga en el ámbito de la actividad comercial a la que se dedique el acreedor (por lo general, la bancaria), ni de referencias absolutamente generales e imprecisas como la mera mención de las partes. Al contrario, para que la hipoteca flotante pueda superar el filtro de la especialidad, las obligaciones que forman parte del abanico asegurado deben quedar definidas de tal forma que puedan ser determinadas en un momento posterior conforme a los parámetros establecidos en la escritura de constitución, por lo que en ningún caso podrán serlo ulteriormente por las partes con base en un nuevo convenio suscrito entre ellas.

Aún más: convendría excluir la enumeración de todos los negocios jurídicos propios de la actividad bancaria (préstamos, créditos, líneas de descuento, etc.), con la que se pretenda dar cabida a cualesquiera obligaciones surgidas entre las partes (sin más límite que la cifra máxima de responsabilidad), ciñendo la relación a un número determinado de ellas o a aquellas cuya materialización sea, al menos, previsible. De lo contrario, podrían fácilmente frustrarse los objetivos que se persiguen a través del principio de determinación, que habrán de servirnos como guía para ponderar en qué supuestos se rebasa la estrecha línea divisoria que puede hacernos retornar al que fuera punto de partida en la instauración de nuestro sistema.

En efecto, ha de tenerse en cuenta que cuando entre la pluralidad garantizada se halla alguna obligación de cuantía indeterminada, como de hecho sucede en la práctica, el pago tempestivo por parte del deudor de alguno o algunos de los créditos (o incluso de todos los existentes), no supondrá la extinción de la hipoteca, ni total ni parcial. Al contrario, como sostiene ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, la misma pervivirá intacta

²⁵⁵ Recuérdese que las distintas obligaciones cubiertas con la hipoteca pueden mantener, a tenor del artículo 153 bis LH, su autonomía jurídica y exigibilidad aislada, sin que sea necesario el pacto novatorio (al modo en que lo exige el artículo 153 LH), lo que parece irrelevante desde la óptica del principio de especialidad, siempre y cuando se identifiquen suficientemente cada una de las obligaciones garantizadas: ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., pp. 86 y ss. y CORDERO LOBATO, *La hipoteca...*, cit., pp. 126 y ss. Cuestión distinta es que las partes pretendan ligar la suerte de los distintos créditos asegurados, disponiendo su vencimiento anticipado en el momento en el que se produzca el impago de cualquiera de ellos, pues este resultado solo puede obtenerse si se pacta el efecto novatorio y, por ende, el crédito garantizado es único: PARDO NÚÑEZ, “Hipoteca flotante...”, *RCDI*, 753, 2016, p. 162.

sujetando la finca gravada hasta el máximo de responsabilidad señalado, “lista para ser aplicada –cuando llegue el momento, y si llega– al pago de cualquiera de las obligaciones cubiertas que el deudor deje de cumplir”²⁵⁶. Ahora, si admitimos que es posible negar al deudor la posibilidad de cancelar la hipoteca durante el tiempo de vencimiento inicialmente convenido cuando no haya nacido ninguna obligación ni vaya a hacerlo en el futuro, se presentaría un problema desde el punto de vista del principio de especialidad: se estaría con ello produciendo un estrangulamiento de su crédito territorial, al sustraerse el valor total del inmueble en garantía de deudas que pueden haber sido, casi en su integridad, abonadas. Lo que contraría uno de los principios que inspiraron la regulación de nuestra primera Ley Hipotecaria: el rechazo a aquellas cargas excesivamente gravosas sobre los inmuebles que obstaculicen el crédito territorial²⁵⁷. Es por ello que resulta especialmente importante rehusar el empleo de fórmulas excesivamente amplias o vagas que puedan dar cobertura a un sinnúmero de obligaciones.

3. La virtualidad del principio de indivisibilidad

El principio de indivisibilidad de la hipoteca, consagrado en los artículos 1860 CC, 122 y 125 LH, se traduce en su invariable subsistencia en tanto el débito del que responda no se satisfaga íntegramente, a pesar de que la deuda se amortice en parte o se distribuya entre varias personas, o aun cuando se divida la finca hipotecada, de manera que el gravamen subsiste íntegro sobre la totalidad del bien o de los bienes gravados (art. 123 LH).

Este principio, consagrado en beneficio del acreedor como traslación al ámbito hipotecario del principio civil que le concede el derecho a no recibir parcialmente las prestaciones en que consista su obligación (art. 1169 CC)²⁵⁸, tiene como consecuencia

²⁵⁶ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca flotante...*, cit., p. 210.

²⁵⁷ ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *La hipoteca global...*, cit., p. 86, sitúa aquí el principal inconveniente de las hipotecas globales. El problema no es tanto el de que no puedan describirse, conforme a los postulados del principio de determinación, las líneas generales de las obligaciones garantizadas, sino el de la posible sustracción del valor total del inmueble en garantía de deudas que pueden haber sido, casi en su integridad, abonadas, lo que contraría uno de los principios que inspiraron la regulación de nuestra primera Ley Hipotecaria: el rechazo a aquellas cargas excesivamente gravosas sobre los inmuebles que obstaculicen el crédito territorial.

²⁵⁸ GÓNZALEZ LAGUNA y MANZANO SOLANO, “Algunos problemas actuales...”, cit., p. 135. Como pone de relieve FERNÁNDEZ-VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M. C., “Comentario al artículo

que, aun reducida por cualquier causa la obligación garantizada, la hipoteca mantenga su extensión sobre la totalidad del bien hipotecado, hasta que el débito se satisfaga por completo [SSTS de 25 de febrero de 1986 (RJ 1986, 854) y 66/2005, de 4 de febrero (RJ 2005, 947)], excepto, claro está, que el acreedor consienta su cancelación parcial.

Esta y no otra es la razón por la cual una hipoteca constituida en garantía de un préstamo sujeto al sistema de amortización francés no pueda cancelarse (en el Registro) paulatinamente, de acuerdo a los pagos que el deudor vaya realizando. No se trata, por tanto, de que la hipoteca responda de manera abstracta hasta el importe total que se haya hecho constar en la inscripción, sino, simplemente, de que la regla de indivisibilidad, inherente a la hipoteca, exige la pervivencia íntegra del gravamen hasta el instante en el que el crédito haya sido satisfecho por completo.

La recarga de la hipoteca se configura, precisamente, mediante el provecho del efecto que este principio provoca en el folio registral: una carga que, *en apariencia*, grava el fundo por el total importe concedido. La realidad es, sin embargo, que la indivisibilidad no significa en modo alguno que, habiendo quedado reducida la obligación garantizada por efecto de pagos parciales, la ejecución pueda hacerse por el crédito inicial entero [STS de 25 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8291)]. No cabe, entonces, que la diferencia entre el importe consignado en la inscripción y el realmente debido pueda “rellenarse” por medio de una nueva cantidad que el acreedor conceda al deudor hipotecario. Como sostiene VALERO FERNÁNDEZ-REYES, la base legal de la recarga no puede fundarse en el principio de integridad del artículo 122 LH, porque dicha integridad, como se infiere de aquel precepto (“[l]a hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada...”), se refiere a la finca y no al crédito²⁵⁹. Lo que viene a confirmar el artículo 125 LH: la indivisibilidad de la hipoteca se refiere a la «parte del bien hipotecado» y no a la cuantía de la hipoteca²⁶⁰.

122 de la Ley Hipotecaria”, en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, dir. por A. Domínguez Luelmo, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 3ª ed., 2019, p. 1293, esta regla viene a ser como una especie de beneficio incorporado a la garantía real que tiende a dar al acreedor hipotecario mayor seguridad sobre la subsistencia e integridad del gravamen real constituido a su favor.

²⁵⁹ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, “La modificación...”, cit., p. 209.

²⁶⁰ GARCÍA GARCÍA, *Código de legislación...*, t. I, cit., p. 397. En el mismo sentido, CANALS BRAGE, “El incierto...”, cit., p. 13, subraya que la cancelación parcial no es, como comúnmente se entiende con craso error, la reducción parcial de la cifra de responsabilidad (que opera automáticamente si se reduce o

4. La refinanciación sin pérdida de prioridad: ¿es oponible a terceros?

4.1. El rango hipotecario: efectos y negociabilidad

El principio de prioridad registral es el principio hipotecario en cuya virtud se reconoce *preferencia excluyente o superioridad de rango* al título o acto inscribible que primeramente tenga entrada en el Registro de la Propiedad, frente a cualquier otro acto registrable incompatible o perjudicial para aquel que no haya sido presentado en el Registro o que lo sea con posterioridad (arts. 17, 24, 25 y 248 LH)²⁶¹.

Se trata, en definitiva, de una regla que, tomando como referencia la prioridad en el tiempo, sirve como criterio determinante de la preferencia de los derechos reales: *prior in tempore, potior in iure*. De esta forma, cuando sean susceptibles de ingresar en el Registro dos o más títulos relativos a una misma finca o derecho real limitado sobre ella, se dotará de preferencia al que primeramente se presente a inscripción, que se antepondrá al que llegue después, bien con carácter excluyente, o sea, impidiendo la inscripción o anotación del título contradictorio presentado ulteriormente (cierre registral), bien con carácter prelativo (rango registral), cuando ambos puedan coexistir.

Por ello, este principio se concibe como un límite extrínseco al ejercicio de los derechos, en la medida en que su virtualidad se manifiesta en el instante en el que se produce una colisión de derechos que, o bien son incompatibles entre sí, o bien, aun no siéndolo, uno ha de ser prioritario respecto al otro²⁶². Esto último es lo que sucede en materia hipotecaria: sobre una misma finca pueden concurrir diversas hipotecas que serán, por virtud del principio de prioridad, ordenadas en el folio registral por el riguroso orden cronológico de su presentación en el Registro, lo que les dotará del correspondiente rango²⁶³.

amortiza el capital del préstamo), sino la liberación de alguno o de alguna parte de los bienes hipotecados.

²⁶¹ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. II-1, pp. 333 y ss.

²⁶² OLIVA RODRÍGUEZ, A. M., “Retorno a los principios hipotecarios”, en *Homenaje a José María Chico Ortiz*, coord. por J. L. Gimeno y Gómez-Lafuente, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 699.

²⁶³ Como pone de manifiesto ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. II-1, p. 395, dos hipotecas pueden coexistir sobre un mismo bien en orden sucesivo porque este derecho real no afecta al bien gravado en su objetividad material sino, tan solo, en su valor contemplado en vista a la realización ejecutiva del crédito hipotecario de rango preferente.

Huelga decir que esta prelación o subordinación de cada una de las hipotecas inscritas en el Registro, en atención al grado o rango que cada una ostente, no es cuestión en absoluto baladí, por los importantes efectos que de tal posición derivan: primero, el *efecto resolutorio* de las hipotecas posteriores cuando la preferente se extinga por vía de ejecución hipotecaria y, segundo, el *efecto de avance de rango* de las cargas ulteriores cuando la que precede en la jerarquía quede extinta por vía distinta de la ejecución²⁶⁴. Ocurre, así, que la prioridad procura al titular de todo derecho real limitado que se inscriba la preferencia de su derecho frente a acreedores posteriores y la expectativa de ver mejorado su rango cuando la carga anterior desaparezca por cualquier causa (a salvo su ejecución).

En cuanto al primero de los efectos apuntados, es claro que la realización forzosa de la finca gravada producirá la cancelación de las cargas que se sitúen tras ella (arts. 674 LEC y 175.2ª RH; no así de las anteriores: art. 657 LEC) y la distribución del remanente del precio del remate o sobrante, si lo hubiere, en favor de los titulares de las hipotecas ulteriores (art. 672.2 LEC)²⁶⁵.

El sistema escogido por nuestro legislador influye de forma determinante en la consideración económica de cada hipoteca, en la medida en que la pervivencia de la de rango inferior estará amenazada por la posible ejecución hipotecaria de la precedente y supeditada, por tanto, a que el deudor restituya voluntariamente la deuda garantizada mediante aquella, evitando su ejecución forzosa. El acreedor hipotecario que figura en segundo lugar se expone, pues, a que la garantía de su crédito quede a resultas de tal ejecución, de la que puede quedar libre (a su disposición) una cantidad residual, cuando no inexistente. Por ello, ninguna duda cabe de que la hipoteca de mejor rango tendrá un valor económico superior al de los gravámenes que se inscriban después, que

²⁶⁴ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. II-1, pp. 396 y ss.

²⁶⁵ Téngase en cuenta, no obstante, que como explica DOMÍNGUEZ LUELMO, el criterio de distribución del remanente en los casos de ejecución no puede ser únicamente el de la prioridad registral, sino el que corresponda conforme a la normativa sobre preferencia y prelación de créditos (arts. 1921 y ss. CC). En efecto, aunque el artículo 692.1 LEC se refiera en cuanto a la aplicación del sobrante a los «titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado», la distribución debe hacerse con todos los que ostenten la condición de acreedores y así lo reclamen, consten o no registralmente (como podría ocurrir, por ejemplo, con el privilegio salarial del artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, aunque no se haya promovido previamente una tercería de mejor derecho): DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Comentario a los artículos 17 y 115 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, dir. por A. Domínguez Luelmo, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 3ª ed., 2019, pp. 371 y 1266.

habitualmente verán compensada esta merma (y el riesgo de ver desaparecer su garantía) con la fijación de unas condiciones más onerosas para el deudor. Es en este sentido en el que se sostiene que el rango no constituye un derecho con sustantividad propia, sino, antes bien, una cualidad de la garantía, a la que atribuye un valor específico, que decrecerá cuanto mayor sea el número de asientos que le precedan²⁶⁶. Aunque todo dependerá, por supuesto, del importe de las hipotecas preferentes y del valor de la finca gravada²⁶⁷.

En este orden de ideas, fácilmente se percibe la indudable transcendencia que cabe atribuir a la extensión de la obligación que se garantiza mediante la hipoteca de posición preferente, pues de ello dependerá el éxito de las que se coloquen después. Y es aquí donde se ve con absoluta nitidez la perturbación a la que conduce la recarga: la obligación de cuyo cumplimiento responde la garantía no es la misma (al menos, cuantitativamente) que se tomó como referencia para su constitución y, sin embargo, se antepone a los titulares de ulterior rango, eludiendo de esta forma la posición que en el Registro le correspondería ocupar en aplicación de la regla *prior in tempore, potior in iure*.

El segundo de los efectos enunciados, es decir, el potencial avance de rango de las hipotecas posteriores cuando la carga que les antecede se extingue por cualquier vía diferente a la ejecución, es nota esencial en el sistema de ordenación del rango que rige en nuestro Derecho: el progresivo o de avance de puestos. Frente a él se encuentra el sistema fijo o por parcelas de valor, según una clasificación tradicional tal vez más teórica que real²⁶⁸. La diferencia fundamental entre ambos sistemas radica en que, cuando se constituyen sobre una misma finca varias hipotecas de forma sucesiva, el

²⁶⁶ RDGRN de 4 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10240). CRUZ GALLARDO, *Principios...*, cit., pp. 411 y ss., y VALLS LLORET, J. D., “El rango registral: concepto, contenido y eficacia”, *La Notaría*, 2, 1999, pp. 15-58, quien apunta cómo partiendo del principio “*prior tempore, potior iure*” puede llegar a formularse otro principio general como el de “*prior tempore, potior valoris*”.

²⁶⁷ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. II-1, p. 397.

²⁶⁸ DE REINA TARTIÈRE, “El sistema...”, cit., pp. 30 y 37, nos recuerda que, configurados los dos modelos, son escasísimos los ordenamientos que se adscriben al de puestos fijos, entre los que probablemente solo quede el suizo como genuino exponente. El alemán, aunque a los ojos del jurista de formación latina se perciba como claro ejemplo del sistema de rango fijo (dado el gran desarrollo de la deuda territorial de propietario), comparte en mayor medida las características del modelo de rango progresivo según la opinión consolidada en su propia doctrina, máxime desde la Ley de 22 de junio de 1977, de modificación del BGB, por la que se faculta al acreedor hipotecario de igual o inferior rango a exigir la cancelación de la deuda territorial que se consolide en cabeza del propietario, si no ha mediado pacto expreso de renuncia que se lo impida.

primero permite que cada una de ellas se extienda sobre todo el valor en cambio del bien hipotecado, con la única limitación que deriva del mejor rango de la hipoteca preferente, mientras subsista (y por supuesto, hasta la satisfacción del importe de su crédito). Por el contrario, en el sistema de puestos fijos cada hipoteca se extiende desde un inicio tan solo sobre una parte, compartimento o parcela de valor de la finca hipotecada. Esto explica por qué en el primero de los regímenes, cuando desaparece la primera hipoteca, la segunda toma automáticamente su puesto y se extiende a todo el valor del bien hipotecado, sin que exista ninguna anterior que comprima ya su poder expansivo, mientras que en el segundo, como cada hipoteca tiene concretado su rango a una parte determinada del valor de la finca, la parcela que cada una ocupa queda vacante tras su extinción, a disposición del propietario para su eventual reutilización²⁶⁹. Por consiguiente, la regla *prior in tempore, potior in iure* no rige en este como lo hace en nuestro Derecho, habida cuenta de que en él, el rango de las hipotecas sobre un inmueble no se determina por el orden cronológico de su inscripción en el Registro, ya que, desierto un puesto, puede ser ocupado por un gravamen de nueva constitución, que pasará con ello a ocupar un rango superior al de los ya inscritos aun cuando ingrese en el folio en fecha posterior.

Por contra, en el sistema de rango con avance potencial, al que se adhiere nuestro ordenamiento, la extinción de cada crédito hipotecario anterior refuerza notablemente la garantía de los acreedores posteriores, que ya desde la constitución de su derecho pueden prever la más que probable mejora de su posición con el transcurso del tiempo. Repárese, además, en que la extinción de la carga precedente, con subsistencia y expansión de la que se sitúa tras de sí (que debe producirse por vía distinta de su ejecución hipotecaria), lo es en la gran mayoría de los casos como consecuencia del pago voluntario de la deuda con ella asegurada, que no puede por este motivo verse en modo alguno *recargada* sin mermar la vocación por la mejora que a favor de los titulares de derechos reales limitados de rango inferior reconoce el sistema.

La regla general de prioridad que preside nuestro ordenamiento registral está destinada, por tanto, no solo a proteger la preferencia de quienes primeramente en el tiempo presenten su título en el Registro sino, asimismo, la posición de aquellos que inscriban su derecho después, que únicamente habrán de soportar que la hipoteca que les

²⁶⁹ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. II-1, pp. 397 y ss.

antecede en rango limite el poder expansivo de su garantía a todo el valor del bien gravado hasta tanto se extinga (por pago) el crédito que haya dado lugar a la inscripción. Y de igual forma, en el caso de que se tramite la ejecución hipotecaria, únicamente habrán de consentir que con el importe obtenido de la realización forzosa de la cosa hipotecada se satisfaga la deuda del acreedor preferente (ejecutante), dentro del límite de las sumas que consten en la inscripción del gravamen, pudiendo percibir el exceso, si lo hubiere (art. 692 LEC).

Es por ello, se dice, que el artículo 144 LH exige que todo hecho o convenio que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria anterior se haga constar en el Registro a fin de que pueda surtir efecto contra tercero, que es tanto como decir que la variación en la obligación asegurada hipotecariamente no será oponible a los titulares que hayan inscrito su derecho en el periodo intermedio entre la constitución de la carga preferente en rango y el acuerdo modificativo. Si, en cambio, lo que se pretende es que la modificación afecte a esos terceros (como si se hubiera practicado con anterioridad a la inscripción de sus derechos) o tiene un contenido tal que inevitablemente les afecta, la inscripción no podrá llevarse a cabo a no ser que medie su consentimiento²⁷⁰.

La misma razón descansa tras la exigencia de que cualesquiera pactos que las partes puedan convenir, concernientes a la alteración del rango de su derecho, deban necesariamente contar con el consentimiento de los titulares de derechos inscritos que puedan verse perjudicados por la mutación en el orden preestablecido en el folio registral. En efecto, si bien el rango hipotecario se determina por ley conforme a la regla de prioridad enunciada, está comúnmente admitido que pueda ser objeto de variación por la voluntad de las partes que, al efecto, consientan su posposición, reserva o permuta²⁷¹, siempre que concurran los requisitos necesarios para que no se perjudiquen los derechos ya inscritos. Ninguna duda cabe de que estos negocios jurídicos requieren siempre del consentimiento expreso del acreedor que va a ser perjudicado, en tanto que postergado (art. 241 RH), pues el empeoramiento de su rango conlleva un detrimento en el valor económico de su derecho; mas también en el de los titulares de las hipotecas de rango intermedio, como veremos seguidamente.

²⁷⁰ RRDGRN de 7 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3061) y 21 de abril de 2014 (RJ 2014, 3213).

²⁷¹ Doctrinalmente se discute si los supuestos aludidos no se reconducen, en rigor, finalmente a uno: la posposición. *Vid.* al respecto, CRUZ GALLARDO, *Principios...*, cit., pp. 415 y ss., RODRÍGUEZ LÓPEZ, "El rango...", cit., pp. 956 y ss. y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos...*, cit., pp. 237 y ss.

La permuta de rango se concibe como el cambio o trueque de dos rangos hipotecarios ya existentes, correspondientes a dos hipotecas inscritas. Junto a ella, la posposición se caracteriza por el hecho de que la postergación del rango de una hipoteca ya constituida se realice en beneficio de una de futura constitución, que habrá de sujetarse a los presupuestos fijados en la escritura de posposición e inscribirse dentro del plazo convenido (art. 241 RH)²⁷². La misma nota de futuridad concurre en la reserva de rango hipotecario, si bien este último negocio se relaciona con la circunstancia de que la hipoteca que vaya a ser pospuesta se inscriba desde un inicio con la calidad de *postergable* en su rango, en beneficio de la de futura inscripción; es decir, no se trata de que, respecto de una hipoteca ya inscrita, se prevea en un momento dado la necesidad de que se posponga a favor de una hipoteca futura, sino de que el gravamen se constituya ya con semejante previsión, caracterizada por contener una reserva de rango a favor de la futura. Por ello, la reserva de rango se concibe en general como una subespecie de la figura anterior, por constituir en realidad una *posposición inicial en beneficio de hipoteca futura*²⁷³.

Se sostiene por ello que la reserva de puestos no puede entenderse en nuestro Derecho sino como una obligación de posponer cuando el derecho futuro haya sido constituido, pues aquella institución, entendida en sentido estricto, solo podría tener encaje en un sistema en el que el rango hipotecario tenga una total autonomía e independencia con respecto al derecho que lo haya de ocupar. Sin ese presupuesto, ajeno a nuestro ordenamiento por cuanto el rango solo se concibe como una cualidad del derecho inscrito (que nace, en consecuencia, con la inscripción de este), no cabe su admisión. “Propiamente hablando la reserva es incompatible con el sistema español”²⁷⁴.

La Dirección General, por su parte, alega como razón de que la reserva de rango no esté admitida en nuestro ordenamiento jurídico el menoscabo indebido del crédito territorial del propietario

²⁷² Vid., por ejemplo, la RDGRN de 5 de febrero de 1915 (LA LEY 3/1915), en la que el acreedor de primer rango pospuso la hipoteca constituida a su favor para la seguridad del precio aplazado en la venta de la finca a la que, por exigencias de las operaciones del Banco Hipotecario de España, se había de constituir como primera hipoteca para garantizar el préstamo efectuado a los compradores. No obstante, como ponen de manifiesto ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. II-1, p. 419, el artículo 241 RH no se cohonestaba con la tesis mantenida en aquel instante por la Dirección, que declaró inscribible una escritura de posposición de hipoteca a favor de otra futura “cualquiera que fuera su importe”, por entender que la indeterminación de tal cláusula quedaba suplida por la presentación conjunta en el Registro de ambas hipotecas, la de posposición y la de constitución de la futura hipoteca.

²⁷³ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. II-1, p. 423.

²⁷⁴ SANZ FERNÁNDEZ, Á., *Instituciones de Derecho hipotecario*, t. II, Reus, Madrid, 1953, pp. 75 y ss., a quien cita ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. II-1, p. 423.

que encierra y la perturbación que produciría al tráfico inmobiliario [resolución de 17 de enero de 1994 (RJ 1994, 239)].

Ninguna duda hay de que la permuta, cuando las dos hipotecas objeto de intercambio no sean consecutivas en la jerarquía registral (o sea, cuando existan derechos intermedios) requiere el consentimiento de estos titulares, en tanto pueden resultar *perjudicados* por el negocio jurídico. No obstante, la discusión discurre en torno a si su conformidad ha de exigirse siempre o solo cuando realmente puede ocasionárseles perjuicio y, de escoger esta segunda opción, sobre cuándo y en qué circunstancias un negocio de permuta entraña lesión de sus derechos.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS sostiene que siempre es necesario recabar el consentimiento del tercero, ya que a este no le es indiferente que el crédito preferente sea el correspondiente a uno y otro deudor (más o menos solvente) o a deuda de una u otra naturaleza y régimen. Pone de relieve, además, que lo contrario contradice las normas sobre prelación de créditos y facilita las maquinaciones en contra de los intereses de los acreedores intermedios: podría concertarse, en perjuicio de estos, que pase a ser primer acreedor hipotecario uno posterior que de otro modo (por la insolvencia del deudor) no cobraría, mientras que el acreedor que consiente la postergación en rango conservaría en los demás bienes del deudor la preferencia que como acreedor escriturario corresponde a la mayor antigüedad de la fecha de la escritura, con lo que cobraría antes que los demás acreedores hipotecarios sobre el remanente del caudal del deudor común (art. 1924.3º CC)²⁷⁵.

Otros autores entienden, en cambio, que solo debe contarse con la aquiescencia de estos terceros cuando el acuerdo de permuta afecte a sus intereses, si bien no hay consenso acerca de dónde ha de colocarse el límite entre el perjuicio y su falta de concurrencia: mientras algunos apuntan que cuando haya una hipoteca de grado intermedio no cabe que la suma de la hipoteca del grado permutado que avanza sea superior a la de la hipoteca que retrocede y entonces hay que reducirla, otros cifran el perjuicio no solo por razón de la mayor cuantía del crédito garantizado sino, en general, con motivo de mayores intereses, distinto plazo de duración o condiciones más gravosas²⁷⁶.

Sea como fuere, parece claro que la dificultad reside en sostener de forma indubitada la inexistencia de lesión para los titulares de derechos ubicados entre los dos que concluyen el negocio de permuta y, más aún, caso de que pretenda asignarse dicha tarea

²⁷⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos...*, cit., p. 239.

²⁷⁶ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. II-1, pp. 414-415, quien se remite, en fin, al criterio que inspira el artículo 144 LH para delimitar cuándo el negocio afecta los intereses de estos terceros y cuándo no.

al Registrador de la Propiedad, cuando la apreciación del daño escape a los medios de prueba de los que él dispone: nótese, por ejemplo, que difícilmente podrá comprobar extremos tales como el distinto grado de amortización o el diferente nivel de cumplimiento de ambas hipotecas, los cuales pueden afectar decisivamente a los derechos situados entre ellas²⁷⁷. Así pues, la permuta de rango exigirá siempre la anuencia de los titulares de derechos intermedios.

A la misma conclusión nos conduce el análisis de los supuestos de posposición y reserva de rango, si entre la hipoteca pospuesta y la constitución de la que se antepone a ella ingresan en el Registro derechos intermedios. Una vez la nueva hipoteca, beneficiaria de la posposición, se presenta a inscripción, ¿nace ya con el rango preferente asignado, con independencia de que en el lapso de tiempo intermedio hayan sido inscritos otros derechos? Por su parte, la hipoteca postergada ¿ha de situarse tras estos o tiene derecho a colocarse inmediatamente después de aquella en cuyo beneficio ha postergado su rango?

Por lo que se refiere a la posposición en sentido estricto, debe entenderse como lo que realmente es, o sea, un retroceso en la posición que ocupa un determinado derecho real hasta situarse detrás de otro inscrito o por inscribir. De esta guisa, el primero pierde el rango ganado con su asiento y concede al derecho antepuesto una sola ventaja: colocarse delante del pospuesto, no porque este último avance sino porque el primero retrocede²⁷⁸. En consecuencia, si los derechos intermedios quedan expresamente contemplados en la escritura de posposición (por constar ya inscritos en ese momento), también se beneficiarán de la pérdida de rango del derecho pospuesto, mientras que, si no consta la expresa voluntad del posponente de ceder frente a ellos o ni siquiera constaban inscritos en aquel tiempo, la posposición deberá entenderse limitada exclusivamente a la relación interna con el antepuesto²⁷⁹. Solo de esta forma quedan indemnes los derechos intermedios, que se verán sometidos a los efectos del principio

²⁷⁷ RODRÍGUEZ LÓPEZ, “El rango...”, cit., p. 974.

²⁷⁸ RODRÍGUEZ LÓPEZ, “El rango...”, cit., p. 975.

²⁷⁹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, “El rango...”, cit., pp. 976-977. Esto se traduce en que la ejecución de la hipoteca *pospuesta* conllevaría la purga de las cargas intermedias (por estar subordinadas a ella) pero no la de la hipoteca con la que ha alcanzado el pacto, que quedaría intacta; de la misma forma que la ejecución de los gravámenes intermedios dejarían a salvo la hipoteca *pospuesta* pero no la beneficiada (internamente) por la posposición y, por último, la ejecución de esta última conllevaría la purga de la *pospuesta* pero no así de los derechos intermedios. Lo mismo cabe concluir respecto a su avance de rango si la causa de que desaparezcan los gravámenes es distinta a la tramitación del procedimiento ejecutivo.

de prioridad: subordinación frente los derechos inscritos antes y preferencia ante los que ingresen después, tanto en lo que se refiere al procedimiento ejecutivo como a su potencial avance de rango.

En cuanto a la reserva de rango, doctrinalmente se concibe de dos formas distintas: una primera construcción admite que la inscripción del derecho que contenga la reserva produzca, además de su asiento, el reconocimiento de un rango inmediatamente anterior, que se guarda para ser ocupado por el derecho futuro cuando este se inscriba; la segunda, en cambio, niega que el derecho que contiene la reserva genere un rango prioritario al suyo y se limita a reconocer que el puesto que gana para sí será ocupado en su día por el futuro derecho cuyas líneas esenciales se definen, por lo que termina equiparándolo a una permuta de rango.

Por lo que atañe a este último modo de concebirla, ya se han apuntado las razones por las que el derecho beneficiado de la reserva (permuta, en realidad), no puede inscribirse sin recabar previamente el consentimiento de los titulares de las cargas intermedias. Si se admite, en cambio, el primero de ellos, se concedería preferencia a un derecho de inscripción más tardía sobre los registrados en el periodo intermedio, sin más apoyo que el que deriva de la publicidad que en el Registro se haya dado a la reserva. Sin embargo, esta publicidad, o sea, la determinación del derecho futuro que exige el artículo 241 RH, no debe entenderse realizada como una forma de dar a conocer frente a terceros la reserva de rango de un derecho todavía no constituido y que, por tanto, difícilmente puede oponérseles, sino con el único fin de evitar que el titular del derecho que se pospone tenga que reiterar su consentimiento en el momento en el que se inscriba la hipoteca futura²⁸⁰.

Resulta evidente, además, que ni la voluntad unilateral del titular de un derecho real que accede al Registro (el posponente) ni menos aún la del titular dominical de la finca tienen virtualidad suficiente para dejar sin efecto el principio que sienta la fecha de presentación de cada título como la determinante de la prioridad y la protección que, respecto a terceros, procura: la preferencia de su derecho frente a acreedores posteriores

²⁸⁰ RODRÍGUEZ LÓPEZ, “El rango...”, cit., p. 976.

y su expectativa de ver mejorado su rango²⁸¹. Esta es la perspectiva con la que ha de abordarse toda posible negociación del rango en nuestro Derecho y que conduce a estimar ilícito cualquier negocio que no respete ese doble límite básico, derivado de la preferencia y de la vocación por la mejora, establecido a favor de todo derecho que se inscriba²⁸².

4.2. La recarga en nuestro sistema de ordenación del rango

Una vez expuesto en qué consiste el principio de prioridad, cuáles son los principales efectos que derivan del mismo y sus implicaciones cuando las partes alcanzan acuerdos que alteren bien la eficacia de la obligación hipotecaria (art. 144 LH), bien la jerarquía en los derechos inscritos en el folio registral (permuta, posposición y reserva de rango), debemos ahora cuestionarnos hasta qué punto la admisión de la recarga alteraría la situación descrita: ¿acaso se produce mediante ella una torsión de nuestro sistema de ordenación del rango?

Los autores no han dudado en reputar a los terceros con derechos inscritos o anotados de rango inferior a una hipoteca recargable como los *grandes perjudicados* por esta institución²⁸³, si se concibe como una imposición legal que les conduce a asumir que el préstamo garantizado por la hipoteca anterior (que probablemente está siendo pagado regularmente y cuya cuantía pendiente es tal vez exigua) pueda ser incrementado en detrimento suyo mediante la generación de una nueva deuda entre el acreedor preferente en rango y el deudor común, que quede cubierta con ella. Así lo ha sostenido incluso la Dirección General que, a la par que se decanta por una interpretación de la

²⁸¹ RODRÍGUEZ LÓPEZ, “El rango...”, cit., pp. 968-969. Como pone de manifiesto este autor, “ni nuestro ordenamiento civil tolera que los acreedores puedan ver limitada su natural preferencia por virtud de hipotéticos negocios crediticios a constituir en el futuro por su deudor, ni nuestro sistema registral admite fórmulas mediante las cuales el propietario de una finca pueda lesionar los derechos de sus acreedores o los de los titulares de derechos reales limitativos sobre la finca, cuando unos y otros han sido diligentes en acudir al Registro, si el motivo de la lesión radica en el simple propósito de aquel propietario de celebrar un futuro contrato de garantía real o permitir, si ya estuviese constituido, que su titular pueda acudir a la inscripción, en el tiempo y forma que a su comodidad le plazca, con la seguridad de no perder un ápice de los privilegios tabulares que hubiese obtenido de instar a tiempo dicha inscripción”.

²⁸² RODRÍGUEZ LÓPEZ, “El rango...”, cit., p. 970.

²⁸³ BOTÍA VALVERDE, “Hipoteca recargable...”, cit., p. 11, quien concluye que, de aceptarse la recarga, se obligará a los empresarios no financieros a buscar mecanismos alternativos de garantía ante la certeza de que, en el caso de clientes con fincas hipotecadas, difícilmente van a poder hacer efectivo el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC sobre dichos inmuebles, reservados básicamente a Bancos y Cajas.

norma favorable a la recarga, reconoce que supone una excepción a la aplicación del principio de prioridad registral que afecta a los titulares de derechos inscritos o anotados. Repárese que con ello está llegando todavía más lejos de lo que lo hizo el legislador quien, en todo caso, situaba la excepcionalidad de la regulación que introducía mediante Ley 41/2007 en sede de accesoriedad y de determinación registral, pero sin hacer mención alguna a este aspecto. Aunque también es verdad que las manifestaciones que al respecto vertió en el Preámbulo de la Ley iban referidas en exclusiva a la hipoteca flotante, pues, como ya se sabe, la realidad es que omitió cualquier referencia a la recarga.

La clave de la reforma se sitúa, de esta guisa, en la posición de dichos terceros, la cual, si bien antes se encontraba indubitadamente blindada frente a los negocios posteriores entre el acreedor preferente y el deudor común en virtud del artículo 144 LH, tras ella desmejora hasta el punto de que puedan anteponérseles cantidades entregadas con posterioridad a la inscripción de su derecho no anunciadas por el Registro. Y esa falta de anuncio es justamente la que marca la diferencia entre la recarga y la hipoteca flotante. En efecto, lo determinante a efectos de prioridad es el acceso del derecho al folio registral y no la fecha en la que haya nacido el crédito que se pretende asegurar, lo que tanto quiere decir como que el carácter futuro de la obligación garantizada ningún problema representa en esta materia, bien se asegure a través de una hipoteca flotante (art. 153 LH), bien a través de una de máximo en garantía de obligación futura (art. 142 LH). En ambos casos la hipoteca *“toma puesto preferente en la serie hipotecaria”* desde su inscripción y *“goza de los privilegios de la publicidad en todo aquello que no se refiera directamente a la existencia y cuantía de la deuda asegurada”*²⁸⁴.

Sin embargo, en la recarga el rango asignado a una hipoteca constituida en garantía de un crédito determinado pretende destinarse al cobijo de una nueva entrega de capital que no se contempló en el instante en el que el derecho real accedió al folio registral (pues depende, en realidad, del margen de amortización de la deuda inicial de cuya cobertura hipotecaria pretende apoderarse). Y ello, es decir, la concreción de la obligación garantizada hipotecariamente, no solo es relevante a efectos de cumplir con el principio de especialidad, sino que es cuestión que repercute decisivamente en el de prioridad, porque solo respetando la extensión del crédito garantizado pueden

²⁸⁴ RDGRN de 31 de enero de 1925 (LA LEY 1/1925).

desenvolverse los efectos que de él derivan. Concretamente, el *efecto resolutorio*, que determina que cuando alguno de los acreedores inste la vía ejecutiva, el importe obtenido con la realización forzosa de la finca se destine al pago *ordenado* de los créditos que graviten sobre ella en los términos en que vengán registralmente reflejados²⁸⁵. Y, de la misma forma, el *efecto de avance de rango*, que se opone a que la expectativa de mejora de rango de los titulares de derechos posteriores pueda verse afectada por la aparición de una nueva deuda que pase a situarse delante²⁸⁶. Dicho más claramente: la ampliación de la deuda sobre la que recae el gravamen impide a los acreedores posteriores, por un lado, avanzar en rango y, por otro, dificulta que puedan cobrarse con cargo al sobrante que resulte de la tramitación de la ejecución hipotecaria.

Admitir la recarga es, así, tanto como consentir que la hipoteca constituida en primer lugar reserve el rango a favor de las ampliaciones de capital que, respecto del préstamo garantizado, puedan convenir las partes²⁸⁷. Ahora bien, tal planteamiento incurre en los mismos defectos que, respecto a la reserva de rango *al uso*, formula la doctrina cuando surgen derechos en el periodo intermedio, desde la constancia registral de la reserva hasta la inscripción del derecho beneficiado por ella: no puede admitirse que, por *arbitrio* de un acreedor o del propietario de la finca (o incluso por pacto entre ambos), quede reservado un determinado puesto en el Registro para su eventual ocupación por un derecho cuyo título ha tenido acceso después del de otros que, por razón del

²⁸⁵ Repárese en la salvedad que antes anunciábamos en cuanto a la forma en la que debe distribuirse el sobrante, que no se rige enteramente por el criterio de la prioridad sino por el que determine la normativa sobre preferencia y prelación de créditos: DOMÍNGUEZ LUELMO, “Comentario a los artículos 17 y 115 de la Ley Hipotecaria”, cit., pp. 371 y 1266.

²⁸⁶ La reforma parte de considerar el rango como una atribución que se confiere a la cifra de responsabilidad [CANALS BRAGE, “El incierto...”, cit., p. 12], olvidándose con ello de que donde debe ponerse el acento es en la obligación.

²⁸⁷ Por ello, la recarga es calificada de reserva de rango tanto por sus partidarios [AZOFRA VEGAS, *La hipoteca...*, cit., pp. 122 y ss.; DIÉGUEZ OLIVA, R., *El principio de accesoriedad y la patrimonialización del rango*, Fundación Registral, Madrid, 2009, pp. 196 y ss.] como por sus detractores [TENA ARREGUI, “Hacia un nuevo...”, cit., p. 38; ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, “La novación...”, cit., p. 298]. Por su parte, SIEIRA GIL, “La ampliación...”, cit., p. 203 y ss., sostiene que no estaríamos ante una reserva de rango si se limita la posible recarga durante el plazo del préstamo hipotecario, de la misma forma que hace GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “Un estudio...”, cit., p. 1129. A nuestro juicio, ninguna relación guarda la limitación en el tiempo de la recarga con su consideración como reserva de rango; se tratará, en todo caso, de un límite a sus posibilidades de explotación, pero ello no impedirá que, durante el plazo previsto, pueda usarse el puesto *ganado* para burlar los derechos que a los titulares inscritos después reconoce el principio de prioridad. Además, esta limitación temporal no elude el riesgo de que, antepuesto a aquellos un crédito que en principio debiera colocarse detrás, precipite la ejecución hipotecaria y purgue la garantía de su derecho.

principio de prioridad, debieran anteponerse a él, máxime en un sistema como el nuestro en el que el rango solo puede concebirse como cualidad de un derecho ya constituido, lo que nos lleva a rechazar la posible pervivencia de un compartimento vacío al modo en que sucede en el sistema de puestos fijos. Recuértese, por lo demás, que el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca determina que el derecho real solo nazca cuando el título haya accedido al Registro (aun cuando las partes hayan formalizado el respectivo contrato). De esta forma, si a la vista de un hipotético negocio crediticio futuro se quiere *asegurar* un determinado puesto en la jerarquía registral, acreedor y deudor habrán de constituir la hipoteca con las formalidades que exige la ley, aunque lo sea en previsión de una concesión de crédito ulterior (esto es, en garantía de una obligación futura).

Que la hipoteca recargable encierra una importante novedad en este sentido es algo que la doctrina francesa no duda en poner de manifiesto: gracias a la recarga, un acreedor (recuértese que en el sistema francés la hipoteca recargable no solo sirve al acreedor inicial sino también a cualesquiera otros, con lo que pretende evitarse que los deudores se encuentren «encadenados» a un solo banco) puede beneficiarse de un rango hipotecario que no guarda ninguna relación con la fecha de nacimiento de su crédito y que puede remontarse incluso varias decenas de años atrás, en la medida en que viene exclusivamente determinado por la inscripción de origen²⁸⁸. Esto lleva a los autores a advertir del riesgo que la situación encierra para el titular de una hipoteca ordinaria inscrita posteriormente a aquella que contiene el pacto de recarga. Su apuesta es clara: cuando una hipoteca recargable ha sido constituida, todo acreedor nuevo que vaya a conceder crédito con cargo al inmueble gravado no debería contentarse con una hipoteca ordinaria –la cual será pospuesta por las recargas ya efectuadas y, lo que es peor, por las que se practiquen en el futuro–, sino que debería exigir un pacto de recarga sobre la hipoteca ya constituida, pues será la única manera en la que podrá quedar al

²⁸⁸ DAGOT, *L'hypothèque...*, cit., pp. 2-3; LE MAGUERESSE, Y., “De l'hypothèque rechargeable en matière de vente en l'état futur d'achèvement: Haro sur le privilège du vendeur”, *La Semaine Juridique Notariale et immobilière*, 15, 2008, pp. 1-14.

Téngase en cuenta que la recarga se anota al margen de la inscripción de la hipoteca y determina, de esta forma, la prelación entre los distintos acreedores que accedan a ella, que no se encuentran en total «igualdad de rango».

abrigo de la posibilidad de que el propietario del inmueble consienta nuevas garantías hipotecarias que se le antepongan²⁸⁹.

Y ello a pesar de que en el sistema francés el pacto de recarga consta inscrito en el Registro. Pero ¿cómo oponer aquí a los terceros una recarga de la que ni siquiera advierte la inscripción? A decir verdad, la reserva de rango que encierra la recarga trata de encubrirse con el argumento de que la hipoteca (cuyo rango se reutiliza) es en realidad una e invariable y responde de cualesquiera cantidades que el acreedor haya prestado al deudor hasta el límite de las prefijadas en la inscripción. Sin embargo, con ello se está pasando por alto lo que la hipoteca constituye en esencia: un derecho real de garantía de una obligación determinada (o determinable) y no una afección de la finca hipotecada hasta una determinada cantidad (la cifra de responsabilidad hipotecaria), asignable a cualesquiera obligaciones o ampliaciones de la misma.

Por ello y porque la ley no señala que el importe ya amortizado pueda compensarse con una entrega de capital adicional que quede al amparo de la misma cobertura, los acreedores intermedios podrán oponerse fundadamente, arguyendo que la ampliación del crédito no otorga a la nueva cantidad entregada ninguna preferencia, pues recuérdese que el artículo 4.3 Ley 2/1994 únicamente alude al rango de la hipoteca *inscrita* pero no al que deba corresponder al importe de la ampliación. Antes bien, se trata de un crédito (o una parte de él) que accede al Registro con posterioridad al derecho, concretamente, en el instante en el que se practique la nota marginal a que se refiere el precepto indicado, que será, por ende, la que habrá de tomarse en consideración a efectos de preferencia de rango, pues no cabe atribuirle efectos retroactivos en perjuicio de terceros: ¿qué otra razón podría haber llevado al legislador a imponer la necesidad de que la novación modificativa del préstamo hipotecario sea publicitada si no es precisamente la de dotar a la recarga de oponibilidad frente a estos?²⁹⁰. En definitiva, estos acreedores hipotecarios intermedios no deberían en ningún caso (ni en términos de purga en la ejecución ni de su potencial avance de rango), verse postergados por el crédito hipotecario en la cuantía de la ampliación, pues el criterio decisivo a efectos de prioridad viene determinado por la fecha de la

²⁸⁹ DAGOT, *L'hypothèque...*, cit., p. 119.

²⁹⁰ Considera VALLE MUÑOZ, "La hipoteca...", cit., p. 272, que debe otorgarse carácter constitutivo a la nota marginal, pues solo en la medida en que se haga constar la recarga podrá ejecutarse la garantía por esas cantidades.

inscripción, no solo de la hipoteca primitiva, sino, en la misma medida, de su ampliación (art. 24 LH)²⁹¹.

No cabe, entonces, dotar de eficacia real a la extensión de la obligación garantizada sin sujeción a las normas que rigen el sistema registral, entre ellas, la de prioridad. Con lo que debe aplicarse a la ampliación de la deuda garantizada hipotecariamente la misma solución que para los supuestos de ampliación de hipoteca prevén los artículos 91, 115, 163 y concordantes de la Ley Hipotecaria, esto es, como tal ampliación de un derecho inscrito ha de ser objeto de una nueva inscripción (art. 81 LH) y su eficacia solo podrá ser opuesta frente a terceros desde su acceso al Registro (art. 144 LH)²⁹². De esta guisa, la ampliación de hipoteca por aumento de capital es inscribible siempre que se entienda que su prioridad registral solamente tiene lugar a partir del asiento que deje constancia de la misma, sin confundir por tanto las fechas de sendas inscripciones²⁹³. Por consiguiente, el rango de la segunda hipoteca y el de la recarga solo quedarán fijados mediante su respectiva inscripción y la preferencia entre ambas se regirá por el principio de prioridad²⁹⁴.

²⁹¹ PARRA LUCÁN, “Los principios...”, cit., p. 46. Por su parte, DÍAZ FRAILE, “La nueva...”, cit., p. 1781, apunta como uno de los inconvenientes de la recarga el aumento de la litigiosidad hipotecaria por el ejercicio de tercerías de mejor derecho por parte de los acreedores inscritos antes de que la ampliación de capital conste en el Registro, a fin de reclamar que su crédito sea satisfecho con preferencia al del acreedor hipotecario ejecutante respecto del tramo de la ampliación. Atisba, además, como posible solución al litigio una favorable al tercerista, con invocación del artículo 1927.2º CC, en cuya virtud los créditos hipotecarios, caso de concurrir dos o más respecto de la misma finca, “gozarán de referencia entre sí por el orden de antigüedad de sus respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad”, pues a tales efectos nada soluciona la invocación de que la novación modificativa se haga constar en el Registro mediante nota marginal: dado su valor sustantivo, estas notas deben considerarse sustitutivas de un asiento principal de inscripción.

²⁹² ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., “Comentario al artículo 144 de la Ley Hipotecaria”, en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, dir. por A. Domínguez Luelmo, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 3ª ed., 2019, p. 1467. En sentido contrario se pronuncia VALLE MUÑOZ, “La hipoteca...”, cit., p. 272, quien sostiene que debe entenderse modificado el artículo 144 LH en el sentido de que pueden anteponérseles a los terceros inscritos cantidades entregadas por el acreedor preferente en rango con posterioridad a la inscripción de su derecho. Pero ¿puede en verdad una norma absolutamente vaga e imprecisa alterar por entero nuestro sistema de protección de terceros? ¿Acaso no exigiría la magnitud de semejante alteración una disposición expresa por parte de nuestro legislador?

²⁹³ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. X, p. 62 y ss. y GARCÍA GARCÍA, *Código de legislación...*, t. I, cit., p. 338. En el mismo sentido se pronuncia DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., pp. 217 y ss., para quien la ampliación de capital funciona siempre como una nueva hipoteca con su propio rango, salvo que el gravamen se haya constituido fijando un máximo de responsabilidad hipotecaria superior a la cantidad prestada que permita dar cabida al importe de incrementado.

²⁹⁴ CANALS BRAGE, *La recarga...*, cit., pp. 113 y ss., sostiene por ello que la recarga no puede imponerse a los acreedores posteriores voluntarios, pues no goza de oponibilidad legal. Ahora bien, a su juicio el acreedor forzoso sí se halla postergado a la ampliación de capital que no exceda del préstamo inicial ni del

Esto mismo ocurre en los demás supuestos legales en los que se contempla la posibilidad de ampliar una hipoteca previamente constituida, entre ellos, el previsto en el artículo 91 LH, a cuyo tenor puede ampliarse la hipoteca en garantía del legado de renta o pensión a favor del pensionista sobre otros bienes de la herencia (si los hipotecados no fueran suficientes para asegurar la manda), pero *“la inscripción de la hipoteca, en este caso, no surtirá efecto sino desde su fecha”*. En el mismo sentido apunta el artículo 115 LH cuando contempla la opción de ampliar la hipoteca sobre los mismos bienes gravados para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que excedan del límite previsto en el artículo 114 LH, pues *“esta ampliación [dice] no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella”*. Por último, a idéntica conclusión ha de llegarse, a juicio de la Dirección General, en el caso de la ampliación de hipoteca legal exigida al amparo del artículo 163 LH o de la ordenada por el Juez en el supuesto de ejercicio de la acción de devastación conforme al artículo 219.2º RH, máxime si la ampliación se produce mediante la constitución de hipoteca sobre otros bienes distintos de los hasta entonces hipotecados²⁹⁵. En todos estos casos la ampliación de la hipoteca se asimila, en realidad, a la constitución de una nueva²⁹⁶. De lo anterior se deduce que deben protegerse los derechos inscritos con anterioridad a la inscripción de la ampliación, que el legislador se cuida de dejar a salvo en todas aquellas hipótesis porque lo contrario supondría una quiebra evidente del principio de prioridad.

Por lo tanto, lo realmente trascendente es que la garantía responda en los mismos términos en los que fue constituida, lo que incluye por supuesto la extensión y medida de la concreta obligación que originó el gravamen. De tal forma que, si se produce una ampliación de la deuda originariamente asegurada, su garantía ha de quedar necesariamente subordinada en el folio registral al derecho de quienes hayan inscrito

plazo de este porque en realidad *“la conservación del rango solo tiene sentido desde la perspectiva de que la refinanciación del deudor vaya precisamente dirigida al pago de las cargas intermedias y a la recuperación por el deudor de su solvencia, para lo que la Ley concede al acreedor la tranquilidad de que entretanto su hipoteca no perderá el rango ganado”* (pp. 223, 272). Ahora, *¿quid* si la nueva concesión de crédito no se destina al pago de dichas deudas?

²⁹⁵ RRDGRN de 17 de enero de 2002 (RJ 2002, 4588) y de 8 de junio de 2002 (RJ 2002, 8989). Idéntica solución ofrece el Centro Directivo cuando la ampliación de la hipoteca se destina a asegurar parte de un préstamo que había sido originariamente garantizado solo de forma parcial, extendiendo la cobertura hipotecaria a otra parte del mismo o al resto no garantizado: RRDGRN de 2 de enero de 1996 (RJ 1996, 584) y 17 de enero de 2002 (RJ 2002, 4588).

²⁹⁶ RDGRN de 13 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1863). *Vid.*, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., pp. 908 y ss., y DOMÍNGUEZ LUELMO, “Comentario al artículo 115 de la Ley Hipotecaria”, cit., pp. 1261-1271.

con anterioridad, pues solo de esta forma se les procura el privilegio y la vocación que les reconoce el sistema por la prioridad en el tiempo con la que han presentado su título: ser preferidos a los titulares de terceras o ulteriores cargas que accedan al Registro con posterioridad y ocupar la posición de la primera hipoteca cuando esta, por cualquier causa distinta de su ejecución, desaparezca del historial de la finca.

A esta conclusión había llegado el Centro Directivo antes del giro interpretativo que introdujo en el año 2015 [y cuya doctrina mantiene vigente en la actualidad: *vid.* RDGRN 11729/2017, de 19 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4378)], de tal forma que, aunque admitía que podía ampliarse una hipoteca para pasar a dar cobertura real al incremento que en su cuantía hubiese experimentado el préstamo hasta entonces garantizado, la ampliación había de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva, con su propio objeto, rango (determinado por ley conforme dispone el artículo 24 LH) y demás principios configuradores de regulación hipotecaria extraídos a la voluntad de las partes²⁹⁷. Y ello, claro está, cuando en el instante de la ampliación constasen inscritos derechos intermedios, pues, aunque el artículo 144 LH contempla en términos flexibles la posibilidad de hacer constar en el Registro todo hecho o convenio entre las partes que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria anterior, entre los cuales se encuentra la novación del contrato primitivo, exige al tiempo la susodicha constancia registral como requisito de eficacia frente a terceros. De donde la Dirección concluye que el citado precepto establece dos momentos temporales (el anterior al acceso registral de esa modificación y el posterior), de forma que al tercero tan solo le afectará la modificación si ha accedido al folio registral antes que su derecho²⁹⁸.

²⁹⁷ RDGRN 3/2009, de 13 de marzo (RJ 2009, 1863).

²⁹⁸ CANALS BRAGE, F., “La ampliación del derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado: algunas observaciones a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)”, *RCDI*, 678, 2003, pp. 2255-2296, reputa inadecuada la invocación de este precepto por su eminente carácter programático y, fundamentalmente, porque calificar el supuesto de novación de contrato reconduce directamente la cuestión hacia el artículo 240 RH, a cuyo tenor “*cuando el hecho o convenio entre las partes produzca novación total o parcial del contrato inscrito, se extenderá una nueva inscripción y se cancelará la precedente*”; lo que indica que ha habido extinción y nacimiento, de suerte que esta norma constituye el principal argumento a favor de quienes se oponen a la posibilidad de que se amplíe la hipoteca. Entiende, por lo demás, con cita de GALINDO Y ESCOSURA, que la alusión al artículo 144 LH es absolutamente prescindible, pues se hace simplemente para expresar que la constancia registral de la ampliación de hipoteca es requisito de su oponibilidad respecto de terceros, lo que ya resulta “de la doctrina general que informa los artículos 10 al 17, 23, 26 37 y, en fin, por toda la Ley Hipotecaria, que se

Por consiguiente, de existir cargas intermedias, la ampliación tendrá una eficacia limitada a partir de su inscripción y en cuanto a una nueva suma garantizada, de modo que la ejecución de la carga intermedia determinará la cancelación de la llamada ampliación cual hipoteca de rango posterior que es pero no la de la hipoteca inicial. Y caso de ejecutarse la hipoteca ampliada, su titular tan sólo tendrá preferencia para el cobro con cargo al precio de realización por las cantidades inicialmente garantizadas, ya que en cuanto al exceso serán preferentes los titulares de aquellas cargas intermedias y tan sólo en la medida en que aún quede sobrante, la parte del crédito ampliado y posteriormente garantizado. Sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango²⁹⁹.

A propósito de la solución descrita, que se corresponde con la postulada hasta el año 2015 por la Dirección, ha de ponerse de relieve la especial dificultad conceptual que entraña. Y es que, si admitimos que, aun cuando la ampliación se garantice a través de una nueva hipoteca, el montante total conforma en puridad una *única* obligación, la resultante de la ampliación, a la que se aplica un único y uniforme régimen jurídico contractual, ¿de qué forma se imputarán los pagos realizados por el deudor en cumplimiento de la única deuda resultante? ¿Sería admisible que el acreedor imputase las cantidades abonadas al cumplimiento del crédito garantizado con hipoteca de peor rango, dejando subsistir con ello únicamente la de rango preferente para, llegado el caso, cobrarse con la prioridad que le otorga tan privilegiada posición en el Registro? ¿O se burlarían con ello de alguna forma los derechos de los titulares intermedios? La Dirección General opta por hacer una remisión genérica a las normas del Código Civil relativas a la imputación de pagos (arts. 1172, 1173 y 1174) para resolver la delicada cuestión de a qué parte del crédito, al inicial o al ampliado, ha de imputarse la entrega con efectos frente a terceros³⁰⁰ y a su estudio en un capítulo posterior nos remitimos nosotros también³⁰¹.

Sea como fuere, la interrogante de si nos hallamos, o no, frente a una sola obligación no puede despejarse atendiendo a la normativa hipotecaria, sino que es cuestión que cae de

basa en el principio fundamental de que los actos y contratos que afectan al estado de la propiedad inmueble no perjudican a tercero más que desde el día de su inscripción”.

²⁹⁹ RDGRN 3/2009, de 13 de marzo (RJ 2009, 1863), entre otras.

³⁰⁰ RDGRN de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5826).

³⁰¹ Vid. epígrafe IV, apartado 2.2.

llo en el régimen de las obligaciones. En él nos sumergiremos a continuación, abordando a tal fin el análisis de la institución clave que descansa tras la construcción de la recarga: la novación.

V. Recapitulación

El análisis sobre la admisibilidad de la hipoteca recargable difícilmente puede llevarse a efecto si no es tras una exhaustiva delimitación de la figura, propósito al que ha tratado de servir el presente capítulo. No resulta tarea sencilla si se tiene en cuenta lo limitado de su marco regulador, que nace de la mano de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y se ciñe a un único artículo (el 13.2) y a lo que al respecto del régimen transitorio preveía el apartado tercero de la disposición transitoria única de dicha Ley.

A este laconismo normativo se suma una acusada falta de claridad, que ha dado lugar a las más variadas interpretaciones tanto en el ámbito doctrinal como en el seno de la Dirección General. De ellas se sigue no solo la adopción de posiciones favorables o contrarias a la recarga, sino una total disparidad de criterios en torno a sus mismos elementos constitutivos (subjeto, objetivo y temporal) y a su naturaleza jurídica.

Ello no ha impedido, sin embargo, analizar el mecanismo en el que consiste la recarga a la luz de los principios que con mayor reiteración se han invocado frente a ella: el carácter accesorio de la hipoteca, el principio de especialidad o determinación, la indivisibilidad y la prioridad registral. Su estudio ha puesto en evidencia la “excepción” que, de los mismos, supone la recarga: la hipoteca ya no se extingue como consecuencia de la desaparición de la obligación garantizada sino que subsiste para garantía de una nueva deuda (accesoriedad), que no ha sido reflejada siquiera en *líneas generales* en folio registral (especialidad), ya que aprovecha la apariencia de integridad de la hipoteca (indivisibilidad) y el rango adquirido por la «cifra de responsabilidad», anteponiéndose, en fin, a quienes en el periodo intermedio hubiesen contraído derechos sobre la finca no obstante haberlos inscrito con anterioridad en el tiempo (prioridad).

CAPÍTULO TERCERO

LA NOVACIÓN Y LA MODIFICACIÓN DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA

I. Planteamiento

La hipoteca recargable descansa sobre la premisa de que toda «ampliación de capital» que se conviene en el marco de un préstamo hipotecario supone una «novación modificativa» de dicho contrato. Catalogación esta que resulta de vital importancia, pues tiende a traducirse instintivamente en la subsistencia de la obligación originaria, ahora cuantitativamente modificada al alza, así como en la pervivencia de sus derechos accesorios (entre ellos, claro está, el de hipoteca), a pesar de la modificación del vínculo que bajo ella subyace.

El recurso a esta figura era ya habitual antes de la reforma introducida por Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Sin embargo, la Dirección General le había restado toda virtualidad en la esfera del derecho real de hipoteca que garantizaba el préstamo (ahora sujeto a ampliación), pues si bien admitía que el acuerdo fuese calificado de aquella forma *inter partes* y pudiese concebirse como una obligación única a efectos obligacionales, el pacto modificativo resultaba inoponible a terceros registrales, a quienes se dejaba indemne de cualquier cambio que pudiera perjudicar sus intereses.

Ampliamente aceptada en la doctrina, la «novación modificativa» no contó sin embargo con refrendo legal hasta la aprobación de la Ley 41/2007, norma en la que por primera vez se hace referencia a ella, reforzándola. Dice en su Preámbulo: “la novación de los préstamos hipotecarios en beneficio del deudor se ve dificultada por la interpretación restrictiva que del concepto de novación modificativa hacía la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación de préstamos hipotecarios. Lo que ahora se adopta es una interpretación más amplia de cuándo existe novación modificativa, de manera que se considera que existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva en los siguientes supuestos: ampliación o reducción de capital, la prestación o modificación de las garantías personales, alteración de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; alteración del plazo, del

método o sistema de amortización y de cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo”.

Allanado de esta forma el camino, la construcción de la hipoteca recargable resulta relativamente sencilla: comoquiera que por efecto de la «novación modificativa» la deuda inicial pervive, ahora ampliada, la garantía debe de igual forma subsistir y, pudiendo cubrir con ella la cantidad en la que ha sido incrementada la deuda por haber sido ya parcialmente amortizada, ¿qué razón habría para no admitirla?

Se percibe aquí que el origen de la confusión tal vez pueda hallarse precisamente en dicha calificación, y es por ello por lo que hemos de regresar sobre la premisa que sirve de sustento al entero planteamiento, centrándonos a tal efecto, con abstracción por el momento del plano del derecho real que luego retomaremos, en el estrictamente obligacional. Solo una profunda comprensión de la novación nos permitirá discriminar aquello que entra dentro de su ámbito de actuación y responder a los siguientes interrogantes: ¿en qué consiste la novación *modificativa*?, ¿cuál es el límite entre esta y la novación *extintiva*?, ¿el *animus* de las partes es realmente determinante de la calificación que haya de recibir la novación?, ¿cuál es, en última instancia, el sentido de de la figura?

II. La regulación de la novación en el Código Civil

1. Introducción

Entre los distintos modos de extinción de las obligaciones se encuentra a tenor del artículo 1156 CC la novación, a cuya regulación dedica nuestro Código los artículos 1203 a 1213, que conforman la Sección 6ª del Capítulo IV que trata “*De la extinción de las obligaciones*” (Título I del Libro IV). Además, fuera de estos preceptos, a ella alude el artículo 1143 CC en materia de solidaridad, cuando señala que “[l]a novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación...”. El marco que ofrecen estos preceptos y su misma ubicación sistemática sugieren, por tanto, a primera vista que deba pensarse en esta institución como un medio extintivo de las obligaciones, en sintonía con su tradición histórica.

Sin embargo, la naturaleza jurídica de la novación ha sido desde la aprobación de nuestro Código Civil objeto de ardua discusión, hasta el punto de que no pueda entenderse hoy si no es por relación o contraste con la modificación de las obligaciones, a la que se ha convertido en subespecie suya. Tan es así que, según la exégesis que actualmente predomina en la doctrina, respaldada a su vez por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, junto a la novación *romana*, *extintiva* o *propia*, que conlleva la extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva que toma para sí determinados elementos de aquella, coexiste una *impropia* o *modificativa* que entraña la subsistencia de la obligación primitiva con el nuevo contenido que resulte de la alteración de alguno de sus elementos³⁰². Huelga decir que nada en común comparten

³⁰² A salvo contadas excepciones [SANCHO REBULLIDA, F., *La novación de las obligaciones*, Nauta, Barcelona, 1964, *passim*; LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil*, t. II, v. I, Dykinson, Madrid, 5.ª ed. (revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández), 2011, pp. 310 y ss.; CRISTÓBAL MONTES, A., “La llamada novación modificativa en el Derecho Civil Español”, *RCDI*, 498, 1973, pp. 1167-1220; FUENTESECA DEGENEFFE, M., *El problema de la relación entre “novatio” y “delegatio” desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Dykinson, Madrid, 2000; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria”, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 303-320], los autores se decantan por admitir que la novación, tal y como aparece regulada en el Código civil, no necesariamente ha de producir un efecto extintivo sino que puede serlo modificativo: CLEMENTE DE DIEGO, F., *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera: la transmisibilidad de las obligaciones*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1912; CLEMENTE DE DIEGO, F. y NAVARRO DE PALENCIA, J. M.ª, “Efectos novatorios de un contrato”, *RDP*, t. I, 1914, pp. 471-489; AZURZA, P. J., “Notas sobre novación”, *RDP*, t. XXXIV, 1950, pp. 590-615; HERNÁNDEZ GIL, A., “El ámbito de la novación objetiva modificativa”, *RDP*, t. XLV, 1961, pp. 797-807; LOZANO BERRUEZO, C., *De la extinción de las obligaciones: la novación. Texto. Jurisprudencia. Comentarios*, Colección Nereo, Barcelona, 1963; PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., en estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española de ENNECCERUS, L. (undécima revisión por LEHMANN, H.), *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II, v. I (al cuidado de PUIG BRUTAU, J.), Bosch, Barcelona, 2.ª ed., 1966; REYES MONTERREAL, J. M.ª, “Esencia de la novación”, *RJC*, 5, 1960, pp. 601-609; MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª, *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, v. I (revisada por M. MORENO MOCHOLÍ), Reus, Madrid, 6.ª ed., 1967, pp. 855 y ss.; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, t. III, Pirámide, Madrid, 3.ª ed., 1976; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, v. III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria”, *ADC*, 40/3, 1987, pp. 895-928, aunque prefiere prescindir del término novación y referirse al de “alteración objetiva convencional”, toma como referencia lo previsto en los arts. 1203 a 1213 para delimitar cuándo una alteración conlleva extinción y cuándo modificación; PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil*, v. II, Bosch, Barcelona, 2.ª ed., 1994; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. II, 6.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 958 y ss.; BARRIO ANDRÉS, M., “La necesaria puesta al día del régimen de la modificación de la obligación en el Código civil español”, *Estudios de Deusto*, 59/2, 2011, pp. 239-257; VALERO FERNÁNDEZ-REYES, “La novación...”, cit., pp. 391-418; SACRISTÁN REPRESA, G., “Novación”, en *Acciones civiles*, t. II, dir. por E. Llamas Pombo, La Ley, Madrid, 2013, pp. 1-56; ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Modificación y novación del contrato”, en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva*

ambas, más allá del dato objetivo de que solo por medio de la alteración de una relación obligatoria ya existente puede llegar a alcanzarse alguno de los dos efectos jurídicos apuntados: el extintivo-constitutivo o el meramente modificativo. Ahora bien, mientras la novación “propia” presupone la extinción de la obligación primitiva y el correlativo nacimiento de una nueva que viene a sustituirla, la “impropia” implica la pervivencia de la primera con la variación que, en cada caso, haya sido introducida; cuestión en absoluto baladí si se tienen en cuenta sus consecuencias tanto desde el punto de vista de la indisociable extinción o subsistencia de los derechos accesorios (entre ellos, claro está, los de garantía³⁰³) como de la exigibilidad de la obligación resultante, o desde la perspectiva de la prescripción de la acción de que esté revestida o, incluso, de la distinta

europaea y transnacional, t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 3.ª ed. (ed. por S. Sánchez Lorenzo), 2016, pp. 535-566; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Comentario a los artículos 1203 a 1213”, en *Código civil comentado*, v. III, dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª ed., 2016, pp. 495-529.

También admiten la coexistencia de ambas categorías CERVERA, A., “En torno al futuro de la novación”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, t. I, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 451-474; MUÑIZ ESPADA, E., *Revisión crítica de la figura de la novación*, Fundación Registral, Madrid, 2011; y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, J. H., “Notas sobre la denominada novación de las obligaciones”, en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, coord. por M. Cuenca Casas, L. A. Anguita Villanueva y J. Ortega Doménech, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 427-434, si bien sostienen que es la voluntad de las partes la que determina cuándo nos hallamos ante uno u otro supuesto, lo que les lleva a abogar por la supresión de la institución de la novación por entenderla inútil y prescindible. En esta dirección se halla la proyectada reforma de Código civil que propone la APDC [ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de...*, cit., p. 654], en la que se dedica a la novación un único artículo (517-1) que bien terminaría por hacer de ella una «especie en extinción».

Otros autores, por su parte, se limitan a reconocer que ha terminado por imponerse la impropia o modificativa como categoría de la novación [CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Reus, Madrid, 17.ª ed. (revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, G.), 2008, pp. 501 y ss.; y VATTIER FUENZALIDA, C., “Contribución al estudio de las obligaciones accesorias”, *RDP*, 64, 1980, pp. 28-49] o directamente dan por sentada la distinción [GUTIÉRREZ SANTIAGO, *La novación...*, cit., p. 56, aunque no considera del todo exacta la terminología utilizada].

³⁰³ Ni que decir tiene que la extinción que provoca la novación en los derechos de garantía que fortalecían la obligación primitiva es uno de los mayores *inconvenientes* que presenta desde la perspectiva del acreedor [COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil* (con notas sobre el Derecho civil español por DE BUEN, D.), t. III, Reus, Madrid, 2.ª ed., 1943, p. 228] y, por ello, la principal razón que conduce a las partes al intento de esquivarla. Si, además, la decisión sobre si concurre o no novación se hace recaer en la exclusiva voluntad de las partes, poniendo a su disposición una alternativa, de consecuencias menos drásticas, como es la modificación de la obligación con la subsistencia de las garantías a ella vinculadas, indudablemente se aboca a la novación a la más absoluta inutilidad práctica. Nótese cuáles eran los términos que utilizaban ya COLIN y CAPITANT, *Curso...*, cit., p. 224, cuando comparaban la novación del Derecho romano con la novación moderna: “hoy la novación es una pura cuestión de intención; solo existe cuando las partes han querido que se realizase. El *animus novandi* es el elemento esencial, primordial de la operación”.

capacidad que se requiere para uno u otro acto, según sea de disposición o de administración³⁰⁴.

Tras esta intelección, hoy tan extendida, que comprende en la novación la típicamente extintiva y una meramente modificativa, descansan dos razones de índole diversa: una de ellas de orden práctico, presidida por la autonomía de la voluntad y ligada a la flexibilidad con que aspira a dotarse a los derechos de crédito en la vida económica moderna; y otra de orden legal, que se alimenta de la imprecisión técnica del legislador para extraer de entre la confusión una interpretación acorde al fin primeramente apuntado³⁰⁵.

Antes de delimitar en qué consiste, según el sentir mayoritario, cada una de las modalidades de novación antedichas y analizar las razones que sustentan (o no) su coexistencia en nuestro Derecho, es menester abordar, siquiera de forma sumaria, la evolución de esta institución desde su origen y durante las sucesivas etapas por las que ha transcurrido su desarrollo hasta nuestros días, pues solo partiendo de tales premisas podremos dotar de pleno sentido a la regulación vigente.

2. De la novación extintivo-constitutiva a la meramente modificativa: evolución de la institución en perspectiva histórica

Es común el entendimiento de que la *novatio obligationis* encuentra en el Derecho romano clásico su punto de partida, pues, aunque en rigor, su origen en este Derecho aparece todavía como una cuestión abierta, resulta indubitado que al menos a partir de la etapa clásica tardía se concibe ya como la sustitución de una obligación por otra, a través del complejo e inescindible efecto “extinción-creación” que ha trascendido hasta nuestros días³⁰⁶. Ahí radica la esencia de la novación, de acuerdo a la conocidísima definición de ULPIANO (*Comentarios a Sabino, libro XLVI*) que se conserva de las fuentes clásicas y que

³⁰⁴ AZURZA, “Notas...”, cit., p. 602.

³⁰⁵ Así lo reconoce HERNÁNDEZ-GIL, “El ámbito...”, cit., p. 51, cuando escribe que posiblemente la manera de expresarse el Código civil no hubiera sido suficiente por sí sola para dar entrada a la novación meramente modificativa, a lo que ha coadyuvado la búsqueda de instrumentos jurídicos acordes a las actuales necesidades del mercado. En la misma dirección apunta CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., pp. 504-505, quien a pesar de reconocer los inconvenientes sistemáticos que presenta este actual sentido de la novación en nuestro Derecho, lo estima práctico y ventajoso porque permite adaptar con sencillez las soluciones jurídicas a la voluntad de las partes y a las necesidades del tráfico.

³⁰⁶ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 26-27.

recoge el Digesto (46, 2, 1, pr.) como encabezamiento al título que lleva por rúbrica “*De novationibus et delegationibus*” (“*De las novaciones y de las delegaciones*”): “*Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur ut prior perimatur; novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione*”³⁰⁷.

La novación tuvo en esta primera etapa un papel decisivo en tanto que principal vía a través de la cual podía encauzarse la transmisión de la *obligatio* romana que, entendida como un vínculo estrictamente personal entre un determinado acreedor y un concreto deudor, no ofrecía margen para realizar ningún cambio en los sujetos de la relación, ni del lado del acreedor (cesión de crédito) ni del lado del deudor (asunción de deuda), a salvo claro está los supuestos de sucesión *mortis causa*³⁰⁸. La “transmisión” *inter vivos* a título singular de las obligaciones, demandada sin embargo por la realidad social, solo podía entonces articularse jurídicamente por medios sustitutivos que permitieran alcanzar el mismo fin práctico, entre los que sobresalía la novación. Esta, aunque en sentido técnico-jurídico se traducía en la extinción de una obligación y el nacimiento de otra destinada a ocupar su lugar, desde una perspectiva económica y social se mostraba como la manera de trasladar el contenido de la obligación de un sujeto a otro. Por ello se dice que la institución de la novación surgió automáticamente de la idea de la *inmutabilidad del vínculo obligatorio*³⁰⁹, pues solo mediante ella podía trasladarse el objeto mismo de la obligación de unos a otros sujetos, so pena, claro está, de la extinción de la obligación antigua para ser reemplazada por la nueva.

Su singular operativa explica la caracterización de la novación como medio “extintivo-constitutivo”, en la medida en que requiere para la válida extinción de la obligación primitiva que de forma correlativa nazca un nuevo vínculo obligatorio, el cual, por tomar para sí algunos elementos de aquella, viene a sustituirla (*transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem*). Cualesquiera supuestos en los que la extinción de la

³⁰⁷ “La novación es la transformación y conversión de una deuda anterior en otra obligación civil o natural, es decir, cuando se crea una obligación nueva de otra anterior que se extingue. «Novación» viene de nuevo: de la obligación nueva”: D’ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIGO, M., BURILLO, J., *El digesto de Justiniano*, t. III: *Libros 37-50*, Aranzadi, Pamplona, 1975.

³⁰⁸ FUENTESECA DEGENEFFE, *El problema...*, cit., p. 78, SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 57-60.

³⁰⁹ COLIN y CAPITANT, *Curso...*, cit., p. 224.

obligación no vaya ligada a la creación de otra deben por ello ubicarse fuera de los dominios de la novación, por ser inconciliables con la función sustitutiva de una obligación por otra que caracteriza al fenómeno novatorio³¹⁰. Esta es, además, la diferencia fundamental que presenta esta institución en comparación con los restantes modos extintivos de obligaciones (pago, condonación, confusión, etc.) y es que mientras aquellos producen como regla general una extinción *absoluta*, de suerte que la subsistencia de relaciones jurídicas tras de sí será solo accidental (v. gr., la repetición contra el deudor en el pago hecho por tercero), es inherente a la novación que le sobreviva una relación obligatoria nacida con ocasión de ella, pues *solo hay extinción mediante constitución*³¹¹ y, en esa perspectiva, puede entenderse que su eficacia extintiva es *relativa*³¹².

De ahí se extrae uno de los principales caracteres de la novación, que encontramos ya en época clásica: el cambio de un elemento de la *obligatio civilis* en forma de modificación, introducida para que la *prior obligatio* se transforme en *nova obligatio* mediante la inserción de algo nuevo, a lo que se conoce como *aliquid novi*³¹³. Junto a estos tres elementos (obligación previa a extinguir, obligación nueva que sustituya a aquella y elemento discrepante entre ambas), destaca en aquel periodo la presencia de otro requisito esencial del acto novatorio que fue, sin embargo, suprimido en su evolución posterior: el *idem debitum* o identidad en el objeto de la obligación. La nueva relación había de englobar idéntico contenido que la primitiva, por lo que la extinción de esta última venía de suyo: no podía subsistir porque había quedado vacía al trasladarse su contenido esencial (el *idem debitum*) a la nueva *obligatio*³¹⁴.

³¹⁰ GUTIÉRREZ SANTIAGO, *La novación...*, cit., pp. 50 y ss.

³¹¹ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 35.

³¹² MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., t. VIII, v. I, 6.^a ed. (revisada por M. MORENO MOCHOLÍ), Reus, Madrid, 1967, p. 855; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 2.^a ed., 1899, p. 425.

³¹³ FUENTESECA DEGENEFFE, *El problema...*, cit., p. 23.

³¹⁴ FUENTESECA DEGENEFFE, *El problema...*, cit., pp. 33 y ss. SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 60. Para BONIFACIO, F., *La novazione nel diritto romano*, Nápoles, 2.^a ed., 1959, pp. 126-127, la identidad en el objeto es exigencia de la estructura misma de la novación: la sustitución de una persona en la posición de otra solo puede operarse merced a la promesa del *idem*. Si no concurriese tal identidad, la nueva obligación no podría extinguir la precedente, salvo que se diese relevancia al *animus novandi* que, como seguidamente se verá, ningún papel tuvo en época clásica.

Por esta razón, la *novatio* clásica era particularmente útil como mecanismo de transmisión bien del título de crédito del acreedor a otro (a lo que se conocía como *delegatio*), bien de la deuda del primer sujeto pasivo a otro que prometía pagar el *idem* al acreedor (*expromissio*)³¹⁵. Lo habitual era, por tanto, que el elemento nuevo (*aliquid novi*) viniera conformado por la sustitución de alguno de los sujetos (*novatio* subjetiva), aunque ya en las escuelas jurídicas se discutía si, junto a ella, podía admitirse también una *novatio* objetiva en aquellos casos en los que mismo deudor y acreedor pactaran la adición, supresión o modificación de una condición, término o fiador³¹⁶, o incluso introdujeran una nueva causa³¹⁷. Sea como fuere, lo que era indiscutible es que no cabía en esta época la novación objetiva por excelencia, o sea, aquella en la que el cambio iba referido al objeto de la obligación, habida cuenta de que este debía permanecer inalterado como eje de la *obligatio* pecuniaria: solo si concurría el *idem debitum* podía hablarse propiamente de novación³¹⁸. Por consiguiente, no se admitía la novación *amplificativa*, entendida como aquella en la que el objeto de la *nova obligatio* era más amplio que el de la obligación a novar, ni tampoco la novación parcial, puesto que era necesario que la primitiva obligación quedase extinguida en su integridad³¹⁹.

El efecto extintivo-constitutivo se producía entonces, concurriendo los cuatro requisitos enunciados (*prior y nova obligatio, aliquid novi e idem debitum*), de forma automática como consecuencia de ciertos actos jurídicos formales y solemnes entre los que se encontraba en particular la *stipulatio*³²⁰, un negocio jurídico verbal en el que, valiéndose las partes de una fórmula preestablecida, daban origen al vínculo obligatorio mediante una *promesa estipulada*. Esta debía ser además “titulada”, es decir, en su formulación había de invocar necesariamente a la obligación precedente para que pudiera reputarse extinguida, ya que la mención al *idem debitum* no resultaba suficiente, considerando que no existe incompatibilidad entre dos obligaciones sucesivas de *idem* y

³¹⁵ FUENTESECA DEGENEFFE, *El problema...*, cit., p. 38.

³¹⁶ FUENTESECA DEGENEFFE, *El problema...*, cit., pp. 25 y ss., 64 y 65.

³¹⁷ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 44, 55-56.

³¹⁸ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 56.

³¹⁹ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 72-73.

³²⁰ Nadie duda de que la *stipulatio* conforma el acto novativo por excelencia. Sin embargo, mientras algunos autores defienden la existencia de otros actos formales generadores de novación como los *nomina transcripticia* o la *dotis dictio*, para otros la *stipulatio* era la única forma hábil: *vid.* una recopilación de las distintas posturas doctrinales en SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 75 y ss.

que, por tanto, la segunda obligación podía perfectamente coexistir junto a la primera. Solo la alusión a esta en el acto novatorio determinaba si quedaba absorbida por la segunda o no³²¹.

Descrita a grandes rasgos en qué consistía la novación en época clásica, enseguida se advierte que ninguna virtualidad se atribuía en ella a la voluntad de las partes, o sea, al requisito del *animus novandi* que con tanta fuerza irrumpió después en esta materia. No quiere decirse con ello que las partes no tuviesen entonces la intención de sustituir un vínculo obligatorio precedente por otro posterior; sin embargo, esa voluntad se reflejaba en el negocio novatorio y era de este último y no del *animus novandi* de las partes de donde derivaba el efecto extintivo-constitutivo. De esta guisa, si se concluía el negocio jurídico formal, la novación tenía plena eficacia aun cuando las partes hubiesen querido realmente que la nueva obligación accediese a la primera en lugar de extinguirla, de la misma forma que no se alcanzaba el efecto novatorio a pesar de que fuese lo buscado por ellas si se valían de un acto que carecía objetivamente de dicha eficacia. Este *animus* era, en definitiva, jurídicamente intrascendente si no se reflejaba en el empleo de la forma requerida³²².

La decadencia de las formas clásicas romanas y la pérdida del ritualismo verbal de la *stipulatio* en el periodo postclásico y en la legislación justiniana hicieron, no obstante, que la *voluntas* de las partes cobrase una especial transcendencia a la hora de determinar los efectos jurídicos de un acto. A tal fin resultó decisiva la constitución del emperador León del año 472, por la que se suprimió el uso preceptivo de las palabras rituales de la *stipulatio* y, por ende, la forma solemne que la *novatio* debía revestir, admitiendo así la validez de cualesquiera otras palabras que fuesen expresión del *consensus* contractual. Dicho de otro modo: cuando el acuerdo verbal solemne en que consistía la *stipulatio* se transformó en una promesa documentada que no debía revestir una forma específica, la *novatio* solo podía quedar determinada por el consenso de las partes en torno a la extinción de la obligación primitiva, del que, de algún modo, debía quedar constancia en el negocio jurídico³²³. Esta circunstancia fue la que impulsó el auge del *animus novandi*

³²¹ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 73-74.

³²² BONIFACIO, *La novazione...*, cit., p. 52; SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 57.

³²³ FUENTESECA DEGENEFFE, *El problema...*, cit., pp. 120 y ss.

como requisito esencial de la novación y, de manera paralela, la pérdida de protagonismo del *idem debitum* en la determinación del efecto novatorio de un acto, lo que condujo a admitir la validez de la novación aun cuando se produjera un aumento o disminución de la cantidad debida³²⁴. Por esta razón se sostiene que la historia de la novación objetiva se halla estrechamente vinculada a la evolución del instrumento que le sirve de soporte³²⁵.

Ahora bien, aunque ya desde la época postclásica se vinculó el efecto novatorio al *animus* de los sujetos, la forma en la que este debía manifestarse sufrió también una considerable evolución. Así, los postclásicos consideraban que a falta de una declaración expresa de las partes, su ánimo de novar debía averiguarse a través de elementos externos, que dieron lugar a la formulación de *presunciones*. Este sistema generó, empero, no pocas discusiones y un estado de cierta inseguridad que trató de superarse compeliendo a las partes a consignar, en el negocio jurídico en cuestión, su voluntad expresa contraria a la novación, caso de que quisieran eludir tal efecto³²⁶. La fórmula se invirtió en la legislación justiniana, de la mano de la constitución de JUSTINIANO [C. 8, 42 (41), 8], quien, consciente de las ambigüedades a las que conducía el sistema postclásico, hizo recaer la novación sobre el solo elemento subjetivo y positivo de la voluntad de novar³²⁷. No obstante, aunque claro en su propósito, no lo fue tanto en su formulación: *voluntatem solum esse, non lege novandum* (“solamente se ha de hacer novación por voluntad, no por ley”), *etsi non verbis exprimat, ut sine novatione..., causa procedat* (“y si no se expresara con palabras proceda la causa sin novación”). Y es que en la interpretación del texto se discutió si era preciso que la voluntad de las partes constase expresamente, con lo que habría terminado por instaurarse un nuevo formalismo, que era precisamente lo contrario a lo que aspiraba la reforma³²⁸. Sea como fuere, la *novatio* dejó de hacerse depender de elementos objetivos para centrarse en exclusiva en el dato volitivo;

³²⁴ BONIFACIO, *La novazione...*, cit., pp. 123 y ss.; FUENTESECA DEGENEFFE, *El problema...*, cit., p. 174.

³²⁵ BONIFACIO, *La novazione...*, cit., p. 179.

³²⁶ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 86.

³²⁷ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 87.

³²⁸ BONIFACIO, *La novazione...*, cit., p. 181. FUENTESECA DEGENEFFE, *El problema...*, cit., p. 173, encuentra explicación a la forma de expresarse JUSTINIANO en el cambio en torno al formalismo de la *stipulatio*: “al admitirse que cualesquiera palabras expresen el consentimiento contractual, para que exista *novatio obligationis* las partes tendrán que hacer constar expresamente su voluntad de remitir la primera obligación y de preferir la segunda obligación en lugar de la anterior; en caso de no expresarlo la nueva obligación subsistirá junto con la primera”.

faltando este, no se producía la extinción de la *prior obligatio* sino que la nueva accedía, se acumulaba, a ella³²⁹.

En resumidas cuentas, la esencia y naturaleza de la *novatio obligationis* del Derecho clásico se mantuvo en el periodo justiniano, con la única salvedad de que las partes debían hacer constar expresamente su voluntad de que la primera obligación desapareciese y sobre ella prevaleciese la segunda, como consecuencia de la pérdida de formalismo de la *stipulatio*.

De igual manera, la Glosa y la doctrina del Derecho intermedio conservaron no solo la definición ulpiana de novación sino, en general, la orientación romana del Digesto³³⁰. Dos son las notas a destacar de este último periodo: por un lado, el desenvolvimiento del *animus novandi* como requisito determinante del fenómeno novatorio y, por otro, la introducción de la *novatio propria e impropia*, fruto de la actividad sistemática desarrollada durante el mismo.

Por lo que al primero respecta, decaído totalmente el formalismo, el *animus novandi* se posicionó como elemento central de la novación³³¹, aunque al respecto se aprecian dos tendencias: frente a quienes interpretaban con rigor la constitución justiniana y exigían que la intención de novar constase de manera expresa, otros autores seguían la dirección de la Glosa en el reconocimiento de una novación tácita. Y es que el sistema justiniano podía resultar excesivamente rígido si las partes olvidaban manifestar la expresa liberación de la obligación primitiva, porque se hacía fallar con ello el mecanismo novatorio, aun cuando la mayoría de las veces era suficiente intérprete de la voluntad de las partes *la condición misma de las cosas (res ipsa loquitur)*³³². La Glosa convino por ello en matizar la rigidez del régimen justiniano adoptando una posición intermedia entre aquel, ajeno a la novación tácita, y los textos clásicos, que otorgaban la

³²⁹ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 106.

³³⁰ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 97 y ss.

³³¹ De forma correlativa, la exigencia del *idem debitum* se dejó definitivamente de lado: siempre y cuando concurriese el *animus*, cualquier obligación tendría la virtualidad de novar una precedente, aun cuando tuviese un objeto distinto, cualitativa o cuantitativamente [SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 116].

³³² Así lo explica GIARDINA, *Studi sulla novazione nella dottrina del Diritto intermedio*, 3.^a ed., Milán, 1952, pp. 162 y ss., a quien cita SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 108 y ss.

misma eficacia a la novación tanto expresa como tácita. Reconoció, así, un cierto efecto liberatorio *per exceptionem* a esta última y ello indujo a la reaparición del juego de las presunciones postclásicas, entre ellas, una cuyo influjo ha llegado hasta nuestro vigente artículo 1204 CC: “*se debe tener por novada la relación –a pesar del silencio de las partes– siempre que la segunda obligación sea incompatible con la primera*”³³³. Esta incompatibilidad se identificaba por algunos autores con identidad en la *causa* de ambas obligaciones y así, v. gr., SALICETO, quien citaba como ejemplo el supuesto en el que el deudor de una suma menor prometía después una cantidad mayor *por la misma causa*, en cuyo caso la obligación primitiva había de tenerse por extinguida como consecuencia de la novación, con la mera subsistencia de la concertada en segundo lugar, y desechar por contra que el deudor estuviera obligándose a hacer frente a ambas deudas³³⁴.

Por otro lado, como ya avanzábamos, se localizan en el Derecho intermedio las primeras alusiones a un término que hoy día nos resulta enteramente familiar: el de novación “impropia”. Su origen, sin embargo, parece ser el resultado de una confusión que parte de la concepción errónea que de la delegación adquirieron los glosadores: comoquiera que el Digesto contiene en un mismo título la doctrina de la novación y la de la delegación (Libro XLVI, Título II: “*De novationibus et delegationibus*”), esto les llevó a creer que toda delegación producía necesariamente novación, al contrario de lo que sostenían los jurisconsultos romanos. Así, mientras ULPIANO indicaba que la novación era *uno de los efectos posibles* de la delegación, los glosadores vieron en la delegación *uno de los modos* de realizarse la novación. Por este motivo, empezaron a referirse a la delegación que no producía novación como *impropia* o *imperfecta*, en contraposición a aquella que sí producía el efecto extinción-creación y que, por ende, se ajustaba al significado técnico que ellos le habían atribuido, o sea, a la delegación *propia* o *perfecta*³³⁵.

³³³ MENOCHIO, G., *De praesumptionibus, coniecturis signis et iudiciis*, Venecia, v. I, 1589, fol. 263 vto., col A (*praes.* 134, nº 38), citado por SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 110, quien además plasma una recapitulación del juego de las presunciones que realizó BARTOLO: las excluía cuando el objeto de la segunda obligación era *minus* o *aliud* mientras que, en cambio, podía presumirse el *animus novandi* cuando la segunda contenía un *plus* respecto de la primera, cuando se alteraba el término y cuando en la segunda intervenía una nueva persona. Nos advierte, sin embargo, SANCHO REBULLIDA de que no existía unanimidad a este respecto entre los comentaristas.

³³⁴ SALICETO, B., *Commentarii in Codicem*, Venecia, 1586, ad C. 8, 42, 8, 1, nº 3, a quien cita SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 111.

³³⁵ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 100 y ss. COLIN y CAPITANT, *Curso...*, cit., pp. 220, 231-233.

Y es que la *delegatio* era una figura más amplia que la novación, pues comprendía no solo la autorización para que un tercero entrase en la posición de acreedor (delegación de crédito o novativa activa) o el mandato a un tercero para que ocupase el papel de deudor (delegación de deuda o novativa pasiva), sino también otras hipótesis. Se hablaba, por ejemplo, de *delegación de cobro* cuando el acreedor ordenaba a su deudor que lo que le debía se lo entregase a un tercero, o de *delegación de pago*, cuando el deudor mandaba a un tercero que pagase a su acreedor lo que él mismo le debía. En ninguno de estos casos existía no obstante novación, pues la obligación primitiva quedaba extinta como consecuencia del pago y no de la recíproca creación de una obligación nueva. La *delegatio* se manifestaba, incluso, en otros supuestos (donación, constitución de dote, mutuo, etc.) en los que ni siquiera existía una obligación previa y, por tanto, difícilmente podía hablarse de novación. Por consiguiente, la delegación solo en alguna de sus manifestaciones producía la extinción de una obligación primitiva por novación, para lo que era preciso: a) la existencia de tal obligación previa; b) que la delegación no fuese de pago sino para contraer una obligación nueva (pues, como ya apuntábamos, si lo era de pago no nacía ninguna *nova obligatio* sino que la *prior* se extinguía, precisamente, con motivo de aquel); y c) que el nuevo pacto se llevase a cabo mediante estipulación “titulada”³³⁶.

Entre los supuestos descritos en los que la delegación no producía novación parece, además, que los glosadores únicamente utilizaron el término de delegación “impropia” para referirse a aquellos en los que, existiendo obligación previa entre delegado y delegante, la subsistencia de la *prior obligatio* era consecuencia de la falta de *animus novandi* (o existencia de *animus* contrario), de *idem debitum* o de cualquier otra circunstancia suficiente que frenaba su extinción por novación. Ocurría en esos casos que junto a la antigua obligación, que permanecía intacta, surgía una nueva entre el delegado y el delegatario a la que se conocía como “acumulativa” o “accesoria”³³⁷.

³³⁶ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 48-53.

³³⁷ Esta clasificación de la delegación en *perfecta* e *imperfecta* sigue presente en la moderna doctrina francesa y, en concreto, en el análisis que realiza al respecto del artículo 1275 del *Code*, vigente hasta el 1 octubre de 2016 y sin equivalente en el Código actual: « *La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation* ». Se dice, entonces, que la delegación puede o no producir el efecto extintivo o novatorio en función de si el acreedor declara liberado o no al deudor que ha hecho la delegación: si no produce la extinción (sino la acumulación del nuevo deudor al anterior), se habla de

Los autores del Derecho intermedio se encontraron, de esta guisa, con dos situaciones equivalentes en las que la obligación primitiva subsistía y la nueva se acumulaba a ella: el primero de ellos acaba de ser descrito, o sea, cuando habiendo delegación no concurrían los requisitos necesarios para que se produjese la novación subjetiva; y el segundo, cuando la nueva convención realizada entre las mismas partes inicialmente contratantes en torno al objeto de la obligación carecía de *animus novandi* y, por tanto, no daba lugar a la novación objetiva. Habiéndose bautizado el primero de los supuestos con el nombre de “delegación impropia”, no es extraño que al segundo se le asignase el de “novación impropia”³³⁸: no era *propriamente* novación porque no se producía su característico efecto extintivo-creativo, sino que su resultado se traducía en la subsistencia de la obligación primitiva y la acumulación a ella de la nueva. No obstante, como pone de manifiesto SANCHO REBULLIDA, esta similitud en el lenguaje no contaba en realidad con respaldo conceptual, pues mientras en la delegación impropia había verdadera delegación, en la novación impropia no había, empero, novación³³⁹. Sobre ello volveremos más adelante; baste por el momento apuntar un hecho decisivo en el recorrido hasta nuestra actual *novación impropia o modificativa*, y es que durante este periodo ocurrió que, junto a los supuestos en los que el nuevo pacto iba dirigido a establecer obligaciones accesorias (v. gr., una fianza), en los que se presumía la voluntad de subsistencia de la obligación anterior, algunos autores estimaron que idéntica regla debía regir cuando las partes aspiraban a añadir elementos accesorios (v. gr., un nuevo término), con lo que la obligación primitiva quedaba finalmente modificada en ese particular extremo (doctrina de los *incrementa*)³⁴⁰.

Por lo que al Derecho español de la época se refiere, la esencia de la novación continuó presente en las Siete Partidas, aunque la institución pasó a regularse dentro de la Quinta Partida, Título XIV, que llevaba por rúbrica “*De las pagas, e de los quitamientos, a que dizen en latin compensacion, e de las debdas que se pagan a aquellos a quien las non deuen*”, Ley XV:

delegación imperfecta, mientras que si la produce, se conoce como *delegación perfecta*, en la cual la liberación del deudor primitivo está ligada a la novación de la obligación primitiva, pues aquella no es posible sino mediante la extinción de esta [MASIDE MIRANDA, J. E., “La asunción de deuda”, *RCDI*, 709, 2008, p. 1964]. En definitiva, en la Francia actual, como en el Derecho intermedio, la delegación de deuda *perfecta* es novativa y la *imperfecta*, aunque no conlleva extinción de la obligación originaria, no permite en rigor la liberación del deudor primitivo.

³³⁸ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 105-106.

³³⁹ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 122.

³⁴⁰ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 129.

“Como se puede desatar la obligacion principal, por otra que fazen de nuevo sobre ella”. Esta ubicación sistemática y el término utilizado por el legislador para referirse a la novación (“renouamiento”) hacen dudar de si se concebía en aquel periodo, en rigor, como medio extintivo propio. Sin embargo, deben tenerse en cuenta los siguientes datos: primero, que la Ley II del mismo título contemplaba el “renouar pleito otra vez” como una de las maneras de quedar libre de la obligación, junto a la paga, el quitamiento, la compensación o la muerte de la cosa que debía ser dada, “e otras maneras muchas, que se muestran por las leyes deste Titulo”; segundo, que el Título XIV se introducía señalando que en él, a diferencia de los anteriores que hablaban de todas las cosas por que se podían obligar los hombres unos a otros por palabras, se regulaba de qué manera se podían desatar de tal obligamiento, para lo que se aludió no solo a la “paga” y “quitamiento” sino también a “todas las maneras de quitamientos, e de renouamientos, e de descontamientos de debdas, e de pleitos”; y tercero, que incluso el término “quitamiento” era utilizado en sentido amplio referido a toda especie de liberación y, por tanto, conectado con los restantes medios extintivos y comprensivo también de la novación³⁴¹. De ello se colige que a la novación (“renouamiento”) se le atribuyó en las Partidas, como efecto típico, la extinción de la obligación preexistente, aunque obviamente condicionada a la creación del nuevo vínculo³⁴²: “renouamiento de una obligación en otra nueva”, de manera que si bien se extinguía la vieja, quedaba en su lugar la nueva³⁴³.

Cierto es que en las Partidas se reguló exclusivamente la *novatio* subjetiva y ninguna previsión se recogió al respecto de la objetiva, más allá de la descripción del cambio en la *causa de deber* de la obligación primitiva, que a modo ejemplificativo, recogía la Ley XV³⁴⁴. Esto se explica posiblemente, a juicio de SANCHO REBULLIDA, por el decaimiento

³⁴¹ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 99-100.

³⁴² Y no solo a su creación sino también a su perfección. Repárese que en materia de “renouamiento” so condición (Ley XVI) se conserva la solución clásica: la exigencia de una *prior obligatio* válida impide la novación de una obligación condicional si no se cumple la condición, pues, en tal caso, falta la *prior obligatio*. De la misma forma que no puede novarse una obligación pura mediante el nacimiento de otra condicional, al carecer de seguridad y, por ende, de virtualidad novativa, en tanto en cuanto no se cumpla la condición (Ley XV).

³⁴³ SALA, J., *Ilustración del Derecho real de España*, t. II, Madrid, 2.ª ed., 1820, p. 29.

³⁴⁴ “Renouamiento es otra manera de quitamiento, que desata la obligación principal de la debda, bien assi como la paga. E esto seria como si vn ome vendiesse a otro alguna cosa, e despues el comprador renouasse el pleito en otra manera con el vendedor, obligándose a pagar el precio, como en razon de emprestido. Ca estonce non seria tenuto el debdor, de pagarle lo que deuia, como en razon de vendida mas como si ouiesse los marauedis del precio tomados emprestados del otro”.

del rigor formal en el Derecho de obligaciones, que hizo que la novación entre los mismos sujetos perdiese buena parte de su sentido, al contrario de lo que sucedía con la transmisión activa y pasiva de las obligaciones, a la que no se había procurado todavía un desarrollo legal alternativo³⁴⁵. La doctrina de la época no ponía en duda, sin embargo, que cuando acreedor y deudor realizaban una modificación objetiva de la obligación concurriendo *animus novandi*, esta quedaba novada³⁴⁶.

Por último, el recorrido histórico culmina con el Proyecto de Código Civil de 1851, antecedente más inmediato de nuestro vigente Código, sobre el que influyó decisivamente³⁴⁷, y primer texto legal en el que puede percibirse el tímido germen de lo que posteriormente se conocerá como «novación impropia o modificativa». En él, la novación volvió a regularse en su lugar originario, o sea, entre los modos de extinción de las obligaciones: entre ellos la enumeró el artículo 1086³⁴⁸ y a su regulación se destinó la Sección V, artículos 1134 a 1140, del capítulo V, que trataba “*De la extinción de las obligaciones*”.

No obstante, el primero de los preceptos dirigidos a regular la institución novatoria (el 1134) señalaba que “[h]ay novación de contrato³⁴⁹, cuando las partes en él interesadas lo alteran,

³⁴⁵ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 105-106.

³⁴⁶ SALA, *Ilustración...*, cit., p. 29, sostiene que en tal caso, cuando la novación se hace conservándose la persona del deudor, es menester o que se varíe la especie de la obligación, como por ejemplo, que se deba como precio de venta lo que se debía por título de préstamo (esto es, que se altere la *causa* de la obligación); o si no, se añada o quite algo de la vieja, como el día, condición o lugar.

³⁴⁷ A él se remite expresamente la Base 1ª de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma [«Gaceta de Madrid» (BOE) de 22 de mayo de 1888], por contener el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio.

³⁴⁸ Este precepto también alude a la “delegación” como medio extintivo diferente a la novación y como sinónimo o equivalente de la subrogación. Sin embargo, esta idea no solo no se confirma en la regulación de la subrogación (Sección III), donde en ningún caso aparece el término “delegación”, sino que se desmiente en la propia regulación de la novación, que sí se refiere a él para aludir a la sustitución de un nuevo deudor en el lugar del primitivo, o sea, a la novación subjetiva pasiva (art. 1034 *in fine*).

³⁴⁹ Se habla impropriamente de novación *de contrato* cuando, en realidad, lo es de la obligación: FUENTESECA DEGENEFFE, *El problema...*, cit., p. 211. En el mismo sentido, MORETÓN SANZ, F., *La asunción espontánea de deuda*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 139, quien lo achaca a un error del legislador a subsanar, atendido el capítulo en el que se integra (relativo a la extinción de las obligaciones) y las genéricas alusiones que los artículos inmediatamente posteriores realizan a las *obligaciones*. Por su parte, SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 125, visto que el resto del articulado no ratifica en ningún momento la idea de que este medio extintivo deba circunscribirse a las obligaciones contractuales, sostiene que habrá que entender que tal precepto no quiso decir “novación de contrato” sino “novación por contrato”, en alusión al acto novativo del que deriva; aunque con ello se estaría limitando

sujetándolo a distintas condiciones o plazos, sustituyendo una deuda a la antigua, o persona distinta en lugar de la que antes era deudor, o haciendo cualquier otra alteración sustancial que demuestre claramente la intención de novar". Así, no solo no acentuaba el efecto extintivo-creativo de la institución novatoria que derivaba de la tradición romanística sino que su inciso inicial podía llevar incluso a pensar que el efecto no había de ser necesariamente tal, si se tiene en cuenta que: a) su enunciado hablaba de "*alterar*" el contrato y no de extinguir la obligación precedente; b) el pronombre relativo utilizado ("*lo alteran*") podía ser indicativo de la subsistencia del antiguo contrato; y c) la entidad de la alteración que se describía en primer lugar, o sea, la sujeción a "*distintas condiciones o plazos*", era vinculada entonces, conforme a algunos criterios germinados en el Derecho intermedio que ya hemos apuntado, con los supuestos calificados de novación "impropia", que producían un resultado acumulativo o simplemente modificativo pero, en cualquier caso, no extintivo³⁵⁰.

Ahora bien, la elección en el uso del verbo *alterar* no debe llevarnos a tal equívoco, por la sencilla razón de que solo mediante la alteración de una obligación precedente puede alcanzarse el efecto prototípico de la novación: la extinción de la *prior obligatio* y la subsistencia de la *nova*, que necesariamente comparte con aquella todos los elementos que no hayan sido objeto de tal *alteración*. Por ello, parece lógico que el precepto describa qué circunstancias tienen que concurrir para que se produzca el efecto novatorio, o sea, la creación de una obligación nueva que no nace *ex novo* sino como consecuencia de la alteración de una preexistente. Ello no prejuzga, sin embargo, el efecto de la novación, expresamente consagrado después en el artículo 1138: "[p]or la novación se estingue, no solo la obligación principal, sino también sus accesorias" y, en coherencia con aquel, en el artículo 1137 en materia de obligaciones solidarias: "[l]a novación hecha por el acreedor con alguno de sus deudores mancomunados, estingue la obligación de los demás deudores de esta clase respecto del acreedor...". Nótese que el legislador reiteró aquí, en materia de *mancomunidad* (actual solidaridad)³⁵¹, la fórmula utilizada en el artículo 1063 respecto al pago, medio extintivo por excelencia ("*[e]l pago total hecho por uno de los deudores*

expresamente la novación a la libre convención de las partes, excluyendo que pueda tener también otras fuentes: *vid.* un análisis a este respecto en GUTIÉRREZ SANTIAGO, *La novación...*, cit., *passim*.

³⁵⁰ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 127.

³⁵¹ Téngase en cuenta que el proyecto regula la mancomunidad como solidaridad: arts. 1056 y ss.

mancomunados, extingue la obligación respecto de todos...”), lo que pone de manifiesto una vez más la eficacia extintiva de la novación, semejante a la de aquel.

Esta forma de expresarse del Proyecto isabelino evoca, además, la previamente utilizada con ocasión del Proyecto de Código Civil de 1836³⁵², cuyo artículo 1950 daba comienzo a la regulación de la novación sosteniendo lo siguiente: “*entiéndase por novación la alteración que las personas interesadas efectúan en una obligación cualquiera, ya sea variándola en su esencia, ya sujetándola a nuevas condiciones, o modificándola de cualquier modo*”. Y acto seguido consagraba el carácter extintivo de la institución: “[*e*]l efecto de la novación es extinguir absolutamente la obligación principal y las accesorias que la corroboran” (art. 1951). De esta forma, la novación se describía aludiendo al mecanismo modificador, necesario para alcanzar su particular efecto extinción-creación.

Por otro lado, el artículo 1134 del Proyecto isabelino no solo enumeraba como supuesto de novación objetiva el anteriormente descrito (recuérdese, la sujeción a distintas condiciones o plazos) sino, junto a él, uno típicamente romano (extintivo), consistente en la sustitución de una *nueva* deuda a la *antigua*. El precepto consagraba a continuación el supuesto de cambio de deudor y concluía con una fórmula genérica que resolvía la ambigüedad apuntada a favor de la extinción: “...o haciendo cualquier otra alteración sustancial que demuestre claramente la intención de novar”³⁵³. En efecto, solo la lectura del precepto en clave de extinción explica que la variación debiera ser de notable entidad, así como que el ánimo de novar debiera aparecer con absoluta claridad, lo cual no sería preciso si la novación comprendiese la mera modificación de la obligación primitiva. A la misma conclusión conduce la cita de los antecedentes y concordancias de este artículo que realiza GARCÍA GOYENA, entre los que destaca la definición ulpiana del Digesto (46, 2, 1) y la alusión al *renovamiento* de las Siete Partidas (P. 5, 14, 15)³⁵⁴, de cuyas fuentes en ningún momento se infiere que la novación pueda traducirse en una tal *modificación*.

³⁵² Como pone de manifiesto BARÓ PAZOS, J., *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1992, pp. 102-103, consta por los testimonios del propio GARCÍA GOYENA y por la identidad en la regulación de algunas instituciones, que el texto de 1836 fue utilizado con provecho por los miembros de la Sección civil de la Comisión de Codificación que redactó el Proyecto de 1851.

³⁵³ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 127.

³⁵⁴ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, Madrid, 1852, p. 153.

Al decir del autor principal del texto isabelino, el artículo 1134 del proyecto reproducía el esquema de las Partidas, ya presente en el Derecho Romano, de dividir la novación en dos especies o más bien dos maneras de hacerse: cambiándose la persona del deudor o, quedando el mismo deudor, cambiándose la obligación³⁵⁵. En este último caso se hacía preciso, como ya era habitual, que en la obligación posterior que sustituía a la antigua se introdujese un elemento nuevo y que se expresase por los contratantes, además, que convenían por vía de novación, ya que de lo contrario subsistiría la primitiva obligación y a ella se agregaría la segunda. Para explicarlo reproduce GARCÍA GOYENA las palabras de las Instituciones [Libro III, Título XXIX (XXX), § 3]: “solamente se hace novación, si hubiere algo nuevo en la estipulación posterior, como si, por ejemplo, se agregase o se suprimiese una condición, o un término, o un fiador”, y si las partes expresaron “que convinieron por vía de novación de la primera obligación”. Se aparta, sin embargo, de la exigencia justiniana de que el *animus novandi* deba expresarse en términos precisos y formales, aunque también entiende que la renuncia a los derechos que daba la obligación primitiva no puede hacerse pender de una presunción, por lo que finalmente sostiene que “es necesario al menos que no pueda ponerse en duda la intención de novar”³⁵⁶.

Ahora bien, si las partes no habían de manifestar abiertamente su voluntad de novar y a pesar de ello debía resultar inequívoca para que pudiera operar el fenómeno novatorio, el instrumento o contrato posterior debía presentar *diferencias suficientes* que caracterizasen tal intención, lo que a su juicio acontecía siempre que la nueva obligación fuese *incompatible* con la primera. GARCÍA GOYENA pone de manifiesto otros supuestos en los que según las leyes romanas no había, por el contrario, novación, a saber: a) cuando se añadía simplemente cláusula penal a la obligación anterior, pues

³⁵⁵ Ninguna previsión se realizó entonces al respecto de la novación subjetiva por cambio de acreedor, lo que justifica SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 126, en que la función que cumplía en el Derecho romano había desaparecido ya, admitida como estaba la cesión de créditos, bien a través del pago con subrogación (arts. III6 y ss.), bien como contrato transmisivo, semejante al de compraventa (arts. 1457 y ss.). Este autor sostiene por ello que tal especie de novación solo tendrá lugar cuando las partes así lo deseen, dándole cabida en la amplia fórmula que recoge el artículo 1334 *in fine*, por tratarse de una *alteración sustancial* siempre que se demuestre claramente *intención de novar*. Ahora, ¿acaso la esencialidad viene enteramente determinada por la voluntad de las partes? Sobre ello y sobre la naturaleza jurídica de la subrogación volveremos después (*vid. infra* apartado 4.1.2. del presente epígrafe).

³⁵⁶ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, t. III, cit., p. 154.

esta solo tenía por objeto *asegurar la ejecución del contrato*³⁵⁷; b) cuando se pactaba dar en pago una cosa por otra³⁵⁸; o c) cuando se convenía el devengo de intereses de una obligación que antes no los producía o que estos fueran mayores de los pactados inicialmente, en cuyo caso continuaba obligado el fiador, excepto en lo que por el pacto posterior hubiese sido agravada la obligación³⁵⁹.

Llama la atención la solución que ofrece GARCÍA GOYENA para determinar si existe o no *animus novandi*, y es que no quiere hacerlo depender de presunciones pero tampoco del uso preceptivo de determinadas palabras expresivas de tal voluntad, por lo que finalmente exige “*que el instrumento o contrato presente diferencias suficientes para caracterizar la intención de novar*”, pero ¿no volvemos con ello al terreno de lo presumible? ¿Acaso no es, además, una regla poco precisa que conduce a la total discrecionalidad y casuística? Parece claro que o bien las partes manifiestan expresamente su voluntad de novar o, en caso contrario, solo cabrá inferirla mediante presunciones, v. gr., cuando así lo indique la entidad de la alteración o cuando la *nova obligatio* sea incompatible con la *prior*; solo entonces cabrá presumir, bien que la intención de las partes era la de novar la obligación primitiva, ante la imposible coexistencia de ambas, bien que, en realidad, independientemente de cuál fuese su voluntad, esta cuenta con un límite objetivo que viene representado por la transcendencia de la alteración.

³⁵⁷ Nótese que este es uno de los criterios actualmente imperantes cuando se trata de establecer el límite entre la novación “extintiva” y la “modificativa” o, más concretamente, entre la compatibilidad y la incompatibilidad de las obligaciones que conduce a una u otra modalidad, de suerte que si la nueva obligación va dirigida a facilitar el cumplimiento de la primitiva, se entiende que es compatible con ella y, por ende, la novación se califica de modificativa, mientras que si el cumplimiento de la segunda conlleva la trasgresión de la anterior, la novación ha de reputarse extintiva: *vid.*, al respecto, el apartado 3.2 de este mismo epígrafe.

³⁵⁸ En realidad, la *datio in solutum* es un mecanismo puramente extintivo, que consiste en el cambio de la prestación objeto de la obligación por otra distinta en el momento del pago [GUTIÉRREZ SANTIAGO, *La novación...*, cit., pp. 52-53]. La extinción de la obligación está, en este caso, supeditada a la efectiva ejecución de la nueva prestación pactada, pero no al recíproco nacimiento de un nuevo vínculo obligatorio, como exige la novación. No hay, por ello, *nova obligatio* en la dación en pago y ello excluye a la novación de su régimen de aplicación.

³⁵⁹ Repárese en que se deja a salvo aquí la posición del tercer garante, de la misma forma que no puede imponérsele la prórroga que el acreedor conceda al deudor del término *solutionis* salvo que el fiador expresamente la consienta. Así lo establecía el artículo 1765 del Proyecto isabelino y nuestro vigente 1851 CC. Al respecto del primero explica GARCÍA GOYENA que, a diferencia de lo que sostiene POTHIER (nº 406, capítulo 6, parte 2) de que siendo útil la prórroga al fiador este no queda libre, también puede perjudicarlo si entretanto empeora el deudor de condición o fortuna. Por ello, “*en mano del acreedor está hacer saber al fiador que se le pide plazo, y que él piensa concederlo, subsistiendo la fianza: si descuidó este medio sencillo y natural, cúlpele a sí mismo*” [Concordancias..., cit., pp. 153-154]. Sobre si en estos supuestos concurre o no novación, y la razón de ello, volveremos en el capítulo que sigue.

Cabe concluir, en definitiva, que el Proyecto de 1851, aunque gestado en un contexto de marcada ambigüedad, se decantaba abiertamente hacia la concepción clásica de la novación como medio extintivo-creativo de obligaciones. Así se desprende de su articulado y de los comentarios que al mismo realiza su principal autor, GARCÍA GOYENA. Ciertamente es que a él se atribuye también³⁶⁰ el texto del *Febrero reformado*³⁶¹, en el que se define la novación como “una especie de contrato, en virtud del cual se modifica una obligación preexistente, o se destruye sustituyéndola otra nueva”.

La novación consiste, según lo que se sostiene en ese texto, “en la modificación de una obligación preexistente, o su destrucción, sustituyéndola en este último caso con otra nueva; así que puede decirse con razón, que *en todo rigor no siempre la novación llega consigo la destrucción de una obligación*”. Se comprende, sin embargo, entre los modos de extinguirse las obligaciones “porque así lo hace la ley de Partida y de igual manera es considerada por los juristas”, a ninguno de los cuales ha podido seguirse, según se reconoce, en la formulación de tal definición “porque ninguno de ellos la define bien en nuestro concepto”. En su virtud, “se verifica la modificación de una obligación por medio de la novación, siempre que quedando lo principal de la obligación preexistente se modifica en alguna de sus partes. Por ejemplo, cuando se muda la persona del deudor o del acreedor, cuando se suprimen o se aumentan usuras, cuando se crean o se suprimen fianzas”, mientras que “se destruye una obligación en virtud de la novación cuando se varía la forma de una obligación preexistente, y se la sustituye con otra nueva: por ejemplo, cuando lo que uno debe por precio de venta se obliga a pagarlo por préstamo”. De acuerdo con lo expuesto, por medio de la novación las obligaciones pueden destruirse o solo modificarse, distinción que se establece ateniéndose “más bien que a la letra de la ley 15, tit. 14, Part. 5, a su espíritu, y al de la ley 16, título 20, lib. 3, Fuero Real”³⁶².

Sin embargo, como ya hemos expuesto antes, las Partidas al regular la novación únicamente la ponen en relación con la extinción de las obligaciones: “renouamiento es otra manera de quitamiento, que desata la obligación principal de la deuda, bien así como la paga” [Quinta Partida, Título XIV, Ley XV], citando como supuestos de “renovamiento”, por un lado, la novación objetiva consistente en el cambio de la causa de deber (ejemplo que los autores del *Febrero reformado* toman para sí cuando explican los supuestos en los que se destruye una obligación en virtud de la novación) y, por otro, el supuesto de cambio de deudor, siempre que conste que la voluntad del nuevo deudor

³⁶⁰ Entre otros, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Notas a ENNECCERUS, cit., pp. 416-417, se apoyan en estas palabras cuya autoría adjudican a GARCÍA GOYENA, para defender que ya con base en el Proyecto de 1851 podía establecerse una clasificación de la novación en extintiva y modificativa.

³⁶¹ GARCÍA GOYENA, F., AGUIRRE, J., *Febrero, o librería de Jueces, Abogados y Escribamos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo*, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Madrid, 1842.

³⁶² GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, *Febrero...*, cit., pp. 28-30.

es liberar al primero: “*ca estonce valdria el segundo pleito, e seria desatado el primero*”. En caso contrario, si no se manifestase la intención de desatar al deudor originario, no se produciría tal novación sino, antes bien, “*fincarian obligados por la debda, también el vno como el otro*”. Únicamente se alude con ello a los requisitos de la novación, en este último lugar, al *animus novandi*: solo si consta este sustituirá la nueva obligación a la primitiva; en caso contrario, permanecerá intacto el vínculo inicial, con la única particularidad de que se incorporará, en la posición pasiva, otro deudor que responderá en los mismos términos en los que lo hacía (y continúa haciendo) el primero. Y acto seguido, se establece la necesidad de que la *prior obligatio* venga sustituida por una *nova* válida, cuando se regula el “renovamiento” sometido a condición: “*si el renouameinto del pleito (...) fuesse fecho so condicion, e se compliesse la condicion despues, desatarse y a porende el primero pleito, e valdria el segundo... Mas si la condicion non se compliesse, estonce fincaría firme el primero pleito, e seria tenuto de lo cumplir el debdor que lo auia fecho; e non valdria el renouamiento del segundo pleito*”. De esta precisión se infiere, una vez más, que las Partidas contemplaban la novación como mecanismo exclusivamente extintivo-creador, cuando exigían la perfecta combinación de dos obligaciones (la *prior* que se extingue y la *nova* que se crea) válidas y eficaces, lo que únicamente acaecía una vez se cumpliera la condición a que alguna de las dos pudiese estar sometida.

Ningún indicio apunta, por tanto, a que el *espíritu* del texto que se cita como soporte en el *Febrero reformado* fuese el de atribuir un efecto meramente modificativo a la novación, junto al clásico extintivo. La misma conclusión se alcanza a la vista de la ley 16, título 20, lib. 3, del Fuero Real³⁶³, que se cita en su apoyo.

Pues bien, amén de lo recién expuesto, las palabras del *Febrero reformado* de las que PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER se valen para reforzar su teoría de que cabe asignar a la novación un efecto meramente modificativo, se rectifican después en la edición de aquella obra que se publica en el año 1849: *Febrero, arreglado a la legislación y práctica vigentes por una sociedad de abogados*³⁶⁴. En ella, la novación se define transcribiendo los términos del artículo 1950 del Proyecto de Código Civil de 1836, precepto que, como ya

³⁶³ Dice textualmente: “*Sy aquel que es tenuto de pagar algun debdo a otro diere en paga bestia o otra cosa de que el otro sea pagado, vala tal paga, e mas non gela pueda demandar. Otrosi si él diere otro su debdor por manero quel pague aquel debdo et el otro lo recibiere, non sea tenido de responderle mas por este debdo, maguer que el otro non gelo pague: et si el debdor pagare el debdo a otre, quier en nombre de aquel a qui lo debe, quier non, si aquel a cuyo es el debdo non lo otorgare, puedal demandar su debdo si el otro non lo recibió por su mandado*”. En la medida en que se impide al acreedor reclamar contra el antiguo deudor una vez aceptado el cambio de sujeto pasivo de la obligación, lo que cabría colegir de la norma en todo caso sería la extinción de la deuda primitiva y no su subsistencia. De todos modos, ha de reconocerse que el Fuero no se ocupa específicamente de esta cuestión, o sea, de si la deuda efectivamente se extingue o no, sino de las posibilidades que tiene el acreedor de reclamar contra el antiguo deudor en caso de incumplimiento del nuevo.

³⁶⁴ AA.VV., *Febrero, arreglado a la legislación y práctica vigentes por una sociedad de abogados*, t. III, Barcelona, 1849.

hemos adelantado, la contempla por referencia a la alteración que produce en una obligación existente mas sin que ello permita poner en duda el efecto extintivo de la institución, expresamente consagrado en el artículo que le sigue: “[e]l efecto de la novación es extinguir absolutamente la obligación principal y las accesorias que la corroboran” (art. 1951).

Además, el *Febrero arreglado* distingue una novación voluntaria de otra que denomina necesaria, y dice: “diferenciase en que la primera extingue la obligación primitiva, y la segunda no, antes bien la da más fuerza, y por eso se llama aumentativa o acumulativa. Esta en rigor no es novación aunque así la llaman los autores”. Y todavía más, describe a continuación una serie de supuestos de hecho en los que debe presumirse que existe novación voluntaria (o sea, extintiva), aun cuando no se haya expresado así, entre ellas: “cuando en la obligación segunda se fija mayor término para la paga”, “cuando acerca el pago de la deuda se varían los primeros pactos o condiciones”, “cuando concluido el arrendamiento sigue tácitamente o de hecho el arrendatario en el, puesto en cuanto a este segundo arrendamiento quedan libres los primeros fiadores dados para el primero, a no ser que presten su consentimiento para la continuación de la fianza”, etc. Y, en fin, cuando se produce un cambio de deudor, o sea, “cuando se subroga un deudor a otro, y el subrogado recibe sobre sí la obligación del deudor principal. En este caso queda extinguida la obligación antigua de tal suerte que no revive jamás: y por consiguiente aunque el deudor subrogado quede reducido a estado de insolvencia, no puede el acreedor reclamar contra el primero...”³⁶⁵.

Señala por último el *Febrero arreglado* que en la novación expresa es necesario especificar que la primera obligación queda sin efecto, pues de lo contrario se tendrán por subsistentes ambas, si no fueren contradictorias. Mientras que si lo fueren, quedan absolutamente extinguidas la obligación principal y las accesorias, aun cuando no se pacte expresamente, de suerte que verificada la novación no solo queda libre el deudor de la primera obligación, sino también los fiadores. De lo anterior se infiere que, cuando no tiene lugar la novación (extinción), lo que se produce no es sino la “subsistencia” de “ambas” obligaciones, y no la pervivencia de una única (la primera), modificada. En fin, al contrario de lo que algunas interpretaciones posteriores han pretendido sostener al aseverar que GARCÍA GOYENA anticipó en esta obra lo que posteriormente se conocería

³⁶⁵ AA.VV., *Febrero, arreglado...*, cit., pp. 367-368.

con el nombre de “novación modificativa”, lo único que se pretendía en la misma era distinguir la mera modificación no esencial de la que efectivamente afectaba a la esencia de la obligación: la primera podía llevarse a efecto libremente por las partes, de acuerdo al haz de facultades que derivase del contenido del contrato, mientras que para la segunda resultaba necesario e indispensable recurrir a la extinción de la relación obligacional³⁶⁶.

En fin, sea como fuere lo anterior, lo cierto es que los términos que el artículo 1134 del Proyecto de 1851 consagra finalmente y los comentarios que GARCÍA GOYENA plasma en las *Concordancias* reflejan una única acepción de la novación como medio extintivo³⁶⁷. Son muestras de ello las siguientes afirmaciones: “la novación, cuando queda el mismo deudor, supone *dos obligaciones, la antigua que se extingue y la nueva substituida* en lugar de aquella”; “la renuncia a los derechos que daba la *obligación primitiva* no debe pender de una presunción”; “la opinión casi uniforme de los Jurisconsultos más autorizados es que, si el acreedor prorroga al deudor el término *solutionis (non obligationis)*, no por esto hay novación”, lo mismo que “según las leyes Romanas *no había novación* por añadirse simplemente cláusula penal a una obligación anterior” (nótese que si no la hay es porque se piensa en ella como extinción, pues si se contemplase también el presunto efecto modificativo, no se hablaría de que “no hay novación”, antes bien, la habría pero con efecto modificativo y no extintivo). Lo mismo se infiere cuando reseña la “novabilidad” de una obligación pura en otra condicional y viceversa: no habrá novación si llega a faltar la condición puesta en alguna de ellas, “la razón en ambos casos es que por no existir la condición, no hay más que una sola obligación, y *toda novación requiere dos*”, para lo que cita en su apoyo el texto de las Instituciones (párrafo 3, título 30, libro 3) y la ley 15, título 14, Partida 5, “cuyas disposiciones no se alteran por el artículo”.

En cualquier caso, indudablemente existía en los autores de la época un cierto desconcierto en torno al alcance de la novación. Esta confusión, que ya venía alimentada

³⁶⁶ MORETÓN SANZ, *La asunción...*, cit., p. 135.

³⁶⁷ En el mismo sentido, SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 128, quien pone en duda incluso que el texto del “Febrero reformado” antes transcrito sea inequívocamente atribuible a GARCÍA GOYENA y, aun cuando lo fuera, no es indicativo de que el artículo 1134 del Proyecto recogiese la categoría de la “novación modificativa”: no solo no va referido al Proyecto y es bastante posterior a él, sino que del mismo y de los comentarios que al respecto refirió GARCÍA GOYENA en las *Concordancias*, la conclusión que se extrae es bien distinta.

por la doctrina que acerca de la novación *impropia* se había consolidado en el Derecho intermedio, se acentuó como consecuencia de la paulatina fuerza con que se alzaba el principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratación. Recuérdese, en efecto, que el término de “novación impropia” había sido heredado de la doctrina intermedia para referirse a aquellos supuestos en los que, naciendo una nueva obligación relacionada con la anterior, no la extinguía, fundamentalmente por ausencia de *animus novandi*, y en su lugar se *acumulaba* a ella. Sin embargo, esta acumulación no era real siempre y en todo caso, pues junto a los supuestos en los que sí se colocaba, junto a la *prior obligatio*, otra obligación principal o más frecuentemente accesoria (v. gr., una obligación accesoria de garantía), existían otras hipótesis en las que lo acumulado no tenía tal entidad (v. gr., el aplazamiento en el pago) pero que, por cercanía con el supuesto anterior, se añadía igualmente a la obligación principal por “novación impropia”³⁶⁸.

Esta idea se reforzó, como ya se ha indicado, con la admisión del principio de libertad contractual, que predicaba la libre modificabilidad del contenido de la obligación precedente. Ello llevó finalmente a que toda modificación se sintiese atraída al núcleo doctrinal de la novación, a través de su parecido con la llamada “novación impropia” y con el resultado práctico que ya en los casos de afianzamiento o aplazamiento de una obligación preexistente (integrantes de tal categoría), se alcanzaba: la modificación del vínculo obligatorio primitivo³⁶⁹. A tal confusionismo coadyuvó, por último, la regulación de la cesión de créditos como vía alternativa a la novación, que no solo conducía a prescindir de ella (y por tanto, a hacer desaparecer una de las funciones principales para las que se creó), sino que posibilitaba la transmisión de los créditos sin solución de continuidad en el vínculo primitivo, dejando entrever que no necesariamente debía tener lugar su extinción a pesar de la ulterior variación en la relación obligatoria.

En definitiva, la transmisibilidad de los derechos de crédito por medio de mecanismos más modernos y la modificabilidad de su contenido, condujeron a los autores a

³⁶⁸ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 122: “la consecuencia –en quien la admite– viene determinada por la doctrina de los *incrementa*: si a una obligación precedente se puede añadir, por *novación impropia* una obligación accesoria de garantía, de la misma forma se podrá añadirle una determinación accesoria de la voluntad, *dies o conditio*, o incluso detraer o cambiar algo de su contenido”.

³⁶⁹ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 130.

considerar la novación como una institución en crisis, relegada a los tiempos en los que la rigidez en la concepción de la obligación la hacía necesaria para satisfacer las necesidades del tráfico económico.

Por lo que al Derecho comparado se refiere, esta corriente encontró finalmente apoyo positivo con ocasión de la promulgación del B.G.B., que prescindió en su articulado de la novación y, en su lugar, reguló la *cesión de créditos* (§ 398 y ss.), la *asunción de deuda* (§ 414 y ss.) y, en suma, contempló en términos generales la modificación contractual del contenido de una relación obligatoria (§ 305). Por consiguiente, conforme a tal ordenamiento, un crédito puede ser transmitido a un nuevo acreedor o deudor por cesión o asunción de deuda, respectivamente, sin ver con ello comprometida su pervivencia. De igual forma, el contenido de una relación obligatoria puede ser modificado en algún punto accesorio o incluso capital sin perjuicio de mantener intacta su identidad³⁷⁰. Ahora bien, desde el punto de vista de los derechos accesorios de tal obligación principal que, aunque modificada, subsiste, ha de tenerse en cuenta que, aunque perviven por no haberse extinguido aquella a la que acompañan, lo hacen en los mismos términos en los que inicialmente fueron constituidos; dicho con otras palabras, subsisten las fianzas y los derechos de prenda que aseguran la obligación, mas la ampliación de estos solo puede surtir efecto contra los fiadores o contra el tercero propietario de la cosa pignorada, si estos expresamente lo consienten [§ 767 (1) y § 1210 (1)³⁷¹]. Con el límite antedicho en materia de derechos accesorios³⁷², lo que es claro es que la extinción de la obligación por novación solo se producirá como consecuencia de la libre convención de las partes.

³⁷⁰ ENNECCERUS, L., *Tratado...*, cit., pp. 218-222.

³⁷¹ El parágrafo 767 (1) establece: “El estado de la obligación principal en cada momento determina la obligación del fiador. Esto también se aplica, en particular, siempre que la obligación principal esté alterada por culpa o mora del deudor principal. La obligación del fiador no se amplía por un negocio jurídico concluido por el deudor principal después de la asunción de la fianza”. En el mismo sentido y respecto de la prenda, sienta el parágrafo 1210 (1) que “la prenda responde del crédito en el estado en que se encuentre en cada momento, en particular también de los intereses y penas convencionales. Si el deudor personal no es el propietario de la prenda, la responsabilidad no se extiende por un negocio jurídico llevado a cabo por el deudor después de la pignoración” [EIRANOVA ENCINAS, E., *Código civil alemán comentado BGB*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 251 y 380 y AA.VV., *Código civil alemán*, dir. por A. Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 228 y 307].

³⁷² Que, por lo demás, en materia hipotecaria bien podría ser discutido si se tienen en cuenta las posibilidades que ofrece la regulación de la deuda territorial en este Derecho.

La anterior no es, empero, la solución que consagraron otros cuerpos normativos como el *Code civil* francés, que enumeraba *la novation* como una de las formas por las que se extinguen las obligaciones, dentro del Capítulo V (“*De l’extinction des obligations*”) y que en su desarrollo (arts. 1271 – 1281) recopilaba las tres categorías históricas en las que opera la novación: 1º) la objetiva, respecto de la que solo preveía la sustitución de una deuda antigua, que se extinguía, por otra nueva concertada entre los mismos sujetos que la sustituía (“*[L]orsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l’ancienne, laquelle est éteinte*”); 2º) la subjetiva pasiva, cuando un nuevo deudor se colocaba en la posición del anterior, al que el acreedor liberaba (“*[L]orsqu’un nouveau débiteur est substitué à l’ancien qui est déchargé par le créancier*”) y frente al que solo podía dirigirse si el delegado devenía insolvente, en caso de expresa reserva o de que la insolvencia fuera conocida en el momento de la delegación (art. 1276); y 3º) la subjetiva activa, esto es, cuando un nuevo acreedor sustituía al antiguo, frente al cual el deudor quedaba liberado (“*[L]orsque, par l’effet d’un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l’ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé*”).

El efecto extintivo resultaba con claridad, además, de los artículos 1278 y 1281 del *Code*: el primero contemplaba la extinción de los privilegios e hipotecas del crédito antiguo, que no se transferían a aquel que le sustituía salvo que el acreedor los hubiese expresamente reservado, mientras que el precepto mencionado en segundo lugar preveía la liberación de las cauciones y de los codeudores solidarios por novación entre el acreedor y uno de los deudores de la misma clase. Es importante tener en cuenta, además, que cuando el artículo 1273 exigía que la voluntad de novar resultase claramente del acto, era simple y llanamente para distinguir entre novación (extinción) y pervivencia de la obligación primitiva, pues lo primero requería, como ya se ha expuesto, de *animus novandi*³⁷³, pero en ningún caso se pensaba en la modificación como contrapartida de la extinción. Esta es la solución que el propio legislador francés

³⁷³ POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, traducido al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Barcelona, 1839, pp. 376-377, sostiene que la novación requiere voluntad decidida de hacerla, declarada expresamente: “sin esto no hay novación; y la segunda obligación se reputa contraída más bien como accesoria de la primera y para confirmarla, que para extinguirla. La razón de esta ley [Pothier alude aquí a la constitución de Justiniano] es que no debe presumirse fácilmente que alguien renuncie a sus derechos; y como la novación encierra una renuncia que hace el acreedor de su primer crédito, al cual substituye otro, es de ahí que la novación no debe presumirse sin que las partes se expliquen de una manera que no deje duda”.

consagró en materia de delegación (art. 1275): para que surtiera efecto la novación el acreedor debía declarar expresamente que liberaba al deudor primitivo; en caso de que no constase tal declaración, “*n’opère point de novation*”, sino que surgía simplemente una especie de garantía personal análoga a la que produce la solidaridad³⁷⁴.

Ha de tenerse en cuenta que la regulación de la novación ha sido sensiblemente alterada en el país vecino a través de la Ordenanza nº 131/2016, de 10 de febrero de 2016. Con ella se ha modificado la ubicación sistemática de la institución, que ha dejado de comprenderse entre los modos de extinción de las obligaciones para pasar a regularse en un capítulo que lleva por rúbrica “*Les opérations sur obligations*” y que engloba, amén de la novación, la cesión de crédito, la cesión de deuda y la delegación. A pesar de este significativo cambio, no solo por lo que hace a su ubicación sistemática sino porque la admisión legal de la cesión de deuda, antes vetada, bien puede reducir aún más las posibilidades prácticas de la novación subjetiva pasiva, lo cierto es que de la regulación legal cabe inferir que la novación produce un único efecto: el extintivo-constitutivo. Así, el artículo 1329 comienza señalando que la novación es un contrato que tiene por objeto sustituir una obligación, que se extingue, por una obligación nueva que se crea; mientras que en materia de accesoriedad y solidaridad se consagra una solución que nos resulta ya absolutamente conocida: la extinción de la obligación antigua se extiende a todos sus accesorios, entre ellos, a los derechos de garantía, que solo podrán reservarse para el aseguramiento de la nueva obligación si consienten los terceros garantes (art. 1334); y, de la misma forma, la novación convenida entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios, libera a los demás (art. 1335).

Si tenemos que decantarnos por alguno de los dos modelos, es evidente que el legislador español adoptó en la promulgación de nuestro vigente Código la misma solución que años atrás había consagrado el Código de Napoleón por lo que a la ubicación sistemática de la institución se refiere y a algunas de las soluciones que, solo una concepción extintiva de la novación, pueden razonablemente explicar. Sin embargo, cierto es también que la regulación resulta en ocasiones ambigua y que las mismas ideas que ponen en entredicho la propia utilidad práctica de la novación (el protagonismo de la autonomía de la voluntad y la implantación de nuevos mecanismos que permiten atender los mismos fines) impregnan el pensamiento de nuestra doctrina. En ella tuvieron sin duda una influencia decisiva las ideas de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, quienes, en sus comentarios a la doctrina de ENNECCERUS sobre el B.G.B.³⁷⁵, ponen de

³⁷⁴ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 144.

³⁷⁵ Como pone de manifiesto MORETÓN SANZ, M. F., “Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español: la *vicenda* modificativa, la

manifiesto su posible traslación al Derecho español y se convierten con ello en fuente de inspiración para muchos autores que en adelante se decantarán a favor de una interpretación de la ley española comprensiva de una tal novación modificativa. A continuación analizaremos los argumentos que esgrimen en su apoyo y la configuración que, admitida aquella modalidad, resultaría finalmente de la novación.

3. Exégesis predominante en la doctrina y en la jurisprudencia: bases para el sustento de una novación modificativa y su diferencia con la extintiva

3.1. La inclusión, al lado de la figura tradicional de la novación extintiva, de la novación impropia o modificativa

Como ya se ha dicho, se encuentra hoy comúnmente aceptado en la doctrina y jurisprudencia españolas que la novación puede comportar dos efectos jurídicos bien distintos: por un lado, su característico efecto destructor de una obligación por creación de otra nueva que nace para sustituirla; y, de forma alternativa, un efecto modificativo del vínculo obligatorio que, a pesar de verse alterado en su objeto o en la identidad de los sujetos que conforman la relación, subsiste único. De esta guisa, los artículos 1203 a 1213 del Código no solo se conciben como reguladores de uno de los medios extintivos de las obligaciones sino, asimismo, como marco normativo de aplicación a la *modificación convencional de las obligaciones*, admitida sin discusión en nuestro Derecho como manifestación del principio de libertad contractual y, por tanto, como complemento y desarrollo del artículo 1255 CC: “[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

En este sentido, son reiteradas las declaraciones de nuestro Tribunal Supremo que reconocen abiertamente que el concepto de novación se ha ampliado de forma considerable en nuestro Derecho con relación al que se le atribuía en Derecho Romano,

sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales”, *ADC*, 61/2, 2008, p. 653, la promulgación del B.G.B. tras la entrada en vigor del Código civil español ejerce notable influencia en la doctrina española de la época y lleva a poner en tela de juicio la adscripción general, y sobre la *novatio* en particular, de nuestro texto privado al sistema romano-francés, hasta el punto de que se ha terminado por imponer la corriente favorable a la libre transmisibilidad de las deudas y (añadimos nosotros) a la modificación de las obligaciones, sea cual sea el elemento sobre el que recaiga la alteración.

hasta el punto de que, al lado de la figura tradicional de la novación extintiva, se haya dado cabida a la impropia o meramente modificativa y, por consiguiente, se haya reducido notablemente el alcance que, a la vista de la rúbrica del Capítulo IV del Título Primero del Libro IV del Código Civil y de la afirmación aparentemente general del artículo 1156 que lo encabeza, pudiera concederse a esta institución³⁷⁶.

Esta intelección de la norma civil por antonomasia se sustenta principalmente, como ya hemos apuntado, en la idea de que las actuales necesidades del mercado no deben quedar encorsetadas por la rigidez de una institución que se muestra de otra época,

³⁷⁶ Suele señalarse como punto de partida en esta andadura la STS de 29 de abril de 1947 (RJ 1947, 607), que sienta las bases para la admisibilidad de la llamada novación modificativa, cuando afirma abiertamente que “si bien el mencionado artículo 1204 exige para que la novación se produzca una declaración terminante de las partes o la incompatibilidad de la obligación antigua con la nueva, *tal exigencia se refiere a la novación considerada en su sentido estricto –novación extintiva– no a la meramente modificativa*, que el Código civil también admite, como claramente aparece de la frase inicial del artículo 1203 e igualmente “a sensu contrario” del texto del artículo 1207, y es lógico que la admita porque solo cabe atribuir el carácter de nueva a la relación obligatoria posterior cuando así lo quieran las partes o se manifiesta *desde el punto de vista económico* esta relación posterior como completamente distinta de la anterior”. Esta tendencia se confirma en la jurisprudencia posterior: entre otras muchas, SSTS de 20 de diciembre de 1960 (RJ 1960, 4104), 14 de octubre de 1967 (RJ 1967, 3821), 16 de febrero de 1973 (RJ 1973, 475), 29 de enero de 1982 (RJ 1982, 335), 11 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6110), 7 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1150), 21 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7229), 7 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2007); y más recientemente, SSTS 394/1993, de 15 de abril (RJ 1993, 2884), 951/1993, de 13 de octubre (RJ 1993, 7513), 523/1994, de 31 de mayo (1994, 3769), 130/1995, de 23 de febrero (1995, 1108), 203/1996, de 15 de marzo (RJ 1996, 2181), 138/1999, de 25 de febrero (RJ 1999, 1132), 953/2000, de 24 de octubre (RJ 2000, 9587), 1263/2003, de 29 de diciembre (RJ 2004, 358), 112/2005, de 4 de marzo (RJ 2005, 1778), 311/2006, de 16 de marzo (RJ 2006, 5724), 181/2008, de 6 de marzo (RJ 2008, 4038), 1054/2008, de 7 de noviembre (RJ 2008, 7701), 130/2009, de 12 de marzo (2009, 1645), 536/2011, de 11 de julio (RJ 2011, 5014), 107/2013, de 21 de febrero (RJ 2013, 2149), 28/2015, de 11 de febrero (RJ 2015, 335) y 41/2016, de 11 de febrero (RJ 2016, 236). Ahora bien, aunque se trata de contadas excepciones, hay también algunas resoluciones que con mayor rigor técnico se inclinan por contraponer a la novación, como medio extintivo de obligaciones, el fenómeno de su modificación, llegando a poner en duda que la figura de la novación sea compatible con la producción de efectos modificativos: entre ellas, muy tímidamente, las SSTS de 16 de febrero de 1983 (RJ 1983, 1041), 28 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3941) y 1026/2004, de 29 de octubre (RJ 2004, 7215); y con mayor rotundidad la STS de 24 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1425), al señalar que “no todas las situaciones modificativas o consolidadoras de las obligaciones constituyen precisamente novación, ya que cabe construir la modificación de una relación preexistente, en razón a la libre decisión de la voluntad de las partes, tanto en su objeto, como en sus condiciones principales y garantías, sin que se produzca precisamente novación”, así como la STS 2/2000, de 20 de enero (RJ 2000, 223), que critica la resolución objeto de recurso porque “parece prescindir del concepto jurídico de novación, que es la causa de extinción de la obligación que se produce por la constitución de una nueva que sustituye a aquella; *no hay novación de contrato sino de obligaciones y no hay novación modificativa sino modificación de las obligaciones con requisitos y caracteres muy específicos*”.

obsoleta, *superviviente*³⁷⁷. En efecto, los partidarios de ella nos recuerdan que el Derecho romano, cuna de la novación, estaba impregnado de un rigor y un formalismo que escapan con mucho de los principios que inspiran el Derecho moderno, en el que la libertad de contratación y la autonomía privada protagonizan el devenir de las relaciones. Y este cambio de paradigma, unido a la evolución que ha sufrido el concepto de obligación desde su entendimiento como un vínculo entre personas determinadas hacia su progresiva despersonalización³⁷⁸, ha dado pie a la admisión de otros mecanismos jurídicos que, sin comprometer la identidad de la obligación primitiva, permiten en principio articular la alteración deseada en una relación obligatoria, tanto desde el punto de vista subjetivo como objetivo. Se citan como ejemplos del primero, la cesión de créditos o de deudas (esta última, empero, de mera construcción doctrinal³⁷⁹) y del segundo, la dación en pago y la que, ahora estudiamos, novación *modificativa*³⁸⁰.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, a salvo la cesión de créditos (arts. 1526 y ss. CC), el alcance que se otorgue a las restantes instituciones depende precisamente de la interpretación que de las normas sobre novación se sostenga, y así, v. gr., de los artículos 1204 a 1206 CC (cesión de deudas) y del artículo 1212 CC (subrogación), según veremos después.

La interpretación predominante de la norma viene, por tanto, alentada por unos aires de flexibilización que encuentran en la ambigüedad del legislador el marco perfecto para su desenvolvimiento. Se señalan principalmente como preceptos del Código Civil que apoyan este criterio, además del artículo 1255 CC como máximo exponente de la

³⁷⁷ COLIN y CAPITANT, *Curso...*, cit., p. 223: “la novación es una *supervivencia*, una institución completamente romana que ha subsistido en el Derecho moderno, aunque las razones que hicieron crearla han desaparecido en su mayor parte”.

³⁷⁸ Como pone de manifiesto CLEMENTE DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., pp. 98 y ss., mirada la obligación en su evolución legislativa y doctrinal, presenta dos fases, y es que el Derecho positivo puede realzar en ella o bien la relación personal de los interesados o bien el contenido de la relación obligatoria: aquella es la concepción romana; esta, la germana y moderna. En realidad, la consideración de la obligación como un vínculo entre sujetos concretos y, por tanto, en su carácter personal subjetivo e intransferible, no es privativa ni exclusiva de los romanos, sino común a todas las legislaciones primitivas, en las que el poder del acreedor, que inicialmente lo era físico sobre el cuerpo del deudor, se convirtió después en un imperio sobre la voluntad del deudor (un vínculo moral); la garantía de la obligación no estaba ya solo en la persona sino principalmente en el patrimonio del deudor y, por esa razón, era inescindible a él (pp. 74-75).

³⁷⁹ Y cuya discutible adecuación a nuestro ordenamiento analizaremos en el apartado 4.1.1. de este mismo epígrafe.

³⁸⁰ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas a ENNECCERUS*, cit., pp. 222 y ss.; CLEMENTE DE DIEGO Y NAVARRO DE PALENCIA, “Efectos novatorios...”, cit., p. 478 y ss.; VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. III, 4.ª ed., Valladolid, 1937, p. 196; HERNÁNDEZ-GIL, “El ámbito...”, cit., pp. 51 y ss.; y ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, cit., pp. 148 y ss.

autonomía de la voluntad, los artículos 1203, 1204, 1207 y 1212, los cuales resuelven, según el sentir mayoritario, la tensión sobre cuándo debe producirse uno u otro efecto, o sea, la extinción o la mera modificación de la relación obligatoria. Veamos a continuación los distintos argumentos que se esgrimen en favor de esta tesis.

Si atendemos al dato normativo, la idea de que la modificación puede ser uno de los dos efectos jurídicos que cabe asignar a la novación dice hallarse, primeramente, en la afirmación con la que el artículo 1203 CC abre la regulación de la novación: “[...] *as 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*”. La literalidad de esta norma ofrece así una de las claves en las que se sustenta la novación modificativa, admitida la teoría de que el precepto en cuestión predica una única consecuencia jurídica para el caso de que concurra alguno de los tres supuestos que describe: su modificación³⁸¹. Esta forma de expresarse el legislador revela, según el parecer dominante, que no está pensando en absoluto en la destrucción de la obligación sino, por el contrario, en su pervivencia, que es lo que en todo caso expresa gramaticalmente el verbo *modificar*. La novación, conforme dice en su comienzo el artículo 1203 CC, implica “modificación” y modificación no es extinción, ni esta es secuela necesaria de aquella³⁸²; tesis que trata de reforzarse aludiendo a la forma en la que el legislador describe los elementos sobre los que de forma específica puede versar la alteración, pues emplea para ello expresiones que denotan no tanto la extinción sino más bien la subsistencia de lo modificado: *variando, sustituyendo, subrogando*³⁸³.

³⁸¹ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Notas a ENNECCERUS, p. 224; HERNÁNDEZ-GIL, “El ámbito...”, cit., p. 804; AZURZA, “Notas...”, cit., pp. 599 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, cit., p. 149; PUIG BRUTAU, *Compendio...*, cit., p. 121. A este argumento se acoge igualmente el TS en la consagración de la llamada novación modificativa, que dice apreciarse claramente en la frase inicial del artículo 1203 [SSTS de 29 de abril de 1947 (RJ 1947, 607), 29 de enero de 1982 (RJ 1982, 335) y 7 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1150), entre otras].

³⁸² PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Notas a ENNECCERUS, cit., pp. 222 y 225.

³⁸³ Aunque se muestra contrario al reconocimiento de una novación modificativa, reconoce SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 158-159, que la descripción que el precepto realiza de cada una de las tres especies de novación que consagra, más parece referible a la modificación de la *prior obligatio* cuyo vínculo, alterado, subsiste, que a la extinción mediante creación de otra nueva en su lugar, y es que todos estos verbos –modificar, variar, sustituir, subrogar– resultan en mayor medida referibles a la subsistencia del vínculo que a su extinción. En el mismo sentido, aunque ahora sí como partidarios de la misma: PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Notas a ENNECCERUS, cit., p. 417; HERNÁNDEZ GIL, “El ámbito...”, cit., pp. 804-805; REYES MONTERREAL, “Esencia...”, cit., p. 605; y, como principal precursor, CLEMENTE DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., pp. 283-284, quien sostiene que “los números 2 y 3 del 1203, en su redacción, parecen dar a entender la idea del traspaso, de la transmisión, sustituyendo la persona de

Este argumento formal se acompaña, además, de uno de índole sustancial: en la medida en que la subrogación por pago no extingue la obligación, no tiene por qué hacerlo la alteración en el objeto o condiciones principales de la obligación ni, por la misma razón, la transmisión a título singular de la deuda; es decir, puesto que el supuesto que el artículo 1203 CC describe en sus ordinal tercero no conlleva extinción sino subsistencia de la obligación, ello es indicativo de que el precepto debe leerse en clave de modificación y no en la de extinción³⁸⁴. Ahora bien, este argumento remite, a su vez, a la regulación que de la subrogación contiene el artículo 1212, en virtud del cual “[l]a subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos...”. En él se ordena la transmisión de las garantías y derechos accesorios cuando se produce un cambio de acreedor y, por ende, se contempla el efecto contrario al que derivaría de regir la novación *extintiva*, que conduciría a su extinción por consecuencia de la del derecho principal (art. 1207 CC)³⁸⁵. Ello, unido a la propia literalidad del precepto, que habla de *transferencia* del propio *crédito*, lleva a muchos autores a defender que la subrogación no entraña extinción de la obligación primitiva y creación de una nueva sino mera subsistencia de la primera, de tal forma que la pervivencia de la accesoria se explica con facilidad porque sigue la suerte de aquella, la de la obligación principal. Por consiguiente, el emplazamiento de esta figura en la regulación que de la novación acomete el Código se percibe como uno de los síntomas de la idea ambivalente que de la novación tiene dicho cuerpo legal. Este razonamiento descansa, no obstante, en una premisa que nos conduce a una discusión distinta: la relativa a la naturaleza jurídica de la subrogación, en cuyo análisis nos detendremos después.

deudor y subrogando a un tercero en derechos de acreedor. Claro es que se puede sustituir un deudor con otro modificando la obligación, pero ¿no es cierto que la sustitución se refiere a ocupar el mismo lugar con respecto a la misma cosa?”.

³⁸⁴ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Notas a ENNECCERUS, cit., pp. 222, 408 y 420, y CLEMENTE DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., pp. 287-288. Los primeros apuntan que “basta leer el artículo 1212 para percatarse de que la novación puede significar sucesión o modificación subjetiva”, lo que a su vez viene reafirmado por el contraste entre el Código español y los Códigos francés e italiano, que a él sirvieron de modelo, pues mientras estos últimos sentaban como tercer caso de novación aquel en que *en virtud de una nueva obligación* un nuevo acreedor venía sustituido al antiguo, respecto al cual el deudor quedaba liberado, el español se alejó de una forma de expresión tan elocuente por lo que respecta al efecto novatorio, y en vez de “*en fuerza de una nueva obligación...*” dijo “*subrogando a un tercero en los derechos del acreedor*”, lo cual evoca la idea de transmisión, de sustitución, de sucesión [CLEMENTE DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., p. 278].

³⁸⁵ ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, cit., p. 149.

Si retomamos el argumento gramatical, de la redacción del artículo 1204 también se colige, en opinión de estos autores, que la novación puede no ser extintiva sino modificativa. El precepto comienza diciendo que “*para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya...*”, o sea, para que haya novación *extintiva*, deben concurrir los dos requisitos que seguidamente se señalan, a saber: “*que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles*”. Pues bien, en la ausencia de alguno de los dos requisitos mencionados ha visto la doctrina una puerta de entrada para la novación *modificativa*: si no concurre declaración terminante de las partes ni incompatibilidad entre ambas obligaciones, la novación no producirá extinción de la primitiva y creación de la nueva sino, muy al contrario, modificación de la primera y única. Aún más, también hay quien, considerando que la regla no nos dice qué es preciso para que la obligación subsista como consecuencia de la novación, sino lo que se necesita para que se entienda extinguida, deduce que en realidad la subsistencia no es la excepción al principio general extintivo sino a la inversa: la novación, como regla general, produce alteración con supervivencia que solo excepcionalmente trascenderá a la esfera de la extinción³⁸⁶. ¿No podría, por el contrario, entenderse que la norma solo se refiere a las circunstancias que dan lugar a la extinción porque en ningún caso se plantea la modificación como un resultado posible?

Por lo que respecta al artículo 1207 CC, su lectura *a sensu contrario* apunta, a juicio de los mismos autores, en idéntica dirección. Ello se debe a la formulación del precepto, que señala que “[c]uando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, *solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento*”. En efecto, en aquel primer inciso se percibe que el legislador prevé de forma hipotética y condicional la circunstancia de que la obligación se extinga, lo que denota que también puede producirse una novación sin eficacia extintiva, o sea, que *novación y extinción* no son conceptos indisolubles³⁸⁷. Así, este precepto hace suponer que hay casos en los que no se extingue la obligación principal, lo que en particular ocurrirá, a tenor del artículo 1204, cuando no se declare terminantemente ni sean

³⁸⁶ NÚÑEZ LAGOS, R., “Cesión de contrato”, RDN, 12, 1956, pp. 21 y ss.; REYES MONTERREAL, “Esencia...”, cit., pp. 605-606.

³⁸⁷ CLEMENTE DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., p. 272; HERNÁNDEZ GIL, “El ámbito...”, cit., p. 797. En el mismo sentido, las SSTs de 29 de enero de 1982 (RJ 1982, 335) y 7 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1150), entre otras.

incompatibles entre sí la antigua y la nueva obligación; supuesto en el que no habrá extinción sino, se reitera, modificación.

Transcendiendo del mero dato gramatical, REYES MONTERREAL halla también respaldo a la novación modificativa en la previsión del artículo 1208 CC: “[l]a novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”. En su interpretación pone de manifiesto que, si la novación tuviera carácter extintivo, la nulidad se extinguiría también con la obligación desaparecida y el vínculo resultante no tendría que nacer con el estigma de una nulidad ya erradicada; concluye, entonces, que este precepto solo se explica si se parte de que la esencia de la novación es la de modificar, pues subsistiendo la obligación primera, el vicio de nulidad que sobre ella recae se mantiene vivo³⁸⁸. Ahora bien, ¿acaso puede extinguirse una obligación nula? ¿Y no es requisito *sine qua non* para que pueda operar la novación que preexista una obligación válida, en la que tenga su origen la segunda?³⁸⁹

La argumentación desplegada en favor de la novación *modificativa* culmina con el broche que ofrece el artículo 1255 del Código, exponente de libertad y flexibilidad. A él se acogen PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER para defender que, frente a la declaración de las partes de no querer extinguir la obligación existente sino de modificarla y considerando que no se produce lesión en lo prescrito por las leyes (pues ningún precepto positivo se opone a su juicio a la posible modificación, que además expresamente reconoce el artículo 1203), ni existiendo afectación a la moral o al orden público o perjuicio a tercero, habría de permitirse tal modificación sin calificar la novación *en su sentido estricto*³⁹⁰. Sin embargo, como seguidamente veremos, resulta harto discutible que la modificación, en determinados supuestos, no cause perjuicio a terceros, y tal vez precisamente por ello los artículos 1203 y siguientes del Código deban leerse no tanto en clave de lo que autorizan o permiten sino, antes bien, de lo que proscriben o limitan.

³⁸⁸ REYES MONTERREAL, “Esencia...”, cit., pp. 606-607.

³⁸⁹ SANCHO REBULLIDA, F., “Comentario al artículo 1208 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. XVI, v. I: *Artículos 1156 a 1213 del Código civil*, Edersa, Madrid, 2.ª ed., 1991, pp. 762 y ss.; en el mismo sentido AZURZA, “Notas...”, cit., p. 601; y RAGEL SÁNCHEZ, “El concepto...”, cit., p. 913.

³⁹⁰ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas a ENNECCERUS*, cit., p. 223.

En definitiva, partiendo de la premisa de que las partes pueden modificar la relación obligatoria en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y, a la vista de la desafortunada redacción de los artículos 1203 y 1204 CC, la doctrina mayoritaria concluye que la alteración de la originaria relación obligatoria puede implicar, bien la creación de una nueva en sustitución de la anterior (lo que se califica de novación extintiva ex artículo 1204 CC), bien la subsistencia de la primera aunque con la modificación pretendida (es decir, la novación modificativa que previene el artículo 1203 CC)³⁹¹. Es más, la novación solo producirá efecto extintivo cuando las partes hagan constar su *animus novandi*, ya sea de forma expresa mediante una *declaración terminante* en tal sentido, ya “tácitamente” a través del concierto de una nueva obligación que sea *de todo punto incompatible* con la anterior³⁹². Faltando alguno de estos dos presupuestos, la obligación no quedará extinguida por una nueva que la sustituya sino simplemente modificada en sus términos. Es por ello que, según esta interpretación, la voluntad de las partes se erige en elemento determinante del efecto extintivo o modificativo que quepa atribuir al nuevo convenio celebrado entre ellas, que solo cederá, a falta de una declaración categórica y para los supuestos de novación objetiva (o sea, la recayente sobre el objeto de la obligación), frente a la incompatibilidad “*de todo punto*” entre “*la antigua*” y “*la nueva*” obligación. Ahora bien, ¿cómo ha de medirse esta?

3.2. El ámbito de la novación extintiva y el de la modificativa según la communis opinio: interpretación de los artículos 1203 y 1204 del Código civil

Expandida como está en el pensamiento jurídico la tesis de que la novación presenta dos modalidades (extintiva y modificativa) que coexisten, las discrepancias comienzan a aflorar cuando de lo que se trata es de delimitar el ámbito en el que cada una de ellas

³⁹¹ Así lo sintetiza la STS 28/2015, de 11 de febrero (RJ 2015, 335).

³⁹² Es común el entendimiento de que la incompatibilidad no es sino manifestación de la voluntad tácita de las partes, pues la intención de realizar una sustitución global de la obligación primitiva no puede depender enteramente de las palabras empleadas en el convenio sino, también, de la entidad de la alteración introducida, de la que necesariamente se deduce su deseo de extinguir la obligación primitiva cuando esta no pueda subsistir por ser incompatible con la segunda: RAGEL SÁNCHEZ, “El concepto...”, cit., p. 915; REYES MONTERREAL, “Esencia...”, cit., p. 607; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “La jurisprudencia sobre el *animus novandi* en la novación objetiva”, *Aranzadi civil*, 2, 1994, pp. 51-66. Por contra, HERNÁNDEZ-GIL, “El ámbito...”, cit., p. 799, apunta que calificar este supuesto de novación *tácita* no resulta del todo correcto desde el punto de vista terminológico, porque no se trata, en realidad, de que se inquiera la voluntad de las partes a través de sus actos ex artículo 1282 CC sino, antes bien, de que la ley considera como existente la novación de concurrir un hecho material concluyente al que no puede otorgarse otro significado: el de la incompatibilidad.

actúa. Como regla general se asume que, si como resultado del doble juego e interrelación entre el *aliquid novi* –la *modificación* de que habla el artículo 1203 CC– y el *animus novandi* que recoge el 1204, se llega a la no subsistencia del vínculo primitivo, se produce la novación propia, que opera extintivamente, mientras que si en cambio la obligación subsiste, persistiendo el vínculo aunque modificado, estaremos ante la llamada novación impropia o modificativa³⁹³. Y en la consecución de uno de esos dos resultados, ninguna duda cabe de que la clave debe buscarse en el artículo 1204 CC. Así, está comúnmente admitido que mientras el artículo 1203 CC prevé en qué circunstancias la novación *modifica* –a salvo lo que seguidamente se expondrá respecto de la novación objetiva–, el precepto que le sigue establece cuándo esa modificación alcanza el estadio de *extinción-constitución*, lo que acontece cuando concurren alguno de los dos presupuestos que conforman la regla: el primero de ellos, meritorio (“*que así se declare terminantemente*”), el segundo, sin embargo, de difícil intelección (“*que la antigua – obligación– y la nueva sean de todo punto incompatibles*”). En otras palabras: no existiendo una declaración terminante de las partes, exteriorización o indiscutible deducción de su *animus novandi*, o una manifiesta incompatibilidad de la obligación antigua con la nueva, no hay novación extintiva propia sino modificativa o impropia; presumiéndose para los casos dudosos que las partes han querido el efecto más débil, o sea, la novación modificativa y no la extintiva de la obligación [STS de 29 enero 1982 (RJ 1982, 335)].

Aún más, si atendemos a las distintas modalidades de novación existentes en función de cuál sea el elemento sobre el que recae la alteración, observamos que el test de incompatibilidad que predica el artículo 1204 CC únicamente se pone en relación con aquella afectante al objeto de la obligación: cuando *inter easdem personas* se lleva a cabo una modificación en algún aspecto objetivo de la obligación, faltando ánimo extintivo, se acude a la regla de la incompatibilidad para asignar uno u otro efecto al convenio. No así cuando la alteración se produce en el aspecto subjetivo de la obligación y es que, entendido el artículo 1203 CC como sinónimo de modificación y admitida la transmisibilidad (activa y pasiva) de las obligaciones, al amparo de la autonomía de la voluntad, la doctrina mayoritaria alega no encontrar óbice en que los supuestos comprendidos en los apartados segundo y tercero del 1203 (o sea, la novación subjetiva

³⁹³ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, Universidad de León, León, 2000, p. 115.

pasiva por cambio de deudor y la subjetiva activa por vía de la subrogación), puedan articularse sin solución de continuidad en el vínculo obligatorio y, por tanto, con efectos meramente modificativos.

Si se mira bien, lo anterior no deja de sorprender, al menos cuando se repara en que la regla de la incompatibilidad, entendida como manifestación tácita de novación, es fácilmente comprensible en la subjetiva, en la que la existencia de una tercera persona no deja de ser un hecho cierto³⁹⁴, al contrario de lo que ocurre en la objetiva, la cual, dependiente de la entidad de la alteración introducida, presenta contornos mucho más difusos. Sin embargo, la subrogación se concibe doctrinalmente, a salvo contadas excepciones, como *transmisión* en el crédito (art. 1212 CC), en un plano equivalente a la cesión que regulan los artículos 1526 y siguientes, mientras que la sucesión particular en el débito permaneciendo la misma relación obligatoria, aunque de forma mucho más restringida y problemática, aparece hoy ampliamente admitida también siempre que conste de forma expresa en el convenio entre quien asume la deuda y el deudor primitivo y lo consienta el acreedor (amén de los terceros garantes, caso de que los haya, para la subsistencia de las garantías)³⁹⁵.

En definitiva, constituye lugar común en la doctrina, primero, que la subrogación no extingue sino que transmite el crédito (o sea, que produce una novación *modificativa* que solo por voluntad expresa y terminante de las partes podrá ser *extintiva*); y segundo, que aunque el cambio de deudor se regule en principio mediante novación extintiva, nada impide que las partes puedan convenir la “sucesión” en la deuda *ex* artículo 1255 CC, eso sí, siempre que medie consentimiento del acreedor. Por lo tanto, en ambos casos el *animus* de las partes resulta por completo determinante del efecto que se atribuya al

³⁹⁴ VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado...*, cit., p. 198.

³⁹⁵ En efecto, si bien la jurisprudencia inicialmente estimó axiomático que toda novación por cambio subjetivo de deudor era rigurosamente extintiva, posteriormente ha venido a admitir la transmisibilidad de las obligaciones en el aspecto pasivo, con excepción de las contraídas *intuitu personae*, por estimarlo procedente en nuestro ordenamiento positivo con arreglo al principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y por entender superada en el derecho moderno la añeja concepción del acentuado personalismo del vínculo obligatorio, inseparable de acreedor y deudor. Aún más, en defecto de una regulación específica de la asunción de deuda, en determinadas resoluciones acude para construir la figura al marco de las normas reguladoras del cambio de la persona del deudor con efectos de novación meramente modificativa (art. 1203.2, en relación con el 1204 y 1205): *vid.* a modo de ejemplo, y sin perjuicio de lo que con mayor exhaustividad se expondrá en el apartado dedicado a esta figura (4.1.1.), la STS de 11 de diciembre de 1979 (RJ 1979, 4359).

convenio: de su voluntad *declarada terminantemente* (art. 1204 CC) se hace depender el efecto modificativo o extintivo de la “novación”, de la que, dicho sea de paso, y entendida propiamente como extinción por creación, queda bien poco³⁹⁶.

La novación objetiva, por el contrario, no se produce únicamente como consecuencia de la *mera voluntate* sino que también puede serlo *ex re*, cuando la obligación antigua y la nueva “*sean de todo punto incompatibles*” (art. 1204 CC)³⁹⁷. Ahora bien, ¿en qué se cifra esta incompatibilidad?, ¿qué circunstancias han de concurrir para que dos obligaciones sean *de todo punto* incompatibles? En la interpretación de esta regla se diferencian dos líneas de pensamiento claramente dispares.

La primera de las teorías, de la que por lo general participa el Tribunal Supremo, sostiene que la incompatibilidad a que hace referencia el artículo 1204 concurre cuando la obligación originaria se modifica de manera *sustancial*, lo que acontece en particular cuando la alteración afecta bien a su *objeto*, bien a sus *condiciones principales*, o sea, en la medida en que la variación alcance a los elementos que enumera el apartado primero del artículo que en orden le precede (1203.1 CC). El cambio de tales aspectos del vínculo obligatorio se reputa de una entidad tal que hace que la segunda obligación sea *incompatible* con la anterior: se trata de elementos consustanciales a la primera y sin los que esta no puede subsistir³⁹⁸. El sustento de esta teoría se localiza en la propia letra de la ley, que denota, al exigir principalidad en la alteración, que su ámbito es realmente el de la *extinción* y no el de la *modificación* de las obligaciones, pues, si se estuviese refiriendo a esta última, debería comprender no solo las condiciones principales, sino igualmente las secundarias, con mayor razón susceptibles de mera modificación. Por consiguiente, el ámbito de la novación objetiva modificativa se reduce, según esta interpretación, a las alteraciones *accidentales* que sobre la relación obligatoria precedente lleven a cabo las

³⁹⁶ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 204.

³⁹⁷ NÚÑEZ-LAGOS, “Cesión...”, cit., p. 22.

³⁹⁸ Vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO, “La jurisprudencia...”, cit., pp. 54 y ss. y de la misma autora, *El consentimiento...*, cit., p. 97, quien cita como ejemplos de esta doctrina jurisprudencial, entre otras muchas, las SSTs de 10 y 23 de enero y 18 de marzo de 1992 (RJ 1992, 184; 1992, 202; y 1992, 2206), que aprecian incompatibilidad “cuando el cambio en la relación obligatoria es esencial”. Esta idea sobre la incompatibilidad del 1204 entendida como alteración del núcleo fundamental de la obligación se acoge, entre otros autores, por VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado...*, cit., p. 198, y RAGEL SÁNCHEZ, “El concepto...”, cit., pp. 921 y ss.

partes³⁹⁹ y, de la misma forma, a aquellas que vayan dirigidas a facilitar el cumplimiento y efectividad de la primera obligación⁴⁰⁰.

Como ya habrá advertido el lector, esta tesis incurre en una notable contradicción: recuérdese que uno de los argumentos que con mayor reiteración se cita en apoyo de la novación impropia consiste precisamente en la forma en la que el legislador introduce la materia en el artículo 1203 CC (“*las obligaciones pueden modificarse*”); no obstante, si se colige del primero de los supuestos (“*variando su objeto o sus condiciones principales*”) que en realidad nos movemos en la esfera de la *extinción*, porque la modificación es de tal magnitud que necesariamente produce *incompatibilidad* entre la antigua y la nueva (art. 1204 CC), ¿cómo puede verse entonces en el precepto el marco regulador de la novación *modificativa*? Dicho más llanamente: ningún sentido tiene que se atribuya a la novación *eficacia modificativa* con sustento en el primer inciso del artículo 1203 CC y que, sin embargo, cuando la *modificación* de la que habla el precepto se refiera al primer supuesto que en él se describe, se le haga caer de lleno en el ámbito de la incompatibilidad del artículo 1204 CC. Si el precepto regula la modificación, esta podrá ir referida al objeto o condiciones principales de la obligación, mientras que, de no ser así, esto es, de estimarse que por la entidad de la alteración estos elementos no son susceptibles de verse modificados sin afectar a la propia existencia de la obligación primitiva, tanto querrá decirse como que el precepto no contempla, en rigor, la modificación como efecto jurídico.

A esta idea se acoge precisamente la segunda de las líneas hermenéuticas, si bien con la aspiración de otorgar un mayor alcance a la novación *que modifica*, a cuyo fin sostiene que el artículo 1203 se refiere, en puridad, a la variación en el objeto o en las condiciones principales como uno de los supuestos determinantes de la única consecuencia jurídica que predica en su inciso primero, o sea, la modificación⁴⁰¹. Así, el supuesto de hecho que el precepto consagra en el número primero solo sería, en realidad, desarrollo y

³⁹⁹ Vid. a modo de ejemplo las SSTs de 9 de enero de 1992 (RJ 1992, 176) y 9 de febrero de 1993 (RJ 1993, 693). En principio, se considera variación en los elementos accesorios la prórroga del plazo de la obligación, el cambio en la cuantía de la prestación (aunque algunos autores otorgan distinto efecto según se trate de incremento o minoración), las variaciones que afecten al modo o lugar de ejecución y las relativas a la adición o supresión de garantías [RAGEL SÁNCHEZ, “El concepto...”, cit., p. 923]. Para un análisis de la vasta casuística: GUTIÉRREZ SANTIAGO, “La jurisprudencia...”, cit., pp. 51-66.

⁴⁰⁰ STS de 9 de abril de 1957 (RJ 1957, 2498).

⁴⁰¹ HERNÁNDEZ-GIL, “El ámbito...”, cit., p. 804.

concreción de aquella, lo que también vendría demostrado, a juicio de los partidarios de esta tesis, por el hecho de que el legislador proceda a su descripción mediante el empleo de una expresión sinónima a la de modificación: “*variando*”⁴⁰². En efecto, en opinión de HERNÁNDEZ GIL, si el legislador utilizó el verbo “*variar*” en lugar de “*modificar*” para describir el supuesto fue probablemente por evitar reiteraciones, de conformidad con el extremo cuidado en la expresión del que el legislador de 1889 hace constante gala. Ahora bien, *¿quid* si la razón del uso del sinónimo se hallara en que el legislador no pretendía verdaderamente consagrar como consecuencia jurídica la consistente en la simple modificación de la relación obligatoria?

En fin, en opinión de los autores que sostienen esta segunda tesis, la novación puede ser modificativa, no porque las alteraciones en los elementos accidentales no estén comprendidas en el artículo 1203, sino precisamente porque las variaciones en el objeto o en las condiciones principales, expresamente contempladas en él, no entrañan de suyo la extinción de la obligación precedente⁴⁰³. Para esto último es preciso que concurra alguna de las dos circunstancias que enumera el artículo siguiente: que las partes expresamente manifiesten su voluntad extintiva o que las dos obligaciones sean incompatibles “*de todo punto*”, o sea, *en todos los puntos*, de suerte que, pudiendo existir separadamente, no puedan sin embargo coexistir⁴⁰⁴.

Ahora bien, ¿de qué forma ha de medirse esta supuesta “coexistencia”, considerando que difícilmente puede darse de manera total? Pues, a excepción de los supuestos en los que el cambio consista en añadir un elemento nuevo (v. gr., un fiador), desde el momento en el que se introduce una modificación, siquiera sea accidental, el contenido de la anterior obligación quedará eliminado en ese punto y reemplazado por el que resulte de la nueva

⁴⁰² HERNÁNDEZ-GIL, “El ámbito...”, cit., p. 805.

⁴⁰³ PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Notas a ENNECCERUS, cit., p. 224; HERNÁNDEZ-GIL, “El ámbito...”, cit., p. 805; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. II, Edisofer, Madrid, 14.ª ed., 2011, pp. 330 y 339.

⁴⁰⁴ HERNÁNDEZ-GIL, “El ámbito...”, cit., p. 806. Por su parte, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Notas a ENNECCERUS, cit., p. 225, sostienen que debe atenderse no solo a la naturaleza jurídica de la cláusula modificada sino también a la voluntad de las partes y a la significación económica de la modificación (de la misma forma que CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., p. 513), y llegan incluso a sostener que la incompatibilidad “puede plantearse tanto respecto al caso de que la segunda obligación sustituya a la primera extinguiéndola como con relación al caso de que sea la misma obligación, pero modificada”. La misma idea reitera AZURZA, “Notas...”, cit., p. 599.

y, por tanto, en ese particular extremo no podrán *coexistir* nunca⁴⁰⁵. Y, por contra, ¿cuándo una obligación será incompatible con otra “en todos los puntos”? Concebir la incompatibilidad como la necesidad de que la nueva obligación no pueda coexistir con la precedente “en ningún punto” es tanto como negar cualquier virtualidad a la regla, pues rara vez nos encontraremos en tal tesitura, máxime si tenemos en consideración que el mecanismo novatorio presupone que la nueva obligación tomará determinados elementos de la anterior para sí y solo se verá alterada en el contenido que conforme el *aliquid novi*. Dicho más llanamente: puesto que la novación se concibe como la extinción de una obligación por otra nueva que viene a sustituirla, tomando para sí determinados elementos de aquella, difícilmente podrá tener lugar una radical contraposición entre *todos* los elementos de la obligación alterada y la nueva⁴⁰⁶; interpretación literal de la norma que, entendida en esos términos, resta toda eficacia práctica a la novación tácita por incompatibilidad *total*. Sea como fuere, existe un supuesto alejado de toda discusión doctrinal: la alteración de la *causa* de la obligación primitiva es siempre y en todo caso productora de novación extintiva⁴⁰⁷.

En resumen, admitida como categoría específica la novación “modificativa”, su deslinde con la *típicamente* extintiva se rige, en opinión de la doctrina mayoritaria, por los siguientes parámetros: la novación subjetiva activa por cambio de acreedor (art. 1203.3 CC), vía subrogación, se concibe como transmisión del crédito primitivo y, por tanto, como novación *modificativa*, salvo que las partes hagan constar expresamente su ánimo extintivo (art. 1204 CC); la novación subjetiva pasiva por cambio de deudor (art. 1203.2

⁴⁰⁵ DÍAZ PAIRÓ, A., *Teoría general de las obligaciones*, t. II, nº 57, pp. 115 y ss., a quien cita CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., p. 510, lo expresa de la siguiente manera: “en realidad, todo cambio que se realice en la obligación va a determinar incompatibilidad; v. gr. la prórroga del día de vencimiento, que según constante jurisprudencia, no implica novación, determina la incompatibilidad porque o se paga en la fecha primeramente señalada o en la última”.

⁴⁰⁶ RAGEL SÁNCHEZ, “El concepto...”, cit., p. 921.

⁴⁰⁷ REYES MONTERREAL, “Esencia...”, cit., pp. 608-609; RAGEL SÁNCHEZ, “El concepto...”, cit., p. 922. *Vid.* al respecto las interesantes apreciaciones de SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 385 y ss., y en el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 328-329, mediante las que ponen en duda que la causa, como elemento originador del contrato, pueda después cambiarse por novación, lo que encuentra dificultad lógica. Por ejemplo, en el caso de un contrato de mutuo que da origen a una obligación (devolución de lo prestado) que sustituye, extinguiéndola, la obligación de pagar el precio derivada de un contrato de compraventa, se sostiene que “en realidad, desentrañando el mecanismo jurídico de este resultado económico, se observa que no hay aquí la intermediación propia de la novación, sino que se trata de una fórmula abreviada que evita contrapuestas atribuciones económicamente inútiles”.

CC) puede libremente configurarse por las partes como novación *modificativa*, siempre que preste consentimiento el acreedor (art. 1255 CC), teniendo de lo contrario eficacia extintiva; y por último, la novación objetiva podrá ser modificativa o extintiva en función de cuál sea asimismo el *animus* de las partes, si bien en determinados supuestos la entidad de lo alterado podrá determinar el efecto extintivo independientemente de su voluntad. Esto ocurrirá, según una corriente doctrinal, cuando la variación afecte a un elemento esencial de la obligación primitiva (léase el objeto o las condiciones principales), mientras que otra línea de pensamiento, alejándose de reglas predeterminadas, se remite a la *significación económica* de la modificación para determinar cuándo dos obligaciones, por no poder coexistir, son incompatibles *ex artículo 1204 CC*.

De lo recién expuesto se percibe el marcado protagonismo que en esta materia se concede a la autonomía de la voluntad, prácticamente concluyente del alcance de la novación. Ahora, ¿es que acaso ninguna otra función cumple la institución?

4. Replanteamiento de las bases: la (in)existencia de novación modificativa como categoría jurídica

4.1. El artículo 1203 del Código Civil: la “modificación” como mecanismo jurídico

Conforme ha quedado expuesto, del tenor y contenido del artículo 1203 CC se extraen dos argumentos en apoyo de ese *extraño híbrido*⁴⁰⁸ en que consiste la novación modificativa: uno primero meramente formal, que se aferra con firmeza a la afirmación de que “las obligaciones pueden *modificarse*” para concluir que la novación puede tener por efecto precisamente ese, o sea, la modificación de una obligación; y uno segundo de carácter sustantivo que, atendiendo a la naturaleza jurídica de las diferentes instituciones que el precepto regula (principalmente la de la subrogación, aunque también, por extensión, la de la “asunción de deuda”), y supuesto que no entrañan extinción sino subsistencia del vínculo obligatorio, refuerza la idea de que la norma no ha de leerse en clave de extinción.

Ahora bien, ¿la naturaleza jurídica de esas figuras no debería quedar determinada, sin perjuicio de otros elementos interpretativos, precisamente por su inclusión en el

⁴⁰⁸ CRISTÓBAL MONTES, “La llamada...”, cit., p. 1171.

artículo 1203 CC y no a la inversa? Y en cuanto al dato gramatical, ¿cómo se explica que el legislador inicie la regulación de la novación refiriéndose a los elementos sobre los que puede versar la “modificación” de las obligaciones? ¿Está en verdad con ello consagrando un efecto distinto del tradicional *novatorio-extintivo*? ¿Qué alcance puede otorgarse, de otro modo, al precepto en cuestión?

Si atendemos a la tesis favorable a la novación *modificativa*, no deja de causar cierta perplejidad que la regulación de la figura, tradicionalmente vinculada con la producción de un efecto jurídico muy concreto consistente en la extinción de la obligación, como lo demuestran los antecedentes históricos y consagra nuestro Derecho positivo en diferentes lugares del articulado del Código –recuérdese, por ejemplo, la previsión de los artículos 1156 (“[l]as obligaciones se extinguen... por la novación”) y 1143 (“[l]a novación... hecha(s) por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue(n) la obligación...”)–, comience sin embargo su desarrollo legal con la previsión en el artículo 1203 CC de un efecto alternativo que exceptúa tal regla general. Antes bien, parece más lógico pensar que mediante aquel primer artículo dedicado a la novación debería, por el contrario, describirse en qué consiste esta o cuáles son los supuestos de hecho que pueden dar lugar a un efecto que se da por sentado en vista de la propia ubicación sistemática de la institución (Cap. IV: “De la extinción de las obligaciones”).

La pregunta es: ¿puede sostenerse que la novación consiste en la *modificación* de una obligación? Ya se sabe que, entendida desde la perspectiva de su eficacia extintiva, la novación solo se produce en virtud de la sustitución de una obligación por otra, es decir, que para que una obligación se extinga por novación es condición necesaria el nacimiento de otra nueva que ocupe su lugar. Sin embargo, esta última no surge *ex novo*, sino que toma como base una relación obligatoria ya existente en la realidad material y jurídica (cfr. art. 1208 CC): la obligación anterior es tanto presupuesto ineludible como parte necesaria de la nueva relación obligatoria⁴⁰⁹.

Vistas las cosas desde esta perspectiva, la *nova obligatio* siempre parte, en consecuencia, de una obligación preexistente cuyo contenido necesariamente *modifica* en su aspecto objetivo y/o subjetivo para la inserción de algo nuevo (*aliquid novi*). Dicho de otra forma,

⁴⁰⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, “Apuntes...”, cit., p. 306.

para que exista novación se exige en todo caso la *modificación* de la obligación a extinguir, pues solo a su través puede alcanzarse el efecto jurídico novatorio: la extinción de la primitiva obligación y el correlativo nacimiento de la segunda. Así, la “modificación”, lejos quizás de ser uno de los efectos que cabe atribuir a la novación, lo que sin duda constituye es el mecanismo jurídico a través del cual debe alcanzarse: toda novación requiere de la *modificación* de una obligación preexistente, aunque no toda modificación comporte novación, es decir, la *alteración* supondrá, en determinadas circunstancias que seguidamente analizaremos, novación entendida siempre como extinción, o simple modificación *ex* artículo 1255 CC, pero en ningún caso *novación modificativa*. Resulta más apropiado concluir, por tanto, con GETE-ALONSO Y CALERA, que mediante el artículo 1203 CC el legislador no está confiriendo a la novación una eficacia distinta a la extintiva sino que, por contra, solo está aludiendo al medio del que han de valerse las partes para alcanzar tal efecto jurídico⁴¹⁰.

MANRESA Y NAVARRO nos ofrece una pista más al respecto: la “modificación” de que habla el Código hace alusión a la particularidad que presenta la novación respecto de los restantes modos de extinción de las obligaciones y es que, si bien en ellos se produce una extinción “absoluta”, entendida en el sentido de que si subsisten tras de sí relaciones jurídicas será solo por accidente (v. gr., la repetición contra el deudor en el pago hecho por un tercero), en la novación esa subsistencia de relaciones es indispensable y un resultado directo de ella. Por ello, la novación, más que *extinguir* las obligaciones, lo que hace es *cambiarlas* en otras⁴¹¹. Así se explica, a nuestro juicio, que el Código se refiera a ella como “modificación”: solo mediante la modificación de la primera obligación puede nacer aquella destinada a reemplazarla.

⁴¹⁰ GETE ALONSO Y CALERA, “Apuntes...”, cit., pp. 306 y ss.

⁴¹¹ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., p. 855. Parecidos términos había empleado el Tribunal Supremo en sentencias de 11 de junio de 1947 (RJ 1947, 770) y 9 de abril de 1957 (RJ 1957, 2498): “la novación, comprendida por el Código civil entre los modos extintivos de las obligaciones, ofrece la singularidad, que la caracteriza y distingue de las demás, de que solo de una manera relativa cabe decir que extingue la obligación a que afecta, porque en realidad su propio efecto es el de variarla, modificarla o sustituirla por otra, y como ambas no pueden subsistir, ya que si esto ocurriera no se habría producido la figura jurídica de novación, bien cabe entender que el efecto de esta es extintivo de la obligación sustituida, siempre que la modificación altere o varíe su esencia, y que únicamente cuando esto no suceda aquella no se extinguirá”. Y en sentido similar la de 1 de diciembre de 1951 (RJ 1951, 2619): “la novación es el cambio o sustitución de una relación obligatoria por otra con ánimo de extinguir o modificar esencialmente la primera, siendo sus requisitos esenciales, una obligación preexistente, la creación de otra nueva, la disparidad entre ambas y la voluntad de llevar a cabo la sustitución (*animus novandi*)”; y la de 18 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2206): “la institución de la novación representa en términos generales un cambio en la relación negocial obligatoria, que cuando es esencial y de manera muy primordial, porque así expresamente se recoja en el nuevo convenio el «animus novandi» de las partes interesadas que lo introducen, tiene consideración de extintiva...”.

Esta intelección de la norma viene confirmada por sus antecedentes más inmediatos. En efecto, el artículo 1134 del Proyecto de 1851, fuente de inspiración del vigente artículo 1203 CC⁴¹² y primero de los dedicados a la novación, describía los supuestos de hecho que daban lugar a la misma poniendo asimismo el acento en el mecanismo modificador: “[h]ay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran, sujetándolo a distintas condiciones o plazos, sustituyendo una nueva deuda a la antigua o persona distinta en lugar de la que antes era deudor...”. Sin embargo, como ya se ha dicho, a la novación se vinculaba en él un único efecto extintivo (cfr. arts. 1137 y 1138 del Proyecto). Lo mismo cabe apuntar respecto del Proyecto de 1836, que iniciaba la regulación de la novación con un artículo 1950 de similar redacción: “[e]ntiéndese por novación la alteración que las personas interesadas efectúan en una obligación cualquiera, ya sea variándola en su esencia, ya sujetándola a nuevas condiciones, o modificándola de cualquier modo”. La novación se describía, así, con alusión a la forma en la que debía llevarse a cabo (“alterando”, “variando” o “modificando” una obligación preexistente), de ningún modo incompatible con el efecto que el artículo 1951 le atribuía taxativamente: “[e]l efecto de la novación es extinguir absolutamente la obligación principal y las accesorias que la corroboran”⁴¹³.

FUENTESECA DEGENEFFE se remonta aun más atrás: la “modificación” que predica el Código Civil en el artículo 1203 podría considerarse un residuo de la *novatio* postclásico-justiniana, tal y como se recoge en la C. 8, 42, (41), 8, en la que la modificación de determinadas condiciones de las obligaciones también implicaba *novatio* si las partes así lo manifestaban expresamente⁴¹⁴. Entendida de esta forma, la modificación de la que habla el Código no es incompatible con el concepto de extinción romano, más bien al contrario. Todavía más, cuando esta autora analiza la *novatio* en época clásica, nos dice lo siguiente: “la *novatio* en época clásica se nos presenta como una forma de extinción de las *obligationes* (así en GAYO III, 176-177). Pero, además, se nos presenta también como un negocio que opera una conversión del *vinculum obligationis* cambiando un

⁴¹² Nótese que el artículo 1203 CC es copia literal del artículo 1220 del Anteproyecto de Código Civil de 1988 y este, a su vez, señalaba al artículo 1134 del Proyecto isabelino como referente: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, v. I, Colegios Notariales de España, Madrid, 2.ª ed., 2006, p. 370.

⁴¹³ MORETÓN SANZ, F., “El Proyecto de Código Civil de 1836 y la novación: reflexiones a la luz del *Code français*”, *e-Legal History Review*, 8, 2009, p. 21, no duda de que la incorporación en nuestro Código de un artículo del tenor del 1951 hubiese evitado, lógicamente, buena parte del largo debate doctrinal en torno a la naturaleza extintiva o meramente modificativa de la novación, aunque sostiene como posible razón de la omisión la evidencia y elementalidad del precepto en sí.

⁴¹⁴ FUENTESECA DEGENEFFE, *El problema...*, cit., pp. 171-173.

elemento de este, pero manteniendo el *idem debitum* en la *nova obligatio*⁴¹⁵. Vemos, por tanto, una vez más cómo el cambio o modificación de la relación obligatoria primitiva ha estado siempre presente en la novación como parte necesaria de aquella.

Concebido de esta forma el artículo 1203 CC, es decir, como precepto regulador del mecanismo mediante el cual puede alcanzarse la novación, cobra sentido que el mismo se limite a enumerar aquellas tres circunstancias: alteración en el contenido esencial de la obligación, sea el objeto, sean las condiciones principales, o en los sujetos que conforman la relación obligatoria (deudor o acreedor), pues se trata de “modificaciones” de una entidad tal que son perfectamente susceptibles de provocar la extinción de la obligación primitiva y el correlativo nacimiento de la nueva. La interpretación contraria, es decir, aquella que ve en el artículo 1203 CC una enumeración de los supuestos en los que una obligación se modifica, no resulta por el contrario plenamente satisfactoria: no solo por la total evidencia de que las partes puedan alterar la obligación, con eficacia modificativa, en aspectos no contemplados en el precepto⁴¹⁶, sino porque, pudiendo hacerlo precisamente al amparo de la autonomía de la voluntad recogida en el artículo 1255 CC, ninguna lógica guardaría que el legislador hubiese regulado en sede de novación manifestaciones concretas de esa libertad si no fuera, precisamente, para limitarla.

En definitiva, todo indica que cuando el legislador se valió en el artículo 1203 CC de los verbos “modificar” y “variar”, no buscaba con ello atribuir a la novación un efecto distinto del típicamente extintivo, sino únicamente describir el medio a través del cual se alcanza: mediante la *modificación* de los aspectos sustanciales de una obligación, que resulte en una nueva relación obligatoria destinada a sustituir la primitiva. Ahora bien, sentado lo anterior procede valorar si los tres supuestos que el precepto enumera confirman la tesis sostenida y refutan, así, el segundo de los argumentos al inicio expuestos. Para ello se hace necesario ahondar en la naturaleza jurídica de las dos instituciones que se relacionan en los apartados segundo y tercero del artículo 1203 CC, en la búsqueda de respuesta a los siguientes interrogantes: ¿puede sustituirse la persona del deudor con subsistencia de la obligación primitiva? y ¿puede subrogarse un tercero en los derechos del acreedor sin comprometer con ello la identidad en el crédito? Una

⁴¹⁵ FUENTESECA DEGENEFFE, *El problema...*, cit., pp. 26-27.

⁴¹⁶ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, v. II-1, Tecnos, Madrid, 11.ª ed., 2016, p. 238.

vez resueltas tales cuestiones, estaremos en disposición de abordar el análisis de su apartado primero y concluir, en fin, el sentido que consideremos más adecuado para tan controvertido precepto.

4.1.1. La sustitución de la persona del deudor: ¿“transmisión” a título singular de la deuda?

El artículo 1203 CC, tras enunciar que las obligaciones pueden modificarse, expresa en su apartado segundo una de sus posibles variantes: “sustituyendo la persona del deudor”. Pues bien, esta sustitución, que supone una alteración en el aspecto subjetivo pasivo de la relación obligatoria, ha puesto una vez más sobre la mesa el debate en torno a su naturaleza extintiva o modificativa: ¿el reemplazo del deudor puede llevarse a cabo sin solución de continuidad en la obligación primitiva o, por el contrario, extingue inevitablemente la deuda contraída en primer lugar y hace nacer una distinta a cargo del nuevo obligado?

Según la doctrina tradicional, esta sustitución encuentra en nuestro ordenamiento jurídico un único cauce a través del cual puede operarse: el que ofrece la novación (*extintiva*)⁴¹⁷. En efecto, considerado el deudor como un elemento esencial de la relación obligatoria, se entiende que su sustitución altera sustancialmente la identidad de la relación hasta el punto de que no pueda subsistir. Por ello, la “transmisión” de las deudas (que en realidad no lo es tal) solo puede realizarse a costa del débito mismo, que se extingue para dar lugar a una deuda distinta a cargo del nuevo deudor. Recuérdese que este fue el objetivo prístino de la novación en época clásica: trasladar el objeto

⁴¹⁷ Vid. por todos, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, cit., pp. 424 y ss. Posteriormente, a pesar del giro que se produce en doctrina y jurisprudencia, continúan apareciendo como partidarios de esta tesis: DE CASTRO Y BRAVO, F., “Cesión del arrendamiento y subarriendo”, en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, t. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pp. 97-123; SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 163-164, 393 y ss.; REY PORTOLÉS, J. M., “La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada”, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 117-152; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Curso de Derecho civil*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 1999, pp. 189-194; ROCA SASTRE, R. M. (con la colaboración de PUIG BRUTAU, J.), “La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular”, en *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 361-388, si bien no parece seguirse la misma tesis en el análisis que al respecto del artículo 118 LH se realiza en el *Derecho hipotecario*, t. VIII, cit., pp. 226 y ss.; y, por último, CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 255-290.

mismo de la obligación (*idem debitum*) del *prior debitor* a un nuevo deudor, so pena de la extinción de la obligación antigua que pasaba a ser reemplazada por la nueva.

Sin embargo, frente a esta teoría ha ido ganando fuerza una alternativa encaminada a remover los obstáculos que plantea la susodicha transmisión de deudas *inter vivos* a título singular y a consagrar esta posibilidad, de manera paralela a la transmisión de la obligación desde su lado activo. De ella se han hecho eco un elevado número de autores que sostienen que cabe atribuir a la “sustitución del deudor” una eficacia puramente modificativa, es decir, que ninguna razón se opone a que el cambio de deudor pueda realizarse sin pérdida de identidad de la obligación primitiva, que perdurará con la única salvedad que supone el cambio en la persona del sujeto pasivo que integra la relación; posición esta que conforma el sentir de la doctrina mayoritaria⁴¹⁸ y que el

⁴¹⁸ CLEMENTE DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., *passim*, constituye sin duda el principal precursor de esta corriente, por corresponderle la aportación más relevante e influyente a este respecto. Siguiendo sus pasos, se mostraron favorables a la sucesión de deuda convencional, es decir, a la transmisión de deuda sin novación, al amparo de la libertad de pacto que rige nuestro Derecho: CLEMENTE DE DIEGO Y NAVARRO DE PALENCIA, “Efectos novatorios...”, cit., pp. 478 y ss.; VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado...*, cit., pp. 156 y ss.; DE COSSIO Y CORRAL, A., “La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular”, *AAMN*, I, 1945, pp. 183-206; y de forma todavía más contundente, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, Notas a ENNECCERUS, cit., pp. 416 y ss. Y esta doctrina ha calado posteriormente en los trabajos de numerosos autores: JORDANO BAREA, J. B., “Asunción de deuda. Sentencia 10 febrero de 1950”, *ADC*, 3/4, 1950, pp. 1372-1382; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., pp. 342 y ss.; GARCÍA-AMIGO, M., *La cesión de contratos en el derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pp. 227-246; CRISTÓBAL MONTES, A., “La cesión de contrato”, *ADC*, 21/4, 1968, pp. 851-890; GARCÍA VALDECASAS, G., “La sucesión en las deudas a título singular”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t. II, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 209-226; PUIG PEÑA, *Compendio...*, cit., pp. 252 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, cit., pp. 267-268; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., pp. 375-387; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 340-344; ÁLVAREZ JOVEN, A., “El aspecto contractual de la asunción de deuda”, *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), 2, 1983, pp. 289-326; STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G., “Construcción jurídica de la asunción de deuda en el derecho español”, *La Ley*, 4, 1987, pp. 1089-1116; ADAME MARTÍNEZ, M. A., *Asunción de deuda en el Derecho civil*, Comares, Granada, 1996, pp. 20 y ss.; PUIG FERRIOL, L., “Asunción de deudas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 8, 1996, pp. 323-358; MARTÍNEZ-GIL VICH, J. L., “Algunos aspectos de la cesión de créditos y de la asunción de deudas”, *AAMN*, 37, 1998, pp. 225-256; BASOZABAL ARRUE, X., “El contrato de asunción de deuda”, *ADC*, 53/1, 2000, pp. 83-160; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La asunción de deuda*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 17-36; GÁLVEZ CRIADO, A., *La asunción de deuda en el Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 22-35; MASIDE MIRANDA, “La asunción...”, cit., pp. 1961-2000; HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pp. 59-65, 505 y ss. y de esta misma autora, “Transmisión pasiva de las obligaciones”, en *Acciones civiles*, t. II, dir. por E. Llamas Pombo, *La Ley*, Madrid, 2013, pp. 59-174; BATUECAS CALETRIO, A., “Asunción de deuda *donandi causa*”, en *Tratado de las liberalidades: homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, dir. M^a. A. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1181-1211.

Tribunal Supremo ha adoptado finalmente para sí⁴¹⁹. Esta nueva orientación de la cuestión se nutre de una serie de argumentos de orden doctrinal y legal⁴²⁰. En cuanto a los primeros y partiendo de la conveniencia de admitir la transmisibilidad de las deudas para la vida útil, se alega que la desaparición de la concepción personalista del vínculo obligatorio que regía en Derecho clásico permite desvincularlo de los sujetos que integran la relación, en un entendimiento enteramente patrimonialista del vínculo. Además, si pueden transmitirse las deudas a título universal, ¿por qué no a título singular? Y, de igual forma, admitida la cesión de créditos, ¿por qué no la asunción de deudas?

En segundo lugar y por lo que hace a los argumentos legales, si bien se reconoce que el Código Civil español no reglamenta la sucesión en las deudas (a diferencia del Código alemán: §§ 414 a 418 del B.G.B.), a pesar de que algunos autores quieran ver en el artículo 1112 CC una regla general en favor de la transmisibilidad de los derechos (y por extensión de obligaciones), se propone como marco normativo para su encuadre, amén de la libertad de pactos que sanciona el artículo 1255 CC, precisamente el de la novación (art. 1203.2º, en relación con el 1204, 1205 y 1206 CC), considerando que la doctrina actual atribuye a esta figura una posible eficacia modificativa. Así, se propone una interpretación de los artículos del Código que regulan la novación por cambio de

⁴¹⁹ Esta *moderna* concepción se plasma por primera vez en la STS de 22 de febrero de 1946 (RJ 1946, 254) y, de forma decisiva, en la de 10 de febrero de 1950 (RJ 1950, 194). A ellas les siguen numerosas resoluciones: SSTS de 11 de diciembre de 1979 (RJ 1979, 4359), 7 de junio de 1982 (RJ 1982, 3407), 1 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8786), 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10687), 20 de febrero de 1995 (1995, 887), 16 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2659), 10 de junio de 2003 (RJ 2003, 4595), 8 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8105) y 30 de enero de 2015 (2015, 317), entre otras muchas. Para un resumen de la posición de la jurisprudencia, *vid.* HERBOSA MARTÍNEZ, *La asunción...*, cit., pp. 54-58, ADAME MARTÍNEZ, *Asunción...*, cit., pp. 85 y ss. y BATUECAS CALETRÍO, A., “La asunción de deuda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RDP*, 2, 2007, pp. 71-92. Admitida la posibilidad, no existe sin embargo un criterio unánime respecto de las normas que sirven de soporte legal a la figura, es decir, sobre si puede construirse al amparo de las normas que regulan la novación (arts. 1203.2, 1205 y 1206 CC) o si debe acudir, a falta de una regulación específica, al principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Además de ello, algunas sentencias inducen a confusión cuando califican de “novación modificativa” a la “asunción cumulativa o de refuerzo” [*vid.* a modo de ejemplo, las SSTS de 27 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9056) y 27 de junio de 1991 (RJ 1991, 4631)]. Al respecto de esta última cuestión, es importante tener en cuenta que en los supuestos de “asunción cumulativa de deuda” no hay en rigor novación de ningún tipo, desde el instante en el que ni siquiera concurre el supuesto de hecho que prevé el artículo 1203.2 CC: la sustitución de la persona del deudor. En ella, ni se extingue ni se modifica la obligación prístina, que se mantiene intacta, sino que se añade una nueva obligación libérrimamente contraída por un tercero que refuerza el resultado final del pago en los términos, condiciones, circunstancias y modos que ese tercero ofrezca [STS de 22 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2428)].

⁴²⁰ *Vid.* la síntesis y refutación que realiza SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 310 y ss.

deudor permisiva de la transmisión de deudas, como acontece cuando se trata del sujeto que ocupa la posición activa: si la novación por cambio de acreedor (art. 1203.3 CC) se regula como transmisión del vínculo (art. 1212 CC) en paralelo con la cesión de créditos, ¿por qué no aproximar entonces la novación de deudor (art. 1203.2 CC) a la cesión de deudas?⁴²¹. Dos ejemplos de esta índole se perciben, además, en los supuestos que regulan los artículos 642 y 643 CC, por un lado, y el artículo 118 LH⁴²², por otro, con lo que termina concluyéndose que nuestro ordenamiento jurídico no solo no se opone a la transmisión en las deudas sino que expresamente la consagra como solución en sendas hipótesis.

En suma, según esta segunda tesis, la sustitución de la persona del deudor tendrá una eficacia extintiva o modificativa respecto de la primera obligación en función de cuál sea el *animus* o voluntad de las partes, incluyendo no solo la de los deudores llamados a sucederse sino asimismo la del acreedor, sin cuya anuencia no puede llevarse a cabo la alteración por exigencia del artículo 1205 CC: “[*]a novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de este, pero no sin el consentimiento del acreedor*”. Pues bien, si el acreedor, a quien más directamente afecta el cambio en la persona del deudor, pues con él muta el entero patrimonio que queda respondiendo de la deuda, presta su consentimiento no solo a la alteración (lo cual es exigencia insoslayable de conformidad con los artículos 1205 y 1206 CC) sino a que el cambio revista efectos meramente modificativos, ¿por qué no habría de permanecer la misma deuda?⁴²³

La razón principal de la negativa se halla en el concepto mismo y en la significación económica de la “deuda” y, por tanto, trasciende de la mera concepción personalista de la obligación, ciertamente hoy superada. En efecto, la deuda, que constituye el reverso del crédito, carece por sí misma de valor patrimonial positivo y presenta así una diferencia insalvable con el primero: el crédito constituye un activo en el patrimonio del acreedor sobre el que tiene derecho de disposición y que, por ello, es susceptible de transmisión de acuerdo al valor que le atribuyan cedente y cesionario, mientras que la

⁴²¹ CLEMENTE DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., pp. 268 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas a ENNECCERUS*, cit., pp. 416 y ss.

⁴²² PUIG PEÑA, *Compendio...*, cit., p. 258.

⁴²³ CLEMENTE DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., p. 287.

deuda forma parte del pasivo de su patrimonio, es una sujeción o limitación de la libertad de acción del deudor, de la que, por tanto, no puede liberarse sino pagando⁴²⁴. En suma: el hecho de que pueda transmitirse un crédito no significa que pueda hacerse lo mismo con una deuda, porque su naturaleza es bien distinta; de ahí que el acreedor pueda prescindir del consentimiento del deudor en la cesión de su crédito (arts. 1526 y ss. del Código) y que, en cambio, el deudor deba necesariamente recabar el consentimiento del primero para propiciar el cambio. Aún más, la deuda puede ser cedida sin que intervenga la voluntad del deudor (art. 1205 CC), lo que demuestra claramente que no es el antiguo deudor quien “cede” su deuda, ni el nuevo quien “sucede” jurídicamente al anterior, sino que, antes bien, es el acreedor el que, como verdadero titular del derecho, puede consentir la recepción de la prestación de otro sujeto distinto del deudor originario⁴²⁵.

La exigencia del artículo 1205 CC sobre la necesaria intervención del acreedor es además totalmente lógica si se tiene en cuenta que la sustitución de la persona del deudor supone un cambio en el patrimonio que constituye la garantía normal de su derecho (art. 1911 CC)⁴²⁶. Por ello, al contrario de lo que ocurre en la cesión de créditos, en la que al deudor en nada le afecta cuál sea la solvencia del acreedor, a este último no le es en absoluto indiferente la identidad de la persona sobre la que recae la obligación de pago, pues ello determina la composición del patrimonio que, en última instancia, queda respondiendo de la restitución de la deuda. Pero, es más, al cambiar el patrimonio que garantiza la deuda, lo hace también, económica y jurídicamente, esta misma⁴²⁷. El deudor ha de considerarse, por ello, elemento consustancial a la deuda, de suerte que la que un tercero contraiga para liberarle frente al acreedor será otra distinta, aunque guarde estrecha relación con la primera⁴²⁸.

⁴²⁴ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...*, cit., t. II, v. I, p. 311; y ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, “La transmisión pasiva...”, cit., pp. 363 y ss., que toma como referencia la doctrina de PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II-1, pp. 361 y ss. y LIPPMANN, “Beiträge zur Lehre der Schuldübernahme im BGB (Contribución a la teoría de la asunción de deuda en el Código Civil alemán)”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 107.

⁴²⁵ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, “La transmisión pasiva...”, cit., p. 365.

⁴²⁶ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, “La transmisión pasiva...”, cit., p. 364.

⁴²⁷ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 315.

⁴²⁸ LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...*, t. II, v. I, cit., p. 311.

En definitiva, no cabe apelar a la despersonalización del vínculo obligatorio ni fundar la cesión de deudas en su aparente (y solo aparente) identidad con la cesión de créditos. Como tampoco cabe inferir que, dado que las deudas pueden transmitirse a título universal, puedan hacerlo también a título singular: en los supuestos de sucesión universal *mortis causa*, por la evidente razón de que el heredero no solo recibe las deudas sino que lo hace conjuntamente con el resto de bienes del causante; así, el patrimonio que queda afecto al pago de aquellas es el mismo (el del finado) antes y después de la sucesión, al que además podrá unirse el del heredero en aquellos casos en los que no se limite la responsabilidad por deudas al pago con los mismos bienes que conforman el caudal relicto⁴²⁹. Por esta razón el acreedor no ha de consentir la sucesión, al contrario de lo que sí ocurre, como ya hemos apuntado, cuando el cambio de deudor tiene lugar *inter vivos* y a título singular. Mas idéntica razón subyace cuando la transmisión se produce a título universal *inter vivos*: las deudas solo son transmisibles en tanto en cuanto lo sean con el patrimonio al que gravan, pero no aisladamente consideradas⁴³⁰.

Por lo demás, desde la perspectiva del posible sustento legal de la figura, debemos en primer lugar tener en cuenta que, de conformidad con la propia dicción del artículo 1112 CC, “[t]odos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes...”, o sea, que lo susceptible de cesión son los derechos y no las obligaciones, de tal forma que el precepto solo viene a confirmar la idea antes apuntada: el vínculo obligacional solo es transmisible desde el lado activo⁴³¹.

En segundo lugar, la propia regulación del Código Civil en torno a la novación por cambio de deudor difícilmente puede dar cabida a una intelección favorable al efecto modificativo, pues, muy al contrario, las normas consagradas a él parecen referidas a la

⁴²⁹ Vid. un estudio reciente y detallado de esta materia en AA.VV., *Deudas y herencia*, dir. por G. Galicia Aizpurua, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

⁴³⁰ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 317, quien cita para ilustrarlo un ejemplo de LACRUZ BERDEJO, respecto de la imposibilidad de un camión de transportar un agujero: en sí mismos, los agujeros no pueden transportarse, porque no tienen existencia aislada, pero practicados en la materia sí; de hecho un camión transporta muchos agujeros cuando lleva una carga de regaderas.

⁴³¹ MORETÓN SANZ, “Examen...”, cit., pp. 631 y ss. sintetiza las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales al respecto y conviene con buena parte de la doctrina que con el artículo 1112 CC el legislador únicamente aspiraba a zanjar las dudas que todavía suscitaba la transmisión de los derechos. A pesar de ello, observa paralelismo en la transmisión de la titularidad de los créditos y la de las deudas y sobre esta base justifica el recurso a dicho precepto para construir, junto al 1255 CC, una alternativa a la transmisión del lado pasivo de la relación obligatoria.

novación que conlleva extinción-creación, o sea, a la novación romana. En efecto, el artículo 1205 CC exige el consentimiento del acreedor para que pueda operar la novación, “*que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo*”, mientras que el artículo 1206 CC prevé como regla general la extinción de la acción del acreedor contra el deudor “primitivo” si el “nuevo deudor” deviene insolvente, con la única excepción de que dicha insolvencia hubiera sido “*anterior y pública o conocida del deudor*”, es decir, de que este haya actuado con dolo al delegar su deuda⁴³², en cuyo caso la acción frente al primero “revive”. A lo anterior se suma la regulación de los dos preceptos que les siguen: el 1207 CC, sistemáticamente ubicado tras la regulación del cambio de deudor y que impone la extinción de las obligaciones accesorias cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación⁴³³ y el 1208 CC, que convierte en nula la novación si lo fuere también la obligación “primitiva”⁴³⁴, por la elemental exigencia de que en toda novación debe concurrir una *prior obligatio* válida y una *nova* que viene a ocupar su posición.

En fin, si los preceptos del Código no ayudan a predicar la libre transmisibilidad de las obligaciones, también es cierto que no la prohíben expresamente, y a ello se acoge en última instancia la doctrina para fundar su admisibilidad al amparo del artículo 1255 CC, o sea, al amparo de la libertad de pactos que rige en nuestro Derecho. A este respecto, existe consenso en que para que el acuerdo sea válido se requiere, cuando menos, el consentimiento del acreedor y el del nuevo deudor. El antiguo puede ser partícipe en el convenio o mantenerse al margen a la vista del artículo 1205 CC, pero quienes no pueden ser excluidos del acuerdo son los titulares de los derechos accesorios constituidos en garantía de la deuda, caso de que existan y de que pretendan dejarse subsistentes como refuerzo de aquella a pesar del cambio en la persona del obligado (nótese que de lo contrario se extinguirán por orden del artículo 1207 CC). Así, estos sujetos, que normalmente concedieron las fianzas, prendas o hipotecas en consideración a la persona del deudor garantizado (bien por sus cualidades personales o por consideraciones de índole patrimonial, o sea, por su solvencia), habrán de consentir su

⁴³² Vid. un estudio más detallado sobre el sentido de la previsión en GIL RODRÍGUEZ, J., *Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 73-98.

⁴³³ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., p. 383. Por su parte, SANCHO REBULLIDA, “Comentario al artículo 1205 del Código civil”, en *Comentarios al Código...*, cit., p. 727, pone de manifiesto lo expresiva que resulta la confrontación del artículo 1207 CC con los 1212 y 1258 CC.

⁴³⁴ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 319.

pervivencia en el supuesto de que se “transmita” la obligación principal, pues de lo contrario se lesionaría su posición a consecuencia del cambio de deudor, sobre todo si el nuevo resulta insolvente⁴³⁵. En caso contrario, como acabamos de apuntar, se producirá una vez más el efecto propio de la novación: la extinción de los derechos accesorios.

Así, equivale ello a decir que la pretendida sucesión en la deuda requiere los mismos requisitos y ofrece la misma estructura que la novación subjetiva por cambio de deudor, es decir, demanda el mismo grado de consentimiento por parte de todos los sujetos (deudor, acreedor, fiadores, etc.) que el exigido para el nacimiento de una nueva obligación de *idem debitum* con distinto sujeto obligado. Y ¿acaso cabe asignar a dos instituciones con idénticos presupuestos, efectos tan dispares como la extinción y la conservación de la obligación primitiva? En fin, como acertadamente apunta SANCHO REBULLIDA, lo único que se consigue en realidad es cambiar de nombre a la vieja novación, dándole el de *sucesión*, para añadir que no se trata de verdadera sucesión jurídica⁴³⁶.

⁴³⁵ JORDANO BAREA, “Asunción...”, cit., pp. 1372-1382; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, “La transmisión pasiva...”, cit., pp. 366-367. Esta exigencia se reclama incluso por quienes se muestran partidarios de la transmisión de la deuda sin novación [vid. por todos, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Notas a ENNECCERUS, cit., p. 418; y DE COSSIO Y CORRAL, “La transmisión...”, cit., pp. 195-196], del mismo modo que se impone, por ejemplo, en el Derecho alemán (§ 418 del B.G.B.). Así lo recoge igualmente nuestra jurisprudencia de forma harto expresiva: el convenio entre el que asume la deuda y el deudor primitivo constituye una disposición de derecho ajeno que, como tal, queda subordinada a la *ratihabito* del acreedor que subsana el defecto de legitimación [STS de 11 diciembre 1979 (RJ 1979, 4359)].

⁴³⁶ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 182. En el mismo sentido, DE COSSIO Y CORRAL, “La transmisión...”, cit., pp. 196; JORDANO BAREA, “Asunción...”, cit., p. 1378; y CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., p. 382, quien reconoce que la diferencia que separa el sistema alemán (que admite la sucesión *inter vivos* de las deudas) del francés (que, al menos, hasta la modificación del *Code civil* el pasado 20 de abril de 2018, la rechazaba) no es tan grande como pudiera pensarse, pues, prescindiendo de los nombres, los efectos prácticos de la asunción de deuda y de la novación por cambio de deudor no discrepan en gran cosa, considerando que la primera va siempre acompañada de las oportunas limitaciones y nunca se percibe con la amplitud que caracteriza a la transmisión de los créditos.

Por su parte, el *Code civil* ha pasado a regular, en su última modificación, la cesión de deuda (“*La cession de dette*”) en los artículos 1327 y 1328, si bien manteniendo el mismo régimen jurídico antes descrito, a saber, la necesaria intervención del acreedor para liberar al deudor primitivo, que queda en caso contrario respondiendo solidariamente junto con el nuevo (art. 1327-2), así como el preceptivo consentimiento del deudor originario (caso de que haya quedado liberado) y de los terceros garantes, para la subsistencia de las garantías (art. 1328-1).

En los mismos términos se ha proyectado la reforma del Código civil en materia de derecho de obligaciones y contratos por parte de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia (vid. artículos 1222 a 1225 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos), así como por parte de la APDC (vid. artículos 514-11 a 514-14 de la Propuesta de Código civil: ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de...*, cit., pp. 643-644).

Aún más, pongamos que concurren las exigencias señaladas, es decir, que todos los sujetos intervinientes (antiguo y nuevo deudor, acreedor y terceros garantes) están conformes en proceder a la sustitución del deudor dejando subsistente el vínculo primitivo: ¿existe algún obstáculo que impida otorgar validez al acuerdo conforme al artículo 1255 del Código? Pues bien, aun cuando todos aquellos sujetos se muestren favorables a la identidad sucesoria, existirán siempre, como advierte SANCHO REBULLIDA, unos terceros cuya intervención dejará en evidencia la novación (extintiva), enmascarada por la convención de los interesados: los acreedores del nuevo deudor⁴³⁷.

Y es que ¿resulta acaso defendible que, en un hipotético concurso de acreedores del deudor sustituto, sus acreedores puedan verse postergados por el crédito del cedente que, aunque de fecha anterior, se haya incorporado al patrimonio del deudor común con posterioridad a la adquisición de su derecho? Esto es lo que ocurriría, no tanto en el caso de los acreedores quirografarios, a quienes la ley sitúa en una posición de igualdad para el cobro de su crédito (arts. 1925 CC y 157 y concordantes LC), sino cuando el crédito *correlativo a la deuda asumida* y que aparentemente subsiste, goce de privilegio, por ejemplo, por constar en escritura pública, pues su prelación al entrar en concurso con otros créditos de igual clase debería venir determinada por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras (art. 1924.3 CC). Ahora bien, es evidente que la asunción no puede perjudicar a los acreedores del nuevo deudor, de tal forma que el acreedor no podrá conservar la preferencia que ostentaba por razón de la deuda que le unía al primitivo obligado. Antes bien, para determinar la prelación de los acreedores del nuevo deudor sobre el conjunto de bienes que conforman su patrimonio –y que constituye garantía “común” para aquellos de conformidad con el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC)–, habrá de atenderse a la fecha en la que el nuevo obligado contrae el débito: solo a partir de ese instante se incorpora como pasivo a su patrimonio y puede su titular concurrir con los restantes acreedores en igualdad de condiciones⁴³⁸.

⁴³⁷ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 406.

⁴³⁸ En el mismo sentido, BASOZABAL ARRUE, “El contrato...”, cit., pp. 146-149, si bien todavía va un paso más allá, cuando se plantea qué ocurre con la posición de aquel garante que consiente seguir obligado en favor del nuevo deudor y, en concreto, de qué forma esta decisión puede influir a sus acreedores, cuyas expectativas de cobro pueden variar en función de la identidad del nuevo deudor, pues aunque la obligación del garante ya existía con anterioridad a la asunción, “la expectativa de tener que pagar finalmente la deuda y las posibilidades de poder recuperarla a través del regreso contra el deudor pueden variar sustancialmente en función de la identidad de este”. Por lo que termina concluyendo que

La novación actúa, entonces, como salvaguarda de los derechos de esos terceros, impidiendo que la fecha de la nueva deuda se retrotraiga a la de la primera obligación, que ha quedado, en rigor, extinta por efecto de aquella. En definitiva, la *cesión* de deudas, cuando incide en el ámbito de los intereses de terceros, no permite a estas mantener su rango y, por ende, su identidad (al contrario de lo que ocurre con la cesión de créditos), por la sencilla razón de que lo que realmente subyace tras ellas no es propiamente una sucesión sino una novación extintiva.

Nótese que esta misma solución rige en el sistema alemán, en el que por imperativo del párrafo 418, los privilegios del crédito que el acreedor hubiera podido oponer en el concurso de acreedores contra el deudor, no pueden hacerse valer en el concurso del asumente, “lo que demuestra que se interpone una especie de membrana cuando la asunción puede perjudicar a los demás acreedores de aquel”⁴³⁹. ¿De qué sirve, entonces, llamarla *asunción de deudas* o llamarla *novación*? La cercanía entre ambas instituciones resulta evidente, si se tiene en cuenta que precisan los mismos requisitos y comportan idénticas consecuencias prácticas⁴⁴⁰.

Este mismo límite se imponía en la interpretación del artículo 1140 del Proyecto isabelino, sin equivalente en nuestro Código vigente, y en virtud del cual se preveían las consecuencias del pacto especial por el que los intervinientes acordaban *repetir* la hipoteca en garantía de la *nova obligatio*, a saber: “[c]uando por pacto especial continuaren las hipotecas, el acreedor conservará sobre los hipotecarios posteriores la preferencia que le daba la primitiva obligación; como si esta no se hubiera novado”. Pues bien, en el comentario que al mismo realiza GARCÍA GOYENA, muestra especial preocupación por la posición de los

“si la deuda asumida tiene de cara a los acreedores del asumente la fecha del contrato de asunción, parece razonable que sea esta también la de las garantías, respetando así (...) la protección de los acreedores de los garantes con títulos posteriores a la primitiva concesión de aquellas y anteriores a la renovación del consentimiento”. Así, el acreedor que consiente la *asunción de deuda*, aun cuando obtenga el beneplácito de los garantes para la subsistencia de las garantías, en ningún caso puede evitar que se pospongan las fechas de estas en favor de los acreedores anteriores a la prestación del consentimiento para la renovación.

⁴³⁹ REY PORTOLÉS, “La pretendida...”, cit., p. 124, quien termina por concluir que la asunción de deuda alemana, si bien enunciada como mera mutación subjetiva en el polo pasivo de una obligación que continúa siendo la misma, en su regulación evidencia que tal contrato no es solo “*cosa de dos*”.

⁴⁴⁰ Aunque se muestra favorable a admitir la *asunción de deuda* como efecto alternativo a la novación, reconoce BATUECAS CALETRÍO, “Asunción de...”, cit., p. 1183, que “es el resultado final de los primeros intentos infructuosos por parte de la doctrina germana de alcanzar una *sucesión* en la deuda a título singular *inter vivos* que permitiera la sustitución directa del deudor sin necesidad de consentimiento del acreedor”; objetivo que no pudo alcanzarse porque desde el primer momento se estimó esencial la necesaria prestación de consentimiento por el acreedor, “por lo que el intento terminó derivando en una simple *asunción* de deuda, en la que se facilita el cambio del deudor con efectos meramente modificativos siempre que el acreedor preste su consentimiento a ella”.

terceros, limitando la *traslación* y preferencia de la hipoteca a aquellos supuestos en los que el deudor continúe siendo el mismo, “pues no se podría hacer remontar la hipoteca sobre los bienes de un nuevo deudor con fecha anterior a la novación, sin exponerse a perjudicar a los otros acreedores del mismo deudor”⁴⁴¹. Solución que, aunque limitada en este caso al ámbito específico de la hipoteca, resulta extensible a todos los demás supuestos en los que se produzca la sustitución del deudor, de manera que el pacto de los intervinientes en ningún caso resultará oponible frente a los restantes acreedores del nuevo deudor que puedan sufrir perjuicio.

Nótese que, de admitir la solución contraria, el acreedor sería el primer interesado en atribuir a la sustitución del deudor efectos meramente modificativos, si ello es tanto como decir que el crédito inicial se mantiene intacto, con las garantías de que en su caso esté revestido y con la fecha de su constitución inicial, pues aunque ahora concorra con otros acreedores distintos, a saber, los del nuevo deudor, sobre el patrimonio de este, podría anteponérseles si la fecha del crédito primitivo fuera anterior y preferente por alguna razón. De donde se sigue que el efecto modificativo o extintivo de la “transmisión” de los débitos no puede quedar a la libre voluntad de las partes en tanto quedaría a su merced el sacrificio (o no) de los legítimos intereses de los sujetos afectados por la operación⁴⁴². Y esta razón impide, así, alcanzar el resultado al que sí conduciría una efectiva *sucesión jurídica* en la deuda, el mismo que indiscutidamente se admite en materia de cesión de créditos, ya que en esta ninguna repercusión tiene para los deudores la composición del patrimonio de su acreedor (es decir, no hay terceros posibles perjudicados por la cesión).

En consecuencia, las partes podrán en el marco de su libertad contractual configurar la nueva deuda “como si se tratase de la antigua” a todos los efectos relacionados para con ellas. Pero esta ficción no podrá imponerse frente a terceros ajenos al pacto, bien sean los titulares de las garantías y demás derechos accesorios de la primitiva obligación, bien los acreedores del nuevo deudor. ¿De qué vale sostener entonces la subsistencia e identidad del vínculo obligatorio? Estos terceros nos ofrecen, de esta guisa, la clave

⁴⁴¹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, t. III, cit., p. 159.

⁴⁴² Como pone de manifiesto DE COSSIO Y CORRAL, “La transmisión...”; cit., p. 206: “el carácter patrimonial que en el Derecho moderno se reconoce a la obligación, no debe conducirnos a otorgar un favor incondicionado a la movilidad del tráfico con sacrificio de los legítimos intereses de cada uno de los sujetos afectados por la transmisión”.

sobre el porqué de la inviabilidad de la “sucesión” en la deuda, considerada como sinónima de subsistencia en el vínculo primitivo. Pero, es más, como ponen de manifiesto ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, mantener que la deuda no ha cambiado después de que haya pasado a otro deudor, de que esté respaldada por un patrimonio distinto e incluso, de que haya dejado de estar revestida por los derechos accesorios de garantía (que se habrán extinguido si el garante no ha prestado su consentimiento a la “sucesión”), se queda, cuando menos, en intento infructuoso⁴⁴³.

Por último, se ha apuntado como argumento en favor de la transmisibilidad, la fórmula que consagran los artículos 642 y 643 CC y 118 LH, dado que en ellos se regulan, a juicio de algunos autores, dos supuestos en los que acaece una sucesión en la deuda sin extinción del vínculo originario⁴⁴⁴. En cuanto a los dos primeros preceptos, se trata de normas que regulan la donación hecha con imposición al donatario de la obligación de pagar las deudas del donante. Es claro que el donatario quedará obligado entonces a cumplir la prestación que asumió al aceptar la liberalidad, mas estos preceptos plantean el problema de determinar entre quiénes surte efecto el convenio⁴⁴⁵. En este sentido, de la redacción del Código en ningún momento se colige que el acreedor deje de tener acción frente al donante ni que este quede liberado de la deuda; al contrario, lo único que prevé la ley es que el donatario *pague* las deudas del donante, pero no que las *tome para sí* (ALBALADEJO GARCÍA), de suerte que, si este último no cumple con la carga impuesta, seguirá debiéndolas el donante, que solo podrá optar entre exigir al donatario el cumplimiento de la carga o revocar la donación por incumplimiento (art. 647 CC).

Cuestión distinta es que al pacto de pagar las deudas del donante se añada otro por el que se convenga la “asunción de deuda” por el donatario, lo cual únicamente podrá llevarse a efecto si media el consentimiento del acreedor de liberar al deudor primitivo y

⁴⁴³ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, “La transmisión pasiva...”, cit., p. 385.

⁴⁴⁴ Así lo entienden, conforme se dejaba antes anunciado, ROCA SASTRE *et. al*, *Derecho Hipotecario*, t. VIII, cit., p. 230, para quienes el artículo 118 LH “consagra explícitamente la admisión en nuestro sistema de la figura de la *asunción de deuda*, sin los efectos destructores de la novación, esto es, del cambio o sustitución de la persona del deudor en una relación obligacional que permanece o subsiste” y si bien “solamente hace referencia a la asunción de la deuda personal hipotecaria y en ocasión de la compraventa de finca hipotecada”, sienta sin embargo “un criterio legislativo de admisión de la *asunción no novatoria de deuda*, que puede tener aplicación analógica a todos los supuestos de asunción de deudas”.

⁴⁴⁵ ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, “La transmisión pasiva...”, cit., p. 387.

aceptar el cumplimiento de la prestación por uno nuevo (art. 1205 CC)⁴⁴⁶. De este modo, estaremos otra vez en el supuesto antes analizado, es decir, en el del acreedor que consiente la liberación del deudor primitivo y la subsistencia del débito a cargo de un individuo distinto; ahora bien, como también hemos puesto de manifiesto, la voluntad de estos tres sujetos no es suficiente para otorgar a la sucesión los efectos que jurídicamente deberían desprenderse de ella: podrá haber “sucesión” con eficacia *inter partes*, pero en ningún caso frente a terceros.

Por otro lado, el párrafo primero del artículo 118 LH contempla el supuesto en el que se procede a la venta de una finca gravada con hipoteca y en el que las partes acuerdan que el comprador se subrogue no solo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca sino también en la obligación personal con ella garantizada, en cuyo caso “*quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito*”. Pues bien, en el inciso recién transcrito se ve que el artículo 118 LH en nada contradice el 1205 del Código; al contrario, se limita a reiterar la regla en él plasmada en cuanto al necesario consenso del acreedor, una vez más, insuficiente para procurar una efectiva transmisión en la deuda⁴⁴⁷.

En conclusión, toda sustitución en la persona del deudor (art. 1203.2 CC), independientemente de que se designe como “cesión”, “transmisión” o “sucesión” en la deuda, solo puede en rigor encauzarse a través de una novación propia y extintiva, como único vehículo que permite trasladar el contenido pecuniario de una obligación primitiva a la adquirida por un segundo deudor con el objeto de liberar al anterior. Y es que, independientemente de la denominación que se confiera al acuerdo, en ningún caso

⁴⁴⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los artículos 642 y 643 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Diaz Alabart, t. VIII, v. 2, Edersa, Madrid, 1986, p. 294. En el mismo sentido, DÍEZ GARCÍA, H., “Imposición al donatario del pago de las deudas”, en *Tratado de las liberalidades: homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano*, dir. por M^a. A. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 425 y ss.; y RAGEL SÁNCHEZ, F., “Responsabilidad del donatario frente a los acreedores del donante”, en *Tratado de las liberalidades: homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano*, dir. por M^a. A. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 446 y ss.

⁴⁴⁷ Lo mismo cabe apuntar respecto de la Ley 512 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, que dice regular la “asunción de deuda”, pero lo hace, como no podía ser de otro modo, dentro de los límites antedichos tanto respecto del acreedor como de los terceros garantes; así: “*la asunción no aceptada por el acreedor no libera de responsabilidad al deudor en tanto no quede cumplida la obligación*” y “*los terceros que hubieren garantizado el cumplimiento de la obligación quedarán liberados por la asunción, a no ser que hubieren prestado su consentimiento*”.

puede prescindirse en su formación de la voluntad del acreedor como efectivo titular del derecho de crédito y, por ende, único legitimado para disponer de él, ni de la de los terceros garantes, en orden a la subsistencia de los derechos accesorios personales o reales de garantía, que de lo contrario sucumbirán frente al *propio* efecto novatorio: la extinción.

4.1.2. La naturaleza jurídica de la subrogación

El artículo 1203 del Código alude en tercer lugar, a continuación del cambio de deudor, a una “modificación” que incide sobre el sujeto activo de la relación obligatoria: la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor. La subrogación, ahí enunciada, se desarrolla después en los artículos 1209 a 1213 CC y, por tanto, se inserta en la regulación de la misma novación. Ahora, ¿es esta ubicación sistemática, como numerosos autores sostienen, fruto de la confusión y desconcierto del legislador o contribuye, por el contrario, a una recta intelección de la institución?

A los preceptos apuntados en materia de subrogación sirven de complemento, a su vez, las previsiones que, al tratar del pago, recoge el Código civil en sus artículos 1158 y 1159, habida cuenta de la estrecha relación que guardan ambas figuras: la *subrogación por pago* o el *pago con subrogación* no deja de ser un efecto complementario que, en determinadas circunstancias, se anuda bien al pago de débito ajeno realizado por tercero, bien al efectuado por el propio deudor cuando para ello haya tomado prestado el dinero también de un tercero. Pues bien, más allá de la relación interna que medie entre el deudor y dicho tercero (en función de si este último ha intervenido como mandatario, prestamista, etc.), puede producirse en estas hipótesis como efecto añadido el de la subrogación, o sea, el ingreso del tercero en el lugar que ocupaba el primitivo acreedor. Sin embargo, lo que no resulta doctrinalmente pacífico en absoluto es la delimitación de la concreta extensión y naturaleza de tal consecuencia jurídica: ¿en qué se subroga exactamente el tercero?, ¿adquiere por mor de la subrogación la titularidad del crédito que, aunque pagado, subsiste, o únicamente los privilegios y garantías de aquel para refuerzo del crédito del que ha devenido titular como consecuencia del pago?

La subrogación plantea, entonces, la siguiente disyuntiva: o bien se entiende que excepciona el efecto extintivo que de acuerdo con la teoría general del Derecho de

obligaciones, produce todo pago (art. 1156 CC), permitiendo en su lugar la transmisión del crédito primitivo, o bien se admite la extinción de este último como consecuencia del pago pero no la de sus adminículos, que subsisten y se transmiten para adorno del nuevo crédito que ostenta el tercero, con la consiguiente alteración del principio de accesoria⁴⁴⁸. La doctrina se divide así entre las teorías de la transmisión del crédito y las del pago o extinción, aunque existe una tercera categoría intermedia de teorías “eclécticas”, que pretenden conciliar la extinción de la obligación con su propia transmisión desde el lado activo, sosteniendo por ejemplo que el pago extingue la obligación respecto del acreedor pero la deja subsistente para el deudor, a quien podrá exigírsela el subrogado⁴⁴⁹.

A pesar de la diversidad de criterios, debe advertirse que la opinión doctrinal mayoritaria se corresponde con la primera de las tesis enunciadas, a saber, con la que concibe la subrogación como una forma de transmitir el crédito con los derechos a él anexos desde el patrimonio del acreedor *accipiens* al del tercero *solvens*⁴⁵⁰. Esta solución concuerda, a su juicio, con los dictados del artículo 1212 CC: “[l]a subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”. De tal forma que su ubicación sistemática en el Código, en sede de novación, se explica en atención al efecto modificativo que puede

⁴⁴⁸ CAÑIZARES LASO, A., *El pago con subrogación*, Civitas, Madrid, 1996, p. 53.

⁴⁴⁹ Vid. una clasificación de las distintas teorías en ESPÍN CÁNOVAS, D., “Sobre el pago con subrogación”, *RDP*, 303, 1942, pp. 300-326.

⁴⁵⁰ CLEMENTE DE DIEGO, *Transmisión...*, cit., pp. 277 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Notas a ENNECCERUS*, cit., p. 408; SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 161-163; LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...*, t. II, v. I, cit., pp. 220 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 344 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., p. 464; VATTIER FUENZALIDA, C., “Notas sobre la subrogación personal”, *RDP*, 1985, pp. 491-514; DEL OLMO GARCÍA, P., *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 297 y ss.; RUBIO GARRIDO, T., *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 39 y ss.; y del mismo autor, *La ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Comares, Granada, 1998; ARNAU RAVENTÓS, L., *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código civil*, Cedecs, Barcelona, 2000; BAYO RECUERO, N., *El pago del tercero*, Dijusa, Madrid, 2000, p. 326; LARRONDO LIZARRAGA, J. M., *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012; HERNÁNDEZ MORENO, A. y VIOLA DEMESTRE, I., “La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (breves notas y aproximación crítica)”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. II, v. 2, coord. por U. Nieto Carol, Civitas, Madrid, 1996, pp. 389-488; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “18 de diciembre de 1997. Pago hecho por tercero; subrogación y reembolso. Conjunción en la deuda y solidaridad pasiva. Sucesión en el proceso”, *CCJC*, 47, 1998, pp. 563-573.

revestir esta⁴⁵¹ o simplemente se atribuye a una incoherencia del legislador, en la medida en que no opera, en los supuestos de subrogación, novación de ningún tipo⁴⁵².

La interpretación anterior, reflejo de la *communis opinio*, sitúa la subrogación por pago en un plano equivalente a la cesión de créditos (arts. 1526 y ss.) por lo que a su naturaleza y a la identidad de sus efectos se refiere (arts. 1212 y 1528 CC)⁴⁵³, y conduce irremediabilmente a negar que nuestro Código regule la novación (extintiva) por cambio de acreedor, que se relega a la libre convención de las partes en el marco de su libertad contractual (art. 1255 CC). Lo que, sin embargo, no puede obviarse es que si algo diferencia a la cesión de créditos de la subrogación es que mientras en la primera el crédito objeto de negociación es único y se transmite de cedente a cesionario en virtud del pacto alcanzado, en la subrogación coexistirían, de admitirse esta teoría, dos derechos de crédito titularidad del *solvens* que paga en nombre de tercero: primero de todo, el crédito de repetición que ostentaría frente al deudor por el que intercedió⁴⁵⁴; y,

⁴⁵¹ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., p. 464; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., pp. 925-927; RUBIO GARRIDO, *La subrogación...*, cit., p. 18; BARRIO ANDRÉS, M., “La necesaria...”, cit., pp. 239-257.

⁴⁵² BAYO RECUERO, *El pago...*, cit., p. 326; LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...*, t. II, v. I, cit., pp. 220 y ss.

⁴⁵³ ESPÍN CÁNOVAS, “Sobre el pago...”, cit., pp. 319-325; SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 162; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho...*, cit., p. 330; LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...*, t. II, v. I, cit., pp. 221 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, “Notas...”, cit., p. 501; RUBIO GARRIDO, *La subrogación...*, cit., p. 18; BAYO RECUERO, *El pago...*, cit., p. 326. Esta idea ha sido igualmente recogida por el Tribunal Supremo: “la subrogación personal es una de las figuras de sucesión en el crédito con sustancial identidad a la modalidad de cesión regulada en los arts. 1526 y ss. CC” [STS de 29 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2804)].

⁴⁵⁴ Este derecho de regreso y su alcance varía en función de las circunstancias que hayan acompañado a su intervención. En efecto, el artículo 1158 CC contempla en favor del tercero *solvens* hasta tres diferentes acciones en regreso frente al deudor: a) una primera posibilidad contemplada para quien paga con aprobación (expresa o tácita) del deudor que, convertido en mandatario suyo, dispone frente a él de una *acción contraria de mandato* que le procurará *ex* artículos 1728 y 1729 CC una *absoluta indemnidad*, de suerte que la reclamación podrá comprender no solo el valor de la prestación sino también todos los gastos en que hubiere incurrido y los perjuicios que hubiera podido sufrir (v. gr. los intereses de las cantidades anticipadas en concepto de lucro cesante), a lo que ha de añadirse que el tercero *se subrogará* en los privilegios y garantías correspondientes al débito saldado (art. 1210.2º CC); b) una segunda alternativa se ofrece, en forma de *actio negotiorum gestororum contraria*, a quien paga en la ignorancia del deudor y por consiguiente, se erige en *gestor officioso* del negocio del obligado, cuyo reembolso queda condicionado a la *efectiva utilidad* que el pago reporte al deudor, si bien, existiendo esta, podrá demandarle no solo lo que objetivamente importe la obligación, sino todos los gastos necesarios en que hubiera incurrido y la indemnización de los perjuicios sufridos; no habrá, en cambio, *subrogación*, salvo que medie acuerdo con el acreedor satisfecho (arts. 1159 y 1209 CC); y c) para quien, por último, pague contra la expresa voluntad del deudor solo resta la vía que le ofrece la acción contemplada en el párrafo tercero del artículo 1158 CC, con la que podrá exigir al obligado, no el entero empobrecimiento patrimonial que haya padecido, sino únicamente el *efectivo enriquecimiento* que al primero haya proporcionado (con exclusión, por tanto, de las expensas realizadas y de los perjuicios padecidos por quien, contra la oposición del deudor, se haya

segundo, el crédito pagado, que según esta tesis paradójicamente subsistiría y se le transferiría en virtud de la subrogación. Para los autores que defienden esta teoría se hace necesario determinar, entonces, cómo se articulan ambos créditos, es decir, si el *solvens* debe optar entre el ejercicio de las acciones que derivan de cada uno de los dos derechos (pues tratándose de dos modos de reclamar frente al deudor lo que por él se ha satisfecho se excluyen recíprocamente), o si podría ejercitarlos de forma conjunta (aunque alternativa) o si, por último, la subrogación conlleva la adquisición del crédito pagado *en garantía* del derecho personal subyacente del *solvens*, de tal forma que este último quede garantizado mediante el crédito que el primer acreedor ostentaba frente al deudor⁴⁵⁵.

Ahora bien, la necesidad de que el *solvens* opte entre la exigibilidad del crédito del que supuestamente ha devenido titular como consecuencia de la subrogación y del que deriva de su acción de regreso, presenta dos claros inconvenientes cuando la extensión objetiva de esta última no coincide plenamente con la cuantía de lo desembolsado en nombre del obligado. El crédito del tercero puede, en efecto, importar una cuantía superior de la que resultaría de la mera restitución del importe del crédito pagado cuando, v. gr., tenga derecho a la reparación de los perjuicios que su intervención le haya irrogado (entre otros, el lucro cesante correspondiente al cese en el disfrute del capital destinado al pago); y, en esas circunstancias, la obligación de optar entre una u otra acción le colocaría en la grave tesitura de elegir entre la íntegra restitución que le reportaría el ejercicio de su acción personal o la inherente a aquel crédito que, aunque de menor cuantía, previsiblemente estará revestido de mayores garantías para su satisfacción. El tercero podría resultar en ese caso económicamente dañado como consecuencia de la subrogación sin razón alguna que lo justifique. Pero, además, también podría ocurrir, de forma alternativa, que se viese enriquecido sin causa

inmiscuido en su esfera jurídica); no habrá, por ello, subrogación ni posible acuerdo al respecto. Este último régimen se extiende, además, a quien paga “*animo depraedandi*”, o sea, anteponiendo su interés al del obligado o gestionando más bien un asunto propio que ajeno. *Vid.* con mayor amplitud la doctrina que en este punto se ha seguido en CASTILLA BAREA, M., GALICIA AIZPURUA, G., GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C., MADRAZO LEAL, J. y CONESA PÉREZ, C., “Eficacia del contrato”, en *Tratado de contratos*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez Cano, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.^a ed., 2013, pp. 1278-1281; y con mayor exhaustividad, GALICIA AIZPURUA, G., *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 13-32.

⁴⁵⁵ *Vid.* una relación de las distintas maneras de entender la relación entre el derecho personal del tercero y el derecho adquirido por subrogación en DEL OLMO GARCÍA, *Pago...*, cit., pp. 282 y ss. y GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 45 y ss.

aparente cuando hubiese acordado con el acreedor primitivo la satisfacción de su crédito por una cantidad menor a la que importe este, al adquirirlo por su valor nominal *ex* artículo 1212 CC: “[l]a subrogación transfiere... el crédito”. Pues de esta forma se le estaría autorizando a reclamar del deudor mayor cuantía de la correspondiente a su derecho de regreso⁴⁵⁶.

Fuera de estos supuestos, la opción por una u otra vía conllevaría para el *solvens* otra elección de gran transcendencia, pues ambos créditos tendrán un distinto plazo de prescripción⁴⁵⁷, de suerte que, de elegir el del acreedor primitivo, podría disponer de un breve periodo de tiempo para compeler al deudor el pago. Y si prescribiese, ¿todavía restaría al tercero el ejercicio de su acción personal de regreso?⁴⁵⁸

Los obstáculos anteriores parecen quedar a salvo en la última de las opciones apuntadas, en virtud de la cual la adquisición del crédito pagado solo se produciría en la medida en que sirva “de garantía” al derecho personal del tercero. Así, el *solvens* quedaría facultado, de un lado, para hacer uso del crédito saldado al objeto de asegurarse la satisfacción de su derecho de regreso dentro de los límites cuantitativos de aquel (valiéndose, por tanto, de las garantías y privilegios que lo acompañen) y, de otro, para exigir la parte no cubierta por él si su crédito es cuantitativamente más elevado, aunque eso sí, sin privilegios especiales⁴⁵⁹.

Ahora bien, considerando que el *solvens* ya es titular de un derecho personal de regreso como consecuencia de su intervención, ¿qué razón habría de tener el legislador para

⁴⁵⁶ GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 47-48.

⁴⁵⁷ RUBIO GARRIDO, *La subrogación...*, cit., p. 139.

⁴⁵⁸ La STS de 29 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2804) resuelve un supuesto en el que se plantea la posible prescripción de la acción en reclamación del crédito del acreedor originario, ahora titularidad del subrogado. El Tribunal rechaza la pretensión porque considera que las circunstancias del caso demuestran que el tercero beneficiario de la subrogación no buscó sus efectos al proceder al pago y sí únicamente la acción de reembolso a que se refiere el párrafo segundo del artículo 1158 y, considerando que “según autorizada opinión de la doctrina científica la titularidad de los derechos de reembolso y a la subrogación es cumulativa, con el reconocimiento de opción en favor del sujeto”, en el supuesto en cuestión “los pagos hechos miraban únicamente al reembolso, como derivado de la gestión de negocios ajenos, pues las relaciones tan estrechas entre la empresa y el grupo familiar evidencian que los pagos se hicieron con un estricto *animus solvendi* y de extinguir la obligación, finalidad que excluye todo propósito de adquirir el crédito”.

⁴⁵⁹ GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 47-49, en alusión a la teoría que propone DEL OLMO GARCÍA, *Pago...*, cit., pp. 298 y ss.

poner a su disposición un crédito complementario que debería reputarse extinto como consecuencia del pago? ¿No es cierto, además, que el acreedor que se subroga probablemente no aspira a obtener el crédito de otro, considerando que ya dispone de uno propio y que ninguna utilidad le reporta aquel, a salvo las garantías que lo acompañan? Pues bien, si transcendemos de la letra del artículo 1212 CC, la interpretación sistemática del Código más parece inclinarse hacia el entendimiento de la subrogación no propiamente como la pervivencia del crédito pagado, sino como la simple comunicación al derecho de regreso que compete al *solvens* del rango, privilegios y garantías de que el primero disfrutaba⁴⁶⁰. A continuación pasamos a examinar los principales argumentos en los que se apoya esta teoría.

A. La subrogación entendida como comunicación al derecho de regreso del solvens del rango, privilegios y garantías del crédito originario

Esta segunda explicación al artículo 1212 CC, tan alejada *a priori* de su propia literalidad, se sustenta en los argumentos lógicos, históricos y sistemáticos de los que pasamos a dar cuenta.

a) El supuesto de pago parcial y la preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código civil

Conforme sostiene GALICIA AIZPURUA, la interpretación combinada de los artículos 1212 y 1213 CC ofrece una de las claves para el correcto entendimiento del efecto que cabe atribuir a la subrogación, pues solo puede dotarse de pleno sentido a la previsión de este último precepto si se concibe la subrogación como la comunicación de los adminículos del crédito satisfecho y no como la efectiva transmisión del crédito mismo. Y es que, según es sabido, al amparo del artículo 1213 CC, “[e]l acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a

⁴⁶⁰ GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 51. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ VILLA, J., *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*, Comares, Granada, 1999, pp. 249 y ss.; CAÑIZARES LASO, *El pago...*, cit., pp. 76 y ss.; VITERI ZUBIA, I., *El pago anticipado en las obligaciones a plazo. El derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 243 y ss.; y BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, *Hipoteca en garantía...*, cit., pp. 151-158. Y de la misma forma parecen concebir también la subrogación REY PORTOLÉS, J. M., “La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado”, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 47-48; y DÍAZ FRAILE, “La nueva...”, cit., p. 1781.

virtud del pago parcial del mismo crédito". Ahora bien, si se entendiese, conforme a la teoría mayoritaria (que aboga por la transmisión del crédito), que lo que se produce en tal supuesto es una suerte de división del crédito entre el acreedor primitivo y el tercero que paga parcialmente, la norma provocaría, en el caso de que el crédito estuviese desprovisto de toda garantía o privilegio, un resultado paradójico: el tercero subrogado que concurriese con el acreedor originario sobre el insuficiente patrimonio del deudor, ocuparía peor posición que aquel tercero que nunca hubiese accedido al "beneficio" que reporta la subrogación. Dicho más claramente: el artículo 1213 CC estaría determinando que el acreedor inicial es *preferente* al subrogado, cuando sin embargo no lo es ante el tercero que *ex artículo 1158 CC* realice un pago extintivo o no subrogatorio⁴⁶¹. Quien se subroga solo podría eludir tal preferencia si optara por interponer su acción personal de reembolso, renunciando con ello, en definitiva, a la subrogación.

Si, por el contrario, se parte de la premisa de que la subrogación comporta una mera transferencia al derecho de regreso de los adminículos que rodeaban el crédito saldado, en ningún caso podría resultar peor la posición del *solvens* con derecho a subrogación que la del tercero que no ostentase tal beneficio, por la sencilla razón de que no existiendo privilegios ni garantías de ningún tipo, nada habría en lo que subintrar y no resultaría de aplicación la regla que, en materia de prelación de créditos, contiene el artículo 1213 CC: acreedor primitivo, subrogado y tercero sin derecho a subrogación concurrirían en plano de igualdad conforme a la regla de la *par conditio creditorum*⁴⁶².

Esta intelección del instituto subrogatorio explica, además, una de las críticas que en ocasiones se ha dirigido al artículo 1213 CC y al planteamiento de quienes consideran que la preferencia para el cobro que consagra el precepto solo resulta operativa si el crédito es hipotecario o goza de un especial privilegio; en efecto, la norma "en modo alguno supedita el reconocimiento de la facultad de ejercicio preferente a que el crédito a cuyo pago parcial se ha procedido sea hipotecario o privilegiado"⁴⁶³, pero ello no significa que sea de aplicación a cualesquiera créditos –también ordinarios, con el resultado antes expuesto– sino precisamente cuando sí existan "*derechos anexos al crédito*"

⁴⁶¹ GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 51-52. De esta misma incongruencia advierte CORDERO LOBATO, *La hipoteca...*, cit., p. 168.

⁴⁶² GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 52.

⁴⁶³ ARNAU RAVENTÓS, *Pago...*, cit., p. 238.

(art. 1212 CC), único supuesto en el que la subrogación tendrá razón de ser y resultará de aplicación la norma. Además, es totalmente lógico que en esos casos el acreedor originario, que era quien desde un inicio disfrutaba del rango, privilegios y garantías que rodeaban al crédito ahora parcialmente satisfecho, pueda hacer uso de ellos para cobrarse “*con preferencia*” al tercero que se subroga en su lugar, de tal suerte que, si concurren ambos sujetos como únicos acreedores privilegiados sobre el patrimonio insuficiente del deudor, el acreedor habrá de ser preferentemente pagado al *solvens*⁴⁶⁴. Solo en esas circunstancias puede entenderse, se comparta o no, la previsión del legislador.

b) La subrogación ex parte debitoris: el artículo 1211 del Código civil y la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios

Como ya hemos enunciado, la subrogación puede tener lugar no solo a instancias del tercero que paga un débito ajeno sino también cuando es el propio deudor quien “*para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública*” (art. 1211 CC). En este caso, por tanto, es el propio obligado el que materializa la *solutio* con el importe obtenido mediante préstamo concertado con otro acreedor. Por ello, es evidente que la subrogación no puede comportar en este supuesto la adquisición del crédito saldado por el prestamista: primero, porque ni tan siquiera es él quien efectúa el pago, sino el propio deudor, a favor de quien se extiende la correspondiente “*carta de pago*”⁴⁶⁵; y, segundo, porque considerando que ya dispone de su propio crédito *ex mutuo*, lo único que verdaderamente puede interesarle es la ventaja que, para su cobro, pueden procurarle los privilegios y garantías que acompañaban al ahora extinguido⁴⁶⁶.

Lo anterior contrarresta uno de los argumentos que invoca, entre otros autores, ESPÍN CÁNOVAS contra las teorías que conciben el fenómeno subrogatorio desde la perspectiva

⁴⁶⁴ GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 53.

⁴⁶⁵ FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., p. 257: “en este singular caso, nadie puede siquiera aventurar que el pago no extingue la obligación, porque aquí el pago lo realiza el mismo deudor, con dinero que, aunque proceda de otro, le pertenece, si no se quiere desnaturalizar también la propia esencia del préstamo de cosa fungible, que, según el artículo 1753 del Código civil, transmite la propiedad al prestatario, obligándose este a devolver otro tanto del mismo género y calidad”.

⁴⁶⁶ GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 56-57; en el mismo sentido, CAÑIZARES LASO, *El pago...*, cit., p. 132.

del pago o extinción del crédito y, correlativamente, como sustento de la tesis favorable a su transmisión. Y es que sostiene que en la subrogación el pago no es realmente tal porque la prestación no se realiza *animo solvendi*, sino con la finalidad última de adquirir el crédito: es por ello que este pago no extingue la obligación, sino que opera una mera transmisión del crédito⁴⁶⁷.

Sin embargo, la tesis que sostiene este autor sobre el pago no extintivo o traslativo falla en el supuesto del artículo 1211 CC, en el que la *solutio* se materializa por el propio deudor y ninguna duda cabe de que va exclusivamente dirigida al cumplimiento de su obligación. Pero es que además ni siquiera en los supuestos de pago por tercero puede sostenerse que la intención del subrogado sea la de adquirir el crédito: ¿para qué habría de quererlo si ya dispone de un derecho de reembolso o repetición, según los casos, con el que resarcir el desequilibrio económico que haya podido ocasionarle su intervención?⁴⁶⁸. Lo que persigue tanto el tercero que paga como aquel que adelanta el dinero al deudor es, sencillamente, ganar para su crédito el lugar que ostentaba el

⁴⁶⁷ ESPÍN CÁNOVAS, “Sobre el pago...”, cit., pp. 313-315. La misma idea subyace, como se recordará, en la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, de 29 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2804), en la que sin embargo se estima que los pagos se hicieron “con un estricto *animus solvendi* y de extinguir la obligación, finalidad que excluye todo propósito de adquirir el crédito”.

En sentido similar se pronuncia RUBIO GARRIDO, *La subrogación...*, cit., p. 49, cuando señala que el pago efectuado por el *solvens* “no es cumplimiento en sentido estricto, puesto que no hay identidad entre el comportamiento programado como vinculante en la obligación (procede del tercero y no del deudor)”. Ahora bien, con ello se desconoce el régimen que para el pago prevé el Código civil, sobre el que luego volveremos: el pago se enuncia como medio extintivo (art. 1156 CC), se define con una redacción impersonal como la “*entrega de la cosa o la realización de la prestación en que la obligación consista*” (art. 1157 CC) y se contempla después que pueda ser sujeto activo de ese pago extintivo “*cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor*” (art. 1158 CC), a salvo las prestaciones personalísimas (art. 1161 CC), de la misma forma que el receptor de la cosa o servicio en que consista la prestación tampoco tiene que ser necesariamente el acreedor (arts. 1162 y 1163 CC), pudiendo realizarse incluso en favor de quien lo sea solo aparentemente (art. 1164 CC): FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., pp. 195-212.

⁴⁶⁸ GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 58, con cita de DEL OLMO GARCÍA, *Pago...*, cit., pp. 279 y 280, con quien comparte que toda subrogación encierra un derecho personal subyacente titularidad del *solvens* que el ordenamiento le reconoce en función de las circunstancias que rodearon su intervención pues, en ausencia de una más específica (acción contraria de mandato o de gestión de negocios ajenos), siempre contará como cláusula de cierre con la acción personal de enriquecimiento (art. 1158.3 CC). En sentido contrario, ARNAU RAVENTÓS, *Pago...*, cit., pp. 238-239, sostiene que el artículo 1158 CC solo concede una acción de regreso al tercero que paga con ánimo extintivo: quien pudiendo pagar para extinguir una deuda ajena, paga y se subroga, “se entiende que implícitamente ha renunciado a la acción de regreso *ex* artículo 1158 del Código civil”. Sin embargo, la subrogación no depende de la voluntad de las partes ni se concede exclusivamente a quien paga “en interés propio” (p. 238) sino, antes bien, a quien con su intervención se hace merecedor de un refuerzo para la satisfacción del derecho de regreso que siempre y en todo caso nace en favor de quien asume un débito extraño.

antiguo, o sea, reforzarlo con los adminículos que acompañaban a este⁴⁶⁹, pues esa es la única ventaja que puede procurarle el crédito primitivo. ¿Para qué transmitirle entonces la titularidad de un crédito que en realidad ha quedado extinto cuando lo único que realmente puede interesarle son las garantías que aseguraban aquel para aumentar sus posibilidades de recobro?

Esto último es, por lo demás, lo que la subrogación trata de tutelar: la posición del tercero que desinteresadamente muestra su colaboración con el deudor o que, aun teniendo interés en el cumplimiento, satisface las pretensiones del acreedor; pero no la circulación del crédito. La subrogación cumple por tanto dos funciones: una primera y principal de protección del *solvens* mediante el aumento de sus posibilidades de recobro, reforzando su acción de regreso, y una segunda incentivadora del pago (extintivo, único que conoce nuestro ordenamiento) de las deudas ajenas⁴⁷⁰.

La idea de que la subrogación del artículo 1211 CC comporta una comunicación de las garantías y privilegios de que gozaba el acreedor originario, y nada más que eso, se ve reforzada si atendemos a sus precedentes⁴⁷¹. Este precepto procede directamente de su homónimo 1250 del *Code Napoléon* que, a su vez, recoge un Edicto del Rey Enrique IV de Francia y III de Navarra del día 20 de mayo de 1609, titulado “*Declaration du Roy portant pouvoir de succeder aux hypothèques des anciens creanciers, sans cession d'iceaux*” y dirigido a compeler a aquellos acreedores que hubiesen comprado las denominadas rentas perpetuas al “*denier douze*” (o sea, al 8,33%), a soportar un pago con subrogación de quien estuviera dispuesto a adquirir tales rentas a un interés más bajo, al llamado “*denier seize*” (o lo que es lo mismo, al 6,25%), a cuyo fin había de “ceder” el primitivo acreedor *las garantías* que estaban en su poder⁴⁷². El edicto señalaba, en concreto, lo siguiente: “quienes faciliten sus dineros a los deudores de las dichas rentas constituidas al denario doce con estipulación expresa de *poder suceder en las hipotecas de los acreedores*

⁴⁶⁹ CAÑIZARES LASO, *La subrogación...*, cit., pp. 55 y 114.

⁴⁷⁰ *Vid.*, respecto del sentido y función de la institución, GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 64 y ss. y FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., p. 327.

⁴⁷¹ VITERI ZUBIA, *El pago...*, cit., pp. 243 y ss.

⁴⁷² LÓPEZ LIZ, J., *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 47 y ss., aunque sorprendentemente defiende después la transmisión del crédito primitivo como consecuencia de la subrogación. No así VITERI ZUBIA, I., *El pago...*, cit., pp. 243 y ss., quien ve en estos precedentes una clara muestra de la naturaleza extintiva de la subrogación, por lo que al crédito subrogado se refiere.

que serán pagados con esos dineros (...), queden *subrogados de derecho en los derechos, hipotecas, títulos, justificantes y acciones de dichos antiguos acreedores sin otra cesión o transferencia de los mismos*". El texto contemplaba en todo momento, por tanto, la sucesión *en las antiguas hipotecas* en beneficio de quienes prestasen sus dineros, así como en los restantes derechos que tuvieran los acreedores originarios, pero nunca en el derecho de crédito mismo que había sido satisfecho con el dinero prestado, lo cual resulta de todo punto lógico porque, si lo que se perseguía era una reducción generalizada de los tipos de interés, mal podría alcanzarse la subrogación entendida como una cesión del derecho de crédito mismo. Al contrario, los derechos de crédito antiguos se extinguían por pago y quienes prestaban su dinero para ello devenían titulares de un crédito propio al que se transmitían o traspasaban los privilegios y garantías del primitivo. Subrogación, por tanto, solo en los privilegios y garantías, y subrogación, además, sin cesión ni transferencia; antes bien, por mera disposición legal⁴⁷³.

Esta regulación de la subrogación se extendió después, mediante una decisión del Parlamento de París de 6 de julio de 1690, a todo tipo de deudores y deudas, concretándose qué derechos y privilegios eran aquellos en los que se subrogaba el nuevo deudor y los requisitos de forma que debían observarse: "para suceder y ser subrogados *en las acciones, derechos, hipotecas y privilegios* de un antiguo acreedor sobre los bienes de todos aquellos que son obligados a la deuda, o de su fiador, y *para tener derecho de ejercitarlos así y en la manera que dichos acreedores lo habrían podido hacer*, basta que los dineros del nuevo acreedor sean suministrados a uno de los deudores con estipulación hecha en instrumentos otorgados ante Notario, que preceda al pago o que sea de la misma fecha, que el deudor empleará los dichos dineros en el pago del antiguo acreedor, que el que los preste será subrogado en los derechos de dicho antiguo acreedor, y que en la carta de pago (...) se haga mención de que el reembolso ha sido hecho con los dineros suministrados a este efecto por el nuevo acreedor, sin ser necesario que la subrogación sea consentida por el antiguo acreedor, ni por otros deudores o fiadores...". Requisitos, todos, que nos resultan enteramente familiares porque de ahí pasaron al artículo 1250.2 del *Code civil*, posteriormente a los artículos 1119 y 1120 del Proyecto isabelino, de estos al 1128 del Anteproyecto y, finalmente, a nuestro vigente 1211 CC⁴⁷⁴.

⁴⁷³ FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., p. 250; VITERI ZUBIA, *El pago...*, cit., p. 250.

⁴⁷⁴ FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., p. 265.

Admitido entonces que la subrogación no comporta la transferencia del crédito, sino la de sus privilegios y garantías cuando se produce *ex parte debitoris*, la misma conclusión debe hacerse extensiva a los supuestos contemplados en los artículos 1209 y 1210 CC, aunque el fenómeno subrogatorio se produzca aquí *ex parte creditoris*: el motivo de que el legislador contemple las dos hipótesis dentro de la misma regulación no puede ser otro que ambas acarreen idéntico efecto, o sea, el simple acceso al rango, privilegios y garantías del crédito liquidado como seguridad del que nace *ex novo* en favor del *solvens*. Nótese, por lo demás, que el artículo 1211 CC prescinde del consentimiento del acreedor primitivo por dos elementales razones, que ya anunciaba GARCÍA GOYENA: de un lado, porque su interés “se limita a ser pagado, no importa por quién, ni si otro será, o no, subrogado *en su lugar y derechos*” y, de otro, porque la subrogación no deja de ser un mecanismo en favor del deudor, “que por este medio puede encontrar un acreedor menos riguroso”⁴⁷⁵.

Este último fin es el que pretende satisfacer la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, de cuyo articulado se colige que la norma únicamente persigue regular la comunicación de las garantías (en este caso, hipotecarias) del primitivo crédito al adquirido por el *solvens* como consecuencia del préstamo. Es por ello que la subrogación se equipara a la amortización anticipada del préstamo primitivo, esto es, a su pago, y no a la transmisión del crédito originario, que ninguna utilidad procura al tercero distinta a la hipoteca (preferente en rango) de la que puede valerse ahora para la efectividad de su derecho.

Sin perjuicio del análisis exhaustivo que de dicha Ley efectuaremos más adelante, baste por el momento apuntar a su artículo 2 como buena muestra de la idea que aquí se defiende: del mismo se infiere que lo que el deudor concierta con la nueva entidad financiera no deja de ser un “nuevo préstamo hipotecario” que, aunque limitado en su posible contenido, pues solo puede diferir del antiguo en el tipo de interés pactado (tanto ordinario como de demora) así como en el plazo (art. 4.1), nada más tiene que ver

⁴⁷⁵ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, t. III, cit., p. 143. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., p. 922, explica con claridad que el consentimiento del acreedor no es preciso desde el momento en que se salvan sus intereses de todo riesgo, “ya porque la subrogación se verifica precisamente para pagar al acreedor, ya porque ínterin este pago no se realizó, aquel conserva sus derechos, según declara el artículo 1213, y se deduce del actual, puesto que al exigir como requisito de la subrogación la expresión de esta en la carta de pago, supone lógicamente que este se ha realizado”.

con el que le precede; este se extingue como consecuencia del pago que, aunque materializado por el acreedor subrogado, se produce con dinero que pertenece al deudor por virtud del nuevo contrato de préstamo celebrado con él⁴⁷⁶. Si, por el contrario, la subrogación comportase verdaderamente una transmisión del crédito, ¿no habría de adquirirlo el acreedor subrogado en los términos inicialmente pactados?⁴⁷⁷

En definitiva, y a diferencia de lo que señalan algunos autores que ven en la subrogación, además de un cambio de acreedor, una “novación modificativa” de la obligación⁴⁷⁸, lo que hay es sencillamente un nuevo préstamo concertado con una segunda entidad financiera para cuyo refuerzo se comunica única y exclusivamente la hipoteca inicialmente constituida. De ahí que, como prevé el artículo 5, el hecho de la subrogación no surta efecto contra tercero si no se hace constar en el Registro, al margen de la inscripción de la hipoteca, el nuevo contrato de préstamo con indicación de “*la persona jurídica subrogada en los derechos del acreedor*” y “*las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés, del plazo, o de ambos*”. Aquí una vez más se ve, en la elección de la nota marginal como cauce para dejar constancia registral de la subrogación, que no se produce en el crédito pagado sino en el derecho real de hipoteca, pues, de lo contrario, sería más adecuado hacerlo constar mediante una nueva inscripción, dada su cercanía con el supuesto que regula el artículo 149 LH, consistente en la cesión de un crédito garantizado con hipoteca⁴⁷⁹.

c) La ubicación sistemática de la subrogación como subespecie de la novación

A lo anteriormente expuesto en torno a la necesidad de separarnos de una interpretación literal del artículo 1212 CC para determinar los efectos de la subrogación,

⁴⁷⁶ VITERI ZUBIA, I., *El pago...*, cit., pp. 254 y 255.

⁴⁷⁷ FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., pp. 269 y 270; VITERI ZUBIA, *El pago...*, cit., p. 255; y VATTIER FUENZALIDA, C., “La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, según la Ley 2/1994, de 30 de marzo”, *AC*, 3, 1994, p. 605, para quien, si bien la subrogación determina con carácter general la transmisión tanto del crédito como de los derechos anexos ex artículo 1212 CC, excepcionalmente en el supuesto que el artículo 1211 CC prevé, y que la Ley 2/1994 desarrolla, supone la extinción del crédito pagado por el tercero y la sola transmisión de las garantías: en realidad, “se sustituye el préstamo primitivo por otro nuevo, que es el que ahora está garantizado por la hipoteca y en cuya titularidad subentra o se subroga el nuevo prestamista”.

⁴⁷⁸ LÓPEZ LIZ, *Subrogación...*, cit., p. 194.

⁴⁷⁹ Así entendían que debía hacerse CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., p. 344: “para que la subrogación en la hipoteca sea eficaz habrá que proceder conforme al art. 149 LH”, quienes conciben la subrogación como transmisión del crédito pagado.

se une el dato de su estrecha vinculación con dos de los modos de extinción de las obligaciones que consagra el artículo 1156 CC. En efecto, la subrogación procede siempre de un pago (bien sea efectuado por tercero bien por el propio deudor *ex* artículo 1211 CC) y se encuentra regulada, además, en la sección que el Código dedica a la novación.

Cierto es que la decisión del legislador al optar por la novación como marco en el que regular el fenómeno subrogatorio ha sido, por lo general, sometida a crítica tanto por los partidarios de otorgar a aquel un efecto transmisivo del crédito como por quienes lo perciben desde la perspectiva del pago extintivo. Los primeros lo hacen porque parece evidente que la “novación” se halla más próxima a la noción de extinción que a la de transmisión, a pesar del refugio que han podido encontrar, no sin una forzada interpretación, en la categoría de la *novación modificativa*. Y los segundos, porque, aunque se integra en uno de los modos de extinción de las obligaciones, consideran más acertada la ubicación elegida en el Proyecto de 1851, que le dedicaba una sección aparte pero inmediatamente posterior a aquella asignada al pago, acercándola así a la ubicación escogida por el legislador francés, a saber, la sección relativa al pago. Y es que no fue hasta el Anteproyecto de 1882-1888 cuando finalmente se impuso el criterio sistemático actual⁴⁸⁰.

Sin embargo, según la tesis que aquí se respalda, la subrogación presenta la particularidad de dejar subsistentes los privilegios y garantías que rodeaban al crédito saldado para adornar el que une a *solvens* con deudor y, en esa medida, cobra mayor sentido su ubicación como supuesto de novación que en sede de pago, por la diferencia fundamental existente entre ambos medios extintivos: mientras el pago supone una extinción “absoluta” del vínculo obligatorio primitivo, ya sabemos que la novación se caracteriza por serlo solo “relativamente”, es decir, por crear tras de sí o como consecuencia de ella otra relación jurídica dispar. Vistas así las cosas, podría decirse que la subrogación reúne todo requisito que exige la novación (extintiva): una obligación previa entre el acreedor primitivo y el deudor que se extingue como consecuencia del

⁴⁸⁰ Lo que responde, a juicio de VATTIER FUENZALIDA, “Notas...”, cit., pp. 499-500, al triunfo en el Código civil español del modelo tradicional en virtud del cual la subrogación se asimila a la novación por cambio de acreedor; tesis que atribuye ya a los autores del siglo pasado, quienes, ante la falta de regulación de la novación por cambio de acreedor en las Partidas, terminaron equiparándola a la subrogación y –significativamente– la apartaron de la cesión de créditos.

pago (*prior obligatio*), una obligación nueva entre el deudor y el tercero (*nova obligatio*), que deriva directa o indirectamente de aquella (pues se constituye *per relationem* con ella⁴⁸¹) y a la que se comunican las garantías y los privilegios de la primera, pero con la que presenta una notable diferencia, consistente en el cambio de acreedor (*aliquid novi*). Existe, así, una interrelación entre ambas obligaciones que, a nuestro juicio, acerca enormemente la figura al ámbito de la novación, de la que solo difiere en el alcance de sus efectos: mientras que la novación opera por lo general la extinción de la obligación principal y la de las accesorias que le acompañan (art. 1207 CC), la subrogación exceptúa, en el sentido que luego se dirá, el principio de accesoriedad por lo que hace a la desaparición de estas últimas (art. 1212 CC).

Cierto es que a la subrogación precede siempre un pago, bien lo realice el deudor (art. 1211 CC), bien un tercero (art. 1210 CC), y ello justificaría en cierta medida su regulación en dicha sección. Sin embargo y comoquiera que el fenómeno subrogatorio se caracteriza por extinguir el primitivo vínculo obligacional y dar nacimiento a uno nuevo entre el deudor y un tercero, al que se comunican las garantías del primero, el legislador pudo razonablemente estimar más acorde a su naturaleza su actual ubicación. Esto explicaría por qué se limita simplemente a enumerar la subrogación como uno de los posibles efectos que derivan del pago en la sección dedicada a este (arts. 1158 *sensu contrario* y 1159), tal y como hace con el reembolso del *solvens* (art. 1158.2) o la acción de enriquecimiento (art. 1158.3) –al margen de los efectos connaturales a cualquier pago, como la extinción de la obligación–, dejando su regulación para sede más propia: la subrogación, en los artículos 1209 y siguientes (*De la novación*); y el reembolso, en función de si da lugar a la acción contraria de mandato o a la acción contraria de gestión de negocios ajenos, en los artículos 1728-1729 (*De las obligaciones del mandante*) o 1888 y siguientes (*De la gestión de negocios ajenos*), respectivamente⁴⁸².

⁴⁸¹ Como pone de manifiesto FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., p. 325, el derecho de reembolso del *solvens* (o el de crédito derivado del contrato de préstamo en el caso de la subrogación *ex parte debitoris* del artículo 1211 CC), aunque autónomo e independiente del derecho que tenía el acreedor satisfecho frente al deudor, viene a sustituirlo y en determinada medida está vinculado a él, hasta el punto de que si aquel por el motivo que fuese no existe, este, como regla general, tampoco llega a nacer efectivamente.

⁴⁸² Por esta razón entiende FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., p. 234, que mediante los artículos 1158 y 1159 lo que el legislador verdaderamente pretende regular no es el contenido de la relación jurídica que nace con el pago del tercero entre el *solvens* y el deudor, sino la legitimación para el pago.

Además, con esta solución el legislador cumplió la tarea que se le encomendaba en la Base 19 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1988: “*se simplificarán los modos de extinguirse las obligaciones, reduciéndolos a aquellos que tienen esencia diferente, y sometiendo los demás a las doctrinas admitidas, respecto de los que como elementos entran en su composición*”. Y es que, como ya se ha dicho, la subrogación y la novación comparten la misma *esencia* y encierran un característico efecto extintivo-constitutivo que no puede predicarse del pago, ni, en general, de ningún otro medio extintivo.

En fin, de la regulación conjunta de la novación y la subrogación se sigue un nuevo entendimiento del artículo 1207 CC que, aunque se expondrá con mayor detalle en el apartado 4.3 *infra* dedicado a este precepto, consiste, en pocas palabras, en considerar que las obligaciones accesorias “*aprovechan*” al tercero *solvens* que se subroga y por tanto subsisten siempre que no preste su consentimiento a su extinción, con lo que se dota de pleno sentido a su enunciado: “[*c*]uando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento”.

De hecho, como se verá después, de entre las teorías que tratan de explicar la dicción del artículo 1207 CC sobresalen en esencia dos: a) una primera que entiende referido el inciso final (“[*...*] solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento”) a la necesaria anuencia de los terceros que, habiendo garantizado la *prior obligatio*, se dispongan a *renovar* la garantía para salvaguardar la *nova*, pues, comoquiera que la obligación accesoria no les *aprovecha* sino que en todo caso les perjudica, habrán de prestar *sensu contrario* su consentimiento si quieren eludir la extinción de aquella; y b) una segunda que relaciona el exigido consentimiento con el de terceros titulares de derechos subjetivos “*accesorios*” que, derivados de la obligación novada, hayan recaído en sus respectivos patrimonios [v. gr., la comisión pactada en favor de tercero en el contrato que se nova: STS de 11 de junio de 1947 (RJ 1947, 770)]. Ninguna de estas dos lecturas resulta, empero, plenamente satisfactoria, porque está fuera de toda lógica la forma en la que ha sido redactado el precepto tanto si se entiende referido a los primeros –cuya preceptiva intervención es, por lo demás, indiscutida, para la eventual subsistencia de las garantías en aseguramiento de la obligación sustituta–, como a los segundos, que ni son titulares de

obligaciones (lo serán en todo caso, de *derechos*), ni mucho menos de “obligaciones accesorias” (más bien lo serán “principales” en la perspectiva de su patrimonio personal), ni, en fin, necesitan de la norma para que les resulte inoponible el pacto (puesto que ya lo es al amparo del principio *res inter alios acta* sancionado en el artículo 1257.2 CC).

Contrariamente, la intelección aquí que se propugna concuerda, de un lado, con la que se enuncia como regla general, consistente en que las obligaciones accesorias siguen la suerte de la principal cuando esta se extingue por efecto de la novación, y, de otro, con la única excepción que respecto de este principio rige en la materia: la subsistencia de las garantías y privilegios del crédito extinto en los supuestos de subrogación (art. 1212 CC). De esta forma, y puesto que la subrogación comporta la transferencia de los adminículos del crédito saldado para revestir el del tercero que se subroga, las obligaciones accesorias, que a este último sí “aprovechan”, subsistirán salvo que consienta su extinción (art. 1207 CC).

La tesis recién expuesta explica, además, el porqué del cambio que el legislador introdujo en el texto vigente con respecto a su precedente, el artículo 1138 del Proyecto de 1851, que sí se dirigía a los terceros garantes, de ahí que utilizase el verbo “afectar” en lugar de “aprovechar” y que exigiese el consentimiento de estos terceros y no la ausencia de él⁴⁸³. Y es que recuérdese que en el Proyecto isabelino la subrogación se encontraba regulada en sección diferente a la de la novación y que fue con ocasión de la aprobación del Código en vigor (y de su Anteproyecto) cuando se llevó a cabo una reubicación sistemática de la primera para quedar finalmente inserta en sede de novación, lo que explica el cambio de dirección del precepto y la necesaria explicitación de la regla: el fenómeno novatorio conlleva la extinción de las garantías; el subrogatorio, en cambio, no. Ambas consecuencias han de quedar cristalizadas en la regulación y ese es el fin que viene a servir el artículo 1207 CC.

⁴⁸³ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, t. III, cit., pp. 136-137.

d) La doctrina de LAURENT como fuente de inspiración del artículo 1212 del Código

A los anteriores argumentos lógico-sistemáticos debe añadirse uno de carácter histórico en torno a la formulación del artículo 1212 CC⁴⁸⁴. Este precepto ve la luz por primera vez en el Anteproyecto de 1888, en el que destaca un artículo 1229 de idéntico contenido: “[l]a subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anejos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas”. Sin embargo, a diferencia de las demás normas que le acompañan, en las que el borrador indica, ora cuáles fueron las concretas fuentes de inspiración, ora su carácter novedoso, en ella se realiza una genérica remisión y sin mayores precisiones a LAURENT, la cual parece aludir a su conocido trabajo legislativo, el Anteproyecto belga o *Avant-Projet de Revision du Code Civil*⁴⁸⁵, cuyo artículo 1255 establecía lo siguiente: “la subrogación convencional o legal transfiere al subrogado el crédito con todos los derechos a él anejos; produce efecto tanto contra el deudor como contra los terceros tales como los fiadores y los terceros poseedores”.

La referencia a este autor resulta enormemente significativa si atendemos a su tesis en torno a la subrogación⁴⁸⁶. Y es que LAURENT parte de la extinción del crédito como consecuencia del pago y explica el fenómeno como una cesión ficticia de los derechos del antiguo crédito. En efecto, se encuentra este autor ante la misma disyuntiva que antes exponíamos: el pago hecho con subrogación es un verdadero pago, con lo que extingue el crédito y, sin embargo, este se transporta a los terceros, lo que solo puede responder a su juicio a una ficción, que algunos autores limitan a los solos accesorios del crédito, mientras que otros la aplican al crédito mismo⁴⁸⁷. E insiste, haciendo crítica a quienes asimilan enteramente la subrogación a una transmisión del crédito, que están equivocados: el Código lo denomina «pago con subrogación» porque el elemento esencial que une al acreedor con los terceros es el pago, que extingue inevitablemente la deuda; ¿cómo podría entonces concebirse que el crédito, al mismo tiempo que se extingue, se vende? Solo puede hacerse, al modo en que lo hace POTHIER, por razón de una ficción⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ Así lo rescata CAÑIZARES LASO, *La subrogación...*, cit., pp. 70-77 y 131-136.

⁴⁸⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto...*, cit., pp. 25 y 373.

⁴⁸⁶ LAURENT, F., *Principes de Droit civil*, t. 18, Bruselas, 1887, pp. 1-172. Vid. un resumen de su doctrina en CAÑIZARES LASO, *El pago...*, cit., p. 136.

⁴⁸⁷ LAURENT, *Principes...*, cit., p. 16.

⁴⁸⁸ LAURENT, *Principes...*, cit., pp. 18-19.

Conviene entonces con POTHIER que el pago hecho con subrogación es un verdadero pago, cuyo objeto esencial es la extinción de la deuda y la liberación del deudor. Este carácter subsiste en la subrogación. POTHIER cree no obstante que en vano se dice que los terceros que se subrogan tienen otro objetivo, cual es el de suceder en los derechos del acreedor. A lo que LAURENT responde: ese no es el objetivo sino el medio. Los terceros que pagan la deuda hacen un adelanto del que quieren ser reembolsados y estipulan la subrogación porque tener una garantía permite que la deuda les sea reembolsada, con lo que se contentarían con los accesorios si pudieran suceder solo en ellos sin hacerlo en el derecho principal⁴⁸⁹.

Por último, en cuanto a sus efectos afirma que, en el momento mismo en que la deuda está pagada y se ha extinguido, el acreedor transporta al subrogado los derechos anexos al crédito. La subrogación favorece el pago y para hacerlo transporta a aquel que paga todos los derechos reales, todas las garantías anexas al crédito primitivo; su objetivo fallaría si no se produjese esta transmisión, porque ocurriría que los terceros que están dispuestos a pagar se detendrían ante el temor de no ser reembolsados. Así, aunque el pago hecho en favor del deudor solo hace nacer contra él una acción puramente personal, es precisamente porque la misma resulta insuficiente, al estar desprovista de toda garantía, que el legislador ha creado una ficción que permite transportar a quien realiza el pago todas las garantías que tenían por objetivo asegurar el pago del crédito primitivo sin excepción alguna⁴⁹⁰. La subrogación, entonces, tiene una estrecha relación con el sistema hipotecario, pues el interés se concentra casi siempre en torno a las garantías reales en las que sucede el subrogado⁴⁹¹.

En definitiva, a la vista de la doctrina de LAURENT, de donde procede el artículo 1212 de nuestro Código, parece que cabría descartar definitivamente la teoría que, apegada a la literalidad de dicho precepto, ve en la subrogación una transmisión en el crédito. Pues lo que dicho autor sostiene es que el pago extingue la deuda y que solo por una ficción cabe entender subsistentes, para su posible traslado al tercero, aquellos derechos y garantías que le doten de una cierta seguridad en cuanto a la recuperación de lo pagado,

⁴⁸⁹ LAURENT, *Principes...*, cit., pp. 23-24.

⁴⁹⁰ LAURENT, *Principes...*, cit., pp. 135.

⁴⁹¹ LAURENT, *Principes...*, cit., pp. 131-132.

lo que descansa en razones de equidad⁴⁹². Se confirma con ello que no hay excepción a la eficacia extintiva del pago, que la subrogación es un instrumento con el que trata de favorecerse este y que lo que verdaderamente interesa a quien satisface la deuda no es sino la posición privilegiada que en cuanto a su crédito pueden procurarle los accesorios que la rodean, aunque LAURENT no encuentre otra forma de explicarlo que no sea mediante una *cesión ficticia*.

B. Argumentos que se oponen a la intelección de la subrogación como comunicación de las garantías

Amén de la dicción literal del artículo 1212 CC, cuya procedencia histórica acabamos de analizar, suelen oponerse principalmente tres argumentos a la intelección de la subrogación que aquí se defiende.

El primero de ellos trata de desvirtuar el efecto extintivo del pago mediante el recurso a la “causa” o *animus* con que se efectúa, que se dice no ser *stricto sensu* el cumplimiento de la prestación debida, sino la adquisición del crédito que se salda⁴⁹³. Ahora bien, como ya hemos tenido ocasión de adelantar, la finalidad última de quien materializa la *solutio* resulta intrascendente a estos efectos: todo pago extingue la obligación, ya lo realice el deudor, ya un tercero. Sin que ningún texto positivo prevea excepción a dicha regla para algunos supuestos o, por mejor decir, para el supuesto único del pago subrogatorio, como defienden los partidarios de la tesis de la transmisión.

Además, como brillantemente expone FERNÁNDEZ VILLA, el pago, en cuanto modo de extinción de las obligaciones, está positivado en la generalidad de los textos normativos en un sentido amplio, sin incluir entre sus requisitos que deba realizarse por el deudor. Tal es el caso de nuestro Código civil: lo enuncia en el artículo 1156 CC como medio extintivo, lo define con una redacción impersonal en el artículo 1157 CC como la “*entrega de la cosa o la realización de la prestación en que la obligación consista*” y fija a continuación, entre sus presupuestos subjetivos, que pueda ser sujeto activo de ese pago extintivo “*cualquier persona*”, independientemente de cuáles sean sus móviles e incluso de los pareceres de deudor y acreedor (art. 1158 CC), con la única excepción de que se trate de una

⁴⁹² LAURENT, *Principes...*, cit., pp. 5-7.

⁴⁹³ ESPÍN CÁNOVAS, “Sobre el pago...”, cit., pp. 313-315.

prestación personalísima (art. 1161 CC); mientras que, desde el punto de vista pasivo, el receptor de la cosa o servicio en que consista la prestación tampoco tiene que ser necesariamente el acreedor (arts. 1162 y 1163 CC), pudiendo realizarse incluso en favor de quien lo sea solo aparentemente (art. 1164 CC). En esta última hipótesis, el pago también extingue la obligación entre deudor y acreedor, con independencia de que surja en favor del último un nuevo crédito cuya fuente es la ley, distinto del anterior y ejercitable frente al *accipiens* para recuperar de él lo que indebidamente haya recibido, al igual que, del pago realizado por el tercero, nace a su favor un derecho de reembolso frente al deudor⁴⁹⁴. En definitiva, el pago equivale en nuestro Código civil a la “realización de la prestación debida” y ello solo y por sí mismo produce indefectiblemente la extinción del vínculo obligacional al margen de quién sea el sujeto que lo ejecute y, por tanto, aunque no se trate del deudor⁴⁹⁵.

Quienes, por el contrario, defienden que en estos supuestos el pago no extingue la obligación, solo pueden ampararse en la hipótesis prevista en el artículo 1212 CC y en el sentido que a la subrogación otorgan: si se considera que equivale a la transmisión en el crédito, debe coherentemente sostenerse que el pago efectuado por tercero no extingue la obligación. Ahora, si la subrogación deja de concebirse como una sucesión en el crédito del acreedor satisfecho y se percibe como un traspaso de sus privilegios y garantías, decae toda objeción a la eficacia extintiva de cualquier pago, incluso de aquel que haya sido efectuado por tercero⁴⁹⁶. Vemos, entonces, que la subrogación *por pago* no encierra la *contradictio in terminis* que tradicionalmente ha percibido en ella la doctrina.

En segundo lugar, trata de ponerse de manifiesto la insuficiencia de la teoría que aquí se respalda en aquellos casos en los que el crédito principal no vaya acompañado de garantías y, sin embargo, “en sí mismo” pueda “reportar ventajas al subrogado (crédito

⁴⁹⁴ No puede compartirse por ello la afirmación de RUBIO GARRIDO, *La subrogación...*, cit., p. 48, de que tras la subrogación el deudor sigue vinculado a ejecutar la misma prestación a la que, *ab initio*, estaba sujeto: no puede compelérsele a realizar de nuevo la prestación en que la obligación consistía una vez esta ha sido satisfecha, aunque lo haya sido por un tercero; cosa bien distinta es que como consecuencia de la intervención de este último, haya nacido *ex novo* un débito a su cargo, que podrá ser cuantitativamente idéntico o absolutamente dispar, pero que no deja de ser, en cualquiera de los casos, una obligación totalmente diferente de la anterior.

⁴⁹⁵ FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., pp. 195-212.

⁴⁹⁶ FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., p. 212.

privilegiado, producción de intereses, etc.)”⁴⁹⁷. No obstante, lo que aquí sostenemos es que, al derecho del *solvens* han de trasladarse, no solo las garantías personales y reales que se constituyeron para seguridad del crédito pagado, sino también su rango y privilegios, de suerte que, tratándose de un crédito privilegiado, dicha cualidad pasará a ostentarla el del tercero, bien lo sea en atención a su fecha, bien, incluso, en consideración a la persona de su primitivo titular (v. gr., créditos salariales)⁴⁹⁸. A distinta conclusión ha de llegarse en cuanto a los posibles intereses remuneratorios o moratorios devengados respecto del crédito saldado: es obvio que, una vez este haya sido satisfecho, ninguna cantidad nueva podrá generar por tales conceptos –de ahí, por ejemplo, que la Ley 2/1994 contemple una indemnización por amortización anticipada en favor del antiguo acreedor– y que el subrogado “solo” podrá reclamar, en su caso, los que por convenio o ley genere su crédito personal⁴⁹⁹.

Coincidimos, sin embargo, con el tercero de los argumentos que se blande en contra de esta tesis: la subrogación, así entendida, supone una excepción al principio de accesoriedad que rige en materia de garantías⁵⁰⁰. En efecto, según la noción que sobre el carácter accesorio de las garantías manejamos a lo largo de este trabajo, la extinción por

⁴⁹⁷ ESPÍN CÁNOVAS, “Sobre el pago...”, cit., p. 313.

⁴⁹⁸ GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 141, quien sostiene que “negar la comunicabilidad de esa preferencia para el cobro supone, quizás, contradecir el fundamento de su plasmación positiva: si el privilegio salarial se establece en honor a la mejor protección del trabajador en el mercado laboral (...), ha de permitírsele su transmisión convencional al objeto de que resulte más fácilmente recabable la intervención solutoria de terceros”. En el mismo sentido se pronuncia CORDERO LOBATO, “La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular, el privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2^a del Estatuto de los Trabajadores”, *ADC*, 46/4, 1993, pp. 1943-1946, aunque distinta es la posición que se sostiene después en CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., p. 344.

⁴⁹⁹ RUBIO GARRIDO, *La subrogación...*, cit., p. 159: “los que se generen después, obviamente le corresponderán al *solvens*, pero no por gracia de la subrogación, sino de la titularidad crediticia que ya ha obtenido”. Por lo demás, si existiesen intereses ya vencidos y debidos al acreedor originario pero que no han sido satisfechos por el deudor ni por el tercero, el subrogado no podrá reclamarlos al deudor; si el acreedor no los ha condonado, seguirán siéndole debidos y en consecuencia la subrogación habrá sido parcial: FERNANDEZ VILLA, *El pago...*, cit., p. 482.

⁵⁰⁰ En el mismo sentido se pronuncian, de entre los defensores de la tesis que aquí se respalda, CAÑIZARES LASO, *El pago...*, cit., pp. 77 y ss.; y, aunque de forma algo confusa, VATTIER FUENZALIDA, “La subrogación...”, cit., pp. 605 y 607, y del mismo autor, “Contribución...”, cit., pp. 46 y 47, quien explica la excepción plena que en materia de accesoriedad consagra el art. 1212 CC como “una medida de política legislativa dirigida a estimular la circulación subjetiva del crédito, manteniéndose la constelación de garantías accesorias que rodeaban al crédito primitivo”. La misma concepción mantienen REY PORTOLÉS, “La hipoteca como...”, cit., p. 48, y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., “Algunas cuestiones civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, *CDC*, 19, 1996, pp. 172-173.

pago del crédito principal debería conllevar correlativamente la de aquellos derechos accesorios que le acompañan y, por ello, existe ruptura de dicho principio tanto si se pretende que la garantía subsista sin un derecho principal, como si se admite que pasa a adornar otro diverso de aquel para el que inicialmente se constituyó. Sin embargo, ya se ha apuntado que la subrogación coloca al intérprete en la disyuntiva de optar entre admitir una excepción el efecto extintivo del pago o introducir una salvedad al principio de accesoriedad de las garantías, permitiendo que, establecidas para la salvaguarda de un concreto crédito, pasen a respaldar tras la subrogación otro distinto. Ahora, mientras no encontramos qué razones podrían llevar al legislador a reconocer un pago no extintivo en materia de subrogación (pues verdaderamente nada aporta al *solvens* un crédito de otro acreedor como no sea la ventaja cierta de ocupar su privilegiada posición), sí las hallamos para excepcionar el principio de accesoriedad. Y es que si el legislador es soberano para tipificar con libertad los modos de extinción de las obligaciones (argumento del que se valen quienes sostienen que la obligación, aun satisfecha, no se extingue⁵⁰¹), también lo será para excluir, en determinados supuestos, la aplicación hasta sus últimas consecuencias del dicho principio general. A continuación, indicaremos qué motivos pueden hallarse tras semejante decisión.

El fenómeno subrogatorio se explica sencillamente por razones de equidad: el legislador no pretende mediante él compensar el quebranto patrimonial que padece el tercero como consecuencia del pago de un débito ajeno, sino reforzar la satisfacción del derecho de regreso previsto a tal fin. Y ello solo puede conseguirse si se incentiva la intervención solutoria de aquel tercero que allana el terreno del acreedor y se expone, sin tener obligación de ello, a la posible insolvencia del deudor⁵⁰². Lo mismo ocurre, precisamente, en el supuesto del artículo 1211 CC y en su desarrollo legal (Ley 2/1994): a su través el legislador pretende favorecer que el deudor obtenga mejores condiciones de financiación, poniendo a su disposición un buen aliciente que ofrecer a sus potenciales prestamistas, a saber, una garantía de mejor rango que asegure la satisfacción de su crédito.

El artículo 118.2 LH nos ofrece, por su parte, otro ejemplo más en apoyo de esta teoría cuando regula el supuesto de venta de finca hipotecada; en su virtud, “[s]i no se hubiere

⁵⁰¹ RUBIO GARRIDO, *La subrogación...*, cit., p. 48.

⁵⁰² GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 64.

pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiese descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado". De guisa que, si el vendedor es finalmente quien salda la deuda (*propia*), el crédito se extinguirá con el pago, pero subsistirá la garantía real para refuerzo del derecho de reintegro del importe retenido o descontado por el comprador⁵⁰³, por así estimarlo equitativo el legislador al objeto de paliar, con mayores probabilidades de éxito, el empobrecimiento que ha sufrido el vendedor como consecuencia del descuento. Así, el vendedor se subroga en la hipoteca (*y solo en ella*) no obstante la extinción del crédito de que él mismo era deudor⁵⁰⁴. Como pone de manifiesto GALICIA AIZPURUA, "he aquí una prueba evidente de que a la ley, cuando lo reputa justo, no le repugna el trasplante de los accesorios de un crédito a otro"⁵⁰⁵.

Además, esta comunicación de las garantías y los privilegios en ningún caso genera perjuicio a terceros, primero, porque hubiesen tenido que soportarlos igualmente si el *solvens* que se subroga no hubiese intervenido y, segundo, porque aun cuando pasen ahora a asegurar un crédito distinto, es evidente que el subrogado solo podrá hacer uso de ellos en la misma medida en que los hubiera podido emplear el acreedor satisfecho. De este modo, si la acción de restitución es objetivamente más extensa que el crédito pagado, el exceso podrá ser obviamente reclamado por el *solvens*, pero huérfano de toda garantía o privilegio especial⁵⁰⁶.

⁵⁰³ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., p. 949.

⁵⁰⁴ FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., pp. 307-309. Como él mismo indica, en el mismo sentido se pronuncia en este particular supuesto SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...*, t. III, v. II, cit., pp. 286-287, quien a pesar de que defiende la subrogación como una transmisión del crédito, en este caso reconoce hallarse con una suerte muy especial de pago con subrogación, por cuanto el crédito en el que se subroga el *solvens* –que no es un tercero interesado en el pago sino el mismo deudor obligado a realizarlo– no es el mismo que ostentaba el acreedor *accipiens* sino el ya preexistente en el *solvens*, frente al comprador, por la *pars pretii* retenida o descontada. Lo que a nuestro juicio equivale a decir que no hay subrogación alguna en el crédito, porque ni el *solvens* es realmente tal, ni adquiere ningún crédito de tercero sino que mantiene el suyo propio.

⁵⁰⁵ GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 92.

⁵⁰⁶ CAÑIZARES LASO, *La subrogación...*, cit., p. 61.

C. A modo de conclusión

De lo anteriormente expuesto se concluye que la idea, hoy tan extendida en nuestra doctrina y jurisprudencia, de que la subrogación comporta una sucesión en el crédito similar a la que opera en la cesión encuentra asidero únicamente en la literalidad del artículo 1212 CC (“*la subrogación transfiere... el crédito con los derechos a él anexos...*”), pero deviene dudosa a la vista de los datos históricos, lógicos y sistemáticos descritos, los cuales proporcionan una muy distinta intelección acerca de su naturaleza jurídica. Así, la interpretación conjunta de los artículos 1212 y 1213 CC, la regulación de la subrogación *ex parte debitoris*, la ubicación sistemática de la institución como subespecie de la novación y el sentido histórico del único precepto que sirve de soporte a la teoría de la transmisión del crédito (art. 1212 CC), amén de las dificultades para conciliar el derecho del tercero que paga una deuda ajena con el crédito que presuntamente adquiere por subrogación, ponen de manifiesto que lo que se persigue mediante el instituto no es la transferencia del crédito (por lo demás inútil para el tercero que ya dispone de uno por derecho propio), sino la del rango, privilegios y garantías que lo rodeaban, los cuales, pese a la extinción del derecho principal como consecuencia del pago, subsisten en refuerzo del crédito adquirido *ex novo* por el subrogado.

Esta forma de entender la subrogación explica por qué procede no solo en los supuestos de pago de débito ajeno, sino también en aquellos en que es el propio deudor quien materializa la *solutio* tras haber tomado el dinero a préstamo: en ambos, el pago, realizado siempre con ánimo extintivo, produce la desaparición de la obligación *ex* artículos 1157 y siguientes del Código, subsistiendo tras de sí únicamente las garantías del crédito originario en favor de quien haya mostrado una actitud cooperadora con el primitivo acreedor favoreciendo el cobro de su derecho. No hay, entonces, excepción alguna al efecto extintivo del pago sino, en todo caso, al principio en virtud del cual la suerte de las garantías ha de quedar vinculada a la del crédito para el que fueron constituidas; excepción que tiene el fundamento y las limitaciones recién expuestas, y que en ningún caso perjudica a terceros.

La interpretación que aquí se defiende resuelve asimismo los dos problemas que plantea la comprensión de la subrogación como transmisión en el crédito, a saber: el relativo a la forma en la que se relacionan el derecho personal del tercero y el adquirido por

subrogación, de un lado, y la razón de que el legislador establezca una preferencia en el cobro en favor del acreedor originario sobre el *solvens* para el caso de que se produzca una subrogación parcial (art. 1213 CC), de otro. Y, por último, dota de pleno sentido a la ubicación sistemática que el legislador adjudica a la figura, inserta en la regulación de la novación como medio extintivo-constitutivo de obligaciones.

En lo que a esto último se refiere, procede realizar un último apunte. Entendida de forma general la subrogación como un supuesto de transmisión en el crédito, los autores coinciden en afirmar que el Código no regula en realidad la novación por cambio de acreedor y que, aunque las partes puedan libremente convenirla al amparo del artículo 1255 CC, se entiende ayuna de una función genérica y, por ende, alejada de toda utilidad e interés. A nuestro juicio, sin embargo, la novación por cambio de acreedor y la subrogación son una y la misma cosa: la primera se produce por y como consecuencia de la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor originario y puede ser legal (arts. 1210 y 1211 CC) o convencional, si bien esta última encuentra su fundamento, no en el artículo 1255, sino en el 1209.2 CC⁵⁰⁷. De esta guisa, el titular de un crédito tiene a su disposición dos mecanismos enteramente alejados entre sí: puede, de un lado, transmitir su derecho conforme a las reglas previstas para la cesión de créditos (arts. 1526 y ss.) o puede, de otro, recabar con mayor facilidad de una tercera persona la *solutio* de su crédito mediante la vía que representa el instituto subrogatorio, es decir, pactando la transferencia de los adminículos en favor de aquel tercero *solvens* que, *per se*, no tendría derecho a ellos.

La cesión de créditos y la subrogación convencional, amén de los distintos efectos que producen (o sea, la transmisión del crédito en favor de un nuevo acreedor en el primer caso y la extinción del mismo con transferencia de sus *adminicula* al crédito de un tercero, en el segundo), no comparten nada en común: la primera conforma un negocio especulativo cuando se celebra a título oneroso; la subrogación, en cambio, de ninguna forma puede serlo desde el momento en el que el crédito saldado desaparece. Es, por el contrario, un efecto que tiene lugar, previo acuerdo entre las partes, a consecuencia del pago por un tercero de un débito ajeno, y que se produce solo en determinadas circunstancias, como, por ejemplo, cuando el tercero satisface un débito del deudor en su ignorancia (procurándole una efectiva utilidad) y pacta con el acreedor la subrogación en los privilegios y garantías de la deuda satisfecha (art. 1158 CC). Este pacto en

⁵⁰⁷ Vid. al respecto de la subrogación convencional, GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 65-68.

favor de la subrogación debe establecerse “*con claridad para que produzca efecto*” (art. 1209 CC), lo que denota su carácter excepcional.

De la diferencia recién apuntada resulta que mientras el cedente responde de la existencia y legitimidad del crédito (art. 1529 CC), el subrogante no asume ninguna garantía frente al subrogado, porque este pacto no esconde propiamente “una venta” ni ningún negocio de disposición de un derecho⁵⁰⁸. Como pone de manifiesto DÍEZ-PICAZO (a pesar de que entiende subsistente la obligación en la subrogación), la diferencia entre ambas instituciones “es de trato o de régimen jurídico, que, a su vez, obedece a las notables diferencias que existen en orden a la función económica que tratan de realizar uno y otro fenómeno y a los intereses que resultan protegidos a través de ellos”: mediante la cesión se protege el de la circulación del crédito, entendido como objeto de tráfico jurídico con el que se puede comerciar; a través de la subrogación, en cambio, se tutela principalmente la posición del subrogado y su interés en la recuperación o realización en vía de regreso del desembolso patrimonial que ha efectuado en favor del acreedor satisfecho, mediante el refuerzo de su acción⁵⁰⁹. Esto explica que la subrogación quede fuera del alcance de quien actúa en su exclusivo y egoísta interés (art. 1159 CC), pues no se le reconoce el derecho de utilizar en su provecho los privilegios y garantías del crédito liquidado, ni siquiera por la vía del pacto con el acreedor⁵¹⁰. La subrogación es un premio y, por tanto, únicamente se pone a disposición de quien antepone el interés ajeno (o sea, el del deudor) al suyo propio.

Si se concibe la subrogación como institución productora de la extinción de la obligación primitiva y de la comunicación de sus *adminicula* a la nueva que nace en favor del tercero, resulta palmario que ninguna diferencia cabrá apreciar entre ella y la novación por cambio de acreedor⁵¹¹. Antes bien, la identidad entre ambas permite

⁵⁰⁸ Así lo afirmaba GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, t. III, cit., p. 142, en el comentario al artículo 1118 del Proyecto: “el acreedor puede vender su derecho o acción, y quedará sujeto a las reglas ordinarias de la compra y venta... [p]ero no es el caso de este artículo (...); la subrogación o cesión de acciones en este caso no es una venta, ni el acreedor cedente queda sujeto al saneamiento”. De esta guisa, si el subrogado paga una deuda inexistente, no tiene contra el acreedor una acción de garantía, sino una acción de repetición de lo pagado indebidamente [MARTÍNEZ-GIL VICH, “Algunos aspectos...”, cit., pp. 249-250].

⁵⁰⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 996-997.

⁵¹⁰ Vid. CASTILLA BAREA, GALICIA AIZPURUA, GONZÁLEZ CARRASCO, MADRAZO LEAL, y CONESA PÉREZ, “Eficacia...”, cit., p. 1281.

⁵¹¹ Alejado de esta idea se halla SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 391-392, no únicamente en cuanto a su punto de partida, al concebir la subrogación como un supuesto de transmisión del crédito, sino porque pone de manifiesto una diferencia más entre la subrogación y la novación por cambio de acreedor. Con cita de ALBALADEJO, sostiene que se requiere para esta última la concurrencia de las voluntades de los dos acreedores y del deudor, mientras que en la subrogación no se requiere la de este último. Y basa la exigencia en la siguiente razón: en la novación se extingue una obligación y nace otra a cargo del mismo deudor y “esto no puede conseguirse sin su consentimiento”. Sin embargo, del régimen del pago por tercero de débito ajeno (con derecho a subrogación o no) se concluye que bien puede ocurrir esto mismo, es decir, que la deuda primitiva se extinga como consecuencia de la *solutio* materializada por

otorgar pleno sentido a la regulación de la figura: en los supuestos previstos legalmente o por mera voluntad de las partes expresada *con claridad* (art. 1209 *in fine* CC), puede producirse un cambio en el sujeto activo de la obligación que, aunque generador de novación, se alejará de las consecuencias típicas de esta en lo que a la extinción de las obligaciones accesorias se refiere (art. 1207 CC); solo así (art. 1212 CC) es posible incentivar una pronta liquidación de las relaciones obligatorias (siquiera sea por iniciativa de un tercero) y solo así es posible, además, dotar de utilidad práctica a la novación activa por cambio de acreedor, pues no cabe desconocer que, de no hallarse contemplado tal beneficio, ningún tercero accedería voluntariamente al pago de una deuda ajena.

4.1.3. La variación del objeto o de las condiciones principales de la obligación

Conforme ha quedado apuntado al inicio de este apartado, lo que a lo largo del mismo tratamos de acreditar es que, cuando el artículo 1203 CC habla de “modificación”, se está refiriendo en realidad al mecanismo (variación en una obligación previa) que, en determinadas circunstancias, produce novación, mas no al efecto jurídico, el cual no es modificativo, sino precisamente extintivo. Dicho efecto viene, por lo demás, presupuesto por su misma ubicación sistemática.

La conclusión se ha visto reforzada tras el análisis de los dos supuestos que el legislador enumera en los apartados segundo y tercero del precepto: la sustitución en la persona del deudor encierra inexorablemente la extinción de la obligación frente a los terceros no intervinientes en el acuerdo por el que pretende darse continuidad al vínculo, bien sean los terceros garantes o incluso quienes puedan resultar perjudicados por el convenio –como, v. gr., los acreedores del nuevo deudor si de alguna forma se ven pospuestos en el cobro de su derecho a la satisfacción de la deuda recién contraída–; por su parte y en la misma dirección, la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor conlleva únicamente la subsistencia de los privilegios y garantías del crédito,

un tercero y, sin embargo, subsista a cargo del deudor un nuevo débito en favor de quien ha intervenido en su nombre. Resulta, por tanto, enteramente posible que, sin intervención del deudor y sin contar con su anuencia, la injerencia de un tercero provoque la extinción de una deuda a cargo del primero y la creación de otra nueva de la que deba responder ante él, aunque solo sea en la medida en que el pago le haya resultado *útil* (art. 1158 CC). Así, puede haber subrogación sin consentimiento del deudor, como también puede haber novación por cambio de acreedor faltando aquel, pues son, en definitiva, una y la misma cosa.

que se comunican al del tercero *solvens* (art. 1210 CC) o al del nuevo prestamista (art. 1211 CC), pero no la del vínculo obligacional primitivo, que se extingue como consecuencia del pago. En consecuencia, ambos apartados enuncian sendas hipótesis en las que la *modificación* de la obligación produce como efecto jurídico su *extinción*.

Sin embargo, el primero de los apartados del artículo 1203, en el que se prevé la variación de la obligación en su *objeto* o en sus *condiciones principales*, es posiblemente el que más dudas puede suscitar al respecto. Pues mientras la conclusión recién apuntada coincide con la naturaleza jurídica de las instituciones incumbidas (asunción de deuda, pago con subrogación), no siendo, por ello, susceptible de alteración mediante pacto –entiéndase bien: oponible frente a terceros–, nadie duda de que en el sistema del Código civil está ampliamente admitida la modificación objetiva de la obligación. Ahora, ¿dónde ha de residenciarse esta posibilidad?; ¿en el propio artículo 1203.1 o, más bien, en el 1255 CC? ¿Qué sentido cabe atribuir a cada uno de esos preceptos? ¿Cómo interactúan entre sí? ¿Representa el primero un límite a la posibilidad de modificación de ciertos elementos de la obligación?

Si nos detenemos por un instante en el argumento gramatical en el que se apoyan los partidarios de la novación *modificativa*, observamos que el legislador únicamente emplea el término “modificar” al comienzo del enunciado del 1203; sin embargo, el primer supuesto se describe mediante el verbo “variar”, sinónimo, a juicio de HERNÁNDEZ GIL, del primero y del cual se prescindió “probablemente por evitar la repetición, en lo que el legislador de 1889 da constantes muestras de un cuidado muy digno de encomio”⁵¹². Pero ¿no resulta más razonable pensar que se excluyó el término técnico porque la norma en realidad no tenía por fin consagrar la modificación como consecuencia jurídica de la novación? De lo contrario, es decir, si se aspiraba a exceptuar el efecto extintivo típicamente novatorio, ¿no debería haberse sentado con mayor precisión y claridad? Sea como fuere, la letra de la ley nos ofrece un dato que de ninguna manera puede pasarse por alto, consistente en la exigencia de principalidad en el elemento alterado⁵¹³: ¿por qué habría de hacerlo así el legislador si su propósito era referirse a la simple modificación?, ¿acaso no son susceptibles de *modificación* otros elementos de la relación obligatoria que revistan menor transcendencia que los reseñados en la norma?

⁵¹² HERNÁNDEZ GIL, “El ámbito...”, cit., p. 805.

⁵¹³ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 164-165.

Esta última apreciación constituye sin duda un indicio del efecto extintivo que cabe atribuir a la variación de la obligación *inter easdem personas* cuando esta reviste especial transcendencia. En efecto, constituye lugar común en la doctrina –incluso en aquellos que ven en la norma la admisión de la novación modificativa–, que la voluntad de las partes debe sujetarse siempre a ciertos límites, de suerte que no toda modificación objetiva de la obligación deja subsistente el vínculo aun cuando esa sea la expresa y verdadera intención de los sujetos contratantes. Y es que en ocasiones ello podría atender contra la naturaleza misma de las cosas, como, v. gr., cuando la obligación resultante de la modificación sea absolutamente distinta de la originaria⁵¹⁴ o cuando se altere su “causa”⁵¹⁵. De la misma forma que, en sentido opuesto, hay quien considera atentatorio contra la regla *res ipsa loquitur* la atribución de efectos extintivos (“propriadamente” novatorios) al convenio por el que se introduce un cambio en la obligación tan nimio que objetivamente excluye la posibilidad de pensar que se está frente a otra distinta⁵¹⁶. Pero, más allá del principio de que “*las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son*”, lo que realmente conduce a imponer límites, como ocurre con relación a los negocios simulados (v. gr., compraventa que encubre una donación⁵¹⁷), es

⁵¹⁴ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 165. Otros autores se remiten a la “significación económica de la modificación” como elemento determinante del alcance de la novación: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., p. 513; AZURZA, “Notas...”, pp. 599-600; y VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado...*, cit., pp. 194-195, para quien la novación objetiva, cuando lo es tácita y no por expresa voluntad de las partes, requiere de un “cambio profundo y sustancial”.

⁵¹⁵ ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, cit., p. 156; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., p. 511; REYES MONTERREAL, “Esencia...”, cit., p. 608; RAGEL SÁNCHEZ, “El concepto...”, cit., p. 922, entre otros muchos.

⁵¹⁶ ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho...*, cit., p. 330, quien, si bien se muestra partidario de otorgar a las partes libertad para introducir las variaciones que estimen oportunas y otorgar al convenio el efecto (modificativo o extintivo) que deseen, sostiene que tal libertad de elección está limitada a aquellos casos que objetivamente permitan la elección, de tal forma que: primero, no pueden llevar a cabo una novación extintiva en aquellos casos en que el cambio introducido sea tan exiguo que objetivamente excluya la posibilidad de pensar que se está ante una obligación distinta; ni, segundo, pactar una novación modificativa cuando la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles. En un sentido similar, CRISTÓBAL MONTES, “La llamada...”, cit., p. 1209: “si se mutan las condiciones principales habrá novación, si tan solo se alteran las condiciones secundarias, por más que haya *animus novandi*, no tendrá lugar la novación, porque la ley viene a establecer un límite a la operancia de dicho *animus*”.

⁵¹⁷ Vid. sobre este particular RODRÍGUEZ-ROSADO, B., “Donación disimulada en escritura pública”, *ADC*, 68/ 2, 2015, pp. 369-407, y, en concreto, una de las observaciones que realiza en contra de la tesis que otorga validez a la donación de un inmueble disimulada en escritura pública de compraventa cuando cumple los requisitos de forma que exige la donación (art. 633 CC): más allá de que con esta solución pueda estimularse el fraude (pues se descubra o no el artificio, la donación será siempre válida), *la posición de los terceros queda gravemente comprometida* porque se les impone, primero, la carga de litigar para que se descubra la simulación y, una vez conseguido, la de combatirla si perjudica a sus derechos como

la existencia de terceros que, sin tener la obligación jurídica de soportarlo, vean afectados sus intereses por un convenio ajeno a ellos y atentatorio del principio antedicho. Esta y no otra es la razón que probablemente subyace tras la afirmación, compartida por la generalidad de la doctrina⁵¹⁸, de que la *modificación cuantitativa del objeto de la obligación* no puede realizarse al alza existiendo posibles terceros perjudicados (prelación de créditos, relaciones accesorias de garantía, etc.), de tal forma que, aunque económicamente la obligación pueda ser la misma tras el aumento, este, jurídicamente, les resultará inoponible. En estas hipótesis se impone, por consiguiente, la novación como protección frente a terceros y limitación a la eficacia de los posibles pactos que alcancen los interesados.

Hay en definitiva dos normas que, tras una apresurada lectura, parecen dar cabida a la modificación objetiva de las obligaciones: una de ellas en tanto que consagra la libertad de pacto (art. 1255 CC); la otra, enunciada en la regulación de uno de los modos de extinción de las obligaciones (art. 1203.1 CC) y referida solo a variaciones de una cierta entidad, que recaigan sobre el objeto o las condiciones principales de la obligación. Ciertamente no existe consenso en la doctrina en torno al ámbito de actuación de cada uno de los preceptos indicados y, por ende, qué es lo que los caracteriza y distingue; lo que no significa que no medien diferencias. Ahora, mirado *de cerca* el segundo de ellos, bien puede percibirse como un límite al modo de proceder de las partes: hay “modificaciones” que por su naturaleza y trascendencia no pueden comportar la subsistencia del *prius* “modificado”.

En fin, parece que el legislador *algo más* quiso decir a través del artículo 1203.1 CC que el simple hecho de reconocer que las obligaciones son, al amparo de la autonomía de la voluntad, susceptibles de ser *modificadas*. Y ello nos aleja significativamente de aquella interpretación que, apegada a la literalidad de la norma, obvia la tradición histórica de la novación, su regulación como modo extintivo de las obligaciones y las restantes

acreedores o legitimarios del donante (acción rescisoria) o si pretenden que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad); acciones que, por lo demás, pueden tener un breve plazo de prescripción o caducidad. Por lo tanto, el posible perjuicio a terceros es el elemento motor en la búsqueda de la mejor solución cuando se produce el negocio simulado.

⁵¹⁸ Vid. a modo de ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., p. 511, y ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, cit., p. 155.

normas de la sección, de cuya recta intelección se colige, según veremos después, que produce un único efecto jurídico: el extintivo.

4.1.4. Conclusión en torno al artículo 1203 del Código civil

Todo lo expuesto hasta ahora confirma que el empleo del término “modificar” en la redacción del artículo 1203 del Código no respondería a una imprecisión técnica del legislador⁵¹⁹. Al contrario, todos los supuestos enunciados en la norma producen, en determinadas condiciones, la extinción de la obligación *modificada*, lo que viene impuesto por la elemental necesidad de proteger a los terceros. La única razón que explica, entonces, por qué el legislador comienza la regulación de la novación como modo extintivo de las obligaciones afirmando que “las obligaciones pueden *modificarse*” consiste en que, en realidad, no está determinando cuál sea el efecto jurídico asociado a la novación –al que sí se refiere después en el artículo 1207 CC y que, como venimos reiterando, por lo demás lleva de suyo su misma ubicación sistemática–, sino que, por el contrario, alude simplemente al mecanismo que puede dar lugar al efecto novatorio-extintivo: la novación solo puede alcanzarse mediante la *modificación* de una obligación primitiva que dé lugar a una nueva⁵²⁰.

El artículo 1203 CC no hace otra cosa que consagrar uno de los presupuestos típicos y, por qué no decirlo, principales, de la novación: el *aliquid novi*⁵²¹. En efecto, este requisito se describe desde los comienzos de la institución en época clásica como el “elemento nuevo” que modifica la *prior obligatio* y la transforma en *nova obligatio*. Eso es, ni más ni menos y a pesar del transcurso de los siglos, lo que viene a plasmar nuestro artículo 1203 CC: el elemento nuevo que podrá *alterarse* y que será, bien el objeto o condiciones principales de la obligación, bien la persona del deudor, bien la persona del acreedor.

⁵¹⁹ Así lo sostiene SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 310, que excusa la falta de rigor del legislador porque como el encabezamiento del artículo se refiere a los tres –o sea, a los números 1 y 2, en los que hay, por de pronto, una nueva obligación, coexistente o extintiva, y al número 3, en el que no hay una nueva obligación sino subsistencia de la existente–, “emplea el término más elástico”.

⁵²⁰ GETE-ALONSO Y CALERA, “Apuntes...”, cit., p. 306.

⁵²¹ SANCHO REBULLIDA, “Comentario a los artículos 1203 y 1204 del Código civil”, en *Comentarios al Código...*, cit., p. 612.

Vistas así las cosas, se tornan compatibles dos conceptos que parecían por completo antagónicos (el de extinción y el de modificación) y se explica que el legislador, que enumera la novación como una de las especies de extinción, ciertamente no llegue a convertir en subespecie aquella que significa subsistencia⁵²². Nada más lejos de la realidad: la novación producirá siempre y en todo caso la extinción de la obligación inicial y el nacimiento de la que se constituye *per relationem*, mientras que la modificación como efecto jurídico podrá tener acomodo en otras normas del Código, pero no será nunca “novación”.

4.2. El artículo 1204 del Código Civil: novación versus acumulación

El artículo 1204 CC constituye, junto con la alusión al término “modificación” que el legislador incorpora en el 1203 CC y cuyo real significado acabamos de analizar, otra pieza clave para quienes quieren ver en la ley la regulación de una novación con efectos modificativos. Ello se debe, principalmente, a dos razones: primero, a una lectura interesada del precepto, en virtud de la cual cuando el mismo prevé que “[p]ara 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”, está disponiendo, a su vez, que cuando no concurren ninguno de los dos requisitos exigidos, la obligación, *a contrario*, no queda *extinguida* sino simplemente *modificada*; y segundo, a la idea de que la novación se hace depender enteramente del *animus* de las partes que, además, la norma exige sea expreso y terminante, de forma que, si los sujetos contratantes no quieren extinguir la obligación, sino por el contrario modificarla, ningún obstáculo existirá para otorgar dicho alcance a la “novación”. Todo ello provoca que la norma se emplee como criterio determinativo de cuándo la novación es modificativa y cuándo extintiva, relegando a la discusión doctrinal la indescifrable regla de la incompatibilidad: pues ¿a qué datos hay que atender para concluir que dos obligaciones son *de todo punto incompatibles*?

Es claro y nadie duda, por tanto, de que el artículo 1204 CC, al igual que hace el 1203 con el *aliquid novi*, consagra otro de los requisitos por excelencia de la novación: el *animus novandi*. Sin embargo, la interpretación histórica del precepto viene a demostrar, una vez más, que no fue diseñado a fin de distinguir entre una novación extintiva y otra

⁵²² SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 301.

presuntamente modificativa. Por contra, la norma únicamente aspiraba a determinar cuándo podía entenderse concurrente el *animus novandi* productor de novación, en cuya ausencia, la obligación, *a contrario*, no quedaría *extinguida*, sino que *subsistiría*, acumulándose a ella la recién constituida. Dicho de otro modo: el legislador no resolvía aquí la tensión entre “modificar” y “extinguir”, sino entre “acumular” y “extinguir”⁵²³.

En efecto, si atendemos a la evolución que este requisito ha sufrido con el devenir de los siglos, comprobamos que el *animus novandi* aparece por primera vez en escena en época postclásica para suplir el decaimiento del formalismo del periodo anterior, en el que el uso de la *stipulatio* era por sí mismo suficiente para causar novación, sin necesidad de que las partes manifestaran su “voluntad” por ningún otro medio distinto de aquel. No obstante, desaparecida en época postclásica la exigencia de dar al negocio una forma determinada, si bien que subsistiendo la necesidad de expresar de alguna manera que la obligación nueva venía a sustituir a la antigua por novación, cobró especial fuerza la manifestación de tal *animus novandi*, la cual podía hacerse no solo de manera expresa sino también tácita; hipótesis respecto de la que se establecieron ciertas *presunciones*. Ahora, comoquiera que este sistema generaba ambigüedad e inseguridad, Justiniano pasó a exigir que se expresase el *animus* y dejó a un lado el régimen de presunciones que, sin embargo, reapareció en el Derecho intermedio, en el que se puso en valor su utilidad por entender que la novación objetiva tácita respondía a necesidades vivas de la práctica medieval. Por tanto, durante este periodo se introdujeron de nuevo algunas reglas que presumían el efecto novatorio, entre las que destacaba, precisamente, la de la incompatibilidad. En el momento de la codificación pudo optarse, entonces, entre exigir que la voluntad extintivo-constitutiva de las partes constase fehacientemente o establecer determinadas presunciones que, tomando como referencia hechos objetivos, permitiesen presuponer la voluntad tácita de los intervinientes en el acuerdo. Así, mientras el legislador francés se decantó por el sistema justiniano⁵²⁴, el español lo hizo

⁵²³ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 301-305.

⁵²⁴ De esta forma, la necesaria expresión del *animus* quedó consagrada en el artículo 1273 del *Code*: «*[l]a novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte*»; que actualmente se corresponde con el vigente artículo 1330: «*[l]a novation ne se présume pas; la volonté de l'opérer doit résulter clairement de l'acte*». Es decir: la novación no se presume; la voluntad de operarla debe resultar claramente del acto. Ahora bien, como pone de manifiesto RAGEL SÁNCHEZ, “El concepto...”, cit., p. 920, aunque el *Code civil* no recogió la regla de la incompatibilidad, la doctrina francesa no dejó de tomarla como referencia, hasta el punto de indicar que “la novación objetiva, resulta virtual y necesariamente, de todo

por el segundo, pero estableció una sola presunción; a saber, la más caracterizada en la doctrina y práctica del Derecho intermedio: la de la incompatibilidad⁵²⁵.

No obstante, todo ello se sitúa completamente al margen de la posible modificación de las obligaciones o novación “modificativa”, pues mediante estas reglas lo único que trataba de averiguarse era si la segunda obligación accedía a la anterior y subsistían ambas *inter easdem personas* o si, por el contrario, la segunda extinguía a la primera⁵²⁶. Así lo señala, entre otros, el propio GARCÍA GOYENA en el comentario que realiza al artículo 1134 del Proyecto de 1851, cuando explica la exigencia del precepto de que la alteración demuestre “*claramente la intención de novar*” y se remonta a los antecedentes para explicar la solución. Para ello describe la alternativa por la que opta el sistema justiniano y dice después textualmente: “Justiniano creyó hallar ambigüedad en esta y otras leyes antiguas, y por la 8, título 48, libro 8 del Código, estableció que en adelante no habría novación, y *antes bien subsistiría la primitiva obligación con el incremento de la nueva*”⁵²⁷. Se recordará además que esta misma idea había aparecido ya durante la evolución de la institución, en la que la ausencia de alguno de los requisitos de la novación producía la subsistencia de la antigua obligación, que permanecía intacta, y el nacimiento de una nueva “acumulativa” o “accesoria”.

Entendida en esta clave el *animus* como exigencia de la novación, las previsiones de nuestro actual artículo 1204 CC adquieren pleno sentido: en efecto, solo si partimos de que existe una dualidad de obligaciones puede explicarse que el legislador señale como determinante de novación “*que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles*”, superándose así la dificultad práctica que acarrearía la aplicación de la regla de entender que el vínculo subsistente es único a consecuencia de una novación

cambio que, producido sobre el objeto mismo de la prestación o sobre la naturaleza jurídica de la obligación, la transforme en una obligación nueva, distinta de la primera, e *incompatible* con ella”.

⁵²⁵ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 110.

⁵²⁶ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 304-305. Como explica este autor, se trata de averiguar si un deudor, que adquiere una obligación con su ya acreedor, queda obligado a las dos prestaciones o solo a la segunda; por ejemplo, si *Primus*, obligado a entregar una casa a *Secundus*, al obligarse a entregarle un camión extingue la anterior obligación y queda solo obligado al cumplimiento de la segunda, o si coexisten ambas.

⁵²⁷ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, t. III, cit., p. 154.

meramente modificativa. Pues ¿qué elementos habrían de confrontarse entonces?⁵²⁸ El criterio adquiere, sin embargo, toda eficacia (lógica y práctica) si se entiende que lo que la norma trata de dilucidar es cuándo hay acumulación y cuándo extinción por creación, ya que en ambos casos hay dos obligaciones susceptibles de ser contrastadas en términos de compatibilidad-incompatibilidad. Aún más, que el legislador esté realmente estableciendo aquí el límite entre “acumular” y “extinguir” lo acredita el hecho de que exija que ambas obligaciones sean *compatibles*, porque solo de esa forma pueden coexistir. En otras palabras, aun cuando las partes no manifiesten su voluntad de extinguir el vínculo primitivo, este solo podrá pervivir en caso de que no sea incompatible con la obligación constituida en segundo lugar, ya que, de lo contrario, se extinguirá por efecto de la novación.

Esta forma de entender el artículo 1204 CC al que conduce la razón histórica, de ninguna forma queda desvirtuada por el modo de expresarse el legislador al comienzo del precepto, cuando anuncia que va a determinar aquello que es imprescindible “[p]ara que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya”, pues se trata de una locución que usa como sinónimo de “novación” (extinción)⁵²⁹. Y, por tanto, no como consagración de una novación “que no extingue”, aunque así quiera leerse.

En definitiva, coincidimos con la doctrina mayoritaria en la apreciación de que no basta probar que concurre el supuesto de hecho previsto en el artículo 1203.1 CC (*aliquid novi*) para declarar extinguido el vínculo por novación, pues habrá de complementarse con alguno de los dos requisitos que, como manifestación del *animus novandi*, contempla el artículo 1204 CC. Hasta aquí, de acuerdo. Ahora, ¿qué ocurre si no se da ninguno de los presupuestos de la norma? Ahí es donde reside la discrepancia: en ese caso la novación no producirá extinción, *pero tampoco necesariamente modificación*, pues esta, como veremos

⁵²⁸ Recuérdese que en el punto, siquiera sea accidental, en que se introduzca la modificación, el contenido de la anterior obligación quedará reemplazado por el que resulte de la nueva, con lo que, al menos por lo que a ese particular se refiere, serán incompatibles siempre [CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., p. 510]. Por esta misma razón descarta SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 302, una de las reglas que maneja la jurisprudencia para ponderar la incompatibilidad, en virtud de la cual ambas obligaciones serán compatibles cuando la segunda vaya dirigida a favorecer la ejecución de la primera en su estado originario, ya que, como advierte, este criterio únicamente sería válido para los supuestos de *incrementa* pero no para los de alteración, pues, por pequeña que fuese esta, supondría siempre, siguiendo este parámetro, incompatibilidad.

⁵²⁹ FUENTESECA DEGENEFFE, *El problema...*, cit., p. 233.

después, encuentra su marco regulador en otros preceptos del Código y se topa en el 1203 CC con un límite a su posible operatividad: comoquiera que el objeto y las condiciones principales de la obligación constituyen su *esencia*, no pueden *modificarse* en perjuicio de terceros. Así, si no concurre alguno de los dos requisitos que señala el artículo 1204 CC, entonces la novación *no producirá extinción sino subsistencia* de la primera obligación, con la que coexistirá la segunda.

Sentado lo anterior, resta todavía por determinar en qué se cifra cada una de las exigencias del precepto. Por lo que se refiere, en primer lugar, a la *declaración terminante*, no ofrece duda: puesto que la novación supone la extinción de una obligación previamente contraída, que no está sujeta a especiales requisitos de forma –como ocurría en época clásica–, no es posible inferirla salvo que así lo hagan constar las partes de forma inequívoca⁵³⁰. Eso no significa que sin ese “ánimo” puedan realizar la modificación evitando el efecto extintivo⁵³¹. Implica simple y llanamente que si no concurre (y siempre que sea compatible con la que derive del nuevo convenio), la obligación primitiva subsistirá invariable y con ella coexistirá la contraída en segundo lugar.

Mayores dudas suscita la presunción de novación por incompatibilidad que consagra el precepto: ¿cuándo dos obligaciones son inconciliables entre sí? La regla encuentra su precedente más inmediato en el artículo 1221 del Anteproyecto del Código civil de 1888, en el que se introdujo como “nuevo”⁵³². Sin embargo, se completaba en aquel con un inciso final que tal vez resulte orientativo en la búsqueda de su verdadero significado y alcance: que sean “*de todo punto incompatibles por su naturaleza*”. Ahora bien, ello nos

⁵³⁰ Vid. al respecto de este requisito, GUTIÉRREZ SANTIAGO, *El consentimiento...*, cit., pp. 88 y ss.

⁵³¹ Al contrario de lo que apunta HERNÁNDEZ GIL, “El ámbito...”, cit., p. 799, para quien la exigencia de la declaración terminante cobra el especial significado de concernir tan solo a la novación extintiva, por lo que si falta, la novación podrá ser meramente modificativa. A nuestro juicio, sin embargo, si falta la declaración, lo que ocurre es que no habrá novación: *vid. infra* apartado 5.

⁵³² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto...*, cit., p. 371. A pesar de su condición de nuevo, este artículo viene a aclarar algo ya presente en el proyecto isabelino, no solo por lo que se refiere al *animus novandi* expreso, sino también por lo que hace a la incompatibilidad entre la antigua y la nueva obligación como causa de extinción de la primera. En efecto, si bien esta última no queda clara de la interpretación literal del artículo 1134 (en virtud del cual “*hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas (...) hacen cualquier alteración sustancial que demuestre claramente la intención de novar*”), sí se desprende de los comentarios de GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, t. III, cit., p. 154: “la intención de novar será clara cuando la nueva obligación sea incompatible con la primera”.

traslada a un debate no menos arduo, a saber, el relativo a qué se entienda por “naturaleza jurídica”. Los autores manejan bajo dicha denominación común tres concepciones diferentes: la naturaleza jurídica como *esencia*, *estructura* o *categoría jurídica*⁵³³. Y estas, probablemente no de forma casual, guían las tres principales teorías en torno a las cuales se encuentra dividida la doctrina en esta materia.

La primera de ellas considera que ambas obligaciones son incompatibles entre sí cuando, pensada la obligación antes y después de modificarse, varían el objeto o las condiciones principales, elementos que constituyen la *esencia* o *sustancia* de la obligación primitiva y sin los cuales no puede subsistir. Dicho de otra forma, solo cuando la modificación objetiva de la obligación es accidental puede producirse la alteración sin incurrir en incompatibilidad. Aunque son numerosos los autores que defienden esta tesis, ampliamente extendida en la jurisprudencia, podemos tomar como exponente de la misma a RAGEL SÁNCHEZ, quien hace especial hincapié en que cuando se altera algún elemento *esencial* de la obligación primitiva, se altera también su *núcleo fundamental* y, en consecuencia, la obligación deja de ser lo que era y en su lugar nace una nueva, que está informada por el elemento esencial resultante de la alteración⁵³⁴. Sin embargo, como este mismo autor reconoce, existe una gran dosis de relatividad en el límite que separa lo esencial de lo accesorio, máxime si su determinación depende de la relevancia que al elemento alterado le hayan otorgado las partes en el momento de establecer el programa inicial, lo que conduce la cuestión a un problema de interpretación del contrato que en última instancia corresponderá a los órganos judiciales⁵³⁵. Así, esta tesis relega la regla de la incompatibilidad a una extensa casuística que provoca una gran inseguridad en los resultados. Además, como ya hemos tenido ocasión de manifestar, la mera vinculación de la segunda regla del artículo 1204 CC con la prevista en el 1203.1 CC (alteración del *objeto* o *condiciones principales* de la relación obligatoria), resta toda virtualidad a la primera: ¿nada nuevo viene a añadir el artículo 1204 CC a lo ya establecido en la norma que le precede?

La segunda de las teorías, que sostiene inicialmente SANCHO REBULLIDA y a quien se suman después numerosos autores, mantiene, por su parte, que la incompatibilidad del

⁵³³ LOIS ESTÉVEZ, J., “Sobre el concepto de naturaleza jurídica”, *AFD*, 1956, pp. 159-182.

⁵³⁴ RAGEL SÁNCHEZ, “El concepto...”, cit., p. 921.

⁵³⁵ RAGEL SÁNCHEZ, “El concepto...”, cit., pp. 922-924.

artículo 1204 CC hace referencia a la *causa* de la obligación, en el sentido en que la define el artículo 1274 del Código, de suerte que habrá novación por incompatibilidad cuando la nueva obligación prive de causa a la anterior, tomándola para sí, con lo que la primera deviene ineficaz conforme al artículo 1275 CC y su cumplimiento repetible al amparo del artículo 1895 CC. En definitiva, cuando la segunda obligación no tenga otra causa explicable que la misma que la obligación anterior, esta se extingue de forma irremisible, mientras que, en cambio, si hubiere causa que explique la segunda (incluso la mera liberalidad), entonces no habrá novación tácita sino acumulación⁵³⁶. No obstante, frente a esta interpretación opone GETE-ALONSO Y CALERA un argumento de notable entidad y es que acudir al solo dato que proporciona la *causa obligandi* implica restringir en exceso el concepto de incompatibilidad, si se tiene en cuenta que no todas las obligaciones requieren de la presencia de causa (solo las que nacen de contrato, *ex* artículos 1261 y 1274 CC)⁵³⁷, amén de que la novación podría llegar a tener como fuente no solo el convenio, sino también la ley e, incluso, una resolución judicial⁵³⁸.

Por último, en virtud de la tercera tesis, cuya autoría corresponde a DÍEZ-PICAZO, la incompatibilidad existe cuando las obligaciones pertenecen a *tipos* distintos, es decir, cuando la modificación introducida provoque una alteración en los *elementos estructurales* (índices de tipo) de la relación obligatoria que suponga un cambio de tipo de la misma, de forma que no sea posible la simultánea aplicación de *dos regímenes jurídicos* distintos⁵³⁹.

⁵³⁶ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 306, que funda su teoría en la interpretación que a esta presunción otorgaron los glosadores, se vale del siguiente ejemplo: si *Primus* se había obligado a entregar una casa y luego se obliga a entregar un camión, será preciso buscar la causa de tales atribuciones, de tal forma que si la entrega del camión no tiene otra causa posible que la contraprestación del precio de la casa, se habrá extinguido la obligación de entregar esta aunque las partes no hayan manifestado expresamente su *animus novandi*.

⁵³⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, “Apuntes...”, cit., p. 316. Y ni tan siquiera todas las obligaciones que deriven de contrato requieren de la existencia de *causa*, sino exclusivamente las obligaciones contractuales de atribución patrimonial: *vid.* GALICIA AIZPURUA, *Causa...*, cit., pp. 122 y ss. Así, “cualquier otro tipo de obligación contractual que no comporte una real y nueva ventaja para el acreedor, ni un efectivo y nuevo sacrificio del deudor, no requiere de una causa o justificación especial al instante de su creación por voluntad de las partes” (p. 127).

⁵³⁸ *Vid.* GUTIÉRREZ SANTIAGO, *La novación...*, cit., *passim*.

⁵³⁹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 962-964. Por ejemplo: si *Primus* era arrendatario del piso tercero derecha y pasa a serlo del segundo izquierda, es claro que el arrendador no tiene ninguna obligación de mantenerle en el goce del primero, realizar obras en el mismo en favor del arrendatario, etc., pero perviven, a su juicio, en la segunda relación las reglas de conducta previstas para la primera (v. gr., existe un fiador del pago de las rentas, el arrendatario tiene autorización para derribar tabiques, etc.), pues la regla de la incompatibilidad solo se aplica cuando la relación pertenece a un tipo distinto; lo que

En definitiva, el debate en torno al concepto de “naturaleza jurídica”, entendida como *esencia, estructura o categoría jurídica*, se traslada a la determinación de cuándo dos obligaciones son incompatibles entre sí o pueden coexistir. Al respecto, y si bien la razón histórica conduce a poner en relación la incompatibilidad con la causa de la obligación, muy probablemente no deba dejarse de lado ninguna de las dos teorías restantes, de tal suerte que se producirá incompatibilidad cuando la *nova obligatio* priva a la anterior de sus elementos *esenciales*, entre ellos su *causa*, y produce una alteración en el *régimen jurídico* que le resulta de aplicación: en tal caso, subsistirá la obligación nueva y se extinguirá la anterior. Y en caso contrario, que es lo que a los efectos de nuestra investigación interesa, ambas obligaciones *coexistirán*. La posible modificación de las obligaciones queda, entonces, excluida de las previsiones del legislador en esta materia, salvo por lo que se refiere (no a su desarrollo sino) a la limitación de su alcance: como posteriormente veremos, toda modificación que invada lo previsto en el artículo 1203 CC, habrá de llevarse a cabo como lo que realmente es, a saber, creación de una nueva obligación que *extingue o coexiste* con aquella que le sirve de soporte.

4.3. El artículo 1207 del Código Civil: subsistencia de las obligaciones accesorias

Conforme ha quedado apuntado antes, otro de los preceptos que es objeto de reiterada cita por doctrina y jurisprudencia como referente normativo en apoyo de la susodicha novación *modificativa* es el 1207 CC, a cuyo tenor “[c]uando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento”. Y es que cuando el precepto formula la hipótesis de que la obligación “se extinga por efecto de la novación”, se entiende que

ocurriría si *Primus* toma el goce del segundo izquierda no como arrendatario sino en virtud de un pacto de venta con precio aplazado.

En este sentido, aunque también unida a la teoría de la causa, encontramos la STS 451/2015, de 31 de julio (RJ 2015, 4830), en la que el Tribunal Supremo estima que concurre novación extintiva como consecuencia del cambio del contenido obligacional, cuando las partes transforman el contrato de suministro que les unía en otro de depósito. Se produce, entonces, una incompatibilidad de la nueva obligación con el fundamento causal que informaba la primitiva. En definitiva, “la naturaleza del nuevo contrato celebrado, con referencia exclusiva al contrato de depósito, también da buena cuenta de la incompatibilidad de su régimen jurídico con la tipicidad y fundamento causal que sustentó el anterior contrato de suministro y actividades de transformación que originalmente vinculó a las partes. De forma que se culmina una novación extintiva que comporta la inaplicación del régimen contractual establecido en el contrato de 29 de noviembre de 2010, con extensión tanto a la previsión de prórroga del mismo, como a la aplicación de la cláusula penal establecida”.

implícitamente admite *sensu contrario* justo la opuesta, o sea, que la obligación subsista *a pesar de la novación*. Se defiende, de esta forma, que novación y extinción no son conceptos indisociables, sino que, por el contrario, la novación puede tener por efecto la subsistencia de la obligación, que solo es objeto de modificación⁵⁴⁰. De su inciso final se colige además que, aun cuando la novación tenga eficacia extintiva, sus consecuencias pueden no ser totales, en la medida en que pervivan aquellas obligaciones accesorias que “*aprovechen a terceros*” disconformes con la novación.

Ahora bien, como acertadamente expone SANCHO REBULLIDA, aun ciñéndonos al dato gramatical, la interpretación anterior no es la única, ni siquiera la más probable, del precepto. Y es que este no se limita a plantear como posible hipótesis la *extinción de la obligación por novación*, sino que, muy al contrario, se refiere a la obligación *principal* en su relación con las *accesorias* y, por tanto, en “cuándo” –según el inciso inicial del precepto– una situación de aquella (la extinción por novación) va a repercutir en estas. En otras palabras: la norma viene a sentar, sencillamente, que cuando la obligación principal se extinga, de entre las varias causas previstas en el artículo 1156 CC, por novación, las accesorias a ella se extinguirán igualmente, con una única *salvedad* cuyo significado enseguida analizaremos. En consecuencia, la inferencia que *a contrario* deriva de la norma no consiste en que la obligación principal, en lugar de extinguirse, “se modifique por la novación”. Siguiendo el ejemplo que proporciona este mismo autor, desde el punto de vista gramatical sería de todo punto correcto afirmar que “cuando la obligación principal se extinga por efecto del pago o cumplimiento, se extinguirán también las obligaciones accesorias de aquella” y, sin embargo, en ningún caso cabría deducir de ahí la existencia de un pago “modificativo” y no extintivo⁵⁴¹.

Que el legislador no esté pensando en una novación modificativa se confirma si atendemos a los precedentes legislativos a los que debe su origen el precepto. En efecto, este artículo es copia literal del 1224 del Anteproyecto de Código civil y en él se cita

⁵⁴⁰ Así lo sostiene, sin ir más lejos, la propia jurisprudencia, porque la redacción del artículo 1207 CC da a entender a su juicio que el Código civil conoce otra novación además de la extintiva [SSTS de 29 de abril de 1947 (RJ 1947, 607), 21 de abril de 1951 (RJ 1020) y 20 de diciembre de 1960 (RJ 1960, 4104)], ya que si no sobraría el “cuando” con que comienza el precepto, adverbio que indica la existencia de otra que no produce aquel efecto extintivo.

⁵⁴¹ SANCHO REBULLIDA, “Comentario al artículo 1207 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil*, cit., p. 755.

como antecedente el artículo 1138 del Proyecto isabelino, que de forma meridiana dice: “[p]or la novación se extingue, no solo la obligación principal, sino también sus accesorias...”. La formulación elegida por el legislador de 1851 no deja lugar a la duda en cuanto al único efecto que cabe atribuir a la novación: la extinción. Lo que nos induce a pensar que el sentido que debemos otorgar a nuestro actual artículo 1207 CC se halla enteramente alejado de una teórica novación *no extintiva*.

Desechada entonces la fuerza argumentativa del elemento gramatical y atendido el dato histórico, todavía resta un último argumento lógico y teleológico que decididamente nos aparta de la idea de que el artículo 1207 CC pueda estar regulando una novación no extintiva. Y es que ¿acaso es posible sostener que solo porque los intervinientes en la novación la califiquen como meramente modificativa, las obligaciones accesorias se mantienen en garantía de la obligación *modificada*? Dicho más claramente, y siguiendo el ejemplo que ofrece SANCHO REBULLIDA, ¿podría subsistir la fianza prestada a favor del primitivo deudor solamente porque este haya convenido con el asumente (tal vez, insolvente) y con el acreedor que sea el mismo vínculo obligacional?

Pues bien, pertenece al convencimiento generalizado –incluso de quienes apelan a la dicción literal del comienzo del artículo 1207 CC como sustento de la tesis de la novación modificativa– que, aun en el supuesto de que las partes atribuyan a la novación efectos meramente modificativos, las obligaciones accesorias no se mantienen siempre y en todo caso. Por el contrario, cuando hayan sido prestadas por terceros distintos del deudor, solo podrán subsistir en la medida en que así lo consientan dichos garantes, de la misma forma que si la obligación modificada es más gravosa que aquella inicialmente asegurada, la garantía no cubrirá la parte modificada en perjuicio de terceros acreedores, a menos que lo consientan. Ello responde, a juicio de aquel autor, a que “en última instancia se hace necesario aplicar a esta –o sea, a la *novación modificativa*– el artículo 1207... por analogía”⁵⁴². Tal vez la razón no sea otra que la inoponibilidad frente a terceros de un pacto que potencialmente les perjudica y en el que no han tomado parte. Pero, sea como fuere, lo que parece claro es que, si por imperativo del artículo 1207 CC las obligaciones accesorias se extinguen cuando lo hace la principal, aun admitido que esta última pueda no extinguirse sino subsistir a pesar de la novación,

⁵⁴² SANCHO REBULLIDA, “Comentario al artículo 1207 del Código civil”, en *Comentarios al Código...*, cit., p. 755.

las accesorias no necesariamente habrían de seguir su misma suerte⁵⁴³. Y entonces ¿de qué sirve valerse del artículo 1207 CC como soporte de una novación modificativa que a ningún resultado diferente conduciría en materia de obligaciones accesorias?

Aclarado, por tanto, que el inciso inicial del precepto se dirige a consagrar el principio *accessorium sequitur principale*, en virtud del cual la novación de la obligación principal comunica su eficacia extintiva a las obligaciones accesorias, procede dilucidar seguidamente la excepción que a este criterio sienta el precepto: “[...] *solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento*”. Y es que la norma suscita como dilema primordial el de determinar quiénes sean esos potenciales terceros a los que, en su caso, puede *aprovechar* la pervivencia de las obligaciones accesorias tras la desaparición de la obligación principal.

De entre las teorías que al respecto se han formulado, merece especial mención la que sostiene ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, quien acude al elemento histórico para dotar de sentido y aplicación práctica al precepto en cuestión, siguiendo la interpretación que arroja la norma que le sirve de inspiración: el artículo 1138 del Proyecto de 1851. En efecto, a su juicio, el vigente artículo 1207 CC debe su engañosa formulación literal a un defecto de redacción en el Anteproyecto de Código civil de 1882, que trató de dar sentido positivo al contenido formulado negativamente en el Proyecto isabelino. Recordemos que este último disponía lo siguiente: “[p]or la novación se extingue, no solo la obligación principal, sino también sus accesorias. Para que continúen las obligaciones accesorias, en cuanto afecten a un tercero, es necesario también el consentimiento de este”; es decir, según aquel, la novación extinguía la obligación principal así como los privilegios adherentes a ella y todo lo que le era accesorio, como la fianza, la prenda o la hipoteca con los intereses y la cláusula penal, salvo que las partes pactasen *repetir la garantía real o personal* para aseguramiento de la nueva obligación, en cuyo caso, si habían sido dadas por un tercero, había de recabarse

⁵⁴³ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 965, quien se muestra partidario de admitir la categoría de la novación modificativa, señala respecto del artículo 1207 CC que si bien podría entenderse referido a la novación propiamente extintiva y deducirse *sensu contrario* que en la impropia o meramente modificativa subsisten las relaciones accesorias, “esta conclusión ofrece alguna dificultad en aquellos casos en que la modificación producida en la obligación anterior entraña un agravamiento de la posición de los terceros (p. ej., se aumenta la cuantía de la deuda o la cuantía de su interés, se establece un plazo de cumplimiento más prolongado)”. Lo anterior le lleva a sentar, entonces, como regla para la novación modificativa, la de la subsistencia de las relaciones accesorias salvo cuando la situación del tercero resulte agravada como consecuencia de la novación.

también su consentimiento, de acuerdo al principio *res inter alios acta aliis non nocet*: los pactos solo aprovechan y dañan a los contrayentes y sus herederos⁵⁴⁴.

A la vista de este precedente, lo que el citado autor sostiene es que el artículo 1224 del Anteproyecto de 1882 y el actualmente en vigor 1207 CC persiguen simplemente formular una aclaración: que las relaciones accesorias solo subsistirán, tras la extinción de la obligación principal por efecto de la novación, en la medida en que el tercero que las haya prestado (en particular, el fiador personal o real distinto del deudor), consienta *renovarlas* en cuanto a la nueva obligación (o sea, si consiente renovar las que prestó respecto de la antigua)⁵⁴⁵.

La transcendencia de este antecedente histórico y su posible influencia en el adecuado entendimiento de la regla vigente se pone de manifiesto en el Anteproyecto de 1882, por las siguientes dos razones: primero, porque tras analizar detenidamente el régimen jurídico de la novación que contiene el Anteproyecto enseguida se comprueba que recoge fielmente el previsto en el Proyecto de 1851, salvo por lo que respecta a la modificación del artículo 1138, que aquí examinamos, y a la supresión del 1140, estrechamente vinculado con el primero; y segundo (y por si lo anterior no resultase suficientemente clarificador), porque se cita expresamente el artículo 1138 del Proyecto isabelino como antecedente inmediato del 1224. Pero, más allá de lo que estos datos sugieren, lo cierto es que la intelección que propugna ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ consigue otorgar cierto sentido al precepto, considerando que los *terceros* a los que se refiere no son extraños a la obligación novada, sino los mismos a los que explícitamente alude el artículo 1212 CC: “*sean fiadores o poseedores de las hipotecas*”. Con lo que se evitaría el sinsentido de mantener la subsistencia de las relaciones accesorias de una obligación que se ha extinguido, en favor de *no se sabe muy bien* qué terceros.

Esta solución se corresponde además con la escogida por el legislador francés, quien tras enunciar como regla general la extinción de los accesorios de la obligación principal (como consecuencia de su desaparición por novación), expresamente contempla la posibilidad de que se

⁵⁴⁴ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, t. III, cit., p. 156.

⁵⁴⁵ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A., “El artículo 1207 del Código civil: notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación”, en *RCDI*, 499, 1973, pp. 1413-1432.

reserven las garantías de la antigua obligación para el aseguramiento de la nueva, siempre y cuando consientan los terceros garantes (art. 1334 del *Code Civil*⁵⁴⁶).

Ahora bien, aunque es innegable que esta explicación sería plenamente satisfactoria si el artículo 1207 CC hablase de *afectación* a terceros, como lo hacía el 1138 del Proyecto isabelino, lo cierto es que no explica por qué en su formulación se opta por el verbo *aprovechar*. Pues es claro que a los terceros garantes en ningún caso *aprovechará* la subsistencia de la obligación accesoria, sino más bien al contrario, en la medida en que constituye para ellos una carga. Del mismo modo, tampoco explica por qué no se exige su consentimiento en vez de la ausencia de él (“...solo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento”). Es decir, si la norma estuviese pensando en estos sujetos, hubiese supeditado la subsistencia de las obligaciones accesorias, para el caso de que hubiesen sido prestadas por terceros, a la manifestación de su consentimiento; y sin embargo, lejos de expresarlo así, la norma dice que solo podrán subsistir “...en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento”, lo que indudablemente indica que los terceros garantes, a quienes las obligaciones accesorias no aprovechan sino dañan, habrán de prestarlo, pero también sugiere que el precepto puede ir referido a otros terceros que eventualmente podrían beneficiarse de ellas. Pero ¿quiénes son esos terceros cuyo interés quiere salvaguardarse?

En su determinación, la doctrina rechaza de plano la posibilidad de que la norma vaya referida a quienes por sus relaciones con el acreedor puedan verse de manera indirecta o difusa perjudicados por la extinción de las garantías de la obligación principal sustituida, tales como los acreedores del acreedor (que verán de esta forma menguada su solvencia), o sus legitimarios (que sentirán peligrar sus expectativas sucesorias). A la protección de los intereses de estos terceros se dirigen otras normas del ordenamiento jurídico, tales como la acción revocatoria de actos concluidos en fraude de acreedores o la acción de reducción de liberalidades por inoficiosidad, entre otras⁵⁴⁷. A ello debemos sumar que la hipotética subsistencia de las garantías de la obligación novada en

⁵⁴⁶ El artículo 1334, actualmente vigente, lo recoge con absoluta claridad: «L'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires. Par exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants». Esta norma fue introducida en el año 2016, si bien la misma idea se extraía de lo previsto en los, ahora derogados pero vigentes a la fecha de promulgación de nuestro Código, artículos 1278 a 1280 del *Code*.

⁵⁴⁷ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, “El artículo...”, cit., p. 1416.

atención a tales sujetos, que muy dudosamente podría admitirse en el supuesto de que hubiesen sido prestadas por el propio deudor (pues que las constituyese para asegurar la obligación primitiva no quiere necesariamente decir que desee mantenerlas en garantía de la nueva), aún menos puede aceptarse cuando el garante sea un tercero : ¿o es que acaso cabe imponerle la subsistencia de la carga en garantía de una obligación distinta de aquella para la que fue constituida y en beneficio de unos sujetos solo remotamente perjudicados por su extinción? En la contraposición de intereses de unos y otros, aquel resulta claramente vencedor⁵⁴⁸. Desechado, entonces, que la norma vele por meras expectativas, lo que en todo caso trata de proteger (se afirma) es a los titulares de derechos subjetivos accesorios de la obligación extinguida ya nacidos, como, v. gr., los derivados de una prestación accesoria de importancia secundaria que el deudor se haya comprometido a realizar en su favor⁵⁴⁹.

No obstante, esta conclusión también resulta polémica, por cuanto que, primero, contradice la propia literalidad de la norma, que habla de *obligaciones* accesorias, cuando lo coherente habría sido aludir a los posibles *derechos* que, dependientes de la obligación extinguida, hubiesen sido adquiridos por terceros, si es que el precepto estaba

⁵⁴⁸ Así lo entiende también ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, “El artículo...”, cit., p. 1417, para quien una tal interpretación del artículo 1207 CC resulta especialmente anómala si se contraponen los intereses de los terceros (acreedores y herederos del acreedor), que la norma presumiblemente trata de salvaguardar, “con los de aquellos que prestaron su garantía personal o real a una obligación, y luego, sin su consentimiento, se encuentran garantizando a la que la sustituye”. Y apela en su favor al artículo 1975 CC, que en materia de prescripción trata de tutelar la situación del fiador frente a posibles actos defraudatorios por connivencia entre el acreedor y el deudor principal.

⁵⁴⁹ Vid. a modo de ejemplo las SSTs de 11 de junio de 1947 (RJ 1947, 770) y 6 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7464). La primera de ellas resuelve el siguiente supuesto de hecho: celebrado un contrato de corretaje para la venta de madera, el corredor consigue un contrato para el comitente y cobra el canon estipulado (el 7% del valor total del suministro de 300 m³ de madera de roble al precio de 1200 pesetas cada uno); posteriormente, vendedor y comprador alteran las condiciones de venta de la madera, realizando un nuevo contrato del que excluyen el corretaje del mediador, que obtiene tutela de su derecho *ex* artículo 1207 CC.

Ahora bien, la obligación de pago al corredor, aunque condicionada a la perfección del contrato mediado (en este caso, al de compraventa de madera) y dependiente de él (en la medida en que el ritmo y cuantía del cumplimiento se ha vinculado a los cobros correspondientes a los sucesivos suministros), es una obligación principal en sí misma considerada, una vez perfeccionado el contrato mediado, de ahí que la sentencia declare de aplicación los artículos 1119 y 1125 CC en cuanto al cumplimiento de la condición y plazo de que dependía la exigibilidad por el mediador de su derecho a la retribución pactada [ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, “El artículo...”, cit., p. 1420, y SANCHO REBULLIDA, “Comentario al artículo 1207 del Código civil”, en *Comentarios al Código...*, cit., pp. 757-758].

verdaderamente destinado a salvaguardar su interés⁵⁵⁰. Y segundo, porque con ello estaríamos admitiendo que se está ante un precepto superfluo y enteramente prescindible, en la medida en que el interés de ese tercero ya está suficientemente protegido a través del artículo 1257.2 CC, que le permite exigir el cumplimiento de su derecho a pesar de la revocación del obligado⁵⁵¹. Respecto de él, nada nuevo vendría a aportar el 1207, más allá de la mera reiteración del principio “*res inter alios acta, nec nocet nec prodest*”.

En definitiva, la dicción del precepto que estudiamos plantea graves problemas hermenéuticos cuando se trata de delimitar el alcance de la excepción que contempla en materia de subsistencia de obligaciones accesorias. De entre las varias interpretaciones posibles, destaca la tesis que identifica a los *terceros* con los garantes de la obligación novada y no con sujetos extraños a ella, lo que justifica que hayan de prestar consentimiento para el mantenimiento de la garantía en aseguramiento de la obligación sustituta en la medida en que el pacto que al respecto puedan alcanzar los intervinientes en la novación no les *aprovecha*, sino que, por el contrario, les *daña*. Esta intelección permite dotar de un sentido específico al artículo 1207 CC que resulta coherente, además, con sus antecedentes históricos (en particular, con el artículo 1138 del Proyecto isabelino), y que evita la quiebra del principio de accesoriedad que en otro caso se produciría: las garantías subsisten o mejor, en palabras de GARCÍA GOYENA, “*se repiten*”, para aseguramiento de la *nova obligatio*, siempre que así lo consientan los terceros a quienes afecta, o sea, los fiadores o hipotecantes distintos del deudor. Es más, como expone ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, es posible que la alusión a los terceros responda al deseo del legislador de distinguir entre los supuestos en los que la garantía es prestada por el propio deudor (en cuyo caso puede presuponerse, a falta de pacto en contrario, su voluntad de renovarla en cuanto a la nueva obligación), de aquellos en los es un tercero

⁵⁵⁰ A favor de corregir esta imprecisión terminológica del legislador y de entender que donde la norma dice “obligaciones” debe leerse “derechos”, se posicionan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, v. II-1, cit., p. 239, a cuyo juicio “no se trata de resolver sobre la suerte de las garantías que aseguraban la obligación primitiva, que se extinguen lógicamente como accesorios de esta, sino de consagrar la irrelevancia de la novación frente a terceros que son titulares de *derechos accesorios*, puesto que estos les *aprovechan*”. En el mismo sentido, HERBOSA MARTÍNEZ, *La asunción...*, cit., pp. 342-351.

⁵⁵¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Comentario al artículo 1207”, cit., pp. 516-517.

quien asegura la deuda y en los que, por tanto, necesariamente debe recabarse el consentimiento de este⁵⁵².

Una segunda teoría invoca la norma para proteger los derechos subjetivos que, derivados de la obligación novada, hayan sido adquiridos por terceros. Ocurre, sin embargo, que en estos casos no se está ante verdaderos derechos *accessorios*⁵⁵³, amén de que la posición jurídica del titular de los mismos ya queda enteramente salvaguardada al amparo del artículo 1257.2 del Código, de suerte que el 1207 únicamente vendría aquí a ser un refuerzo (prescindible) de aquel.

Existe, en fin, una postrera intelección del artículo 1207 CC de la que antes hemos dado cuenta, que viene sugerida por los dos datos siguientes: primero, por el hecho de que el régimen jurídico de la novación previsto en el Proyecto de 1851 fuera traído hasta nuestro Derecho vigente con la única salvedad que conforma la modificación del artículo 1138 y la *supresión del artículo 1140*⁵⁵⁴; y segundo, por la circunstancia de que la subrogación fuera regulada en sede de novación, en lugar de contemplarla como medio extintivo independiente de ella.

Nótese que el artículo 1140 regulaba el supuesto de que, tras la novación, *continuasen las hipotecas* en garantía de la *nova obligatio* por haberlo acordado así las partes (terceros afectados –hipotecantes no deudores– incluidos, *ex* artículo 1138), a cuyo respecto establecía: “[c]uando por pacto especial continuaren las hipotecas, el acreedor conservará sobre los hipotecarios posteriores la preferencia que le daba la primitiva obligación; como si esta no se hubiera novado”. Así, en virtud de esa norma y siempre que el deudor continuase siendo el mismo tras la novación, la hipoteca conservaba el rango frente a los hipotecarios posteriores,

⁵⁵² ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, “El artículo...”, cit., p. 1420-1421.

⁵⁵³ *Vid.* el supuesto de hecho de la STS de 11 de junio de 1947 (RJ 1947, 770), citada en nota 541.

⁵⁵⁴ Así lo intuía REY PORTOLÉS, “La hipoteca como...”, cit., p. 46, en referencia a los artículos 1138 y 1140 del Proyecto de 1851: “tengo para mí que ambas reglas (refundidas con poca fortuna en el artículo 1223 del Anteproyecto de 1882-88) anidan todavía en el enigmático artículo 1207 del vigente Código civil”, cuyos únicos destinatarios son, a su juicio, los acreedores del artículo 1140 del Proyecto isabelino, es decir, “aquellos a los que *aprovecha* la subsistencia, acordada expresamente, de las hipotecas constituidas en su favor, las cuales pasan a garantizar la obligación resultante de la novación, bien que sin perjuicio, meramente cuantitativo –apostillo yo–, de los acreedores intermedios”.

porque su posición (GARCÍA GOYENA *dixit*) “queda siempre la misma; de modo que no tienen motivo para quejarse”⁵⁵⁵.

Teniendo esto presente, ¿cabría entender que los *terceros* a los que se refiere el legislador en el artículo 1207 CC son, antes que los garantes de una obligación ajena, aquellos que, por entrar a formar parte activa de la relación obligatoria en virtud del fenómeno de la subrogación, son favorecidos con (se benefician de) la subsistencia de las obligaciones accesorias? Pues, en efecto, solo hay unos *terceros* (que verdaderamente lo son respecto de la obligación novada) a los que *aprovecha* la subsistencia de las obligaciones accesorias: aquellos que, no por *pacto especial* como exigía el artículo 1140 del Proyecto, sino por efecto de la *subrogación*, deseen conservar sobre los hipotecarios posteriores la preferencia que le daba al primer acreedor la primitiva obligación. Dicho de otro modo, *quienes, al amparo de los artículos 1210.1 y 1211 CC, se subroguen en los derechos del acreedor originario*. Claro es que el acreedor que paga a otro preferente o quien presta dinero al deudor a fin de subrogarse en los derechos de su acreedor a lo que aspira precisamente es a ocupar la posición preferente de este y a utilizar para sí las *obligaciones accesorias* que concurren en su favor.

Entendido de esta forma el precepto, su misión consistiría, entonces, en refrendar la excepción que en materia de accesoriedad contempla el artículo 1212 CC para el cambio de acreedor por vía subrogatoria: si bien la obligación principal se extingue por efecto del pago, las accesorias a ella subsistirán en garantía de la nueva obligación y *conservarán la preferencia que les daba la primitiva* (cfr. art. 1140) siempre que aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento a la extinción, o sea, precisamente a quienes pasan a ocupar la posición activa en la *nova obligatio*.

Como ya avanzábamos antes, la interpretación que aquí se propone explica, además, el porqué del cambio que el legislador introdujo en el texto vigente con respecto a su precedente, el artículo 1138 del Proyecto de 1851. En aquel la protección iba dispensada, efectivamente, a los terceros garantes, para el caso de que las partes quisiesen mantener los derechos de garantía en favor de la obligación novada: “*para que continúen las obligaciones accesorias, en cuanto afecten a un tercero, es necesario también el consentimiento de este*”.

⁵⁵⁵ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, t. III, cit., p. 158.

De ahí que se utilizase el verbo “afectar”, en lugar del vigente “aprovechar”, y que se exigiese el consentimiento de estos terceros y no la ausencia de él. A dichos terceros sí *afecta* (perjudica) la pervivencia de las garantías en refuerzo de la *nova obligatio* y solo si lo consienten subsistirán; quedando de lo contrario extintas por efecto de la novación. Ahora, aquella previsión no dejaba de ser ciertamente superflua, pues dichos terceros encontraban amparo también en otros lugares del ordenamiento (arts. 1257, 1851 CC, etc.). Si a ello se une que fue con ocasión de la aprobación del Código en vigor (y su anteproyecto) cuando la regulación de la subrogación se incorporó a la sección de la novación (antes regulada en sección aparte), y que existía una sustancial diferencia entre ambas, que reside en el efecto (extintivo para la novación; traslativo para la subrogación) que despliegan sobre las obligaciones accesorias, el cambio de dirección del precepto viene de suyo: el fenómeno novatorio conlleva la extinción de las garantías; el subrogatorio, en cambio, no. Ambas consecuencias han de quedar cristalizadas en la regulación y ese es el fin que viene a servir el artículo 1207 CC, que enuncia como regla general el efecto que proyecta la novación y lo exceptúa para el solo caso de que las obligaciones accesorias aprovechen al tercero *solvens* que se subroga.

En fin, sea como fuere, hay un dato que resulta palmario y que es realmente trascendente a los efectos de la presente investigación; a saber, debe excluirse por completo la idea de que el artículo 1207 CC esté dando entrada a una novación que no produce extinción de la obligación principal (y de sus accesorios), es decir, a una novación *modificativa*, puesto que los elementos gramatical, histórico y lógico antes estudiados nos llevan a concluir que el objetivo único y último de la norma consiste en regular las consecuencias que sobre las obligaciones accesorias acarrea la extinción de la obligación principal por novación en presencia de terceros.

4.4. El artículo 1208 del Código Civil: el vicio de nulidad

Resta, por último, apuntar una idea sobre el artículo 1208 del Código civil, que en materia de nulidad establece lo siguiente: “[l]a novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”. Y es que, a juicio de REYES MONTERREAL, la novación modificativa encuentra soporte también en este precepto, en la medida en que si la novación tuviera para el Código carácter extintivo, la nulidad se extinguiría con la

obligación desaparecida y el vínculo resultante no tendría que nacer con el estigma de una nulidad ya erradicada, lo que le conduce a concluir que la única razón de que persista el vicio de nulidad es la subsistencia de la obligación primera, dado que la esencia de la novación no es extinguir, sino modificar: “al no desaparecer la obligación primera, la nulidad inicial sigue viva y subsistente, porque subsistente y viva continúa la obligación sobre la que el vicio de nulidad recae”⁵⁵⁶.

Sin embargo, no puede compartirse esta conclusión, ya que el planteamiento parte de una premisa errónea: la nulidad, al contrario de lo que se afirma, no se extingue con la obligación desaparecida, por la sencilla razón de que si esta es nula, no ha existido en ningún momento, de suerte que no puede *extinguirse* para dar lugar a la *creación* de otra nueva; en otras palabras, no tiene virtualidad para ser objeto de extinción o sustitución. Se trata, por esta razón, de una regla inherente a la propia dinámica de la novación, que acompaña a la figura desde sus comienzos: esta solo puede operar si la *prior obligatio* es válida y, por tanto, susceptible de servir de soporte a la nueva. En este sentido, el artículo 1208 CC constituye expresión máxima de la dualidad de efectos *extinción-constitución* inherente a este medio extintivo: si la *prior obligatio* es nula, no se puede extinguir; y si no se puede extinguir, el acto novatorio opera en el vacío en su dirección extintiva al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar, sin la cual tampoco es eficaz en la dirección creativa⁵⁵⁷.

Lo anterior va referido, claro está, a los supuestos en los que la *prior obligatio* es nula de pleno derecho, pues si solamente fuese anulable, la novación podría suponer su convalidación, siempre que reúna las condiciones que esta última exige (*vid.* arts. 1310 y ss. CC). De ahí la salvedad que consagra el precepto: “[l]a novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo (...) que la ratificación convalide los actos nulos en su origen”. Pero además la *prior obligatio* anulable es susceptible de novación de la misma forma en que lo es la obligación condicional: la *nova obligatio* nacerá amenazada de anulación e,

⁵⁵⁶ REYES MONTERREAL, “Esencia...”, cit., pp. 606-607.

⁵⁵⁷ STS de 30 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9713). De acuerdo con esta idea: SANCHO REBULLIDA, “Comentario al artículo 1208 del Código civil”, en *Comentarios al Código...*, cit., pp. 762 y ss.; AZURZA, “Notas...”, cit., p. 601; RAGEL SÁNCHEZ, “El concepto...”, cit., p. 913; LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...*, t. II, v. 1, cit., pp. 312 y ss., y un largo etcétera.

igualmente, susceptible de sanación⁵⁵⁸. En fin, a diferencia de la obligación afectada de nulidad absoluta, la cual se reputa no haber existido en ningún momento una vez decretada esta, la obligación anulable, si bien tiene un futuro incierto, momentáneamente existe y, por ende, es susceptible de novación, “con la reserva de que el valor de la novación será también necesariamente precario”⁵⁵⁹.

Lo mismo cabe señalar, por último, cuando la novación opera sobre una obligación condicional, en cuyo caso es *communis opinio* que la novación se sujeta a la misma condición suspensiva o resolutoria, lo cual es coherente con la idea de que, teniendo la segunda obligación su origen en la primitiva, ambas son interdependientes: “desapareciendo la obligación por cumplirse una condición resolutoria o por no realizarse la suspensiva, la novación quedará incluida en la desaparición, ya que pierde retroactivamente su base”⁵⁶⁰.

Así, el artículo 1208 CC, lejos de servir como argumento favorable a la novación modificativa, consagra en nuestro ordenamiento la más pura esencia de la novación extintiva, que requiere de dos obligaciones *válidas* para que la segunda pueda nacer y con ello extinguir la primitiva.

⁵⁵⁸ SANCHO REBULLIDA, “Comentario al artículo 1208 del Código civil”, en *Comentarios al Código...*, cit., p. 764.

⁵⁵⁹ AZURZA, “Notas...”, cit., p. 601.

⁵⁶⁰ AZURZA, “Notas...”, cit., p. 601. Cuestión distinta es la de si una obligación condicional podría sustituirse por otra pura y simple. Parece claro que a la inversa no: “cuando una obligación pura se convierte en otra condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda...: la razón (...) es que por no existir la condición, no hay más que una sola obligación: y toda novación requiere dos” [GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, t. III, cit., p. 153]. Sin embargo, no parece hallarse obstáculo en admitir que una obligación pura pueda sustituir mediante la novación a una condicional, pues, en el momento de concluirse el acto, la *prior obligatio* condicional como vínculo existe, de modo que, aunque condicionada su eficacia y exigibilidad al suceso futuro e incierto, sigue siendo la causa de la segunda [SANCHO REBULLIDA, “Comentario al artículo 1208 del Código civil”, en *Comentarios al Código...*, cit., p. 766]. En el mismo sentido ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 322-323, y CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, cit., p. 508. E incluso puede inferirse esta misma solución de lo apuntado por GARCÍA GOYENA a continuación de las líneas arriba transcritas: “tampoco habrá novación, si la obligación condicional se convierte en pura, y llega a faltar la condición de la primera, *a no ser que haya pacto especial en contrario*”.

III. Interpretación sistemática del Código: la relación entre la novación y la modificación convencional de las obligaciones

De todo lo expuesto hasta ahora queda claro que la regulación del Código en materia de novación se halla lejos de ofrecer apoyo normativo a la libre modificación convencional de las obligaciones, y más lejos aún de dar cabida a una categoría jurídica que, amén de no añadir nada a aquella, supone un contrasentido en sí misma: la novación *modificativa*⁵⁶¹.

La novación es, en Roma y en nuestro ordenamiento vigente, un modo de extinción de las obligaciones (arts. 1156 y 1143 CC) que presenta la particularidad de vincular la extinción de una obligación al efectivo nacimiento de otra segunda, la cual toma para sí algunos elementos de aquella y viene a ocupar su lugar: la *nova obligatio* es, entonces, el resultado de la *prior* “modificada”⁵⁶². Esta última es muy probablemente la razón del empleo del término *modificación* en el artículo 1203 CC, en ningún caso dirigido a exceptuar el efecto extintivo-constitutivo de la novación sino a describir el mecanismo que conduce a ella, esto es, la alteración de algún aspecto de la obligación primitiva con la que dar satisfacción a uno de los requisitos típicos de la institución: el *aliquid novi* o necesaria disparidad entre la *prior* y la *nova obligatio*. Eso es, ni más ni menos y a pesar del transcurso de los siglos, lo que viene a plasmar nuestro artículo 1203 CC. Y a esta intelección conduce el análisis de los supuestos que contempla el precepto: la novación objetiva como alteración *sustancial* de la obligación, recayente sobre su objeto o sus condiciones principales; la novación subjetiva pasiva cuya naturaleza es, en presencia de terceros, necesariamente extintiva (arts. 1205 a 1207 CC); y la novación subjetiva activa, que comporta la extinción del crédito satisfecho y la transmisión al adquirido

⁵⁶¹ Tal es el confusionismo que existe entre la modificación y la extinción que termina por afirmarse que, en lugar de hablar de una novación extintiva y de una novación modificativa, conviene hablar más bien de una modificación simple con pervivencia de efectos y de una *modificación extintiva* con total sustitución de la reglamentación o del sistema de organización de intereses establecidos por las partes [DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 965; el mismo término emplea MUÑIZ ESPADA, *Revisión...*, cit., p. 142].

⁵⁶² Como pone de manifiesto RAGEL SÁNCHEZ, “El concepto...”, cit., pp. 910-911, la finalidad de las partes no consiste en crear una relación jurídica “independiente” de la anterior sino en *incidir* en ella, variando alguno o algunos de sus elementos y consiguiendo así una *adaptación* de la relación obligatoria a sus actuales intereses. Se trata por ello de un complejo fenómeno, dotado a la vez de continuidad y discontinuidad, que le hace diferenciarse de otras figuras jurídicas.

por el tercero de los *admicula* del primero (arts. 1209 a 1213 CC). El artículo 1203 debe leerse, así, coherentemente con lo que la novación significa, en clave de extinción.

Lo anterior en ningún caso implica negar la *modificabilidad* de la relación obligacional: las partes podrán convenir la alteración de la relación obligatoria otorgando al convenio efectos meramente modificativos, si bien habrán de hacerlo en otra sede y con otra base legal claramente distinta, a saber, la que proporciona el artículo 1255 CC⁵⁶³. Sentado lo anterior, se hace preciso entonces delimitar el alcance del artículo 1203 CC y su interconexión con aquel: ¿podrían las partes modificar *ex* artículo 1255 CC el objeto o condiciones principales de una obligación manteniendo sin embargo subsistente el vínculo?

La respuesta debe ser, a nuestro juicio, negativa. El artículo 1203 del Código, lejos de representar manifestaciones concretas de la libertad de pacto que enuncia el artículo 1255 CC –tal y como defienden quienes ven en él la regulación de una *novación modificativa*–, constituye en realidad un límite a tal posibilidad, destinado a proteger a todos aquellos terceros que no hayan intervenido en el acuerdo “modificativo”. Así lo sostiene, y con él convenimos, el profesor SANCHO REBULLIDA: “el artículo 1203.1 limita el campo de la autonomía de la voluntad para modificar, con subsistencia, la anterior obligación”, de tal forma que los contratantes, si bien pueden al amparo del artículo 1255 modificar el vínculo obligatorio que les une, no pueden imponer su voluntad frente a terceros (otros acreedores, garantes reales o personales) cuando la variación es de entidad tan grande como la que afecte al objeto mismo o a las condiciones principales de la obligación (art. 1203.1 CC); *inter partes* podrán, así, “simular” que se hallan frente a la misma obligación, pero no pueden alterar la naturaleza de las cosas *en perjuicio de terceros* (art. 1255 CC)⁵⁶⁴. Como afirma REYES MONTERREAL, “aunque queramos decir –y aunque las partes quieran seguir diciéndolo– que esa supuesta novación ha modificado

⁵⁶³ SANCHO REBULLIDA, “Sección sexta: de la novación”, en *Comentarios al Código...*, cit., pp. 610, 667 y ss.: la *modificación* tiene su sede conceptual junto a la *originación* (fuentes), *transmisión* (modificación subjetiva) y *extinción* de las obligaciones, su base legal en el artículo 1255 CC y sus reglas de determinación en los artículos 1281 y siguientes.

⁵⁶⁴ SANCHO REBULLIDA, “Comentario a los artículos 1203 y 1204”, en *Comentarios al Código...*, cit., pp. 667-669, quien sigue con un ejemplo: “si *Primus*, aceptándolo *Secundus*, sustituye el piso vendido por un camión, los fiadores del contrato, que aseguraban la entrega del piso, de difícil destrucción y quizá asegurado, no tienen por qué garantizar la entrega del camión, fácilmente accidentable y quizá no suficientemente asegurado”.

el precedente convenio, no podremos hacerlo, si nos expresamos con la adecuada técnica jurídica, cuando del anterior contrato u obligación no queda nada”⁵⁶⁵. Nacerá en estos casos una nueva obligación que coexistirá con la anterior o la extinguirá según concurra o no el *animus* (expreso o tácito por incompatibilidad) que previene el 1204 CC. Mientras que, en el polo opuesto, las modificaciones que no alcancen la transcendencia de esos elementos y por ende carezcan del carácter esencial que exige el legislador, no podrán producir novación (entiéndase, oponible frente a terceros) aun cuando ese sea el *animus* de las partes, por faltar precisamente uno de los requisitos que exige toda novación: el *aliquid novi*, al que el legislador reviste de notable entidad⁵⁶⁶.

La idea de que la novación representa, de una manera u otra, un límite a la autonomía de la voluntad se infiere de la doctrina de la mayoría de los autores que la estudian, que muestran su preocupación por una posible utilización abusiva o fraudulenta de dicho mecanismo que conduzca a resultados contrarios a la naturaleza misma de las cosas (*res ipsa loquitur*) y perjudicial para terceros⁵⁶⁷. Y es que esto mismo cabe sostener cuando de lo que se trata es de la sustitución del deudor (art. 1203.2 CC), pues según ha quedado apuntado antes, aun cuando *inter partes* pueda convenirse en que sea “como” la misma obligación, el acuerdo en ningún caso resulta oponible a terceros que, viéndose perjudicados por el convenio, no lo consientan expresamente, como, v. gr., los terceros

⁵⁶⁵ REYES MONTERREAL, “Esencia...”, cit., p. 608, si bien este autor está aludiendo únicamente a la alteración de la causa como fuente de incompatibilidad ex artículo 1204 CC, pues se posiciona a favor de la novación modificativa cuando el cambio recaiga sobre cualesquiera otros elementos. A nuestro juicio, lo mismo cabe inferir cuando se alteran aquellos otros aspectos (objeto y condiciones principales) sin los cuales no puede decirse que la obligación sea la misma; pues tan esencial es al contrato su causa como el objeto sobre el que recae la obligación (cfr. art. 1261 CC).

⁵⁶⁶ CRISTÓBAL-MONTES, “La llamada...”, cit., p. 1209: los artículos 1203 y 1204 CC no son dos normas autónomas, sino partes de un todo; entre ambos conforman la estructura de la novación, sin que ninguno pueda faltar so pena de mutilar y desfigurar la institución.

⁵⁶⁷ GUTIÉRREZ SANTIAGO, *El consentimiento...*, cit., p. 113; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho...*, cit., p. 330; CRISTÓBAL-MONTES, “La llamada...”, cit., p. 1209; SANCHO REBULLIDA, “Comentario a los arts. 1203 y 1204 del Código civil”, en *Comentarios al Código...*, cit., p. 616; REYES MONTERREAL, “Esencia...”, cit., p. 608; MUÑIZ ESPADA, *Revisión...*, cit., pp. 136, 142 y 143. La presencia de terceros como posible límite a la libre modificabilidad de las obligaciones subyace incluso en la doctrina de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Notas a ENNECCERUS, cit., p. 223, cuando se plantean si acaso no puede construirse la modificación de una relación obligatoria sin que tal fenómeno implique novación extintiva; y al respecto sostienen que la declaración de las partes (art. 1281 CC) de no querer extinguir la obligación existente sino de modificarla, ni produce lesión en lo prescrito por las leyes (pues ningún precepto positivo se opone, reconociendo la modificación el artículo 1203), ni afecta a la moral o al orden público, *no debiendo tampoco aceptarse, en principio, que con ello se produce perjuicio a tercero*. No argumentan, sin embargo, por qué reputan inexistente un perjuicio que se aparece con total claridad en determinados supuestos.

garantes. En ausencia de dicho consentimiento queda al descubierto la novación, oculta tras la convención de los interesados, que actúa como límite para la protección dichos terceros –entre ellos, los acreedores del nuevo obligado, quienes en ningún caso podrán ser postergados en el cobro de su derecho–, dando por extinguida la obligación primitiva y colocando en su lugar la nueva.

Por consiguiente, lejos de la idea de que la novación ha devenido inútil, una vez desaparecida en gran medida la función traslativa a la que originariamente servía desde el momento en el que se ha admitido la transmisibilidad (*activa*) de las obligaciones, lo cierto es que la institución continúa desempeñando eficazmente una función protectora de la posición jurídica de los terceros. Entendida de esta forma, como el límite a la autonomía de la voluntad que claramente representa, puede delimitarse con absoluta precisión y fluidez el ámbito corresponde tanto a la novación (sinónimo siempre de extinción) como a la modificación convencional de las obligaciones.

Esta última, alejada del régimen de la novación, halla refugio en el principio de la autonomía de la voluntad que sanciona el art. 1255 CC y que concede a las partes una libertad de la que pueden hacer uso con un único límite: el perjuicio a terceros. En su presencia, no podrá contrariarse lo prescrito por la ley, que no es otra cosa que: a) la alteración que afecte al objeto o a las condiciones principales de la obligación conlleva novación o, alternativamente, subsistencia del primitivo vínculo y creación de uno nuevo (arts. 1203.1 y 1204 CC); b) la sustitución del sujeto pasivo debe encauzarse, salvo consentimiento de “todos” los afectados, por la única vía que ofrece la novación (arts. 1203.2, 1205 y 1206 CC), alejada de la utópica *sucesión jurídica a título particular en la deuda*; y c) la subrogación comporta la extinción de la *prior obligatio* por pago (arts. 1157 y ss. CC) y la subsistencia de sus privilegios y garantías para refuerzo de la *nova* (arts. 1207 y 1212 CC) y, por tanto, no es el cauce adecuado para materializar la transmisión del crédito, para lo que habrá de acudir a otras instituciones jurídicas bien distintas.

VI. Recapitulación

Comenzábamos el capítulo fijándonos como objetivo el de constatar si, de una recta intelección de los preceptos que regulan la novación en nuestro Código civil, podía

concluirse en la existencia de una «novación modificativa» que sirviese después de base para la eventual admisión de una hipoteca recargable.

Del análisis aquí realizado lo que se deduce es, sin embargo, que la novación modificativa, lejos de ser producto de nuestro legislador, es fruto de la confusión con la que han sido interpretadas sus palabras. Esta figura, que solo encuentra sostén en una lectura forzada (y a menudo contradictoria) de los artículos que conforman la sección en la que se regula la institución, ni encuentra soporte en sus antecedentes históricos ni lo hace en los preceptos hoy vigentes, que rectamente interpretados vinculan a la novación un único efecto jurídico: la extinción de la obligación primitiva y la creación de otra nueva.

El artículo 1203 del Código confirma que la novación puede actuar sobre tres elementos de la relación obligatoria cuales son el objeto, el sujeto pasivo o deudor y el sujeto activo o acreedor, con lo que conecta con otros tantos mecanismos cuyo estudio ha sido igualmente abordado a lo largo del capítulo: la modificación de las obligaciones al amparo de la libertad de contratación, la asunción de deuda y el pago con subrogación. Con algunos de ellos continuaremos en el capítulo siguiente, al abordar lo que el legislador ha venido impropriamente a denominar «novación modificativa» de los préstamos hipotecarios. Pues si bien queda aquí descartada la «novación modificativa» como categoría jurídica que pueda encontrar asidero en esta institución, no es menos cierto que todavía restan cuestiones a resolver y, en especial, la siguiente: la alteración de los diferentes elementos que conforman el contrato de préstamo ¿excede del límite que la novación impone a la libre modificación de las obligaciones?

CAPÍTULO CUARTO

LA NOVACIÓN MODIFICATIVA DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS EN LA LEY 2/1994, SOBRE SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

I. Planteamiento

Llegados a este punto, es menester culminar con el análisis de la regulación que contiene la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios y, en particular, sobre el significado que haya de darse a la «novación modificativa» de aquellos. Y es, como ya se sabe, se ha sostenido que la hipoteca debe seguir el mismo régimen que el préstamo garantizado, de suerte que si este experimenta una novación modificativa por ampliación de capital, la hipoteca debería de la misma forma experimentar una novación meramente modificativa. Ahora, descartada aquella como categoría jurídica, la pregunta es: ¿el pacto produce realmente novación (extintiva y única) o solo modifica la obligación prístina manteniendo incólume sus garantías? Y en esta última hipótesis, ¿de qué forma afectaría al derecho real de hipoteca la alteración de los elementos del préstamo que subyace?

En esta ocasión vuelven por tanto a entremezclarse ambos planos, el obligacional y el real, que habrán de ser objeto de particular atención. En fin, de lo que se trata en última instancia es de desgranar el artículo 4 de la Ley de Subrogación y su significado y alcance real hasta concluir si puede servir o no de encaje normativo para una eventual recarga de la hipoteca.

II. Introducción a la Ley 2/1994, de 30 de marzo

La subrogación, efecto complementario que en determinadas circunstancias se anuda al pago de una deuda y que consiste, como concluíamos en el capítulo anterior, en el ingreso de un tercero en la posición (privilegios y garantías) del primitivo acreedor, puede tener lugar cuando el deudor, para poder efectuar dicho pago, haya tomado prestado el dinero de un nuevo prestamista. A esta operación se conoce comúnmente

como subrogación *ex parte debitoris*, ya que nace de la iniciativa del obligado y no requiere de la participación ni anuencia del primer acreedor, y a ella se refiere, en términos generales, el artículo 1211 del Código civil. Pues bien, la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, aspira a ser desarrollo de aquel precepto en un ámbito muy específico: el de los préstamos hipotecarios.

Su promulgación responde a un claro propósito: remover los obstáculos que dificultan la puesta en práctica de dicha subrogación en un contexto socioeconómico en el que el notable descenso en los tipos de interés propicia su uso. Se trata, en fin, de proveer a los deudores de préstamos hipotecarios, contraídos en una coyuntura económica menos favorable a sus intereses, de una opción real para beneficiarse del abaratamiento en la concesión de crédito por parte de un tercero, opción que resulta obstaculizada *de facto* por dos motivos: de un lado, por la generalmente desmesurada comisión por amortización anticipada con que son blindados los mismos contratos de préstamo y, de otro, por los altos costes notariales, registrales y fiscales que han de asumir los deudores para concluir una operación de esta índole⁵⁶⁸, lo que hace prácticamente desaparecer la ventaja económica que podría propiciarles la minoración de los intereses.

Mediante el desarrollo legal del artículo 1211 CC pretenden paliarse los problemas descritos, y para ello se limita la cuantía que la entidad acreedora puede percibir en concepto de comisión por amortización anticipada y, en general, se reducen los costes asociados a la operación. Y a su vez, trata de incentivarse el recurso al instituto

⁵⁶⁸ A este respecto ha de tenerse en cuenta que la situación actual dista considerablemente de la que imperaba cuando fue aprobada la norma. En efecto, no es hasta la STS 705/2015, de 23 de diciembre (RJ 2015, 5714) cuando el Alto Tribunal, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declara abusivo que se imputen indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de un contrato de préstamo hipotecario cuando estos, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos). Sobre esta cuestión y respecto del resultado concreto de la atribución de gastos entre las partes se pronuncia después el Tribunal Supremo en la sentencia plenaria 49/2019, de 23 de enero (RJ 2019, 92). Y ello sin perjuicio de las reformas legales que han seguido a tales pronunciamientos, aplicables a los contratos de préstamo hipotecario celebrados tras su vigencia: nos referimos, claro está, al Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de un lado [vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “El sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados sobre los Préstamos Hipotecarios”, *Diario La Ley*, 9389, 2019, pp. 1-4], y a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, de otro, que prevé en su artículo 14.1.e) cómo deben distribuirse entre prestamista y prestatario los gastos que genera la operación.

subrogatorio, poco frecuente en la práctica, a través de una regulación en detalle del procedimiento a seguir para beneficiarse de tales privilegios.

La situación a la que pretende darse respuesta evoca, por tanto, a la vivida mucho tiempo atrás en la Francia de Enrique IV, de la que ya hemos dado noticia⁵⁶⁹. Se trata, como en aquella ocasión, de fomentar el recurso al instituto subrogatorio a instancias de aquel deudor que, en la búsqueda de unas mejores condiciones de financiación, toma dinero a préstamo del tercero que le ofrezca un producto más económico y salda con ello la deuda que le vincula a su primitivo acreedor. Lo que resultaría poco probable de no ser porque se ofrecen como aliciente al nuevo prestamista las garantías constituidas en favor del primer crédito y se minimiza, además, el desembolso que el deudor debe efectuar para propiciar el cambio de acreedor⁵⁷⁰.

Junto a esta posibilidad el legislador prevé, de manera ciertamente residual, una segunda que se cifra en la modificación por las mismas partes contratantes del préstamo hipotecario que les une o, dicho en palabras de la Ley, en su «novación modificativa». Con ello se pretende poner a disposición del obligado una alternativa distinta a la del cambio de acreedor con la que alcanzar el mismo fin práctico, o sea, una rebaja del interés, en este caso, en el marco del primitivo contrato de préstamo, y a la que se

⁵⁶⁹ El legislador de 1994 es consciente de que el problema al que trata de dar solución ya había aparecido en épocas pasadas, y así lo pone de manifiesto en la Exposición de Motivos al señalar que: “esta situación, *históricamente reiterada*, puede encontrar solución adecuada por la vía de la subrogación convencional prevista por el artículo 1211 del Código Civil”.

⁵⁷⁰ Nótese que este habrá de ser «entidad financiera del mercado hipotecario» para entrar dentro del ámbito de aplicación de la Ley, que se circunscribe, desde el punto de vista subjetivo, a los acreedores (subrogado y subrogante) que sean tales (cfr. art. 1.1). Ello no obsta, evidentemente, a que la subrogación pueda tener lugar respecto de créditos hipotecarios en que sean acreedores personas distintas de las contempladas en la Ley, de la misma forma que podrá operar, al amparo del artículo 1211 CC, respecto de otras obligaciones que no hayan sido garantizadas con hipoteca [DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, t. II, p. 1004]. Esta limitación subjetiva ha sido sin embargo particularmente criticada por considerar que carece de fundamento y porque sería igualmente oportuna la reducción de costes para los restantes supuestos en los que el acreedor no sea una de dichas entidades: *vid.* RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y UREÑA MARTÍNEZ, M., “Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, *AC*, 4, 1994, pp. 786 y ss. No comparte la opinión anterior RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 85, pues con la actual configuración subjetiva del «mercado hipotecario» puede cumplirse holgadamente la finalidad socio-económica que persigue la Ley, en la medida en que el 99% de los activos con cobertura hipotecaria entran dentro de su ámbito de aplicación. Considera más sensato, además, limitar el procedimiento subrogatorio que cincela la Ley, de cierta complejidad, a las entidades protagonistas del mercado hipotecario, de acuerdo a la opinión que ya había expresado HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., “Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, *RCDI*, 622, 1994, p. 1214.

apliquen similares beneficios fiscales y arancelarios de los previstos para aquella. Esta operación, al decir de la Exposición de Motivos, “resultará muy beneficiosa para el deudor por ser la que soporta menos gastos y muy estimulante para el acreedor al darle ocasión de no perder a su propio cliente”.

No es extraño que la norma tome para sí el concepto de novación «*modificativa*», atendida la tendencia en doctrina y jurisprudencia sobre el particular que ya ha sido examinada. También han quedado expuestos, no obstante, los argumentos que conducen a sostener la inexistencia de aquella como categoría jurídica. De modo que, llámese como se llame, la alteración en los elementos de un préstamo con garantía hipotecaria podrá suscitar, en atención a la transcendencia del cambio y al *animus* de las partes, novación (siempre extintiva) o mera modificación del vínculo obligatorio. Existe, además, una tercera opción: si la mutación excede por su entidad de los límites de la modificación (art. 1203.1 CC) pero las partes no manifiestan voluntad novatoria ni concurre incompatibilidad (art. 1204 CC), habremos de concluir que estamos en presencia de una nueva obligación que coexistirá junto a la contraída en primer lugar.

En definitiva, la norma recurre a dos mecanismos jurídicos: uno primero enteramente novatorio como es la subrogación *ex parte debitoris*, que extingue el derecho de crédito satisfecho y comunica las garantías y privilegios de los que gozaba el acreedor originario (en este caso, el derecho real de hipoteca) al subrogado; y uno segundo que puede oscilar desde la novación objetiva de la obligación (art. 1203.1 CC) hasta su modificación convencional (art. 1255 CC) o la creación de una *nova*, hipótesis cuyas consecuencias jurídicas, como puede imaginarse, son de lo más dispares.

Antes de examinar el tratamiento que a cada uno de los supuestos corresponde, se hace preciso reseñar las reformas que desde la promulgación de la Ley 2/1994 se han acometido en su articulado. Dos son los preceptos que merecen especial atención: de un lado, el artículo 4, en cuanto prevé el posible contenido de la escritura de subrogación y, de otro, el artículo 9, que contempla los beneficios fiscales y la forma de calcular los honorarios notariales y registrales en la novación «*modificativa*» de préstamos hipotecarios. Respecto del primero, el texto original limita el posible pacto que se haga constar en la escritura de subrogación a la simple *mejora* en las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente (año 1994),

término que posteriormente se suprime para dar entrada al de *modificación* (año 2000) y a cuya previsión se suma después la posible *ampliación* del plazo del préstamo (2003). ¿*Quid*, sin embargo, de las modificaciones que se aparten de los extremos descritos?

En lo que se refiere al artículo 9, la exención fiscal solo se contempla para aquellas escrituras públicas de «novación modificativa» de préstamos hipotecarios en las que la modificación vaya referida a la *mejora* de las condiciones del tipo de interés, conjuntamente con la cual puede pactarse la *alteración* del plazo (año 1994). En coherencia con la reforma que se opera en torno al artículo 4, se suprime más tarde la referencia a la *mejora* y se hace alusión a la simple *modificación* (año 2000), incluyéndose posteriormente la facultad de optar por una u otra medida, sin que sea preciso alterar el tipo de interés para variar el plazo (2003).

Este *iter* termina, sin perjuicio de la modificación que en el procedimiento subrogatorio ha incorporado la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, con la transcendental reforma que acomete la Ley 41/2007, por la que se introduce una importante novedad: el artículo 4 deja de referirse en exclusiva a la escritura de subrogación, respecto de la que mantiene como posibles pactos la *modificación* de las condiciones del tipo de interés y/o la *alteración* del plazo del préstamo, para añadir una relación de circunstancias sobre las que pueden versar las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios, además del plazo y el tipo de interés que ya preveía el artículo 9, y que son “*la ampliación o reducción de capital*”, “*el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo*” y “*la prestación o modificación de las garantías personales*”. Sin embargo, el beneficio fiscal se mantiene en su fórmula inicial, es decir, solo aplicable cuando en la escritura se «noven modificativamente» las condiciones del tipo de interés o el plazo del préstamo⁵⁷¹. ¿Qué sentido tiene entonces que el legislador detalle los concretos aspectos que pueden ser

⁵⁷¹ Como ya apuntábamos, la STS (Sala 3ª) 338/2019, de 13 de marzo (RJ 2019, 743) ha fijado recientemente doctrina sobre el particular, interpretando que la exención que contiene el artículo 9 de la Ley 2/1994 solo se aplica a aquellas cláusulas relativas al interés del préstamo, a la alteración del plazo o a ambas. En lo demás, las escrituras de novación de préstamos hipotecarios están sujetas a la modalidad de AJD, sean cuales sean los pactos o condiciones recogidos y, desde luego, cuando sean los descritos en el artículo 4.2 de la Ley.

sometidos a alteración?⁵⁷². De seguido a esta enumeración se incluye el ininteligible apartado tercero al que ya se ha hecho alusión en otro lugar de este trabajo y que posteriormente trataremos de descifrar, a cuyo tenor las modificaciones anteriores en ningún caso supondrán “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”, caso en que se necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos posteriores para mantener el rango.

Descrita a muy grandes rasgos la evolución legislativa, conviene aquí poner el acento en dos datos: primero, en que solo la previsión inicial (*mejora* de las condiciones del tipo de interés) resulta plenamente coherente con la finalidad de la Ley, que persigue que los deudores hipotecarios puedan beneficiarse de dicha bajada; y segundo, en que solo esta, en tanto que minoración de la deuda, excluye la posible afectación a los intereses de terceros que ostenten algún derecho sobre la finca hipotecada y, por consiguiente, despeja toda duda sobre su efectiva cobertura por la hipoteca inicialmente constituida, al contrario de lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de que por el nuevo convenio se agraven las condiciones del tipo de interés, hipótesis que también parece comprender el vigente artículo 4 mediante el empleo del término *modificación*, puesto que esta tanto puede serlo a la baja como al alza.

A este respecto, y adelantando aquí lo que seguidamente abordaremos, REY PORTOLÉS se cuestiona cuál es el interés que realmente trata de salvaguardar el artículo 4 de la Ley, en su versión original: ¿por qué se limita el posible contenido de la escritura de subrogación a la mejora de las condiciones del tipo de interés? Si se observa con mirada registral, bien puede verse como medida de protección de los titulares de cargas posteriores a la hipoteca objeto de subrogación, cuyo perjuicio trata de eludirse permitiendo introducir un concreto cambio que en principio les beneficia, en la medida en que resta onerosidad al gravamen que les antecede. Sin embargo, de esta conclusión nos aleja el hecho de que la norma contemple, tanto en el ámbito de la novación modificativa (art. 9) como a partir del año 2003 para la subrogación, otra alteración que

⁵⁷² Máxime si se tiene en cuenta que no es una relación exhaustiva, pues caben modificaciones no previstas en ella, tales como la división del crédito hipotecario [CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., p. 972], aunque tal vez pueda presumirsele tal vocación a la vista del enunciado general que alude a «cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo».

fácilmente puede perjudicar a dichos terceros. Nos estamos refiriendo, obviamente, a la eventual ampliación del plazo del préstamo, que, de estimarse que les es oponible, inevitablemente pospone la mejora de su posición jerárquica en el folio registral, amén de que pueda aumentar el riesgo de insolvencia del deudor si durante dicho periodo contrae nuevas deudas.

Así, parece que la norma no está pensando en los titulares de gravámenes ulteriores y más bien lo que quiere es incentivar con exenciones fiscales y reducciones arancelarias solo unos determinados cambios en los préstamos hipotecarios, en principio favorables, eso sí, al deudor⁵⁷³. La deducción anterior se ve reforzada, al decir del citado autor, por el total desentendimiento que muestra la norma respecto de cualquier cuestión atinente al rango: “ni en su exposición de motivos, ni, con claridad, en ninguno de sus artículos, se advierte la menor preocupación por sujetos distintos a los tres (o dos en la modificación) involucrados, a saber, el primitivo y el nuevo acreedor por un lado y el deudor del préstamo hipotecario afectado, por otro”⁵⁷⁴. Adviértase, sin embargo, que la reforma de 2007 sí regula específicamente este aspecto y elige como lugar para ello justamente el artículo 4, al que añade un apartado tercero con el que trata de ordenar la repercusión que la subrogación o modificación puede ostentar en materia de rango registral: “[l]as 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 fin, el esquema inicial se va desdibujando reforma tras reforma hasta alcanzar el panorama actual, en el que junto a la regulación de la subrogación –para la que, dicho sea de paso, se mantiene como sola posibilidad la de modificar las condiciones del tipo

⁵⁷³ REY PORTOLÉS, J. M., “¿El rango registral se altera o se pierde si la “mejora de las condiciones del tipo de interés” a que se refieren los artículos 4 y 9 de la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, no fuera en definitiva tal mejora? ¿Debe consentir las combinaciones de dicha Ley el hipotecante no deudor que en su caso hubiera?”, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 100-103. La misma conclusión sostienen DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, t. II, cit., pp. 1009-1010; LUCAS FERNÁNDEZ, “La subrogación y modificación en los préstamos hipotecarios”, *ADC*, 47/4, 1994, pp. 68 y ss.; y FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., p. 269.

⁵⁷⁴ REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, cit., p. 101. Por su parte, la Comisión del Registro de la Propiedad, en su análisis sobre la Ley 2/1994, coincidió en apuntar que “la ley de subrogación y modificación no regula el rango hipotecario por lo que serán de aplicación las normas hipotecarias” [vid. LÓPEZ LIZ, *Subrogación y modificación...*, cit., pp. 193-194].

de interés y/o el plazo del préstamo precedente-, se describen los extremos a los que puede alcanzar la modificación de los préstamos hipotecarios. Esto último tampoco parece concordar con el propósito original de la Ley, que residía en hacer partícipe a la «novación modificativa» del mismo régimen favorable en materia fiscal y arancelaria del que se había dotado a la subrogación, de suerte que el deudor pudiera sacar provecho del abaratamiento del dinero no solo a través de aquella institución sino, alternativamente, mediante pacto en tal sentido con su mismo acreedor, sin que ello llevase aparejado un coste superior. ¿Cuál es entonces la razón de que se prevean ahora otras circunstancias que ninguna relación guardan con aquel propósito? Al análisis detallado de cada uno de los supuestos que contempla el precepto dedicaremos las páginas que siguen, no sin antes referirnos a la regulación general que en materia de subrogación contiene la norma.

III. Régimen de la subrogación *ex parte debitoris* en la Ley 2/1994: a vueltas con la naturaleza jurídica de la institución

1. El objeto de la subrogación: ¿crédito o hipoteca?

El análisis antes efectuado sobre el régimen general del Código civil en materia de novación nos ha llevado a concluir que, muy al contrario de la tesis predominante que percibe la subrogación como la transmisión del crédito originario, el fenómeno subrogatorio ha de concebirse en rigor como el simple acceso al rango, privilegios y garantías de aquel, de acuerdo a las razones históricas, lógicas y sistemáticas expuestas en su momento. En otras palabras: el crédito liquidado se extingue pero subsisten sus adminículos en favor del tercero que paga o presta su dinero para ello, en aras de aumentar sus posibilidades de recobro, a cuyo fin se exceptúa el principio de accesoriedad en materia de garantías.

Esta intelección del instituto se atisba con claridad en el caso del artículo 1211 CC, por las dos principales razones que ya apuntábamos. En primer lugar, porque el supuesto de hecho aquí previsto nada tiene que ver con la hipótesis del pago por tercero, habida cuenta de que es el propio obligado quien materializa la *solutio* con la liquidez obtenida *ex mutuo* de un tercero. De esta forma, difícilmente puede sostenerse la eficacia no

extintiva del pago, que en aquel lugar se anuda al hecho de que el desembolso se realice por sujeto distinto del obligado, por quien se presume ánimo traslativo y no extintivo.

Cierto es, a este respecto, que el artículo 2 de la Ley 2/1994 prevé que sea el nuevo prestamista quien realice directamente el pago: “...*bastará que la entidad subrogada declare en la misma escritura haber pagado a la acreedora la cantidad acreditada por esta, por capital pendiente e intereses y comisión devengados y no satisfechos*”. Ahora bien, al contrario de lo que algunos autores sostienen⁵⁷⁵, ninguna duda cabe de que la entidad subrogada actúa en todo caso como mandataria del deudor, quien adquiere como consecuencia del préstamo la propiedad del dinero que le ha sido prestado (cfr. art. 1753 CC)⁵⁷⁶. La delegación de pago responde aquí a un criterio de elemental prudencia, que aconseja que sea el tercero prestamista quien cuide del efectivo empleo del dinero para pagar al antiguo acreedor, por lo que es habitual que en las propias escrituras se autorice a la entidad bancaria, con una u otra fórmula, a efectuar el pago⁵⁷⁷. Pero no por ello nos encontramos ante un supuesto de «pago por tercero». De ahí que a la previsión normativa recién transcrita le siga una afirmación que despeja toda duda, si es que la hubiere: “[s]e incorporará a la escritura un resguardo de la operación bancaria realizada con tal finalidad solutoria”⁵⁷⁸. El pago se dirige así a cumplir la prestación en que la obligación consiste (arts. 1156 y 1157 CC) y extingue con ello el derecho de crédito titularidad del acreedor primitivo.

¿Cómo se explicaría entonces que el tercero se subrogase en un crédito que ya no existe? Siguiendo a FERNÁNDEZ VILLA, caso de querer mantener el efecto traslativo de la

⁵⁷⁵ RUIZ-RICO RUIZ y UREÑA MARTÍNEZ, “Aspectos civiles...”, cit., pp. 793-794.

⁵⁷⁶ FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., p. 268; y en parecido sentido, SANCHO REBULLIDA, “Comentario al artículo 1211 del Código civil”, en *Comentarios al Código...*, cit., p. 787, cuando apunta que “aquí, propiamente, *solvens* es el mismo deudor, si bien, previamente, ha tenido lugar un contrato de préstamo entre el deudor y un tercero a la relación en que la subrogación se opera”.

En fin, no habría en otro caso, si se entendiese que estamos ante un supuesto más de pago por tercero, préstamo de ningún tipo, pues este, como contrato real, presupone la transmisión de la propiedad del dinero del prestamista al prestatario y ninguna duda cabe de que, en este caso, lo hay (cfr. art. 2, párrafo primero, de la Ley 2/1994).

⁵⁷⁷ LUCAS FERNÁNDEZ, “La subrogación...”, cit., p. 39.

⁵⁷⁸ Con anterioridad a la aprobación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, aquel precepto aludía exclusivamente a la necesidad de incorporar a la escritura de subrogación “un resguardo de la operación bancaria –o sea, del pago a la entidad acreedora originaria–realizada con tal finalidad”. No es hasta la reforma del artículo 2 por esta Ley cuando se aclara el sentido del pago, o sea, la finalidad «solutoria».

subrogación, apegado a la literalidad del artículo 1212 CC (“[l]a subrogación transfiere al subrogado el crédito...”), frente al pago realizado por el deudor solo podría argumentarse lo siguiente: primero, que no se extingue el crédito ni aun en el supuesto de que quien pague sea el obligado, lo que sin embargo no cuenta con apoyo normativo distinto del propio artículo 1212 CC y desvirtúa, en cambio, el sentido de toda la sección dedicada al pago como modo de extinción de las obligaciones, donde algo habría debido decir el Código⁵⁷⁹; o segundo, que a pesar de extinguirse la obligación, resucita al mundo del Derecho para que el tercero prestamista pueda adquirir el crédito. Sin embargo, esta segunda explicación pone en evidencia que la interpretación literal del artículo 1212 CC, que con tanto ímpetu trata de defenderse, ya no puede ser tal, si se admite que la «transferencia» de la que habla no lo es en sentido técnico-jurídico, sino como nacimiento *ex lege* en favor del tercero de un derecho de crédito similar al del acreedor satisfecho. Y es que, efectivamente, mal puede transmitirse aquello que ya se ha extinguido⁵⁸⁰.

Contra esta última solución se opone, además, el segundo de los argumentos que sirve de soporte a la tesis que aquí se defiende, que reside en el elemental dato de que, disponiendo el nuevo acreedor de un crédito propio como consecuencia del préstamo, lo único que puede procurarle una ventaja real es la adquisición de las garantías que acompañaban al ahora extinguido, que pueda utilizar como refuerzo en el cobro de su derecho⁵⁸¹.

En otras palabras, el supuesto de hecho que contempla el artículo 1211 CC presupone la existencia de dos obligaciones: la que une al deudor con el acreedor originario, de un lado, y la que nace en favor del tercero, de otro, que tiene como fuente un contrato de

⁵⁷⁹ Como claramente pone de manifiesto FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., p. 255, para solventar la contradicción que en apariencia existe entre la dicción literal del 1212 CC, que describe la subrogación como una transmisión del crédito con todos sus accesorios, y la extinción que produce su pago, “la doctrina de hoy no duda en desnaturalizar las cosas, concluyendo que, cuando hay subrogación, el pago no tiene efectos extintivos sino traslativos. Quizá, es posible que sea así, pero a esta conclusión no llegan analizando los artículos propios del pago, sino que desvirtúan toda su regulación para que en el sistema pueda encajar el artículo 1212, de forma tal que, para que este artículo pueda tener el significado que parece que tiene, dejan de tener el que les es propio los artículos 1157, 1158 y concordantes del Código civil. Ante el choque del artículo 1212 con estos otros artículos del mismo Código, si por alguna interpretación literal hay que decantarse es precisamente por la de los otros, al menos por una simple cuestión numérica”.

⁵⁸⁰ FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., pp. 258-259.

⁵⁸¹ GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 56-57.

préstamo dirigido justamente a dotar al deudor de los fondos necesarios para el cumplimiento de la primera. Según la explicación arriba expuesta, la obligación inicial quedaría extinguida por razón del pago pero nacería *ex lege* una nueva, de contenido similar a aquella, entre el deudor y el tercero prestamista, al lado del derecho de crédito que indudablemente le corresponde derivado del contrato de préstamo. Pues bien, ¿con qué finalidad nace aquella primera, procedente presuntamente de la subrogación, si el acreedor ya cuenta con un derecho de crédito propio con el que recuperar el monto prestado al deudor?, ¿para qué concederle dos créditos de idéntico contenido económico y diferente fuente? Y caso de que el prestamista ejercite el derecho de crédito en el que se ha subrogado, ¿cómo se extingue el derivado del préstamo? Si se mira bien, a lo que verdaderamente se aspira es a reforzar la posición del tercero prestamista y, para ello, ¿acaso no resulta más razonable concederle únicamente las garantías y privilegios con los que contaba el acreedor satisfecho en lugar de resucitar un crédito ya extinto y que ninguna otra utilidad le reporta?⁵⁸²

A eso se dirige precisamente la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios: a propiciar el «cambio de hipoteca», según la expresión que utiliza la Exposición de Motivos, y a convertirlo en una opción económicamente viable, dotando a los deudores de los mecanismos necesarios para que «puedan subrogar sus hipotecas a otro acreedor». Para ello, habrán de concertar un nuevo contrato de préstamo con una entidad financiera distinta, con el propósito de satisfacer y consiguientemente extinguir la obligación anterior, y de esa forma posibilitar que la hipoteca que garantizaba aquella pase ahora a asegurar la recién contraída⁵⁸³.

No puede desconocerse, sin embargo, la imprecisión técnica de que adolece texto normativo a lo largo de su articulado, que comienza desde el mismo instante en el que acota su ámbito de aplicación y lo refiere a los «contratos de préstamo hipotecario». Prevé, en concreto, el artículo 1, apartado primero, que “*las entidades financieras (...) podrán ser subrogadas por el deudor en los préstamos hipotecarios*” y, a continuación, el apartado segundo dispone que “*la subrogación a que se refiere el apartado anterior será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario*”. Y es que la subrogación no se produce en el contrato sino

⁵⁸² FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., pp. 259-261.

⁵⁸³ FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., p. 268.

en las obligaciones que de él derivan o, mejor aún, en sus derechos accesorios, en este caso, en la hipoteca. Con mayor tino se expresa después el artículo 2 (párrafo segundo), cuando señala que “*la entidad que esté dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario*” o el artículo 3, que identifica el pago a la entidad acreedora con la «amortización anticipada» del préstamo de que era sujeto activo. Hay, por tanto, contrato de préstamo distinto, que posibilita la satisfacción y consiguiente extinción del primer crédito, y subsistencia del derecho real de hipoteca en el que se subroga la nueva entidad financiera.

Ahora, el artículo 4 vuelve a suscitar la duda cuando contempla como único contenido posible de la escritura de subrogación, la modificación de las condiciones del tipo de interés y el plazo. ¿En qué quedamos? ¿Hay un «nuevo» préstamo hipotecario con condiciones financieras propias que reemplaza al amortizado o se mantiene el mismo préstamo con las únicas alteraciones mencionadas?⁵⁸⁴ A estas alturas, es clara ya nuestra posición: hay, sencillamente, nuevo préstamo celebrado con un tercero, que quedará por efecto de la subrogación bajo la cobertura de la hipoteca primeramente constituida. Lo que se pretende, de la misma forma que mediante el Edicto de Enrique IV es, en definitiva, que los derechos de crédito antiguos, que devengan intereses más altos, se cancelen y sean sustituidos por derechos de crédito nuevos a un tipo más bajo, pero reforzados con las prerrogativas (hipotecas) del anterior⁵⁸⁵. Ahora bien, parece que la operación solo disfrutará de los beneficios fiscales y arancelarios que recoge la Ley 2/1994 cuando las nuevas condiciones pactadas vayan referidas a alguno de los dos extremos apuntados, lo que podía tener algún sentido cuando el precepto exigía, en coherencia con el espíritu de la norma, una «mejora» en las condiciones, mas probablemente no lo tenga tanto cuando (al menos aparentemente) ha dejado de velar por un concreto resultado, pues en ese caso habría de ser indiferente cuáles sean los elementos en los que se desvíe el nuevo préstamo respecto del anterior.

⁵⁸⁴ REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?” cit., p. 101. De ahí que quienes se decantan por la teoría de la transmisión se vean obligados a sostener que en estos supuestos hay, de un lado, subrogación, y de otro, novación modificativa respecto del tipo de interés o plazo [LÓPEZ LIZ, *Subrogación y modificación...*, cit., p. 194], pues por la sola subrogación debería subsistir el crédito inicial que se transmite en los términos pactados.

⁵⁸⁵ FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., pp. 269-270.

Por último, el artículo 5 se antoja más acertado al tratar el aspecto registral de la subrogación como una sencilla transmisión del derecho real de hipoteca, a cuyo margen habrán de anotarse el nuevo contrato de préstamo y las condiciones pactadas⁵⁸⁶. Sobre la medida en la que el nuevo crédito queda cubierto por el gravamen y su posible oponibilidad frente a terceros, debemos remitirnos al análisis que de forma conjunta con la «novación modificativa» se realizará más adelante.

En fin, tanto en el artículo 1211 CC como en la Ley 2/1994 concurre una doble circunstancia que nos permite aseverar que el objeto de la subrogación se limita a las garantías y privilegios del crédito satisfecho, y a nada más. En efecto, que el pago de la deuda se verifique por parte del sujeto obligado no deja lugar a la duda sobre su eficacia extintiva. A ello se añade que, comoquiera que del préstamo hipotecario concedido para hacer frente a la deuda nace un nuevo derecho de crédito titularidad del tercero prestamista, ninguna lógica guarda que se le conceda por razón de la subrogación un crédito ya satisfecho y que ninguna ventaja le proporciona distinta de la que le otorga la posible utilización de la hipoteca en la reclamación de su derecho.

De este modo, el régimen de la Ley 2/1994, aunque algo vacilante y confuso, viene a confirmar que la subrogación debe observarse como el traslado del derecho real de hipoteca de un acreedor a otro, en garantía de una deuda distinta de aquella para la que fue constituida, pero que nace por relación a ella y al objeto de procurar su efectivo cumplimiento. De esta guisa se satisfacen los fines de la institución: proteger al tercero prestamista que coadyuva al pago de una deuda ajena dotando de fondos al deudor mediante un producto más económico. Merece por ello el refuerzo de su derecho de crédito, para cuya efectividad puede ahora valerse de un gravamen ya inscrito y en el que la fecha de constitución (anterior al nacimiento de su derecho) tiene una indudable trascendencia.

Y a tales efectos se estima oportuno exceptuar aquí el principio de accesoriedad, permitiendo a la hipoteca garantizar un crédito que, aunque de contenido previsiblemente similar, es distinto de aquel para cuya salvaguarda se originó. La

⁵⁸⁶ De la misma forma en que lo hace el *Code civil* francés en el artículo 2430, que expresamente reserva la forma de nota marginal para las subrogaciones «en los privilegios e hipotecas», junto a otra serie de operaciones que, de manera general, «no tienen por efecto agravar la situación del deudor».

quiebra de la accesoriedad se verifica, así, desde el instante en el que se acepta la subsistencia del derecho real a pesar de la extinción del crédito inicialmente asegurado⁵⁸⁷. Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto en otro lugar de este trabajo, esta comunicación de la hipoteca en ningún caso genera perjuicio a terceros, que hubiesen tenido que soportarla igualmente si el nuevo prestamista no hubiese intervenido, en cuyo caso permanecería en favor del primero. Además, el subrogado solo podrá hacer uso de ella para el cobro de su crédito en la misma medida y extensión en que la hubiera podido emplear el acreedor satisfecho, pues solo de esa forma pueden salvaguardarse los legítimos intereses de quienes ostenten algún derecho sobre la finca gravada.

2. La naturaleza legal o convencional de la subrogación hipotecaria

Ha quedado ya debidamente identificada la subrogación como el traslado de los *adminicula* de un crédito a otro, que en el caso de la Ley 2/1994 se traduce en la transmisión de la hipoteca para salvaguarda de una nueva deuda. Ahora bien, otra de las cuestiones que suscita la subrogación hipotecaria es la de determinar si esta comunicación de la garantía real opera *ex lege* o tiene, por el contrario, naturaleza convencional. En efecto, es común distinguir en nuestro ordenamiento jurídico la coexistencia de dos clases de subrogación por pago: una *legal*, que se produce *ope legis* cuando concurre el supuesto de hecho al que una norma atribuye efecto subrogatorio, y otra *convencional*, fruto de la autonomía privada, que tiene lugar como consecuencia del acuerdo entre el acreedor y el tercero que realiza el pago, siempre que no medie oposición expresa del deudor a aquel (arts. 1158.2 y 3 CC)⁵⁸⁸. La doctrina se cuestiona, entonces, a cuál de las dos modalidades pertenece la subrogación del artículo 1211 CC y, por extensión, la de la Ley 2/1994. Se trata de una discusión acaso más teórica que con implicaciones prácticas, pero cuyo análisis puede permitirnos comprender cabalmente el funcionamiento del fenómeno subrogatorio.

⁵⁸⁷ En el mismo sentido, HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, “Algunas cuestiones...”, cit., pp. 170-173; REY PORTOLÉS, “La hipoteca como...”, cit., pp. 47-48; y CAÑIZARES LASO, *El pago...*, cit., pp. 77 y ss.

⁵⁸⁸ ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho...*, cit., pp. 348 y 114; GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., pp. 68-72.

Pues bien, la Ley de subrogación parece decantarse por la segunda de las opciones cuando en su Exposición de Motivos sostiene que la situación a la que trata de dar respuesta “puede encontrar solución adecuada por la vía de la subrogación *convencional* prevista por el artículo 1211 del Código civil, que la configura como un *acto potestativo – voluntario– del deudor*”⁵⁸⁹. Ahora bien, este dato aislado carece de todo valor argumentativo para sentar una conclusión precipitada sobre el particular, no solo por la elemental razón de que únicamente el texto articulado tiene fuerza normativa, sino porque, aun habiéndose incorporado esa misma descripción en alguno de sus preceptos, no sería materia propiamente normativa ni, por ende, vinculante para el intérprete⁵⁹⁰.

No obstante, esta catalogación no resulta extraña si se tiene en cuenta la opinión casi unánime de nuestra doctrina al respecto, que atribuye a esta subrogación naturaleza convencional por entender que tal efecto deriva de la sola voluntad del deudor, o del convenio entre este y el nuevo prestamista⁵⁹¹. Así, a diferencia del supuesto que prevé el

⁵⁸⁹ Esta misma descripción de la subrogación como convencional se encuentra ya en el Proyecto de 1851, cuyo artículo 1119 hace expresa mención a ella al regular “el caso de subrogación *convencional* por la sola voluntad del deudor y de un tercero, independientemente de la del acreedor” [GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, t. III, cit., p. 143].

⁵⁹⁰ RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 29.

⁵⁹¹ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, t. II, cit., pp. 999 y ss.; MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios...*, cit., pp. 922-925; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, “Breve análisis...”, cit., pp. 1207 y 1214; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., “Algunas cuestiones...”, cit., pp. 174-175; FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J. L., “La Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios: reflexiones sobre algunos problemas que plantea su aplicación en la práctica notarial y registral”, *RJNot.*, 16, 1995, pp. 298 y ss.; y FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., pp. 397 y ss. Por su parte, SANCHO REBULLIDA, “Comentario al artículo 1211 del Código civil”, en *Comentarios al Código...*, cit., pp. 787-789, considera que es más negocial que convencional, pues parece operarse por la sola voluntad del deudor, a la vista de la expresión “*podrá hacer la subrogación*”, aunque parece no verlo del todo claro, pues añade después: “también es cierto que, sin su aceptación expresa o tácita, el tercero no puede ser subrogado; y que tal aceptación puede convertir el acto en bilateral; mas tampoco ello es una consecuencia necesaria: puede ser la subrogación un acto unilateral del deudor que, sin embargo, no beneficie al acreedor mientras este no la acepte expresa o tácitamente, pudiendo también renunciarla. De este modo, la aceptación del prestamista tras la muerte o incapacidad del deudor no afecta a la perfección de tal subrogación”.

Sin embargo, esta última afirmación no nos parece enteramente acertada, y es que la subrogación debe producirse en el mismo instante del pago pero no después, en cuyo caso las garantías ya se habrán extinguido. En efecto, los «derechos anexos al crédito» no pueden perdurar sin derecho principal, a la espera de que el tercero tome una decisión al respecto: o subsisten para revestir el suyo o desaparecen. De ahí que, v. gr., para la subrogación convencional del artículo 1209 CC, deba adicionarse, a juicio de gran parte de la doctrina, un requisito no previsto en la norma, pero que, como apunta GALICIA AIZPURUA “sí venía ordenado por el proyecto isabelino (art. 1118), el de que la subrogación debe convenirse antes o en el mismo instante del pago; acaso no tanto (que también) por la razón dogmática de que el acreedor no podría disponer después de lo que no tiene, sino porque, de otro modo, se dañaría a los terceros garantes, que habían resultado liberados por la intercesión del tercero, y a los restantes acreedores del deudor, que

artículo 1209 CC, regulador de la subrogación convencional “por excelencia”, que se produce por pacto entre el acreedor originario y el tercero *solvens*, aquí se prescinde excepcionalmente de la intervención del primero y se otorga eficacia subrogatoria al acuerdo entre el tercero y el deudor. Esta tesis se apoya en la forma de expresarse el legislador cuando, primero, en el artículo 1211 CC y después, en el 2 de la Ley 2/1994, transcribiendo aquel precepto al que sirve de desarrollo, anuncia que “*el deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor*”. De la expresión literal del Código se desprende con bastante claridad para DÍEZ-PICAZO que “el hacer la subrogación es una facultad del deudor y no un *effectum iuris* que se produzca automáticamente por obra de la Ley”⁵⁹².

La redacción facultativa del precepto no nos parece, sin embargo, enteramente convincente ni decisiva, pues, en realidad, el efecto subrogatorio no es consecuencia del convenio entre el deudor y el nuevo prestamista, cuya voluntad se limita al concierto de un nuevo préstamo y a la observancia de los requisitos legalmente previstos, sino que muy al contrario, viene predispuesto por la ley una vez se completa el supuesto de hecho al que la norma vincula tal efecto jurídico: la subrogación del nuevo acreedor en el derecho real de garantía del primitivo. Si la subrogación fuese convencional, la celebración del contrato de préstamo al que se incorporase la correspondiente cláusula subrogatoria debería ser suficiente para propiciar el cambio de acreedor hipotecario, posibilidad que en ningún caso admite la norma, porque, amén del preceptivo acuerdo entre tales sujetos, requiere que el acreedor primitivo vea satisfecho su interés mediante el pago efectivo de la deuda, con las formalidades que prevé, de un lado, el artículo 1211 CC y con mayor detalle, de otro, el artículo 2 de la Ley 2/1994⁵⁹³.

Cuestión distinta sería que el deudor consintiese (expresa o tácitamente) la satisfacción de la prestación debida por parte del tercero, pero entonces no estaríamos ante la hipótesis del artículo 1211 CC sino ante el supuesto que prevé el artículo 1210.2 CC,

vieron aumentar sus expectativas de satisfacción al comprobar que había desaparecido un acreedor general o especialmente privilegiado” (*La disciplina...*, cit., pp. 67-68). Esta misma solución es la que se impone en el Derecho positivo francés: artículo 1346-1 del *Code civil*.

⁵⁹² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, t. II, cit., p. 1000.

⁵⁹³ VATTIER FUENZALIDA, “Notas sobre...”, cit., p. 510, y del mismo autor, “La subrogación...”. También se decantan por calificar esta subrogación de legal LUCAS FERNÁNDEZ, “La subrogación...”, cit., p. 31; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos...*, cit., pp. 222 y ss.; ESPÍN CÁNOVAS, “Sobre el pago...”; cit., pp. 326-327; y RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., pp. 20-35.

regulador de un caso de subrogación, por cierto, también legal⁵⁹⁴. Mas la relación entre el deudor y el *solvens* se situaría entonces fuera del contrato de mutuo e inserta dentro de otra relación jurídica bien distinta: la acción de reembolso de que dispondría el tercero tendría la consistencia de una *actio mandati contraria*⁵⁹⁵.

No se comparte por ello la apreciación de quienes consideran que el legislador, en la promulgación de la Ley 2/1994, no se valió del cauce normativo adecuado, ya que debería haber acudido al soporte que ofrece el artículo 1210.2 CC⁵⁹⁶. Y es que, independientemente de la cercanía que pueda existir entre ambos preceptos⁵⁹⁷, lo que es claro es que regulan dos supuestos de hecho bien distintos: el artículo 1210.2 CC prevé el supuesto de pago hecho por tercero no interesado con la anuencia del deudor, a cuyo favor nace un derecho de reembolso consistente en la cantidad efectivamente desembolsada, junto con los intereses que devengue la suma anticipada y la indemnización por los daños y perjuicios que en su caso le haya irrogado la *solutio*⁵⁹⁸; mientras que el escenario que presenta el artículo 1211 CC parte de que la relación jurídica que existe entre el obligado y el tercero se desenvuelve en el marco de un contrato de préstamo, destinado a la satisfacción del primer acreedor. Los intereses que devengue la suma prestada lo serán, por tanto, en concepto de remuneración al prestamista, mientras que no habrá daños ni perjuicios que indemnizar. En definitiva, la fuente de la obligación es, en cada caso, distinta, y la extensión objetiva de la deuda, también.

Además, como pone de manifiesto VITERI ZUBIA, existe otra gran diferencia entre el supuesto recogido en el artículo 1210.2 y el del 1211 CC: mientras en el primero debe tratarse forzosamente de deudas vencidas o bien de aquellas que, no estando vencidas, hayan establecido el plazo a favor del deudor (pudiendo el acreedor, de lo contrario, rechazar el pago), es claro que el artículo 1211 CC se caracteriza por la posibilidad que ofrece al deudor de pagar aun en contra de la voluntad de su acreedor. En efecto, este último precepto, que sin lugar a dudas toma como punto de partida deudas no vencidas, permite al obligado imponer al acreedor un reembolso anticipado en los casos en que este se hubiera podido negar a recibirlo. De ahí que el legislador de 1994, excepcionando las reglas del Código en torno al beneficio del plazo (art. 1127 CC), disponga en el

⁵⁹⁴ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., “Problemática derivada de la subrogación prevista en el artículo 1211 del Código civil, y su aplicación a los créditos hipotecarios”, *RJNot.*, 9, 1994, pp. 137-139. Salvo que se admita que el artículo 1209, regulador de la subrogación convencional, engloba una subrogación convenida no ya entre tercero y acreedor sino entre tercero y deudor (sin anuencia del acreedor), cuyos efectos se producen de forma automática sin necesidad de cumplir mayores requisitos, lo cual es, en la opinión de este autor (que compartimos), altamente improbable, pues entonces sobraría tanto el mismo artículo 1211 como alguna otra vía de subrogación (así, la del artículo 1210.2 CC).

⁵⁹⁵ Téngase en cuenta que en ese caso la subrogación solo tiene lugar cuando la actuación del tercero consiste simplemente en el pago, pero no cuando el mandatario extingue deudas del mandante con ocasión de una gestión de espectro más amplio: *vid.* GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 83.

⁵⁹⁶ RUIZ-RICO RUIZ y UREÑA MARTÍNEZ, “Aspectos civiles...”, cit., pp. 786 y 793.

⁵⁹⁷ *Vid.* RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., pp. 18-20.

⁵⁹⁸ GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 85.

segundo párrafo del artículo 1 que la subrogación tendrá lugar “*aunque no conste en los mismos –en los contratos de préstamo hipotecario– la posibilidad de amortización anticipada*”. Esta, de hecho, le corresponde al deudor *ex* artículo 1211 CC⁵⁹⁹.

Es claro, así, que el simple convenio entre el obligado y el tercero prestamista no resulta bastante para dotar al negocio de eficacia subrogatoria. De la misma forma que, una vez satisfechas las formalidades legales, la subrogación se impone *ex lege* tanto a la entidad primitiva como al deudor y a los acreedores intermedios, ninguno de los cuales puede impedirla. De ahí que algunos autores adopten una posición intermedia respecto de la naturaleza que asignan a esta subrogación, reputándola “convencional en su origen, en las relaciones entre el deudor y el nuevo acreedor” y “más allá de este círculo, en cuanto toca a la esfera de los intereses del acreedor primitivo, y desde luego de los acreedores intermedios, la subrogación es indiscutiblemente *más legal que convencional*”⁶⁰⁰.

No obstante, ello es tanto como decir que uno de los presupuestos que la norma prevé para que opere la subrogación es precisamente que el obligado haya tomado prestado el dinero necesario para la satisfacción de la deuda. Empero, como ya hemos apuntado, la subrogación no depende solo del préstamo en sí mismo, sino de que se observen además los restantes requisitos legales. Una vez cumplidos estos, tal efecto opera por ministerio de la ley frente a todos los sujetos intervinientes, particularmente el acreedor primitivo, que de ningún modo puede oponerse a la misma y frustrar con ello el cambio de acreedor⁶⁰¹. Y ello pese al teórico “derecho de enervación” que, de acuerdo al tenor de la norma (recién derogada), algunos autores le reconocían, y que les conducía a afirmar que la subrogación no actuaba imperativamente en relación al primitivo acreedor en la medida en que este siempre podía evitarla, acogiéndose a la posibilidad de novación modificativa que le ofrecía (y sigue ofreciendo) la Ley⁶⁰².

⁵⁹⁹ VITERI ZUBIA, *El pago...*, cit., pp. 260-261. En el mismo sentido, PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F., “Comentario al artículo 1211”, cit., p. 525.

⁶⁰⁰ LUCAS FERNÁNDEZ, “La subrogación...”, cit., p. 31. En sentido similar se pronuncia GARCÍA MÁS, F. J., “Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, *RCDI*, pp. 1952-1953.

⁶⁰¹ Como advierte LUCAS FERNÁNDEZ, “La subrogación...”, cit., p. 31, “precisamente si fuera convencional se frustraría más de una subrogación por no interesar al acreedor antiguo”.

⁶⁰² HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, “Algunas cuestiones...”, cit., p. 175.

Sin embargo, no es cierto que el acreedor originario pudiese *por su sola voluntad* enervar la subrogación, pues para ello precisaba inexcusablemente de la colaboración del prestatario, que había de consentir llevar a efecto la novación modificativa. La facultad que la norma confería a la entidad primitiva se limitaba a la sola posibilidad de intentar evitar que concurriese uno de los presupuestos del supuesto de hecho que determina el efecto subrogatorio, pactando con el deudor una modificación del contrato de préstamo⁶⁰³.

Ahora, si alguna duda pudiera haber sobre lo que acaba de objetarse, esta queda absolutamente despejada tras la modificación que en el artículo 2 de la Ley 2/1994 introduce la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (disposición final tercera). A su través se suprime la expresión que daba lugar a divergencias en la interpretación, a cuyo tenor “*la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación*”, y se expresa claramente lo que en puridad constituye esta posibilidad: “[e]ntregada la certificación y durante los quince días naturales siguientes a esa fecha, la entidad acreedora podrá ofrecer al deudor una modificación de las condiciones de su préstamo, en los términos que estime convenientes. (...). Transcurrido el plazo de quince días sin que el deudor haya formalizado con la entidad acreedora la novación modificativa del préstamo o crédito hipotecario, podrá otorgarse la escritura de subrogación”. Nítidamente se percibe así que la

⁶⁰³ RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 31; y FERNÁNDEZ VILLA, *El pago...*, cit., p. 269, quien terminaba por concluir que el que enervaba la subrogación era en todo caso el mismo deudor, que renunciaba a la pretendida subrogación de la nueva entidad financiera mediante pacto con la antigua de una modificación del contrato de préstamo.

Por su parte, CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., pp. 951-952, criticaban la reforma que la Ley 41/2007 había introducido en el citado precepto, pues daba lugar a concebir la enervación como una especie de derecho de tanteo sobre el crédito en favor del acreedor y sin limitación temporal de ningún tipo. En efecto, mientras la redacción originaria de la norma preveía un plazo de quince días para formalizar la novación modificativa, la Ley 41/2007 disponía el mismo plazo para que el acreedor compareciese ante Notario y manifestase, *con carácter vinculante*, “su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que iguallen o mejoren la oferta vinculante”. Ahora, abogaban por que la Ley fuese interpretada en el mejor sentido posible para el favorecimiento de la competencia, de tal forma que, “si pese a una oferta de la entidad originaria en la que se mejoran las condiciones financieras del préstamo, el deudor decide continuar con la subrogación de otra entidad (por las razones que sean), ello debería permitirse”. La misma crítica realizó TENA ARREGUI a la reforma operada por Ley 41/2007, de forma harto expresiva: “la flexibilización, la agilidad, la eliminación de controles, la reducción de trámites y el abaratamiento de costes –imprescindibles para garantizar la fluidez en las relaciones comerciales– resultan beneficiosos cuando permiten al más fuerte imponer su voluntad negociadora, pero no cuando implican un riesgo de «expropiación de negocio» [en palabras del presidente de la Asociación Hipotecaria Española, informe pronunciado durante la Asamblea General celebrada el 27 de junio de 2007], en cuyo caso cuantas más compuertas, trámites y requisitos (como en el caso comentado de la «enervación»), mejor” (“Hacia un nuevo...”, cit., p. 39).

voluntad del acreedor primitivo carece de transcendencia en la subrogación *ex parte debitoris*. Y extraña, entonces, la propugnada convencionalidad cuando las voluntades que el legislador toma en consideración son únicamente la del deudor y el tercero *solvens*, pero en ningún caso la del titular del crédito hipotecario, único que podría «convenir», al modo del artículo 1209 CC, con el tercero que satisfaga su deuda –y siempre que no medie oposición expresa del deudor al cumplimiento (arts. 1158.2 y 3 CC)–, la comunicación de la garantía que aseguraba su crédito, ya extinto.

En este supuesto, ni se traslada al deudor el poder dispositivo sobre el crédito, ni el contrato de préstamo que indudablemente existe entre el *solvens* y el deudor puede servir como justificación volitiva negocial para la subrogación, ni, por último, esta depende de que el primitivo acreedor renuncie a su «derecho a la enervación». Muy al contrario, el deudor no ejercita aquí ningún poder dispositivo porque no tiene derecho subjetivo alguno, sino que se limita a amortizar anticipadamente el préstamo contraído, lo que también podría hacer sin tomar dinero prestado. Segundo, el contrato con el tercero prestamista produce, obviamente, efectos verdaderamente negociales, correspondientes al tipo contractual o a los pactos que, conforme a la autonomía privada y dentro de sus límites (art. 1255 CC), hayan incorporado las partes. Pero de él, en tanto negocio jurídico, no puede dimanar el efecto subrogatorio, al no ser parte el único sujeto que podría disponer “del crédito”: el acreedor originario⁶⁰⁴. Así, aun cuando el convenio contemple el efecto subrogatorio, lo que indudablemente hará (*in condicione* o *in obligatione*, si condiciona o exige destinar la suma recibida a la satisfacción del acreedor originario), tal efecto no se produce *ex contractu*, ni, por consiguiente, *ex voluntate*⁶⁰⁵.

Concluimos, así, con RUBIO GARRIDO, que la explicación se torna más sencilla si el nuevo contrato de préstamo, cuyos efectos negociales se desenvuelven en otro plano, se

⁶⁰⁴ Recuérdese que a pesar de la expresión que se utiliza, tampoco en el supuesto del artículo 1209 CC hay disposición del crédito por el acreedor sino de sus garantías, y no puede hacerse en favor de cualesquiera sujetos, sino solo de aquel *solvens* que reúna determinados requisitos, entre otros, que actúe como gestor oficioso del deudor, y no así de quien intervenga en contra de su voluntad o gestionando un interés propio, que queda por ello excluido del beneficio de la subrogación (arts. 1158.2 y 3 CC): CASTILLA BAREA, GALICIA AIZPURUA, GONZÁLEZ CARRASCO, MADRAZO LEAL, y CONESA PÉREZ, “Eficacia...”, cit., pp. 1278-1281.

⁶⁰⁵ RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 28.

contempla respecto de la subrogación como un mero acto jurídico que, unido a otros requisitos, completa el supuesto de hecho al que norma conecta el efecto subrogatorio, por las razones de las que da cuenta la Exposición de Motivos de la Ley 2/1994 y a las que ya hemos hecho referencia. La subrogación no es, en definitiva, más legal que convencional, sino simplemente legal.

Repárese, por último, en que la subrogación no solo es oponible al acreedor primitivo sino también a otros sujetos cuyos intereses deben ser salvaguardados: de un lado, a los garantes del débito distintos del deudor (léase, el hipotecante no deudor) y, de otro, a los acreedores que ocupan una posición subordinada respecto del crédito extinto. Frente a ellos deben extremarse las cautelas y evitar, en la medida de lo posible, cualquier tipo de fraude en el uso de esta institución. De ahí las formalidades que prevé la norma y la conveniencia de no hacer recaer el efecto en el solo convenio entre unas partes claramente interesadas en la subrogación.

IV. La «novación modificativa» de los préstamos hipotecarios: el artículo 4, apartados 1 y 2, de la Ley 2/1994

Como ya se ha apuntado, la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios contempló desde un primer instante la bonificación de los costes asociados a la «novación modificativa» del préstamo hipotecario entre acreedor y deudor. Aspiraba con ello a ofrecer una alternativa a la subrogación, favoreciendo que el prestatario pudiese beneficiarse del descenso en los tipos de interés mediante pacto en tal sentido con su mismo acreedor y sin necesidad de tener que acudir a un tercero. Además de la breve referencia que a la institución se hacía en la Exposición de Motivos, el texto normativo aludía a ella en dos preceptos. Primero, en la regulación que del procedimiento subrogatorio acometía el artículo 2, y como única forma de materializar el “derecho a enervar” la subrogación que se reconocía al acreedor⁶⁰⁶. Y después, en el

⁶⁰⁶ Tal y como hemos puesto de manifiesto unas líneas más arriba, no se trataba en realidad de una facultad a la que voluntaria y unilateralmente podía acogerse el acreedor, pues el pacto sobre la novación modificativa dependía, en última instancia, de la posición que adoptase el deudor. Sea como fuere, resulta sin duda más apropiada la redacción que, con ocasión de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, se ha dado al precepto, porque explicita que la facultad de la entidad acreedora se limita a la posible oferta, y que es el deudor quien finalmente decide si acepta formalizar la «novación modificativa» o si continua adelante con la subrogación.

artículo 9, en el que se concretaban los beneficios fiscales que se aplicaban a la operación y la forma de calcular el coste de los honorarios notariales y registrales. Esta última previsión se aplicaba a aquellas “*escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor*” en las que concurriese una doble circunstancia: que el acreedor fuese una de las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley (entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario) y que la modificación fuese dirigida a la mejora de las condiciones del tipo de interés, inicialmente pactado o vigente, conjuntamente o no con la alteración del plazo.

Ya se sabe que la regulación se mantuvo inalterada en términos generales –a pesar de que en 2001 el vocablo *mejora* fue sustituido por el de *modificación* de las condiciones del tipo de interés y de que se introdujo la posibilidad de alterar el plazo con independencia de la variación de aquellas– hasta el año 2007. Es entonces cuando el artículo 4 de la Ley, único bastión al que pueden aferrarse los partidarios de la hipoteca recargable y que, por tanto, procedemos a analizar minuciosamente, ve profundamente reformado su contenido con ocasión de la aprobación de la Ley 41/2007. Hasta entonces se limitaba a contemplar el posible contenido de la escritura de subrogación: en ella solo se podía convenir, según el texto todavía hoy vigente, “*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*”.

A aquella previsión se añaden, en el ámbito de la “modificación de los préstamos hipotecarios”, una serie de circunstancias a las que pueden ir referidas las escrituras públicas correspondientes. A continuación pasamos a desgranar todas ellas siguiendo el orden temporal de su regulación normativa. Comenzaremos, entonces, por la *mejora* (posterior *modificación*) de las condiciones del tipo de interés y la alteración del plazo, ya contempladas al instante de su promulgación no solo en aquella primera versión original del artículo 4 (respecto de la subrogación), sino también en el artículo 9 de la Ley para la modificación, y continuaremos después con aquellas que ven la luz con motivo de la *flexibilización* del mercado hipotecario por obra de la Ley 41/2007: la ampliación o reducción de capital, la modificación del método o sistema de

amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo y, por último, la prestación o modificación de las garantías personales.

El análisis de cada una de las situaciones enumeradas nos conducirá a determinar, primero, su viabilidad en el plano obligacional y, después, su posible reflejo en el ámbito del derecho real de hipoteca. Pues al contrario de quien entiende que, aceptada la subrogación, que es “una *novación modificativa subjetiva*, y que, en términos de gestión e incidencia en el mercado hipotecario, es *lo más*, no deja de ser de puro sentido común que se regulase también *lo menos*, lo más fluido para ese mercado –una simple *novación modificativa objetiva*–, con idéntico o incluso mejor tratamiento fiscal que el dispensado a aquella”⁶⁰⁷, las conclusiones extraídas a lo largo de este trabajo, como de seguido se comprobará, nos alejan definitivamente de tal afirmación. Y es que, como ya ha quedado expuesto, ni la subrogación es una novación «modificativa» subjetiva (sino una novación «extintiva», única que existe, que hace desaparecer el crédito primitivo y permite transportar sus privilegios y garantías a aquel que nace), ni cabe hablar de novación «modificativa» objetiva⁶⁰⁸. Así, la alteración del objeto o de los elementos de la obligación podrá llevar asociados efectos jurídicos tan diversos como la mera modificación de la obligación (arts. 1255, 1281 y ss. CC), la novación entendida como extinción de la primera obligación y nacimiento de una nueva (arts. 1203.1 y ss. CC) e, incluso, la subsistencia de la primera inalterada y la creación de una segunda, oponible frente a terceros solo desde el instante de su efectivo nacimiento (arts. 1203 y 1204 CC).

⁶⁰⁷ RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 337.

⁶⁰⁸ De esta realidad da cuenta el autor antes referenciado, RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 338, con cita de quienes consideran impropia la denominación legal por encerrar una *contradictio in terminis* irreductible: sobre el régimen general del Código civil, por supuesto, SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., *passim*, y respecto de esta materia específica, LUCAS FERNÁNDEZ, “La subrogación...”, cit., pp. 71 (nota 4) y 81, y REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, cit., p. 110.

No se trata, empero, de una mera cuestión terminológica, por lo que no compartimos la afirmación de que bien podría pactarse una tal «novación modificativa» ex arts. 1203.1 y 1255 CC. Ciertamente es que mediante la consagración de ambas posibilidades en la Ley 2/1994 (subrogación y modificación o novación) se pone a disposición del deudor hipotecario un mecanismo de presión que bien puede utilizar para que la entidad se avenga a la modificación de las condiciones de su préstamo, bajo la amenaza de proceder en caso contrario a una rauda y flexible subrogación [RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 339]. Sin embargo, el dilema práctico que presenta aquella denominada «novación modificativa» (antes y después de la Ley de subrogación), no es sino la correcta delimitación de su alcance y de sus reales posibilidades de actuación a la vista de todos los agentes que, intervinientes o no en el acuerdo, pueden verse afectados por la alteración, convirtiéndose así en un límite a la misma.

En fin, el análisis que sigue tanto puede aplicarse a las modificaciones que se realicen sobre los términos del contrato primitivo, cuanto a las variaciones que sobre el tipo de interés y plazo se introduzcan con ocasión del nuevo préstamo en la subrogación; aunque, en este último supuesto, no tanto desde el punto de vista de su viabilidad en el plano obligacional (pues es claro que tratándose de un nuevo contrato ninguna objeción cabe realizar al respecto), sino, antes bien, de la forma en la que el mismo puede quedar cubierto por la primera hipoteca y de su oponibilidad a terceros.

1. El interés y el plazo: primeras modificaciones bonificadas

1.1. La modificación de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente

La previsión del actual artículo 4.2.iii), mediante la cual viene a sentarse que “*las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a (...) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente*”, nos resulta, como no podía ser de otro modo, enteramente familiar. Y es que, si bien ha visto duplicada su presencia en la norma, con reflejo en los actuales artículos 4 y 9, es una regla que el legislador contempló desde la promulgación de la Ley en el año 1994. Ha quedado explicada ya la razón de su inclusión: la norma incentiva, claro está, la subrogación en favor del tercero que preste su dinero al deudor a un interés más bajo que el contenido en el préstamo que le une con su primitivo acreedor, pero, sin embargo, no hace prevalecer esa solución frente a una posible mejora del préstamo originario en el mismo sentido. Dicho de otra forma: la Ley trata de atender una apremiante necesidad económica consistente en facilitar que los deudores hipotecarios puedan ajustar las condiciones de su deuda a los nuevos parámetros macroeconómicos, marcados por un considerable abaratamiento del dinero. Y a tal fin, pone a su disposición dos remedios: la búsqueda de un financiador alternativo que quede subrogado en el derecho de hipoteca ya constituido en garantía de la primitiva obligación o la renegociación de tales condiciones con su mismo acreedor en el marco del contrato de préstamo ya pactado. Ambas operaciones son fiscal y arancelariamente bonificadas.

Por lo tanto, el actual punto tercero del apartado segundo del artículo 4 solo enuncia lo que desde un inicio sentaba la Ley en el artículo 9: “[e]starán exentas (...) las escrituras

públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, siempre que (...) la modificación se refiera a la mejora de las condiciones del tipo de interés, inicialmente pactado o vigente". Aunque no exactamente. Pues la Ley habla ahora de *modificación* de las condiciones del tipo y no de *mejora*, como en un primer instante predispuso tanto en el ámbito de la «novación modificativa» como en el de la subrogación. Comencemos, por tanto, por el principio.

1.1.1. De la «mejora» a la mera «modificación»

La inclusión del término *mejora*, fiel a primera vista a la *ratio* de la Ley de subrogación, suscitó una interesante cuestión: ¿se trataba de un requisito objetivo o subjetivo? Es decir, el concepto de «mejora» que incorporaba el legislador ¿había de ser objetivamente apreciable o bastaba con que el deudor declarase que la consideraba tal?⁶⁰⁹

En favor de una interpretación subjetiva se alegaba, de un lado, la complejidad de realizar una valoración abstracta de las modificaciones introducidas, pues es frecuente que la alteración no afecte de forma aislada a un solo aspecto de la relación obligatoria sino que se produzca una reasignación de riesgos, daños y beneficios que no cabe escindir sin afectar al nuevo equilibrio alcanzado entre las partes⁶¹⁰. Y, de otro, que difícilmente podía suplantarse el juicio de racionalidad o de interés del deudor hipotecario, en cuya decisión concurre siempre un *quid* de impulso personal (la motivación puede atender, entre otras variables, al trato dispensado por la entidad, a los distintos servicios añadidos que ofrece, etc.), cuya objetivación resulta, por lo demás, desaconsejable: si el deudor ha aceptado voluntariamente el cambio, algún beneficio le reportará, sin que el legislador deba interferir en la idoneidad de sus decisiones

⁶⁰⁹ Respecto de esta cuestión, se sigue en adelante el análisis que, aunque específicamente para el ámbito de la subrogación, realiza RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., pp. 227 y ss.

⁶¹⁰ Advierte, por ejemplo, ARANGUREN URRIZA, F. J., "Habilitación legal para la reforma de la normativa sobre transparencia en préstamos y créditos hipotecarios. Nueva normativa sobre amortización anticipada", en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, coord. por V. Pérez de Madrid Carreras, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, p. 113, de la proliferación de sistemas de fijación de préstamo vinculados a otros productos o servicios ofertados, lo que lleva a cuestionarnos si se puede considerar mejora de condiciones la que dependa de bonificaciones en el tipo de interés vinculadas a relaciones ajenas al préstamo mismo. Y viceversa: si el interés está bonificado actualmente, ¿supone mejorar las condiciones del préstamo el hecho de igualarlo sin subordinación a otros elementos o circunstancias?

presuponiendo su falta de criterio⁶¹¹. Ahora bien, se advertía entonces que si tras la subrogación (o modificación), el crédito resultante no era *objetivamente* más favorable que el originario, los acreedores posteriores, caso de que los hubiera, habrían de consentir el cambio para que pudiera resultarles oponible⁶¹².

Esta última problemática parecía quedar a salvo de seguirse un criterio objetivo en la apreciación de la mejora: si el artículo 4 impedía el acceso al Registro de modificaciones distintas de aquellas que estrictamente mejorasen las condiciones del tipo de interés, por definición era inviable que esta subrogación pudiese perjudicar a terceros, con lo que devenía innecesaria su anuencia⁶¹³. A lo anterior se añadía un argumento teleológico: si el objetivo de la Ley era conseguir una mejora en las condiciones del crédito hipotecario, de acuerdo al contexto económico del momento, resultaba lógico que se dispensase un trato de favor solo a aquellas operaciones que efectivamente condujesen a tal resultado⁶¹⁴. Además, únicamente así se dotaba de contenido al requisito de la mejora que con tanta vehemencia proclamaba el legislador, que estaría implícito *in rebus ipsis* en el hecho de propiciar el deudor hipotecario la subrogación si optásemos por una interpretación subjetiva del mismo⁶¹⁵. Es decir, de poco servía afirmar que la modificación o subrogación debía ir referida a la mejora de las condiciones, si la decisión sobre cuándo concurría aquella se hacía recaer sobre la sola voluntad del deudor: habríamos de suponer entonces que efectivamente tenía lugar si el deudor hipotecario decidía formalizar la operación de que se tratase.

El criterio objetivo presentaba, sin embargo, un problema de compleja resolución, estrechamente vinculado con la dificultad de realizar un análisis abstracto, a la que ya hacíamos mención. Y es que resultaba sin duda aplicable cuando el nuevo tipo pactado

⁶¹¹ MATEO ESTÉVEZ, J., “Ley de subrogación y novación hipotecaria de 30 de marzo de 1994. Reflexiones en torno a ella”, *La Notaría*, 4, 1994; y CATALAYUD SIERRA, A., “El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/1994”, *RJNot.*, 1994, pp. 68-73.

⁶¹² LÓPEZ LIZ, *Subrogación y modificación...*, cit., p. 167; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, “Breve análisis...”, cit., p. 1222; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, “Algunas cuestiones...”, cit., pp. 196-197; FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, “La Ley 2/1994...”, cit., pp. 242-243 y 254 y ss.

⁶¹³ RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 240.

⁶¹⁴ RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 229. En el mismo sentido, RUIZ-RICO RUIZ y UREÑA MARTÍNEZ, “Aspectos civiles...”, cit., p. 804-805, aunque acertadamente critican la ubicación sistemática de la norma, que debería en ese caso haberse incorporado en el lugar dedicado a los beneficios fiscales, notariales y registrales.

⁶¹⁵ RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 238.

y el sustituido podían compararse mediante parámetros objetivos: v. gr., tratándose ambos de tipos fijos o, siendo variables, cuando se determinasen con sujeción al mismo índice de referencia, sería sencillo concluir que existía mejora cuando el nuevo era inferior en X puntos al hasta entonces vigente. Sin embargo, era imposible saber realmente si se mejoraba cuando el nuevo interés pasaba a determinarse con arreglo a un índice distinto del primeramente establecido, al ser magnitudes heterogéneas y de imposible comparación⁶¹⁶. Para ello remitían algunos autores a la comparativa que arroja la Tasa Anual Equivalente (TAE)⁶¹⁷, cuya forma de cálculo se regula actualmente en el artículo 32 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que se complementa con un anexo ejemplificativo, y recientemente en el artículo 8 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuyo Anexo II reproduce la misma fórmula matemática y ofrece una serie de indicaciones para su cálculo. Se trata, sin embargo, de una cifra meramente orientativa en los préstamos sujetos a interés variable (cfr., v. gr., el art. 8, apartados 4 y 6 de la Ley 5/2019) y que, por lo demás, no toma en consideración el interés de demora, pues parte del supuesto básico de que prestamista y consumidor cumplirán sus obligaciones en las condiciones y plazos acordados, exceptuando, por ejemplo, los gastos que aquel tendría que pagar por el incumplimiento de alguna de sus obligaciones (cfr. art. 32, apartados 2 y 3, de la Ley 16/2011 y art. 8.3 de la Ley 5/2019). No obstante, admitido que el interés moratorio también era susceptible de mejorarse y posible objeto, por tanto, de la «novación modificativa» o parte integrante de la subrogación ex artículos 4 y 9, es claro que la TAE no resultaba un dato de utilidad para determinar de forma objetiva cuándo se producía la anhelada «mejora»⁶¹⁸.

Así las cosas, el panorama cambia sensiblemente en el año 2001, en el que legislador suprime la referencia a la *mejora* y da entrada a un término más aséptico: el de *modificación*. Mediante la disposición adicional primera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, a la que, dicho sea de paso, se bautiza con el título “*ampliación de la exención en modificación de hipotecas*”, se

⁶¹⁶ HERNÁNDEZ ANTOLÍN, “Breve análisis...”, cit., p. 1221.

⁶¹⁷ RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 236.

⁶¹⁸ Aunque no se trate de una cuestión pacífica en la doctrina, se muestran partidarios de admitir que el artículo 4 puede cobijar una subrogación en la que únicamente se disminuya el interés de demora, entre otros: RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 237; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, “Breve análisis...”, cit., p. 1220; CATALAYUD SIERRA, A., “El procedimiento...”, cit., p. 69; y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, “Algunas cuestiones...”, cit., p. 164.

reforman los artículos 4 y 9 de la Ley 2/1994 en el sentido ya apuntado. O sea, a partir de ese instante, en las subrogaciones y modificaciones de los préstamos hipotecarios podrá pactarse la *modificación* de las condiciones del tipo de interés, sin que necesariamente suponga una *mejora* –obviamente, solo si el deudor hipotecario las considera favorables a sus intereses acordará el cambio, según el criterio subjetivo al que antes nos referíamos– y sin que, por ello, queden excluidas del ámbito de aplicación de la Ley.

Si se mira bien, tal vez hayamos de felicitarnos por la rectificación del legislador. Y es que, si bien es cierto que la referencia a la mejora dejaba a la vista el objetivo último de la norma, de gratificar solo a quienes colaborasen en la consecución del mismo ofreciendo tipos de interés menos onerosos, mediante la siquiera aparente ampliación del ámbito de aplicación de la Ley no solo se solventa el problema dogmático planteado, sino que se refuerza el instituto de la subrogación y se incentiva su uso. Y no hay que olvidar los beneficios que la institución reporta para el mercado hipotecario y de crédito en general, al facilitar el cumplimiento de las obligaciones y estimular la libre competencia. De ahí que hubiese sido criticada la rigidez de la norma por no contemplar la posible afectación a otros aspectos del crédito hipotecario, distintos del interés, con ocasión de una subrogación⁶¹⁹.

Decimos además que la ampliación es tan solo aparente porque, independientemente del criterio subjetivo u objetivo escogido en la determinación de la mejora, ninguno procuraba en realidad una solución adecuada: el primero sigue presente, si se entiende como mera atribución al prestatario de la ponderación de la mejoría y el interés en el cambio; el objetivo, por su parte, ni ofrecía una solución efectiva en determinados supuestos (fundamentalmente cuando se alteraba el índice de referencia), ni, en fin, era la vía adecuada para atender la necesidad a la que realmente debía darse respuesta y que a todos preocupaba: *¿quid* de los terceros?

En efecto, disquisiciones teóricas aparte, la cuestión que realmente subyacía tras el requisito de la mejora era el siguiente: ¿cómo podemos dejar a salvo a los terceros cuando, con ocasión de la subrogación o de la modificación del préstamo hipotecario, las partes intervinientes empeoren las condiciones de la deuda haciéndola más onerosa?

⁶¹⁹ RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 232.

Un dato que ni los partidarios de la tesis subjetiva ni los de la objetiva pasaban por alto: los primeros, comoquiera que hacían recaer la decisión sobre la mejoría en el deudor, exigían el consentimiento expreso de dichos terceros; los segundos, por su parte, se decantaban por una mejora objetiva que, por definición, no podía afectar a los intereses de estos, salvo de manera positiva. Este era, en cualquier caso, el *quid* de la cuestión. Y su respuesta pasaba necesariamente por contestar el siguiente interrogante: ¿de qué forma podemos medir si se lastiman o no sus legítimos intereses?

1.1.2. ¿Cabe, desde el punto de vista registral, imponer el pacto a los titulares de derechos inscritos con rango posterior?

Para responder a la cuestión que se plantea se hace preciso traer a colación lo que antes adelantábamos. ¿Cuál es el designio del artículo 4 de la Ley? ¿Es este precepto el que nos ofrece la medida sobre cuándo existe perjuicio a terceros? Unas líneas más arriba apuntábamos que no parecía ser ese el interés protegido por el artículo, y su reforma viene a confirmarnos definitivamente dicha conclusión. En efecto, antes se permitía introducir un concreto cambio que en principio favorecía a los titulares de cargas posteriores a la hipoteca objeto de subrogación o modificación, en la medida en que la mejora de las condiciones del tipo de interés restaba onerosidad al gravamen que les antecedia y facilitaba la posibilidad de que ellos mismos por vía subrogatoria lo satisficiesen y mejorasen así su posición jerárquica. Esto podía llevar a pensar, desde una visión registral, que los sujetos protegidos por la norma eran precisamente aquellos, los titulares de cargas posteriores.

No obstante, a la conclusión anterior se oponían los siguientes datos: primero, que junto a la previsión de la mejora se contemplara (en el artículo 9 para la novación «modificativa» y con la reforma del artículo 4 en el año 2003 para la subrogación), otra posible alteración que claramente podía perjudicarles, consistente en la ampliación del plazo del préstamo; y, segundo, que la norma mostrara una entera despreocupación por cualquier cuestión atinente al rango. Ni en su exposición de motivos ni, con claridad, en ninguno de sus preceptos se advertía la más mínima inquietud por sujetos distintos de los tres (en la subrogación) o dos (en la modificación) involucrados⁶²⁰. Esto último

⁶²⁰ REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, cit., pp. 101-102. Esto respondía principalmente, a su juicio, a la prevalente intervención en la génesis de la Ley de juristas sin hábitos de visión registral de los

requiere, como ya se sabe, de matización. Y es que mediante la reforma de 2007 se introduce un apartado tercero en el que expresamente se menciona la repercusión que sobre el rango tienen las posibles alteraciones introducidas. Ahora bien, y sin ánimo de adelantar aquí el sentido del precepto que consideramos más apropiado, y que abordaremos al final de este trabajo, sí procede señalar que más parece dirigido a confirmar la normativa hipotecaria vigente en materia de rango, a la que expresamente se remite, que a introducir una excepción a la misma.

En fin, aquellos dos datos vienen respaldados, como ya anticipábamos, por la supresión del requisito de mejora. Su sustitución por el término “modificación”, que puede ser a la baja pero también al alza, refuerza la idea de que el legislador no está en ningún caso pensando en los titulares de gravámenes ulteriores y en la oponibilidad frente a ellos de la alteración que se introduzca. Antes bien, lo único que persigue la norma es incentivar con exenciones fiscales y reducciones arancelarias unos ciertos cambios en los préstamos hipotecarios, coincidentes con los que correlativamente podían pactarse con ocasión de la subrogación, sin prejuzgar empero si resultan oponibles a terceros y en qué condiciones. En definitiva, desde la reforma de 2001 se aplica un régimen benevolente en materia fiscal y arancelaria independientemente de que se mejoren las condiciones del tipo de interés; mas las nuevas pactadas no podrán imponerse en cualquier caso frente a terceros. A eso responde, como luego veremos, la inclusión del apartado tercero del artículo 4.

Pero, volviendo ahora sobre la cuestión que nos planteábamos, y dado que el artículo 4 de la Ley 2/1994 no nos ofrece la clave para resolver qué ocurre cuando la subrogación o modificación afecta a los intereses de terceros, resulta necesario acudir a los principios generales. ¿Y cuáles son estos? ¿Qué preceptos alumbran la solución al problema de hasta dónde puede alcanzar la variación de un crédito garantizado hipotecariamente cuando existen cargas posteriores?

préstamos hipotecarios, así como a los estragos que iba haciendo en las concepciones jurídicas de no pocos operadores influyentes la tesis fusionista que ve a crédito e hipoteca como un ente compacto y único, que explica que, “si crédito e hipoteca forman una realidad única y si la aposición de esta a aquel viene a equivaler a la atribución convencional de un privilegio, no es de extrañar que el humano legislador cegado por ese espejismo ordene la *subrogación en los préstamos hipotecarios* –cfr. art. 1 de la Ley 2/1994–, como si pudieran transitar *uno ictu* y por el cauce común de la subrogación”.

Siguiendo la exposición de REY PORTOLÉS, es habitual recurrir para ello al artículo 144 de la Ley Hipotecaria y a su desarrollo reglamentario, el artículo 240 del Reglamento Hipotecario. A tenor del primero, “[t]odo 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 compromiso, no surtirá efecto contra tercero, 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”.

Este precepto, uno de los originarios de la Ley Hipotecaria de 1861, que desafortunadamente no fue reseñado por los expositores de la norma, suele interpretarse en el sentido de que una vez inscrito el “crédito hipotecario” (nótese que la norma habla de *obligación hipotecaria*⁶²¹) en el Registro, se impone y opone todo él a cualquier adquirente posterior, séalo de dominio o de un derecho real limitado (v. gr., de una hipoteca de rango inferior), de tal forma que cualquier alteración que se produzca en el mismo no puede perjudicar a este tercero si no se ha hecho constar en el folio registral⁶²². La registración de tales hechos o convenios es, por ello, requisito necesario para que produzcan efectos contra terceros, lo que viene a confirmar el artículo 40.a) LH: mientras la extinción o modificación de la obligación garantizada con hipoteca no acceda al Registro, este deviene inexacto, y en caso alguno su rectificación, que aquí tendrá lugar mediante la toma de razón del título correspondiente, “perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto”, con arreglo al último párrafo de dicho artículo 40⁶²³.

⁶²¹ Expresión que ha sido vista por los partidarios de la tesis fusionista a la que acabamos de aludir en la nota precedente como confirmación de su teoría. *Vid.*, sin embargo, lo que al respecto sostiene CANALS BRAGE, “Comentario al artículo 144...”, cit., p. 111, quien justifica la elección de la expresión por el momento histórico en el que se formula, en el que, “descubierta la idea de especialidad que permite vislumbrar la afección específica de una finca en garantía del cumplimiento de una obligación, como desgajada del universo patrimonial del deudor, se imagina a tal finca como «obligada» al cumplimiento («obligación real o hipotecaria...»”. Ello no obsta, sin embargo, a entender la “obligación hipotecaria” o, lo que es lo mismo, la obligación garantizada con hipoteca, “como una figura compleja formada por dos elementos que se abren a recíprocas influencias, pero no se confunden”.

⁶²² REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, cit., p. 103.

⁶²³ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. IX, p. 336.

La interpretación anterior encuentra pleno acomodo en determinados supuestos que en el precepto se relacionan, como son la espera o la novación del contrato primitivo⁶²⁴ – esta última, claro está, si se concibe en el sentido amplio (y a nuestro juicio equívoco) que actualmente le otorgan doctrina y jurisprudencia, como modificación del contrato y consiguiente subsistencia de la hipoteca–. Y es que, tratándose de posibles agresiones contra los titulares de derechos ulteriores al crédito hipotecario que se modifica, se comprende fácilmente que se decrete su inoponibilidad frente ellos. Por ejemplo, si mediante una «novación» del contrato primitivo se agravan las condiciones de la obligación garantizada (entre ellas, el tipo de interés), bien puede considerarse la misma inoponible contra quien anteriormente haya adquirido un derecho pleno o limitado sobre la finca confiado en el contenido publicado por el Registro respecto de la carga que la grava. En tales hipótesis, ninguna objeción cabe realizar, en definitiva, a una lectura de la norma dirigida a proteger a tales terceros.

Sin embargo, esta misma intelección se torna incomprensible en otras de las hipótesis que enumera el artículo, en la medida en que claramente benefician a dichos sujetos, haciendo desaparecer en todo o en parte los gravámenes que pesan sobre el inmueble⁶²⁵. ¿Qué significa que “el pago” (por cierto, primera circunstancia que menciona la norma) o “el pacto o promesa de no pedir”, no surten efecto contra tercero? ¿Quiere decirse con ello que puede volver a reclamárseles la deuda (en el caso del tercer poseedor) o que han de seguir soportando la carga (para el titular de derechos reales limitados de rango inferior)? ¿Quiere decirse, por tanto, que el pago no existe para el tercero como pago (extinción) en tanto no se haga constar en el Registro?⁶²⁶. Nótese, incluso, que si la novación se entendiese aquí en el sentido técnico-jurídico que en este trabajo se defiende, produciría la extinción de la obligación primitiva y la de sus accesorios, entre ellos, la hipoteca (art. 1207 CC) y, por ende, lo que procedería sería la cancelación de la inscripción y la extensión de una nueva (cfr. art. 240 RH), con el rango que determinase su fecha de incorporación al Registro y, en consecuencia, sin posible afectación

⁶²⁴ Véase una vez más aquí la imprecisión del legislador, que refiere la novación al contrato y no a la obligación.

⁶²⁵ REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, cit., pp. 104-105.

⁶²⁶ CANALS BRAGE, “Comentario al artículo 144...”, cit., p. 79, se cuestiona lo siguiente: independientemente de quién sea el *tercero* al que se refiere la norma, según la dicción del precepto aparece con claridad que siempre habrá alguien para quien el pago no habrá sido tal de no constar publicado; mas, entonces, ¿qué ocurre con todos los pagos de los préstamos hipotecarios que no se constatan en el Registro de la Propiedad, no ya hasta el momento del pago final sino de la cancelación de la hipoteca, que por lo demás también suele demorarse *sine die* dado que nada parece apremiar a realizarla?

(entiéndase, negativamente) a los intereses de los terceros, que se antepondrían al nuevo gravamen.

La referencia a tales supuestos deja entrever que el artículo 144 LH no se dirige (al menos, no únicamente) a proteger a adquirentes posteriores al instante de la inscripción, pues en tal caso solo prevería situaciones que pudieran ocasionar un empeoramiento de su posición, y es claro que estos no resultarán perjudicados, sino favorecidos, por la “destrucción de la obligación hipotecaria anterior” y, en particular, por la mayoría de las hipótesis que el precepto ejemplifica y que indudablemente aligeran la carga hipotecaria.

A ello se unen, en opinión de REY PORTOLÉS, dos datos más: primero, que difícilmente puede aplicarse el precepto en los casos de hipotecas de seguridad, en las que el crédito garantizado se encuentra únicamente perfilado en sus líneas generales, en cuyo caso cuesta imaginar que perjudiquen o no a terceros determinadas variaciones en un objeto que está tan solo esbozado⁶²⁷; y uno segundo, que pone en cuestión la forma en la que está redactada la norma, en la medida en que omite cualquier referencia temporal, permitiendo una interpretación contraria a la misma tesis de la que es principal soporte. Dicho más claramente, si según su tenor literal “[t]odo hecho o convenio (...) no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro”, será suficiente con que se haga constar en cualquier tiempo, incluso después de la aparición del tercero, para que pueda resultarle oponible⁶²⁸. Es esta última, sin embargo, una interpretación difícilmente justificable desde una visión sistemática de la norma, pues es claro que el artículo 144 LH es una manifestación más del principio de publicidad, que con tanto ímpetu se consagró en la Ley Hipotecaria de 1861, entendido en el sentido de que solo lo publicado (y, por tanto, desde su publicación) surte efecto contra tercero, no pudiendo oponérsele lo no inscrito y,

⁶²⁷ REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, cit., p. 104, con cita de ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. IX, pp. 333-334, quien critica el que no se excluya a las hipotecas de seguridad del ámbito de aplicación de dicho precepto. Sin embargo, la RDGRN de 31 de enero de 1925 (LA LEY 1/1925), de crucial importancia porque sienta doctrina en torno a la configuración de las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, con la consiguiente distinción entre las hipotecas de tráfico y las de seguridad, ya dio a entender que el artículo 144 LH solo resultaba aplicable a las primeras. Puede por ello sorprender la ubicación sistemática del precepto, inmediatamente después de los dos artículos que regulan la hipoteca en garantía de obligaciones futuras.

⁶²⁸ REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, cit., p. 104, quien trae a colación el artículo 69 LH para demostrar que cuando el legislador ha querido incidir en la anterioridad o posterioridad de la inscripción, así lo ha hecho.

por tanto, inexistente (cfr. art. 32 LH). Leído en esa perspectiva, no ofrece mayores problemas interpretativos. Cuestión distinta es la de determinar quiénes son, en efecto, los destinatarios del amparo dispensado por la norma.

Parece en definitiva que, comoquiera que la mayoría de casos con los que ejemplifica el artículo 144 LH el supuesto de hecho que regula son, si no todos, de disminución o mejora de la carga hipotecaria (los cuales por principio no perjudican sino benefician al titular posterior), el tercero al que alude el precepto bien podría serlo el cesionario oneroso y de buena fe de la hipoteca y del crédito por ella garantizado. De este modo adquiriría sentido la previsión del legislador, de suerte que el pago directo o por compensación, una condonación graciosa o transaccional, etc., no surtiesen efecto contra quien hubiese efectuado una adquisición onerosa del crédito hipotecario en la ignorancia de que estaba extinto o menguado por convenios previos no inscritos, llevados a cabo por el desaprensivo u olvidadizo cedente o transmitente⁶²⁹.

La conclusión anterior, que indudablemente compartimos, tampoco habría de impedir, sin embargo, que la protección se hiciese extensiva, y por tanto el precepto aplicable, al tercero que sin ser cesionario del crédito pudiera verse perjudicado por alguna de las situaciones que contempla la norma, particularmente, como ya se ha apuntado, por el pacto de espera o por la «novación» del contrato primitivo (como comprensiva de «modificación»). La inclusión de esta última en la norma, que puede ser beneficiosa o perjudicial para el deudor y, en consecuencia, para los titulares de derechos posteriores sobre la finca gravada, sirve en opinión de CANALS BRAGE, como justificación legal para defender que el precepto regula globalmente toda alteración que afecte al derecho real de hipoteca, frente a todo tercero en sentido amplio, delimitado sencillamente por su exclusión como parte. Así lo definía, por lo demás, “*para los efectos de esta ley*”, el artículo 27 de la Ley Hipotecaria de 1861, precisamente la misma que introdujo el artículo 144

⁶²⁹ REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, cit., p. 105 y del mismo autor, “Hipoteca con cláusula de «endowment». Hipoteca flotante” en *Escritos varios...*, cit., p. 306 (nota 6), quien concluye que el artículo 144 LH es, entonces, extensión del principio de fe pública registral al crédito protegido por el Derecho real de hipoteca (en su variedad de tráfico). De la misma forma, entienden dispensada la protección del artículo 144 LH al cesionario del crédito GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, “La hipoteca...”, cit., 2009, p. 706, y RAMÓN CHORNET, “Embargo...”, cit., pp. 465-466. En cuanto al alcance del precepto, el principio (de fe pública registral u oponibilidad) que recoge y la tensión entre aquellos y el principio de accesoriedad en la cesión de un crédito hipotecario extinguido o inexistente, *vid.* RODRÍGUEZ ROSADO, “Cesión de créditos...”, cit., pp. 2191-2215.

LH que ahora estudiamos, en los mismos términos del precepto vigente. En virtud de aquel, “*para los efectos de esta ley, se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito*”. Es por ello que este autor defiende (y nosotros con él), que la referencia que al tercero realiza el artículo 144 LH es susceptible de ser entendida en un sentido amplio, debiendo valorarse en cada caso la incidencia que la modificación o destrucción de la obligación hipotecaria anterior pueda tener para cada uno de los sujetos que se encuentre en la posición de «tercero»: el cesionario del crédito, el tercer poseedor de la finca hipotecada (adquirente de dominio o titular de derecho real limitado o de anotación preventiva de embargo), etc.⁶³⁰.

De lo anterior se colige, entonces, que cualesquiera “hechos o convenios” que, englobados en la categoría de “novación del contrato inscrito”, supongan un agravamiento de la carga hipotecaria, no surtirán efecto contra tercero sino desde el instante de su inscripción y, en consecuencia, resultarán inoponibles a quienes hayan adquirido derechos sobre la finca en el periodo intermedio. A este respecto resulta interesante la apreciación que realiza el citado autor: el perjuicio al tercero no se sitúa tanto en la modificación de la obligación garantizada cuanto en su traducción como agravamiento de la responsabilidad hipotecaria⁶³¹. Dicho más claramente: nuestro ordenamiento jurídico permite la modificación del crédito garantizado mediante hipoteca (incluso su sustitución en un caso tasado como es el de la subrogación), pero

⁶³⁰ CANALS BRAGE, “Comentario al artículo 144...”, cit., pp. 143 y ss. Parecen igualmente decantarse por una interpretación amplia del precepto PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos...*, cit., p. 218, y ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. IX, pp. 336-337, pues, si bien apuntan que los terceros a los que se refiere el artículo 144 LH son los *terceros hipotecarios* propiamente dichos, es decir, los protegidos por los efectos de la fe pública registral en cualesquiera actos relativos a derechos inscritos (siéndolo por tanto especialmente los *cesionarios del crédito hipotecario* que reúnan todas las condiciones *ex* artículo 34 LH), añaden después que en cuanto a *terceros adquirentes de la finca hipotecada o de derechos reales, cargas o gravámenes sobre la misma*, el artículo 144 LH será aplicable cuando se trate de alteraciones o modificaciones (en virtud de novación modificativa, transacción, cambio del plazo de vencimiento o vencimientos, etc.) que agraven la situación del deudor o hagan más extensa su obligación, porque únicamente en estos supuestos el hecho de constar en el Registro podría producir efectos contra tales terceros.

⁶³¹ CANALS BRAGE, “Comentario al artículo 144...”, cit., p. 173. A este respecto apunta, además, que la modificación del crédito no lleva indisociablemente a la modificación del derecho real de garantía: ello no viene establecido en ningún precepto legal, ni la accesoriedad impone necesariamente una conclusión semejante; más bien el legislador demuestra una percepción distinta de la hipoteca cuando circunstancias modificativas del crédito tan relevantes como el pago o la división no afectan para nada a la hipoteca (principios de integridad y accesoriedad de la hipoteca: artículos 122 LH y 1860 CC), aunque lógicamente sí a la responsabilidad hipotecaria (pp. 173-174). Quiere decirse con ello que lo que en realidad tiene transcendencia no es el agravamiento de la obligación garantizada, sino su eventual repercusión en la responsabilidad hipotecaria.

esta circunstancia no implica de por sí perjuicio a terceros, en la medida en que no conlleve un incremento de la carga hipotecaria. Es, en definitiva, la agravación del ámbito de cobertura de esta la que genera el perjuicio y la consiguiente inoponibilidad al tercero, la cual podrá tener lugar como consecuencia del incremento de las responsabilidades accesorias, el añadido de causas de vencimiento anticipado, la ampliación de la extensión objetiva, etc.⁶³².

Así, el incremento del *quantum* de la obligación al que quiera otorgarse transcendencia real, habría de seguir los cauces que para los supuestos de ampliación de hipoteca prevén los artículos 81 LH (*“ampliación de cualquier derecho inscrito”*), 115 LH (ampliación de la hipoteca para asegurar intereses vencidos y no satisfechos, no cubiertos conforme al art. 114 LH) y 121 LH (para el caso de pluralidad de fincas hipotecadas, cuando el acreedor pretenda repetir por la parte del crédito no satisfecho contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder). Nótese que en el caso de los dos últimos artículos enunciados, el legislador expresamente salvaguarda la posición de los terceros: *“[e]sta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella”* (art. 115); *“[p]ero sin prelación, en cuanto a dicha diferencia, sobre los que, después de inscrita la hipoteca, hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas”* (art. 121).

Esta doctrina es la que venía aplicando la Dirección General, con expresa alusión al artículo 144 LH, en los supuestos en los que las partes pactaban el incremento en el capital del préstamo garantizado y la consiguiente ampliación de la hipoteca. Según sus dictados, el artículo 144 LH establece claramente dos momentos temporales: el anterior al acceso registral de la modificación y el posterior, de suerte que al tercero solo le afectará aquella si accede al folio registral antes que su derecho. En caso contrario, “la responsabilidad que garantiza la hipoteca se descompone en dos fracciones, una, la preexistente, con la preferencia que le dé su fecha y en cuanto a las cantidades garantizadas y concepto por el que lo era, y otra, la resultante de la ampliación, con

⁶³² CANALS BRAGE, “Comentario al artículo 144...”, cit., pp. 181 y 183. En sentido similar, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, t. II, cit., pp. 965-966: “esta conclusión –la de que en la novación impropia o meramente modificativa subsisten las llamadas relaciones accesorias– ofrece alguna dificultad en aquellos casos en que la modificación producida en la obligación anterior entraña el agravamiento de la posición de terceros (por ejemplo, se aumenta la cuantía de la deuda o la cuantía de su interés, o se establece un plazo de tiempo más prolongado). Por ello, parece más lógico entender que en la novación modificativa subsisten las relaciones accesorias salvo cuando la situación del tercero resulte agravada como consecuencia de la novación”.

eficacia limitada a partir de su inscripción y en cuanto a una nueva y distinta suma garantizada”⁶³³.

Si, por el contrario, se opta por entender que el ámbito del artículo 144 LH se halla lejos de procurar protección a terceros distintos del cesionario del crédito, la solución al problema de hasta dónde pueden llegar los «retoques» en un crédito hipotecario anterior habiendo cargas posteriores podría encontrarse, a juicio de REY PORTOLÉS, en el artículo 241 del Reglamento Hipotecario, regulador de la posposición de hipoteca. Sin entrar en la discusión sobre el supuesto de hecho normativo que en él se regula y admitiendo, con todo, la «modestia jerárquica» del precepto, llama la atención el autor sobre los dos elementos en los que el mismo pone indudablemente el acento: de un lado, sobre la obligación de determinar la responsabilidad máxima por capital, intereses, costas u otros conceptos de la hipoteca futura y, de otro, en la necesaria constancia de la duración máxima de la hipoteca a anticipar.

Así, si bien es cierto que la norma no menciona expresamente a los titulares de cargas intermedias, la exigencia de estos dos requisitos no puede atender a otra razón distinta que a la de que, ajustándose a los mismos, aquellos no tendrían nada que objetar. La autonomía de la voluntad permitiría, en su ausencia, una posposición a un gravamen mayor que el inicialmente contemplado o cuyo plazo exceda del entonces previsto – claro está, siempre que así lo consienta el acreedor que haya de posponer–. Si algún significado puede otorgarse a dichas exigencias es, en definitiva, que solo acatándolas puede tener “efectos registrales” (*sic* art. 241 RH) la posposición, o sea, que solo así puede desplegar toda su eficacia aun contra titulares intermedios perfectamente advertidos de aquella. Dos son, en suma, los márgenes que se consideran capitales en una hipoteca: cifra de responsabilidad y plazo del gravamen. Y esos dos son los que habrán de observarse en la interpretación de los artículos 4 y 9 de la Ley 2/1994⁶³⁴.

En la misma dirección apunta, además, el comentario que al artículo 1120 del Proyecto de 1851 (actual art. 1211 CC) refiere GARCÍA GOYENA, en el que expresamente señala que “la subrogación es favorable al deudor que por este medio puede encontrar un acreedor

⁶³³ En este sentido, entre otras muchas: RRDGRN de 13 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1863), 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5826), 7 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3061) y 21 de abril de 2014 (RJ 2014, 3213).

⁶³⁴ REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, *cit.*, pp. 106-107.

menos riguroso: justo es reconocerle la facultad de encontrarlo. Pero al mismo tiempo era preciso prevenir los abusos que de esta facultad pudiera hacerse *en perjuicio de terceros que tuvieran privilegios o hipotecas posteriores*, y este es el objeto de los requisitos que se exigen por el artículo 1120. Podría un deudor después de haber pagado con su propio dinero suponer que lo había hecho con dinero tomado de otro para este objeto y hacer la subrogación para defraudar a los acreedores posteriores: los requisitos de haber de constar el préstamo y pago en escritura pública y de expresarse en ambos casos lo que previene el artículo, basta para tranquilizar y pone a cubierto el derecho de los acreedores posteriores; así no podrán estos quejarse de la preferencia adquirida por el tercero, *pues sin el pago la habría tenido el mismo acreedor*⁶³⁵.

En efecto, en la glosa se aprecia, de un lado, una total despreocupación acerca de las características del nuevo préstamo (ni tipo de interés, que se supone con todo “menos riguroso”, ni plazo concedido, etc.) y, de otro, que si los acreedores hipotecarios no pueden quejarse de la preferencia adquirida por el tercero en cuanto que sin el pago la hubiese tenido el mismo acreedor, será porque el tercero solo podrá ejercitarla en la medida y condiciones en que lo hubiese podido hacer aquel. El marco cuantitativo (léase, la cifra de responsabilidad) del gravamen antecedente es lo único que, en la concepción de GARCÍA GOYENA, no se puede alterar con perjuicio de acreedores ulteriores⁶³⁶.

Por su parte, RAMÓN CHORNET participa de la idea de que el artículo 144 LH solo protege al cesionario del crédito y no contempla, en cambio, el agravamiento de la obligación que afectaría a terceros adquirentes de derechos sobre la finca. La regulación atinente a este segundo supuesto debe extraerse, a su juicio, de las normas generales del sistema registral, en concreto de los artículos 34 y 40 de la LH, cuando no del carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca y, por ende, de su ampliación, cuya constancia registral es requisito para su oponibilidad respecto de terceros⁶³⁷.

⁶³⁵ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, t. III, cit., p. 143.

⁶³⁶ REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, cit., p. 108.

⁶³⁷ RAMÓN CHORNET, J. C., “Cesión y embargo de créditos hipotecarios”, citado por CANALS BRAGE, “Comentario al artículo 144...”, cit., pp. 105-106, y por su mismo autor, en “Embargo y adjudicación...”, cit., donde se intuye la tesis que sostiene al respecto del artículo 144 LH (pp. 563, 465 y 466). En el mismo sentido, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, “La modificación...”, cit., pp. 192-193, apela a la eficacia *erga omnes* de los asientos registrales para negar virtualidad a la ampliación de la hipoteca de existir terceros

En definitiva, se opte por la aplicación del artículo 144 LH o del 241 RH, ambos comparten una misma filosofía, que informa, a su vez, toda la Ley Hipotecaria (arts. 81, 115 y 121 LH), y es que los actos y contratos que afectan al estado de la propiedad inmueble no perjudican a tercero más que desde el día de su inscripción; perjuicio que ha de medirse, para este particular supuesto, por el dato que ofrece la cifra de responsabilidad hipotecaria, cuya constancia es requisito impuesto, por lo demás, por el principio de especialidad (cfr. art. 12 LH). En otras palabras: “el aprovechamiento pleno del rango registral del gravamen sobre cuya obligación subyacente se ha proyectado el negocio debe depender exclusivamente de no desbordar ni en un céntimo la cifra de responsabilidad hipotecaria inscrita”⁶³⁸. Una cifra que vendrá determinada, en el caso de que los intereses se hayan pactado por referencia a un tipo fijo, por la cantidad global cubierta por la hipoteca, en tal caso, de tráfico, mientras que, tratándose de un tipo de interés variable, aquellos solo podrán quedar asegurados a través de una hipoteca de máximo, habida cuenta de su fluctuación⁶³⁹. Sea como fuere, el importe que se haya hecho constar en el Registro actuará como límite máximo que podrá oponerse frente a quienes hayan adquirido derechos sobre la finca con anterioridad a la subrogación o modificación del préstamo hipotecario. Cualquier incremento de los intereses que exceda de esa cifra será inoponible frente a terceros y solo podrá quedar garantizado con cargo a la finca si se amplía la hipoteca, de acuerdo a lo previsto en el artículo 81 LH, o sea, con el rango que le otorgue el momento de su inscripción.

registrales posteriores, pues como todos los derechos reales no inscritos en general, no perjudican, en ningún caso, los derechos inscritos con anterioridad por terceros (arts. 32, 115 y 144 LH).

⁶³⁸ REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, cit., p. III. En el mismo sentido, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos...*, cit., pp. 220-221. Vid. además la RDGRN de 11 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1470), que exige el consentimiento de los titulares de cargas intermedias si se quiere mantener el rango de la hipoteca modificada, en la medida en que claramente supone un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria por intereses de demora respecto de la que aparecía inscrita en el Registro de la Propiedad. Y ello a pesar de que el titular de la hipoteca intermedia es, asimismo, el de la primera, que es objeto de “novación”.

⁶³⁹ Las RRDGRN de 26 y 31 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5199 y 1984, 5202) rechazan que pueda hacerse constar en el Registro la posible fluctuación del interés sin ninguna referencia al límite máximo que puede alcanzarse: el interés, cuando esté sujeto a fluctuación, debe quedar determinado por relación a una cifra máxima de responsabilidad. La RDGRN de 26 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10497), por su parte, sostiene que para poder admitir la inscripción de una cláusula de amortización en la que cada cuota global mensual no está exactamente determinada con anticipación sino que depende del interés que rija para el correspondiente periodo, debe consignarse la fórmula matemática convenida para la determinación de cada una de «las ciento cuarenta y cuatro mensuales comprendidas de amortización de capital e interés».

1.1.3. ¿Existe, en el plano obligacional, alguna limitación a la «modificación» del pacto de intereses? Especial referencia al control de abusividad e integración de la cláusula nula en el ámbito de protección de los consumidores

Ya hemos advertido, entonces, sobre el alcance del artículo 4 de la Ley 2/1994 respecto de este particular, así como sobre cuáles son los límites que, en presencia de terceros, imponen los principios generales que secularmente han inspirado la regulación hipotecaria. Únicamente resta observar la operación desde el plano estrictamente obligacional: ¿es posible modificar, conforme al principio de autonomía de la voluntad, el pacto de intereses? ¿Entra en juego, de algún modo, el artículo 1203.1 CC en cuanto pueda comportar una alteración sobre el objeto de la obligación?

Tal y como se recordará, concluíamos el capítulo anterior señalando que la novación, en general, y el artículo 1203 CC, en particular, actúan como límite al principio de la autonomía de la voluntad, impidiendo frente a terceros la simple modificabilidad objetiva de la obligación cuando se varían el objeto o las condiciones principales de aquella. En esos casos, la obligación que resulte de la alteración habrá de reputarse, en relación a aquellos, obligación nueva: si extingue a la anterior, sustituyéndola (por efecto de la novación), o si se acumula a ella, yuxtaponiéndose y subsistiendo ambas autónoma e independientemente, cuestión que ha de valorarse en atención a los criterios del artículo 1204 CC⁶⁴⁰.

Pues bien, ¿qué ocurre cuando se modifica la obligación de pagar intereses? Es de sobra conocido que el interés convencional de todo préstamo oneroso tiene la función fundamental de ser la retribución o precio que el mutuuario ha de pagar por la utilización y disfrute de un capital en dinero que le presta el mutuante [STS 170/1997, de 8 marzo (RJ 1997, 1912)]⁶⁴¹. En ese sentido y en tanto que precio o contraprestación del

⁶⁴⁰ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 377.

⁶⁴¹ *Vid.* también la novedosa doctrina que contiene la STS 432/2018, de 11 de julio (RJ 2018, 2793), en la que el Tribunal Supremo llega a sostener que la obligación de pagar interés convierte el préstamo en un contrato consensual y recíproco, con lo que permite acudir al artículo 1124 CC para resolverlo en caso de incumplimiento. Así, concluye: si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el artículo 1124 CC; en cambio, la situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos, singularmente, el de pagar interés. “El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento, con independencia de que tal acuerdo se documente con posterioridad (...). De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su

servicio, ninguna duda cabe de que forma parte del «objeto» de la obligación (art. 1088 CC)⁶⁴². Ahora, ¿es objeto principal del contrato de préstamo al que deba entenderse referida la previsión del artículo 1203.1 del Código?

Es esta una cuestión, la de la esencialidad del pacto de intereses, que se ha planteado con frecuencia en el ámbito específico de protección al consumidor, al objeto de determinar el posible control de abusividad de las cláusulas incorporadas a un contrato de préstamo. En efecto, es por todos sabido que durante los últimos años se han dictado innumerables resoluciones judiciales en las que se ha enjuiciado la posible afectación de abusividad de muchas de las cláusulas introducidas en contratos de préstamo hipotecario, siendo un gran número de las controvertidas aquellas que venían a determinar el tipo de interés aplicable al contrato (v. gr., cláusulas de redondeo al alza en el cálculo de los intereses variables de los préstamos hipotecarios, cláusulas «suelo» mediante las que se fijaba un tope mínimo al interés variable a pagar por los deudores hipotecarios, cláusulas relativas al cálculo del tipo de interés variable aplicable referenciado al índice IRPH, etc.)⁶⁴³. De la principalidad o accidentalidad con que se concibiesen dichas cláusulas podía depender, en última instancia, el régimen de control al que las mismas podían quedar sometidas.

Con carácter general, el artículo 82.1 TRLGDCU [en conexión con el 80.1.c)] reputa cláusula abusiva toda aquella estipulación no negociada individualmente y toda aquella práctica no consentida expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, cause en perjuicio del consumidor y usuario un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Por tanto, es necesaria la concurrencia de un doble requisito para que una cláusula dada merezca aquella calificación: primero, que sea contraria a la buena fe, es decir, que comporte un tratamiento desleal o inequitativo por parte del empresario hacia el consumidor o

obligación puede resolver el contrato conforme al artículo 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses” (*sic*).

⁶⁴² Vid. GALICIA AIZPURUA, G., “Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código civil español”, *RBD*, 26, 2018, pp. 152 y ss.

⁶⁴³ Para un estudio reciente sobre la materia, *vid.* MÚRTULA LAFUENTE, V., “Cuestiones actuales sobre los intereses remuneratorios y de demora en los préstamos hipotecarios”, en *Vivienda e hipoteca* (Asociación de Profesores de Derecho civil), Tecnos, Madrid, 2018, pp. 449-548.

usuario, con desconsideración a sus intereses⁶⁴⁴; y, segundo, que mediante ella se rompa el carácter equilibrado de la reglamentación contractual –en perjuicio del contratante débil– por comparación a la regulación que podría considerarse objetivamente justa (que será, en particular, la que venga establecida por el ordenamiento para el contrato típico en el que quepa enmarcar el negocio en cuestión, aunque la misma ostente una naturaleza esencialmente dispositiva⁶⁴⁵). A este fin, esto es, al objeto de apreciar el carácter abusivo o no de una cláusula determinada, habrán de tenerse en cuenta muy singularmente tanto los bienes o servicios objeto del contrato como las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas que integren el negocio (art. 82.3).

Sin embargo, se afirma que este control del equilibrio objetivo del contrato queda circunscrito siempre y en todo caso a su contenido normativo o, lo que es igual, a la reglamentación que en él se articule para disciplinar los derechos y obligaciones de las partes. Por tanto, no se extiende al equilibrio económico, es decir, a la relación entre el precio y el bien o servicio que constituya su contraprestación, ya que los principios de libertad de empresa y de libre competencia vedan cualquier posibilidad de supervisión en este extremo: no existe un precio “justo”, ni una “justicia” del precio, el cual vendrá determinado –simplemente– por las leyes del mercado y la oferta y la demanda concurrentes. Así lo establece el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, precepto que,

⁶⁴⁴ Vid. al respecto STS 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), §§ 251 y ss., y STJUE de 26 de enero de 2017 (TJCE 2017, 31), caso Banco Primus, § 60.

⁶⁴⁵ Vid. STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89), caso Aziz, en la que se afirma (§ 68) que “para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente”. En el mismo sentido, STJUE de 26 de enero de 2017 (TJCE 2017, 31), caso Banco Primus, § 59.

No obstante, téngase en cuenta que el hecho de que el ordenamiento jurídico haya determinado cuál sea una regulación ponderada de los intereses en juego mediante el Derecho dispositivo no significa que cualquier desviación respecto de este conforme una reglamentación contractual favorable exclusivamente a los intereses del predisponente y, por tanto, contraria a la buena fe, pues es consustancial a la norma dispositiva la posibilidad de su desplazamiento por los particulares. Entonces, el juicio de buena fe consistirá, en este ámbito, en valorar “cuándo existen circunstancias contractuales que justifiquen la ruptura con una regla, la norma dispositiva, que en abstracto era equilibrada e imparcial, y cuándo, por el contrario, esta ruptura se ha hecho en interés exclusivo del predisponente” [PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión”, en *Tratado de contratos*, t. II, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2013, p. 1843].

aun cuando no haya sido explícitamente traspuesto al ordenamiento español, ha sido finalmente aplicado por nuestro Tribunal Supremo [vid. la crucial sentencia plenaria 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), §185]⁶⁴⁶: “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

A su tenor, y comoquiera que se entendía que las cláusulas por las que quedaba delimitado el tipo de interés eran «cláusulas atinentes al objeto principal del contrato»⁶⁴⁷, en tanto que precio del mismo, y dado que este último y su relación con el objeto no podían controlarse, se terminaba por excluir dichas cláusulas del juicio de abusividad y considerar que quedaban extramuros del control de contenido de las cláusulas abusivas del artículo 82 TRLGDDCU. Sin embargo, este argumento clásico se fundaba en una lectura parcial e incompleta de aquel artículo 4.2, pues según el mismo precepto la exclusión del carácter abusivo de estas cláusulas no es absoluta sino condicionada a una obligación de transparencia. Por tanto, el Tribunal Supremo termina por sentar en la trascendental sentencia de 9 de mayo de 2013 que las cláusulas suelo de los intereses variables de los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y definen el objeto principal del

⁶⁴⁶ Ha de recordarse que esto no siempre ha sido así. De hecho, la falta de transposición del artículo 4.2 de la Directiva llevó al Tribunal Supremo a plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación con el asunto *Caja Madrid* (C-484/08), sobre la cláusula de redondeo al alza en el cálculo de los intereses variables de los préstamos hipotecarios. La cuestión se resolvió mediante STJUE de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 162), en la que el TJUE sentó que, comoquiera que el artículo 4.2 contenía una regulación de mínimos, no impedía un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de una cláusula incorporada al contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, no negociada individualmente, aunque se refiriese en particular al objeto principal de dicho contrato, de tal forma que podía procurarse al consumidor una protección efectiva más elevada que la prevista por la Directiva, como por otra parte reconocía el artículo 8 de la misma. Como advierte CÁMARA LAPUENTE, la puerta que abría el TJUE permitía llevar a cabo un control de precios, mediante la aplicación de los requisitos de las cláusulas abusivas, que no era coherente con el sistema constitucional español de libertad de mercado ni con el muy reducido papel de la rescisión por lesión en el Código civil español. Y que no obstante el Tribunal Supremo aprovechó para declarar abusivas cláusulas sobre el precio de ciertos contratos, “incluso aun cuando las cláusulas no versaban sobre el objeto principal del contrato sino sobre otras cuestiones accesorias”: CÁMARA LAPUENTE, S., “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 6, 2013, pp. 98-115.

⁶⁴⁷ Vid. en relación a la delimitación de lo que deba considerarse *objeto principal del contrato*: ASUA GONZÁLEZ, C., “La falta de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en la contratación con consumidores en el Derecho español”, *Anuario de Derecho Privado*, 1, 2019, pp. 54-56.

contrato, por lo que no cabe el control de su equilibrio, pero eso no impide que el sistema las someta a un doble control de transparencia: uno primero de transparencia documental para *todas* las condiciones generales que, superado, permite su incorporación, y uno segundo de transparencia *reforzado o específico para los elementos esenciales* del contrato, que ha de permitir al consumidor poder conocer con sencillez tanto la «carga económica» del contrato como la «carga jurídica» en el sentido de definición clara de la distribución de los riesgos derivados de él; de no superarse este segundo control, la cláusula puede ser declarada abusiva⁶⁴⁸. Esta nueva doctrina se ha incorporado finalmente al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios mediante la Disposición final octava de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que ha añadido un nuevo párrafo al artículo 83 TRLGDCU, del tenor siguiente: “*las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho*”⁶⁴⁹.

⁶⁴⁸ Y así son declaradas, en efecto, las cláusulas “suelo” enjuiciadas, al estimar que, si bien las mismas cumplían con los requisitos de incorporación exigidos por el ordenamiento, su forma de inclusión no permitía al consumidor conocer su trascendencia real en el desarrollo del contrato. En efecto, “[...]as cláusulas examinadas, pese a incluirse en contratos ofertados como préstamos a interés variable, de hecho, de forma razonablemente previsible para el empresario y sorprendente para el consumidor, les convierte en préstamos a interés mínimo fijo del que difícilmente se benefician de las bajadas del tipo de referencia. La oferta como interés variable, no completada con una información adecuada, incluso cuando su ubicación permite percatarse de su importancia, se revela así engañosa y apta para desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios que dificultan la comparación de ofertas. El diferencial del tipo de referencia, que en la vida real del contrato con cláusula suelo previsiblemente carecerá de trascendencia, es susceptible de influir de forma relevante en el comportamiento económico del consumidor. Máxime en aquellos supuestos en los que se desvía la atención del consumidor y se obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato mediante la oferta conjunta, a modo de contraprestación, de las cláusulas suelo y de las cláusulas techo o tipo máximo de interés, que pueden servir de señuelo”. En definitiva, las cláusulas en cuestión debían reputarse abusivas por no ser transparentes, ya que: “a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas. c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas. e) En el caso de las utilizadas por el Banco X, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor”.

⁶⁴⁹ Vid. a este respecto, CÁMARA LAPUENTE, S., “La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes”, en *Especial Ley reguladora de los Contratos de crédito inmobiliario*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 1-13; y SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I., “Cláusulas abusivas, principio de transparencia y elementos principales del contrato: Derecho inglés versus Derecho español”, *RAD*, 9, 2019, pp. 1-24.

En definitiva, según se colige del inciso final de la norma comunitaria, las cláusulas de contenido económico sí se hallan sujetas a un especial –por reforzado– deber de transparencia, en el sentido de que no basta con que sean translúcidas documentalmente, o sea, en lo que respecta a su comprensibilidad lingüística o visibilidad (requisitos propios del control de inclusión), sino que es necesario además que mediante ellas el adherente conozca o pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente le va a comportar el contrato celebrado, es decir, la onerosidad o el sacrificio patrimonial que habrá de realizar a cambio de la prestación que quiere obtener. En palabras del Tribunal Supremo, “[e]s preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”, de guisa que esta clase de estipulaciones “[n]o pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante”. El criterio conforme al cual debe valorarse el carácter abusivo de dichas cláusulas no ha de ser, por tanto, el desequilibrio objetivo entre el precio y la contraprestación, esto es, si el precio es caro o barato, sino uno de transparencia, en el que se pondere si mediante la inclusión de una cláusula que pase inadvertida para el consumidor se ha producido una alteración subrepticia de la carga económica del contrato⁶⁵⁰.

Ya hemos visto, entonces, que en el ámbito específico de los consumidores y en aras de determinar qué tipo de control procede sobre ellas, las cláusulas relativas a los intereses remuneratorios de los préstamos hipotecarios son consideradas, en tanto que parte inescindible del precio, definitivas del objeto principal de dicho contrato. Ahora, el propio Tribunal Supremo [sentencia 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), §§ 186 - 188] puntualiza: lo que la Directiva 93/13/CEE (considerando decimonoveno) y su artículo 4.2 excluyen del control de abusividad son las cláusulas que «definan» o

⁶⁵⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret*, 3, 2013, p. 4. *Vid.* a este respecto el análisis que realiza ASUA GONZÁLEZ, “La falta...”, *cit.*, pp. 33-72.

«describan» el objeto principal del contrato. Pero no distinguen entre «elementos esenciales» y «no esenciales» del tipo de contrato en abstracto, sino entre si son «descriptivas» o «definidoras» del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al «método de cálculo» o «modalidades de modificación del precio». Y continúa: “en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom.”, sin embargo, «define» el objeto principal del contrato a los efectos del artículo 4.2 de la Directiva⁶⁵¹.

⁶⁵¹ En este sentido, sostiene PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “Falta de transparencia...”, cit., p. 21, que “el establecimiento de una línea divisoria que separe los elementos esenciales del contrato de los aspectos normativos del mismo se hace menos trascendente si se tiene en cuenta que según el tenor literal del art. 4.2 de la Directiva 13/1993 y, como ahora confirma la STS 9.5.2013 (Ar. 3088), una cláusula aunque sea relativa al precio o a la contraprestación puede ser también abusiva si no es transparente. Por ello, el problema del control de las cláusulas relativas a los elementos esenciales en contratos con consumidores no pasará en lo sucesivo, tanto por establecer una línea que separe de manera contundente los elementos esenciales y accesorios del contrato, sino más bien en asimilar que las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato pueden estar sujetas también a un control de contenido, aunque formulado sobre presupuestos y razones distintas que el control de contenido de las cláusulas que contienen el programa jurídico del contrato. Desde este punto de vista, atenuados y desdramatizados los efectos de la distinción entre elementos esenciales y normativos, no se hace necesario establecer criterios restrictivos en la consideración de qué cláusulas forman parte del objeto principal del contrato. Todas las cláusulas que contribuyan a definir o calcular el precio, y no sólo las que fijen su extensión, y todas las cláusulas relativas a la contraprestación, pueden considerarse —sin temor— parte integrante del objeto principal del contrato”.

Por su parte, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Capítulo II. Cláusulas abusivas”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1129-1145, afirma que “la necesidad de distinguir a estos efectos entre elementos esenciales y no esenciales es perturbadora, si es que esta consideración se erige de entrada en el principio del argumento y en un obstáculo para apreciar si la posición del consumidor es desequilibrada, en contra de la buena fe. Si ha de significar que en el análisis sobre tales aspectos la cuestión relevante sea únicamente la de determinar si efectivamente han sido conocidos y consentidos y que, comprobado que sea así, quedan al margen de un análisis sobre su abusividad. Máxime si se repara en que en muchos ámbitos, probablemente los que suscitan mayor litigiosidad, las alternativas *reales* son muy limitadas o prácticamente inexistentes; y no parece que tener a los consumidores «perfectamente informados» sirva para cambiar la situación”. Además, pone de manifiesto la dificultad de aislar el contenido *económico* del *jurídico normativo*, así como de establecer la frontera entre la «adecuación del precio» y la «definición» del objeto (excluidos del control) y las cláusulas o pactos relativos a los mismos (que sí pueden ser abusivos), de lo que da buena muestra nuestra jurisprudencia sobre cláusulas suelo: “el TS incide reiteradamente sobre el carácter principal de la estipulación, pero esta calificación ha sido rechazada por parte de la doctrina que, entre otras cosas, advierte que el contrato puede subsistir despojado del suelo o interés mínimo, como admite el TS; lo que no parece casar con la idea de que se trata del objeto principal”. Lo que verdaderamente debería importar no es, en definitiva, si el consumidor es consciente o no de las ventajas que una determinada cláusula reporta a la contraparte, sino si el objeto o el efecto de la cláusula se traduce en un importante desequilibrio en su perjuicio; desequilibrio que de ningún modo pueden evitar su claridad y comprensibilidad.

Pues bien, en el ámbito estrictamente sustantivo civil y por lo que hace a la aplicación del artículo 1203.1 CC, ¿qué consideración habría de darse a la obligación de pagar intereses en el marco de un contrato de préstamo hipotecario? ¿Es, a tales efectos, «objeto» del contrato? La respuesta ha de ser, a nuestro juicio, negativa. Y es que no puede obviarse que si bien lo habitual será que efectivamente se convenga el pago de intereses como remuneración al prestamista, la obligación principal (y eventualmente, única) del prestatario, es la devolución del principal entregado (arts. 1740 y 1753 CC). Así, como bien señalara el Tribunal Supremo, la obligación de pagar intereses (en definitiva, el «precio»), no es «esencial» aunque constituya la finalidad económica del contrato. De ahí que, en ausencia de pacto, el préstamo haya de reputarse gratuito (cfr. arts. 1755 CC y 134 CCom)⁶⁵². De la misma forma que, declarada nula la cláusula de interés, en principio podría subsistir el contrato con expulsión de la misma y, por ende, sin devengo de interés alguno.

A este respecto y en el ámbito específico de los consumidores, es menester traer a colación la doctrina jurisprudencial que en interpretación de la Directiva 93/13/CEE ha sentado reiteradamente el TJUE: las consecuencias de la nulidad por abusividad (falta de transparencia) de una cláusula, no pueden ser otras que la expulsión de la cláusula del contrato y la subsistencia del mismo en tanto que sea posible, sin que el juez nacional tenga la facultad de integrar, modificar, sustituir o de cualquier otra forma reconducir la cláusula expresamente declarada abusiva. Pues de lo contrario podría contribuirse a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, y podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse su nulidad, el contrato podría ser integrado en lo que fuera necesario, garantizando de este modo su interés: SSTJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145), 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4), 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309) y 26 de marzo de 2019 (TJCE 2019, 59).

Frente a la regla general recién enunciada, que impide la integración del contrato, el TJUE admite una sola excepción: cuando la supresión de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, exponiendo al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales y que representarían para él una penalización, el juez nacional podrá poner remedio a la nulidad de las cláusulas abusivas que figuran en ese contrato sustituyéndolas por una disposición de Derecho interno de carácter supletorio o aplicable en caso de acuerdo entre las partes de dicho contrato, posibilidad que se basa en la presunción de que tales disposiciones no contienen

⁶⁵² SAP de Valencia 357/2015, de 20 de noviembre (JUR 2016, 141283) y SAP de La Rioja 225/2014, de 12 de septiembre (JUR 2014, 252740).

cláusulas abusivas [SSTJUE de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105), 26 de marzo de 2019 (TJCE 2019, 59) y 3 de octubre de 2019 (JUR 2019, 274343)]⁶⁵³.

Las conclusiones que el TJUE alcanza en la interpretación y aplicación de la Directiva comunitaria han tenido su reflejo en el Derecho español de consumo. En concreto, por virtud de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, se modificó el artículo 83 TRLGDCU, que en su versión original preveía que la parte del contrato afectada por la nulidad se integraría con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y al principio de buena fe objetiva, para eliminar toda referencia a una eventual facultad integradora o moderadora del juez. Y la misma postura ha adoptado, como no podía ser de otro modo, el Tribunal Supremo; así, v. gr., cuando ha declarado abusiva la cláusula de interés de demora o la cláusula suelo.

De este modo, declarado abusivo el interés de demora, ha sostenido que la consecuencia no puede ser la moderación de dicho recargo hasta un porcentaje que se considere aceptable, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal o de cualquier otra de las normas que prevén el interés de demora en determinados sectores de la contratación. Al contrario, el interés de demora declarado abusivo debe suprimirse, sin perjuicio de que pueda seguir devengándose el interés remuneratorio pactado en el contrato hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada [vid. a modo de ejemplo las SSTs 470/2015, de 7 septiembre (RJ 2015, 3976) y 240/2019, de 24 de abril (RJ 2019, 1745)]⁶⁵⁴. Solución, la de seguir aplicando el interés remuneratorio hasta que se produzca el pago, que expresamente ha venido a validar el TJUE en la sentencia de 7 de agosto de 2018 (TJCE 2018, 247)].

En materia de cláusulas suelo, por el contrario, el Tribunal Supremo había limitado en un inicio los efectos restitutorios vinculados a la declaración de nulidad de la cláusula en cuestión [STS

⁶⁵³ Excepción que, dicho sea de paso, se ha aplicado recientemente en el caso de las cláusulas de vencimiento anticipado estipuladas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria declaradas abusivas, permitiendo al juez nacional sustituir la cláusula declarada nula por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula (art. 693.2 LEC Ley 1/2013), siempre que el contrato en cuestión no pueda subsistir suprimida la citada cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales: STJUE de 26 de marzo de 2019 (TJCE 2019, 59) y AATJUE de 3 de julio de 2019 (asuntos C-92/16, C-167/16 y C-486/16). Vid. la posterior y crucial sentencia del Tribunal Supremo 463/2019, de 11 de septiembre (RJ 2019, 3343), así como los comentarios que sobre tales pronunciamientos ha efectuado la doctrina: entre otros, VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 463/2019, de 11 de septiembre, sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, 2019, pp. 1-26; ADAN DOMENECH, F., “La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. Más sombras que luces”, *Diario La Ley*, 9498, 2019, pp. 1-10; MARTÍN FABA, J. M., “Notas a la sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas de vencimiento anticipado abusivas y los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso”, *CESCO*, 2019, pp. 1-13.

⁶⁵⁴ Vid. además sobre el particular, MARÍN LÓPEZ, M. J., “Imposibilidad de recalcular los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, fijándolos en tres veces el interés legal del dinero, cuando la cláusula que los impone es abusiva (STJUE de 21 de enero de 2015)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13, 2015, pp. 27-39.

241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088)], sosteniendo que no debía afectar a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de dicha sentencia. Sin embargo, el TJUE rechaza tal limitación e insiste en que una vez declarada abusiva la cláusula en cuestión, “debe restablecerse la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva” [STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309)]⁶⁵⁵.

Ahora, ¿*quid* si es el propio interés remuneratorio el que se declara nulo de pleno Derecho? Nótese que en los supuestos anteriores, aun declarado nulo por abusivo, y por ende inaplicable, bien el interés de demora, bien el límite que constituye la cláusula suelo, ello no impedía que la entidad financiera siguiese percibiendo el interés remuneratorio pactado en el contrato. Sin embargo, podría ser otra la situación en la que nos encontremos en el caso de que se declarase nulo el interés remuneratorio referenciado al índice IRPH⁶⁵⁶. De ahí que una de las cuestiones

⁶⁵⁵ Ahora el debate se ha trasladado a si es eficaz o no el convenio por el que el consumidor renuncia a las acciones que podría interponer frente a la entidad financiera en reclamación de las cantidades cobradas en virtud de la cláusula suelo, lo que ha vuelto a someterse a consideración del TJUE mediante varias cuestiones prejudiciales, siendo la primera de ellas la formulada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Teruel mediante auto de 26 de junio de 2018 (asunto C-452/18), pendiente de sentencia. Por su parte, el Tribunal Supremo ha decidido suspender la tramitación de los procedimientos pendientes de resolución del recurso de casación hasta que se resuelva la señalada cuestión (providencia de 10 de septiembre de 2019). En el ámbito doctrinal, *vid.* sobre esta cuestión, MARÍN LÓPEZ, M. J., *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas*, Reus, Madrid, 2019, *passim*.

⁶⁵⁶ El índice IRPH (en sus tres modalidades originarias: IRPH-Bancos, IRPH-Cajas de Ahorros e IRPH-Entidades, de las cuales subsiste solo esta última: *vid.* la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización) constituye un índice oficial de referencia para el cálculo del tipo de interés remuneratorio aplicable a los préstamos hipotecarios que fue introducido por la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España. Es, por tanto, un índice oficial aprobado reglamentariamente y sujeto a los organismos públicos de regulación del sector financiero, lo que presupone *per se* su válida incorporación como índice de referencia para calcular el interés remuneratorio variable de aplicación en operaciones de préstamo hipotecario. Sobre este incuestionable punto de partida, nos encontramos sin embargo con que en numerosas ocasiones se han sometido a enjuiciamiento las cláusulas que introducen el índice IRPH para el cálculo de los intereses en los contratos de préstamo hipotecario con consumidores, en la medida en que su carácter oficial no obsta a que la cláusula en cuestión pueda ser juzgada conforme al doble control de transparencia (control de inclusión y de comprensibilidad real). Impugnación que sin duda ha venido motivada por la evolución del IRPH en tasas sustancialmente más elevadas a las del índice Euribor, hoy día más conocido y de referencia mayoritaria. Aun más: como pone de manifiesto PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Transparencia material y transparencia documental en los contratos de préstamo hipotecario”, en *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*, dir. por K. J. Albiez Dohrmann y M. L. Moreno-Torres Herrera y coord. por M. J. López Frías y B. Casado Casado, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 416-418, que los índices IRPH hayan sido históricamente más elevados que el Euribor (y que con toda probabilidad sigan siéndolo) no responde a cuestiones del azar relacionadas con la evolución impredecible del mercado de crédito, sino a su propia metodología de cálculo, que parte del tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años que en cada momento concierten las entidades financieras. Pues bien, como la mayor parte de las veces se pactan a interés variable, referenciado al Euribor, al que se suma un diferencial, por efecto de este último la media de los préstamos hipotecarios que se concierten en

prejudiciales dirigidas al TJUE vaya precisamente en ese sentido: si se declara la nulidad del IRPH Cajas, ¿cuál de las dos consecuencias siguientes sería conforme a los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13: la integración del contrato, aplicando un índice sustitutorio habitual, el Euribor, al tratarse de un contrato esencialmente vinculado a un interés productivo a favor de la entidad, o dejar de aplicar el interés, con la única obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados por parte del prestatario o deudor?

cada momento será por definición superior al Euribor. Además, en los periodos en los que este último índice esté muy bajo, la distancia entre él y los índices IRPH será mayor, porque en tal escenario a los préstamos nuevos que se convengan referenciados al Euribor se sumará un diferencial mayor para compensar la bajada del índice. Con lo que, en definitiva, los índices IRPH, además de ser por naturaleza superiores, presentan una mayor resistencia a la bajada. Y sobre todo ello debería haberse informado al consumidor.

En la aplicación del control de transparencia, a la doctrina contrapuesta en el ámbito de las Audiencias Provinciales [vid. al respecto: AMAT LLOMBART, P., *Las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores a la luz del Derecho y la jurisprudencia comunitaria y española*, Reus, Madrid, 2018, pp. 121-166; y CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La nulidad de la cláusula que incluye el índice de referencia IRPH en las escrituras de préstamo hipotecario con consumidores”, AC, 11, 2017, pp. 1-33] ha venido a poner fin la sentencia plenaria del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 diciembre (RJ 2017, 5167). En ella, el Alto Tribunal parte de la premisa antes apuntada: el índice IRPH, como tal, y en su cualidad de condición general que refleja una disposición legal o administrativa, no puede ser objeto de control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores (LCGC y TRLGCU), ya que en estos casos el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública. Sin embargo, continúa: solamente puede controlarse que la cláusula “esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente”. Con lo que admite que pueda someterse al doble control antes apuntado, no el índice como tal sino su empleo en una contratación bajo condiciones generales, que comporta unos especiales deberes de información para el profesional. No obstante, considera que en ese supuesto se supera dicho control, por los siguientes motivos: primero, porque tratándose de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, “resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas”, máxime teniendo en cuenta que se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado de forma agrupada, con lo que es posible confrontarlos entre sí; y segundo, porque no podía exigirse a la entidad financiera que ofreciese varios de los índices oficiales, ni que proporcionase una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia cuando su elaboración está bajo la supervisión del Banco de España, ni que informase al cliente sobre el comportamiento futuro del índice, lo que por definición es imposible.

Frente a dicho análisis, se ha denunciado que la sentencia rebaja los requisitos de información exigidos para superar el control de transparencia y no se ajusta a los parámetros y contenido que la doctrina jurisprudencial del TJUE ha establecido; así se hace desde el propio voto particular que a la sentencia formula el Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno y al cual se adhiere el Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. En el mismo sentido, AMAT LLOMBART, *Las cláusulas...*, cit., pp. 125 y 164-165; y CÁMARA LAPUENTE, S., “IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blindo en realidad cualquier cláusula que reproduzca “normas”. Transparencia lejos del suelo: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017)”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, 9, 2017, pp. 211-235.

En cualquier caso, esta cuestión ha sido sometida a la consideración del TJUE y se encuentra ahora pendiente de resolución en el asunto C-125/18 (cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona mediante auto de 16 de febrero de 2018).

En favor de esta última solución se han decantado algunos Juzgados y Tribunales, con base en la idea de que, dado que el contrato de préstamo es por naturaleza gratuito, no siendo en él esencial el precio [STS 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088), § 188], puede subsistir sin devengo de interés alguno, con lo que no concurre la excepción que el TJUE reconoce a la prohibición de integrar una cláusula declarada nula, esto es, la imposible subsistencia del contrato, con efectos especialmente perjudiciales para el consumidor⁶⁵⁷. La solución no parece, sin embargo, en absoluto pacífica. Y es que bien podría entenderse, como así lo ha hecho el Tribunal Supremo en el caso de las cláusulas de vencimiento anticipado [STS 463/2019, de 11 de septiembre (RJ 2019, 3343)], que el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, y es que la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sería la misma tras la supresión de dicho pacto. Y, por tanto, no podría subsistir sin ella⁶⁵⁸.

Para aquel supuesto se sostiene que el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco), con lo que no puede subsistir si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa. Al contrario, el negocio jurídico solo tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario. Por ello, y para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales [la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria –SSTS 705/2015, de 23 de diciembre (RJ 2015, 5714) y 79/2016, de 18 de febrero (RJ

⁶⁵⁷ Vid. a modo de ejemplo la SJPI de Mataró 36/2017, de 10 de febrero (JUR 2017, 34582), que afirma: “puede parecer extraño la existencia y subsistencia de un préstamo sin interés y, de hecho, seguramente no era esa ni la voluntad ni la finalidad de las partes al otorgar el contrato, pero no podemos perder de vista tampoco dos aspectos esenciales, como que el contrato de préstamo desde su definición en el código civil en el siglo XIX, es un contrato gratuito por esencia y, que conforme a la doctrina constante del TJUE, la declaración de abusividad que el juez nacional verifica con los efectos de exclusión de la cláusula del contrato, tiene un fin teleológico claro, advertir a los empresarios de que no pueden seguir pactando cláusulas abusivas y/o no transparentes ya que la sanción a su conducta, no es otra que la sanción ejemplar de la exclusión de la cláusula del contrato, con todos sus efectos inherentes, siempre que el mismo pueda subsistir sin la misma, como es el caso”. En el mismo sentido, declaran nula la cláusula que fija el tipo de interés variable con referencia al índice IRPH y, por consiguiente, su expulsión del contrato y la devolución por parte de la entidad financiera de las cantidades indebidamente cobradas en aplicación de la cláusula abusiva, las SSAP de Álava 85/2016, de 10 de marzo (RJ 2016, 68783) y 188/2016, de 31 de mayo (JUR 2016, 188302); SSAP de Alicante 144/2017, de 11 de mayo (AC 2017, 440) y 173/2017, de 5 de junio (JUR 2017, 244168).

⁶⁵⁸ Recuérdesse que la STJUE de 26 de marzo de 2019 (TJCE 2019, 59) se remitió a los tribunales nacionales, a quienes correspondía determinar si, una vez declarada abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, el contrato podía subsistir. Aunque posteriormente añadió [ATJUE de 3 de julio de 2019 (asunto 486/16)] que era posible, si se cumplían los requisitos del artículo 693.2 LEC (tras su reforma por la Ley 1/2013), despachar ejecución hipotecaria, aunque en el contrato hubiera una cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva por resolución judicial firme, ya que “las consecuencias económicas sufridas por el consumidor no se derivan de la cláusula abusiva, sino del incumplimiento contractual consistente en no satisfacer las cuotas mensuales de amortización, que constituye su obligación esencial en el marco del contrato de préstamo celebrado”.

2016, 619)– y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al artículo 1124 CC –STS 432/2018, de 11 de julio (RJ 2018, 2793), con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo–], podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del artículo 693.2 LEC.

De la misma forma, declarado nulo el interés remuneratorio, podría razonablemente sostenerse que se altera hasta tal punto la naturaleza jurídica del contrato (que de oneroso pasa a gratuito) que desaparece el fundamento para su celebración desde la perspectiva de ambas partes contratantes, quienes no lo habrían concluido sin la cláusula nula. Con lo que, en definitiva, el contrato no podría subsistir sin devengo de interés remuneratorio (precio). Sin embargo, y puesto que la anulación del mismo podría resultar especialmente perjudicial para el consumidor, que se vería obligado a restituir las totalidad del importe del préstamo (art. 1303 CC) cuando de ordinario no estará en condiciones para ello, la cláusula nula podría integrarse mediante la aplicación de un índice sustitutivo, véase, el Euribor⁶⁵⁹.

⁶⁵⁹ A esta solución apunta el voto particular que se formula frente a la STS 669/2017, de 14 de diciembre (RJ 2017, 5167), sobre IRPH, aunque se remite para ello, sin mayores consideraciones, a la STS 608/2017, de 15 de diciembre (RJ 2017, 4730). Esta última resolución [cuya doctrina reiteran las SSTS 599/2018, de 31 de octubre (RJ 2018, 4881) y 607/2019, de 14 de noviembre (JUR 2019, 312740)] resuelve un supuesto de hipoteca multidivisa en la que se entiende que las cláusulas por las que se fija el importe del capital del préstamo (la divisa –yen japonés– y su equivalencia en euros) y el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros no superan el control de transparencia y por ende deben declararse nulas. Sin embargo, el contrato no podría subsistir sin la precitada cláusula, en la medida en que su ejecución requiere la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad prestada como de las cuotas mensuales pagadas (cfr. arts. 1170 CC y 312 Ccom.). Ahora, comoquiera que la nulidad íntegra del contrato resultaría especialmente perjudicial para el consumidor (más incluso que para el predisponente), pues quedaría obligado a devolver de una sola vez la suma total percibida, se opta por la nulidad parcial de las cláusulas y su sustitución por un régimen contractual previsto en el contrato, que contemplaba la posibilidad de que el capital estuviese denominado en euros. De esta forma, se eliminan las referencias a la denominación en divisas del préstamo y este queda como un préstamo concedido y amortizado en euros.

Esta solución, como bien se percibirá, no resulta enteramente trasplantable al caso que aquí nos ocupa, pues bien podría subsistir el contrato de préstamo aun suprimida la cláusula que determine el pago de un interés en concepto de remuneración al prestamista. Por lo que resultaría en todo caso más acertado acogerse a la doctrina que con posterioridad sostiene el Alto Tribunal en materia de vencimiento anticipado y que acaba de ser expuesta, o sea, que el contrato no podría subsistir sin interés remuneratorio habida cuenta de que desaparecería con ello su fundamento y se alteraría por completo su naturaleza jurídica, hasta tal punto de que podría razonablemente sostenerse que el contrato no hubiese sido celebrado sin la cláusula nula [vid. la STJUE de 3 de octubre de 2019 (JUR 2019, 274343), que sostiene que el contrato no puede subsistir si la supresión de las cláusulas abusivas modifica la naturaleza del objeto del contrato: AGÜERO ORTIZ, A., “Sobre la nulidad del préstamo multidivisa por eliminación de la cláusula abusiva, su integración y la disponibilidad de la protección de la Dir. 93/13/CEE para los consumidores (Comentario a la STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819”, *CESCO*, 2019, pp. 1-6]. Es por ello que procedería, en todo caso, la nulidad total del contrato, mas dado el serio perjuicio que ocasionaría al consumidor, cabría admitir en este caso la integración de la cláusula nula, mediante la aplicación de un índice alternativo.

También se decantan por la aplicación del Euribor, una vez declarada nula la cláusula que vincula el tipo de interés al índice IRPH, la SAP de Madrid 214/2017, de 4 de mayo (AC 2017, 373) y la SAP de Salamanca 200/2017, de 31 de marzo (JUR 2017, 122935).

Puede decirse, entonces, que los intereses constituyen un elemento accidental del contrato, por ostentar un carácter contingente y accesorio respecto de la obligación principal: el reembolso del capital prestado. Y no procede, en consecuencia, aplicar la limitación contenida en materia de novación, que impida la libre modificabilidad de la cláusula de intereses con subsistencia de la primera (y única) obligación. Cuestión distinta será la oponibilidad del pacto frente a terceros garantes como, v. gr., el fiador, a quien no podrá reclamarse el exceso en el caso de que se haya incrementado la cuantía devengada por tal concepto, siempre que no haya intervenido en el acuerdo. Ello es, sin embargo, consecuencia del juego de los principios generales en orden a los límites subjetivos de la eficacia de lo pactado («*res inter alios acta*»), sin trascendencia a quien no ha sido parte en el contrato (art. 1257 CC)⁶⁶⁰. Nada tiene que ver, por tanto, con el régimen de la novación.

1.2. La alteración del plazo

De la misma forma que la modificación de las condiciones del tipo de interés, la alteración del plazo del préstamo, a la que el vigente artículo 4 hace referencia tanto en el apartado primero como en el segundo y, por ende, como contenido susceptible de integrar bien la “escritura de subrogación” bien la de “modificación”, es una previsión que nació prácticamente de forma simultánea a la Ley. En efecto, el artículo 9 del texto aprobado en el año 1994 ya contemplaba, en el ámbito de la «novación modificativa», un posible pacto en tal sentido: “[c]onjuntamente con esta mejora –de las condiciones del tipo de interés– se podrá pactar la alteración del plazo”.

Esta previsión no encontraba equivalente en el ámbito de la subrogación, para la que el artículo 4 reservaba como única variación posible la relativa a la mejora del interés. No obstante, se aceptaba por lo general que pudiese pactarse entre la entidad subrogada y el deudor, de forma simultánea a la subrogación, una «novación modificativa» del crédito hipotecario referente a la alteración del plazo de amortización (art. 9.1), de la que podía dejarse constancia en la misma escritura de subrogación y beneficiarse así del mismo trato especial en materia de costes asociados a la operación⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ STS 77/2014, de 3 de marzo (RJ 2014, 1425).

⁶⁶¹ RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 234. En contra de que la Ley permita en ese caso acogerse a los beneficios fiscales y arancelarios, LUCAS FERNÁNDEZ, “La subrogación...”, cit., p. 71,

Mediante el Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, se regula finalmente de forma expresa la posible “ampliación” del plazo del préstamo en el artículo 4, referido a la subrogación, y como alternativa a la mejora de las condiciones del tipo. La elección del vocablo puede a primera vista sorprender si se tiene en cuenta que lo que se preveía para la «novación modificativa» era, en términos más generales, una «alteración» del plazo, que naturalmente comprende no solo su alargamiento sino asimismo su posible reducción, lo que acaso podría convenir a un deudor que viera aminorada la onerosidad de la deuda con ocasión de la mejora de las condiciones del tipo de interés⁶⁶². Sea como fuere, con la reforma que introduce la Ley 41/2007 se sustituye de nuevo el término «ampliación» para adoptar definitivamente el más amplio de «alteración», actualmente en vigor.

Pues bien, de la misma forma que en el apartado que antecede, es menester abordar dos cuestiones: de un lado, cuál es la incidencia que la variación del plazo del préstamo puede tener en el plano del derecho real de hipoteca, considerando que antes hemos calificado de esencial la duración máxima que para el gravamen se haya hecho constar en el Registro (cfr. art. 241 RH), y, de otro, qué alcance ha de otorgarse a la alteración conforme al régimen de la novación.

1.2.1. ¿Hay novación en la prórroga? El fundamento del artículo 1851 del Código civil

Comenzando por este último aspecto, ya hemos avanzado que cuando la alteración recae sobre el objeto o las condiciones principales de la obligación (art. 1203.1 CC), el resultado jurídico obtenido no puede configurarse frente a terceros como simple modificación. Particular dificultad reviste, sin embargo, la determinación de lo que quepa considerar «condición principal», para lo que no existen reglas predeterminadas, por lo que la doctrina acude, por lo general, a valorar caso por caso la naturaleza de la cláusula modificada, la voluntad de las partes (en tanto que indiciaria de la

aunque ofrece como solución alternativa que, una vez practicada la subrogación con la sola modificación de las condiciones del tipo de interés, se lleve a cabo una «novación modificativa» con una mejora, siquiera nimia, del interés y se varíe el plazo.

⁶⁶² CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., p. 966. Considera, sin embargo, HERNÁNDEZ MORENO y VIOLA DEMESTRE, “La Ley 2/1994...”, cit., p. 475, que de ordinario la alteración consistirá en un alargamiento del plazo, la cual, en sintonía con la mejora que se predica de las condiciones del tipo de interés, resultará más ventajosa para el deudor.

principalidad de lo alterado) y la significación económica de la obligación⁶⁶³. Ahora bien, como regla general suele entenderse que las alteraciones que afectan a la ejecución de la obligación pueden configurarse como mera modificación; entre ellas, y por lo que a nuestro estudio interesa, el término⁶⁶⁴. Este suele calificarse por la doctrina de elemento «accidental» del contrato, que solo queda incorporado al negocio, modulando sus efectos, cuando así lo hayan pactado las partes, pero sin el cual puede subsistir (a diferencia de lo que ocurre con los elementos «esenciales» que enumera el artículo 1261 CC)⁶⁶⁵. De ahí que se haya declarado de forma reiterada que la simple alteración o prórroga del plazo no constituye novación⁶⁶⁶.

Sin embargo, SANCHO REBULLIDA advierte que, respecto de la prórroga, la doctrina del artículo 1851 CC conduce a una solución distinta, de forma que cabría aplicar el mismo criterio que a los *incrementa*, a saber: se mantendría incólume la primera obligación hasta el vencimiento del término inicialmente pactado y, vencido aquel, operaría la novación, dando lugar a otra obligación de igual contenido pero con vencimiento en el segundo término pactado⁶⁶⁷.

Ahora, ¿a qué responde la previsión del artículo 1851 CC? Recuérdese que dicho precepto decreta la extinción de la fianza y consiguiente liberación del fiador para el supuesto de que el acreedor conceda una prórroga al deudor sin contar con la anuencia de aquel garante: “[l]a prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador

⁶⁶³ Vid., por todos, CASTÁN TOBENAS, *Derecho civil...*, cit., p. 513.

⁶⁶⁴ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 380.

⁶⁶⁵ GALICIA AIZPURUA, “Algunas consideraciones...”, cit., p. 150. Nótese que, si bien la indeterminación del plazo resulta muy extraño en el ámbito de las relaciones mercantiles, no lo es tanto cuando se trata de relaciones civiles entre personas ligadas por vínculos afectivos, en especial, en el caso de los contratos de préstamo [CLEMENTE MEORO, M. E., “Comentario al artículo 1128”, en *Código civil comentado*, v. III, dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª ed., 2016, pp. 242-244].

⁶⁶⁶ SSTs de 24 de junio de 1940 (RJ 674), 6 de noviembre de 1981 (RJ 1981, 4465), 11 de noviembre de 1981 (RJ 1981, 4505), 3 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4570), 30 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 10075), 28 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3941), 20 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 6651), 10 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4280), 14 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7406), 3 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1425), etc. Y en el ámbito de la DGRN, entre otras muchas, RRDGRN de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5944) y 6 de mayo de 2010 (RJ 2010, 2745). SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 285-286, por su parte, apunta que con referencia a figuras concretas ha declarado el Tribunal Supremo que la prórroga del plazo constituye novación tan solo cuando es condición esencial del contrato, pero no cuando, subsistiendo la obligación principal, se otorgan simples facilidades para el cumplimiento de la obligación mediante prórroga o plazos fraccionados.

⁶⁶⁷ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 380.

extingue la fianza”. Este precepto, sin paragon en el modelo franc3s ni en el resto de normas equivalentes de Derecho comparado⁶⁶⁸, halla su precedente m3s inmediato en el art3culo 1765 del Proyecto de 1851, en cuya glosa remite GARCÍA GOYENA a la sede propia de la novaci3n –en concreto, al art3culo 1134, donde “ten3amos ya resuelto este punto (...) por la palabra *plazos*, sin3nima all3 de *pr3rrogas*”⁶⁶⁹– y parece as3 dar a entender (como se ha interpretado por algunos autores) que el precepto se justifica en atenci3n al car3cter novatorio de la pr3rroga: “esta –la pr3rroga– puede tambi3n perjudicar al fiador, si entretanto empeora el deudor de condici3n o de fortuna. En mano del acreedor est3 hacer saber al fiador que se le pide plazo, y que 3l piensa concederlo, subsistiendo la fianza: si descuid3 este medio sencillo y natural, c3lpese a s3 mismo: *el art3culo 1765 es una consecuencia de este*”⁶⁷⁰.

En la novaci3n de la deuda afianzada y prorrogada se ha querido encontrar, entonces, el fundamento del art3culo 1851 CC: si la pr3rroga de la obligaci3n principal implica la novaci3n extintiva de esta, de la misma forma se extinguir3 por v3a de consecuencia la fianza, dado su car3cter accesorio (art. 1207 CC)⁶⁷¹. Esta teor3a no explica, empero, cu3l es la raz3n de que se imponga la novaci3n a la ampliaci3n del plazo de la obligaci3n principal, cuando parece tratarse de un elemento secundario de aquella y, por tanto, alejado del 3mbito del art3culo 1203.1 CC. Ni tampoco explica qu3 aadir3a, de ser as3, el

⁶⁶⁸ Vid., por ejemplo, la soluci3n que adopta el *Code civil* en el art3culo 2316: «*La simple prorogation de terme, accord3e par le cr3ancier au d3biteur principal, ne d3charge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le d3biteur pour le forcer au paiement*». Es decir, el legislador franc3s decreta la subsistencia de la fianza y 3nicamente autoriza al fiador para dirigirse contra el deudor y obligarle a que pague al acreedor.

⁶⁶⁹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del C3digo civil espaol*, t. IV, Madrid, 1852, cit., p. 167.

⁶⁷⁰ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, t. IV, cit., pp. 153-154.

⁶⁷¹ En este sentido cita CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Extinci3n de la fianza por la pr3rroga concedida al deudor sin consentimiento del fiador, o del enigm3tico art. 1851 CC. Comentario a la Sentencia del TS de 1 julio 2009 (RJ 2009, 4324)”, *RDPatr.*, 25, 2010, p. 228, la STS de 22 de noviembre de 1916 (Col. leg. n3 84), que ya entonces apuntaba que la pr3rroga del art3culo 1851 CC “requiere expresi3n clara de la misma y concierto por parte de acreedor y deudor, para dilatar la exigibilidad de la obligaci3n, constituyendo verdadera novaci3n en el contrato y, por tanto, motivo para la extinci3n de la fianza”. En la misma direcci3n apunta la STS de 28 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1218), que seala como *ratio legis* del art3culo 1851 CC la de “evitar pr3rrogas que impliquen novaci3n de obligaciones”. Por su parte, D3EZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 526, seala que la regla del precepto se introduce por GARCÍA GOYENA como consecuencia necesaria del car3cter novativo que en el Proyecto de 1851 se atribu3a al convenio de alteraci3n de los plazos, y aade que, si esto es as3, “s3lo debe entenderse aplicable a aquellas pr3rrogas que implican propiamente novaci3n de la obligaci3n”, cobrando entonces todo su sentido el art3culo, mientras que “aplicado a una simple pr3rroga del *terminus solutionis* concede al fiador un privilegio exorbitante”.

artículo 1851 CC a la regla general del 1207 CC (*accessorium sequitur principale*) y, más concretamente, a la del artículo 1847 CC, que predispone que “[l]a obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones”. Aún más: ¿por qué razón se aludiría entonces al consentimiento del fiador? ¿Acaso sería posible sostener que si aquel consintiese la prórroga, no solo subsistiría la fianza sino igualmente la obligación principal, que ya no quedaría extinta por novación? Ya sabemos que esta última viene impuesta por la técnica jurídica y excede, por ello, del deseo de los sujetos intervinientes, con lo que en ningún caso cabría apoyar tal conclusión. En fin, no se trata en realidad de reiteración normativa, sino, antes bien, de que la razón técnica que subyace tras el artículo 1851 CC no es propiamente la novatoria⁶⁷².

La conclusión anterior viene incluso refrendada por las palabras de GARCÍA GOYENA, cuando en el comentario al artículo 1134 y a su referencia sobre el plazo, que asimilaba a la prórroga mencionada en el artículo 1765 (actual 1851 CC), afirma: “la opinión casi uniforme de los Jurisconsultos más autorizados es que, si el acreedor prorroga al deudor el término *solutionis* (*non obligationis*), no por esto hay novación, y continúan obligados los fiadores, excepto aquello *in quo ex dilatione solutionis crevit obligatio*”. Él mismo advierte, de esta forma, que no hay novación en la prórroga, que no lo es de la obligación, sino del término o plazo para pagar. Y ello con independencia de lo que ya adelantábamos, es decir, de que aun cuando la hubiese, habría que aplicar, para toda garantía real o personal y no solo para la fianza, el artículo 1207 antes que el 1851 CC⁶⁷³.

Siguiendo en la búsqueda de cuál sea el fundamento técnico del artículo 1851 del Código, una segunda explicación se encuentra en la eficacia relativa de los contratos ex artículo 1257 CC: lo pactado no tiene transcendencia para quien no haya sido parte en el contrato (*res inter alios acta*), por lo que la prórroga acordada en ausencia del fiador en ningún caso le vincula⁶⁷⁴. Ahora, ¿qué añadiría en ese caso la norma a aquel principio general que contiene el artículo 1257 CC y, en particular, a la regla del artículo 1835, párrafo segundo? En virtud de esta última, la transacción hecha por el deudor principal

⁶⁷² CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Extinción de la fianza por la prórroga concedida al deudor sin consentimiento del fiador, o del enigmático art. 1851 CC. Comentario a la Sentencia del TS de 1 julio 2009 (RJ 2009, 4324)”, *RDPatr.*, 25, 2010, p. 231.

⁶⁷³ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “Extinción de...”, cit., p. 232.

⁶⁷⁴ SSTS de 31 de enero de 1980 (RJ 1980, 174) y 8 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5333).

no surte efecto para con el fiador contra su voluntad, de acuerdo con la interpretación estrecha que rige para toda transacción [cfr. arts. 1815 (párrafo primero), 1283 y 1713 CC]. Además, el principio *res inter alios acta* no impone que la garantía haya de extinguirse con la prórroga que el acreedor conceda al deudor, sino solo que no afecte al garante, de suerte que para él la deuda habría de estimarse ya vencida y, por tanto, iniciado frente a este sujeto el plazo de prescripción de la acción para la reclamación de su pago⁶⁷⁵.

Descartado, entonces, que el artículo 1851 CC se funde en el carácter novatorio de la prórroga, ni en la eficacia relativa de los contratos, dícese residir su verdadero fundamento en el *favor fideiussoris* o protección del fiador ante el peligro de insolvencia sobrevenida del deudor tras la prórroga: la prolongación del término de incertidumbre puede empeorar la situación económica del deudor, haciendo ilusoria la vía de regreso. Así, mientras otras legislaciones parten del carácter favorable que para el fiador tiene la prórroga, nuestro Código la percibe como potencialmente dañina u onerosa para él⁶⁷⁶. A ello parece referirse GARCÍA GOYENA cuando apunta lo siguiente: “Pothier, número 406, capítulo 6, parte 2, citando a Vinio, sostiene que el fiador no queda libre y que le es útil la prórroga. Pero esta puede también perjudicar al fiador, si entretanto empeora el deudor de condición o de fortuna”.

Sin embargo, como pone de manifiesto CARRASCO PERERA, la razón aludida tampoco resulta totalmente satisfactoria: primero, porque hace recaer el riesgo de insolvencia del deudor en el acreedor, cuando la concesión de prórroga habitualmente no atenderá a un interés propio de este último, sino que vendrá motivada por las dificultades financieras del deudor, a quien tratará de darse facilidades para el pago, aplazando (cuando no evitando) la responsabilidad del fiador; segundo, porque el fiador bien puede conjurar el riesgo que conlleva la dilatación del plazo mediante el ejercicio de la «acción de cobertura» que le reconoce el artículo 1843.4º CC, mediante la cual puede dirigirse contra el deudor principal “cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse”; y tercero, porque al fiador siempre restará pagar al acreedor y ejercitar el regreso, pues la prórroga no consentida es respecto de él *res inter alios* (art.

⁶⁷⁵ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “Extinción de...”, cit., pp. 227 y 228.

⁶⁷⁶ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “Extinción de...”, cit., pp. 233 y ss.

1835 CC, apartado primero), y podría evitar así el riesgo sobrevenido con ella. ¿Qué sentido tiene entonces el artículo 1851 CC?

Su razón de ser nos la proporciona este mismo autor: el fiador puede pretender liberarse por la prórroga porque, aun cuando aquella no le resulte oponible, impide que pueda en calidad de *solvens* utilizar la subrogación para ejercer el regreso *inmediato* contra el deudor. El artículo 1851 solo adquiere sentido, así, en la medida en que protege la vía subrogatoria y siempre y cuando esta sea procedente en beneficio del fiador⁶⁷⁷. Dicho más claramente, el fiador *solvens* podría, no obstante el nuevo *terminus solutionis*, ejercitar *ipso iure* su derecho de recobro frente al deudor, pero no podría valerse, por ejemplo, de cualesquiera otras concurrentes cauciones si los sujetos gravados por ellas hubiesen prestado consentimiento a la ampliación del plazo, pues estos siempre podrían oponerle como excepción el nuevo término pactado, para el caso de que se dirigiese frente a ellos. De la misma forma, el fiador quedaría privado de la posibilidad de entablar una tercería de mejor derecho, en tanto en cuanto el crédito no haya vencido y resulte exigible⁶⁷⁸.

Con la recién expuesta conclusión termina por mostrar su conformidad el Tribunal Supremo en sentencia 77/2014, de 3 de marzo (RJ 2014, 1425), al sostener que la interpretación del artículo 1851 CC “debe atemperarse en atención a la *ratio* del precepto, que puede hallarse en la protección del fiador frente al perjuicio que le puede deparar la concesión de la prórroga al deudor. Este perjuicio afloraría cuando la prórroga alargara la incertidumbre y con ello empeorara la situación económica del deudor, e hiciera ilusoria la vía de regreso. Por eso, en esos casos, el fiador podría liberarse de la fianza porque, aun no siéndole oponible la prórroga, le impide una vez pagada la fianza utilizar la subrogación en el derecho del acreedor para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. De este modo, como se ha concluido en la doctrina, «el art. 1851 CC sólo tiene sentido en cuanto protege la vía subrogatoria, y siempre que ésta sea procedente en beneficio del fiador»⁶⁷⁹. El artículo 1851 CC conecta así con el 1852 CC y con la subrogación por pago, como ejemplificación o concreción aquel, que viene a sentar con carácter general que “[l]os fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su

⁶⁷⁷ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., p. 251.

⁶⁷⁸ GALICIA AIZPURUA, *La disciplina...*, cit., p. 86.

⁶⁷⁹ *Id.* CARRASCO PERERA, A., “Sentencia de 4 de marzo de 2014. Subsistencia o extinción de una garantía a primer requerimiento por la prórroga concedido al deudor principal”, CCJC, 96, 2014, pp. 443-456.

obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo”.

Delimitada de esta forma la *ratio* del precepto, es claro que la misma solución habrá de ofrecerse al hipotecante no deudor: “la prórroga concedida al deudor extingue la hipoteca, y ello no porque la prórroga extinga la obligación garantizada, sino porque, como ocurre en la fianza, tampoco el regreso del hipotecante puede ser perjudicado (incremento del riesgo de insolvencia del deudor) sin su consentimiento”⁶⁸⁰. En otras palabras: de la misma forma que se protege al fiador cuando la ampliación del plazo le impide regresar de forma inmediata contra el deudor, habría de protegerse al hipotecante no deudor que, pagando la deuda y subrogándose en los derechos del acreedor, no pudiera hacerlos efectivos mediante la utilización de otras concurrentes cauciones –nótese que la hipoteca en cosa propia se extinguiría por confusión– si los sujetos gravados por ellas hubiesen prestado consentimiento a la ampliación del plazo⁶⁸¹. Si el artículo 1851 CC persigue preservar la vía subrogatoria, habrá de quedar amparado por sus prescripciones, mediante su aplicación analógica, todo garante que tenga derecho a ella⁶⁸².

⁶⁸⁰ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., p. 722. De acuerdo con esta idea: RUBIO GARRIDO, *La ley de subrogación...*, cit., p. 345; y REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, cit., p. 112.

⁶⁸¹ Evidentemente, y de la misma forma que para la fianza, solo en el caso de que la vía subrogatoria sea procedente en beneficio del hipotecante no deudor. Así, v. gr., únicamente si paga de forma voluntaria y no cuando lo haga por la vía indirecta de ejecución forzosa de la finca, en cuyo caso no cabe la subrogación. Como sostiene GALICIA AIZPURUA, “la subrogación es (...) figura que *excepcionalmente* comporta la subsistencia de los adminículos del crédito pagado por tercero a fin de reforzar su derecho de recobro frente al deudor, con el consiguiente perjuicio para sus acreedores y demás garantes; luego sólo quien muestre una escrupulosa cooperación en la satisfacción del interés del acreedor merece verse premiado con tal efecto, y, desde luego, no *colabora* el garante que se limita a ser mero espectador de la ejecución”. Y continúa: “si se considera analógicamente aplicable a las garantías reales prestadas por tercero el artículo 1852 CC, de suerte que haya de quedar liberado cuando el acreedor perjudique la vía subrogatoria, parece que, para prevalerse de ella, el interesado ha de evitar, correlativamente, el coste añadido que para aquél comporta su ejecución judicial o extrajudicial; el ajustado comportamiento a la buena fe que el dicho precepto exige debe imponerse a las dos partes intervinientes en la relación de aseguramiento, de manera que el garante no pueda retardar caprichosamente la satisfacción del acreedor por hallarse confiado en que sorteará la insolvencia sobrevenida del deudor gracias a la subrogación” (*La disciplina...*, cit., pp. 137-138).

⁶⁸² En contra, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “Extinción de...”, cit., pp. 235-236, y del mismo autor “El hipotecante no deudor: ¿un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?”, *ADC*, 59, 4, 2006, pp. 1659-1766.

Debemos concluir, en suma, que comoquiera que el término es una condición accesoria de la obligación, su alteración se proyecta fuera del régimen de la novación y, por ende, nada impide que pueda revestir efectos meramente modificativos (art. 1255 CC). Cuestión distinta es que la prórroga convenida entre acreedor y deudor pueda resultar en la extinción de la fianza o de la hipoteca prestada por tercero cuando no hayan consentido la ampliación del plazo de la obligación por ellos garantizada y siempre que perjudique la efectividad de la subrogación en el regreso frente al deudor. Pero no subyace bajo el precepto analizado una cuestión novatoria, por lo que la obligación principal subsiste modificada.

1.2.2. La ampliación o reducción de plazo y su efecto frente a terceros registrales

Ahora, ¿*quid* cuando el acuerdo de prórroga se lleva a cabo entre el acreedor y el deudor hipotecante? ¿Qué reflejo habrá de darse al pacto en el plano del derecho real de hipoteca y frente a los titulares de derechos reales limitados de rango inferior? En el apartado previo, relativo a la modificación de las condiciones del tipo de interés, ya han quedado expuestas las razones por las que se entiende que la Ley 2/1994 se limita a otorgar un trato fiscal y arancelario favorable a la variación de unos concretos aspectos de los préstamos hipotecarios, que puede ser introducida bien por vía de la subrogación en la garantía (y consiguientemente por el concierto de un nuevo contrato de préstamo), bien por la vía de lo que denominan «novación modificativa». Pero no es, sin embargo, norma que responda al interrogante que se plantea (no al menos hasta la reforma del artículo 4 en el año 2007, cuyo exacto alcance examinaremos después). ¿Cuáles son entonces las reglas generales que debemos aplicar?

Las variaciones sobre el plazo pueden ser muchas (v. gr., la ampliación o reducción del término fijado para el cumplimiento de la obligación garantizada o del establecido como duración del mismo derecho real de hipoteca, la alteración de la periodicidad en la forma de pago, los pactos relativos al vencimiento anticipado, etc.). Como regla general se entiende que, existiendo terceros cuya posición pueda quedar de algún modo perjudicada por la modificación, el Registrador habría de recabar su consentimiento al objeto de poder practicar la inscripción de la «novación modificativa»⁶⁸³. Se invoca para

⁶⁸³ RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 342; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, “Breve análisis...”, cit., p. 1202; MATEO ESTÉVEZ, “Ley de subrogación...”, cit.; LUCAS FERNÁNDEZ, “La subrogación...”, cit.,

ello el principio *res inter alios acta* (art. 1257 CC) y las normas sobre posposición de hipoteca (art. 241.1 RH).

Por su parte, la DGRN se acoge al principio de prioridad registral (art. 17 LH) para rechazar la pretendida extensión temporal del alcance de la hipoteca originaria en el reflejo registral de la modificación realizada, sin consentimiento de los titulares de cargas posteriores a esta (cfr. arts. 115 y 144 LH)⁶⁸⁴. Así, considera que la prórroga del plazo, que se pacta para facilitar el cumplimiento de la obligación inicial –y cuyo vencimiento no provoca la extinción de la obligación sino su posible exigibilidad, de haber sido incumplida, dando lugar a la efectividad de la hipoteca si el acreedor no reintegrado de su crédito utiliza la acción hipotecaria para hacer valer su derecho–, no da lugar a la extinción de la obligación modificada y al nacimiento de una nueva, sino que debe calificarse como «novación modificativa». Ahora bien, aun cuando la Ley Hipotecaria (art. 144 LH) admite la posible modificación de la obligación garantizada con hipoteca (entre las circunstancias que enuncia el precepto, se encuentra expresamente contemplada la espera), no surtirán efecto contra tercero si no se hacen constar en el Registro por medio del asiento correspondiente⁶⁸⁵.

En definitiva, de la misma forma que ocurría con la modificación afectante a las condiciones del tipo de interés, se concluye, dada la entidad del elemento alterado, que

pp. 71 y 82. Es de observar, no obstante, la dificultad de determinar en qué circunstancias puede producirse el perjuicio y, por ende, cuándo ha de recabarse su consentimiento. De hecho, mientras algunos autores lo anudan al alargamiento del plazo, en cuanto afecta a la expectativa de mejorar el rango de los titulares posteriores [LUCAS FERNÁNDEZ, “La subrogación...”, cit., pp. 71 y 82], otros consideran que una mayor duración del préstamo facilita el pago de las sucesivas cuotas por ser estas menores y, en consecuencia, minimiza las posibilidades de enajenación forzosa de la finca, con purga de las cargas y gravámenes posteriores (arts. 674 LEC y 175.2 RH). Por el contrario, la reducción del plazo final de amortización, con el consiguiente encarecimiento de las cuotas de pago, puede dificultar su debido cumplimiento y precipitar la ejecución hipotecaria, con afectación a las expectativas de cobro o de disfrute de los titulares de derechos reales limitados de rango posterior [MATEO ESTÉVEZ, “Ley de subrogación...”, cit., a quien sigue RUBIO GARRIDO, *La Ley de subrogación...*, cit., p. 343]. Tal vez por ello acaba concluyendo CANALS BRAGE, “Comentario al artículo 144...”, cit., p. 186, que siendo de lógica suponer que el deudor no pactará tales modificaciones si no contribuyen a la mejora de su situación económica (lo que repercutirá favorablemente en sus acreedores posteriores), no habría que imaginar “combinaciones paranoicas de prórrogas indefinidas y cosas por el estilo”, cuestiones por lo demás que habría que reconducir, al menos desde el ámbito registral, y siempre y cuando las alteraciones del crédito no alteren el *quantum* de la responsabilidad hipotecaria, a la sede propia de la revocación de actos fraudulentos.

⁶⁸⁴ RDGRN de 27 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8458).

⁶⁸⁵ RRDGRN de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5944), 6 de mayo de 2010 (RJ 2010, 2745) y 21 de abril de 2014 (RJ 2014, 3213).

no existe novación –impropiamente se cataloga de novación «modificativa» o, lo que en este caso es lo mismo, de simple modificación de la obligación (art. 1255 CC)–. Sin embargo, se advierte que en el plano del derecho real de hipoteca, la modificación puede no ser oponible a terceros si, resultándoles potencialmente perjudicial, no se recaba su consentimiento, a la vista de los preceptos que también en aquel primer supuesto de modificación de las condiciones del tipo de interés se invocaban y, en general, de los principios que inspiran la normativa hipotecaria.

Ya se ha apuntado que no es claro que el artículo 144 LH vaya dirigido a proteger a los titulares de derechos inscritos o anotados de rango inferior y solo cabría aplicarlo si se sostiene una interpretación amplia del concepto de «tercero» al que alude el precepto. Una lectura que en este caso nos parece especialmente oportuna si tenemos en cuenta que la norma alude en particular a la «espera» como circunstancia inoponible a terceros si no se ha hecho constar en el Registro y que esta puede ciertamente resultarles perjudicial. A ello se une, además, que el artículo 241 RH, relativo a la posposición de hipoteca, pone indudablemente el acento en dos elementos clave de toda inscripción de hipoteca: la cifra de responsabilidad hipotecaria, de un lado, y la duración máxima del gravamen, de otro. Así, es exigencia insoslayable la de consignar, amén de la cuantía de la que queda respondiendo la finca, el plazo (corto o largo pero en todo caso cierto) de la hipoteca a anticipar, y que será independiente del plazo de vencimiento previsto para el crédito subyacente. Este precepto nos sugiere, entonces, cuáles son los márgenes que se consideran capitales en una hipoteca, dentro los cuales puede tener “efectos registrales” la posposición, o sea, “puede desplegar toda su eficacia aun contra titulares intermedios perfectamente avisados de aquella alteración del rango”⁶⁸⁶.

Lo anterior cohonesta con el carácter esencial que, en general, se reconoce al plazo de duración de la hipoteca, que afecta a la propia constitución de la misma (cfr. arts. 12, 153 y 153 bis LH), y cuya realidad es tomada en consideración por quienes voluntariamente adquieren con posterioridad derechos sobre la finca. A esto último se acoge, en particular, la Dirección General a partir del año 2012 en la aplicación del artículo 4.3 de la Ley 2/1994, cuando sienta la siguiente doctrina: en los supuestos de ampliación del plazo del préstamo o crédito garantizado con hipoteca, si bien *inter partes* podrá llevarse a cabo la modificación, su reflejo registral y consiguiente extensión temporal del alcance

⁶⁸⁶ REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, cit., pp. 106-107.

de la hipoteca originaria, requiere del consentimiento de los titulares de derechos *inscritos* en el periodo intermedio, no así el de los titulares de derechos *anotados*.

La diferencia estriba en que mientras los primeros son derechos reales de constitución voluntaria que se contraen y consienten partiendo de los datos que constan en el Registro (entre ellos el plazo de la hipoteca anterior en rango), y a cuyos titulares claramente puede afectar la ampliación, en la medida en que merma o dificulta su expectativa de mejorar su posición en el Registro (fundamental en un sistema como el nuestro de avance de puestos), los segundos son de constitución forzosa, vinculados a un determinado procedimiento cuya finalidad esencial es la realización del valor del inmueble embargado (cfr. art. 613.1 LEC). Y a tales efectos, la ampliación del plazo de la hipoteca preferente viene en realidad a facilitar el procedimiento de ejecución de la anotación de embargo posterior, pues, una vez vencido el crédito que antecede y a falta de dicha ampliación de plazo, “se precipitaría la ejecución de la hipoteca anterior y quedaría desvanecida la posibilidad de que la ejecución de la anotación de embargo pudiera cumplir su cometido adecuadamente”. Así, a diferencia de la incidencia que el plazo ciertamente tiene sobre una hipoteca posterior, la ampliación del plazo de la primera hipoteca se considera beneficiosa para las anotaciones de embargo posteriores: mientras la cifra de responsabilidad hipotecaria del gravamen anterior afecta a la valoración que saldrá a subasta (cfr. art. 666 LEC) y exige por ello recabar su consentimiento, ninguna repercusión tiene a tales efectos la fecha de vencimiento de la hipoteca, más aún cuando los postores de la subasta saben que quedarán subrogados en las responsabilidades de la hipoteca anterior (arts. 657, 668.2 y 670.5 LEC) y podrán cancelarla sea cual fuere su plazo de duración⁶⁸⁷.

Sea como fuere, antes del drástico cambio interpretativo que la Dirección General introduce en el año 2015, aparece preclaro que, a los titulares de derechos inscritos en el periodo intermedio desde la constitución de la hipoteca anterior en rango y la

⁶⁸⁷ En aplicación de esta doctrina, *vid.* las RRDGRN de 22 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 698) y 4 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3058), en las que se inscribe la «novación modificativa» consistente en la ampliación del plazo del préstamo prescindiendo del consentimiento de los *anotantes de embargo* posteriores. Las RRDGRN de 10 de enero de 2013 (RJ 2013, 2901), 7 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3061) y 21 de abril de 2014 (RJ 2014, 3213), por el contrario, rechazan practicar la inscripción sin el consentimiento del *titular* de la hipoteca intermedia, y ello aun cuando, como ocurre en el último supuesto que se cita, se trate del mismo acreedor de la hipoteca que se nova, cuyo consentimiento tácito sin embargo no puede presumirse.

hipotética ampliación de su plazo, no puede imponérseles una modificación sobre un elemento esencial del gravamen de la que el Registro no daba noticia cuando constituyeron su derecho (cfr. arts. 12, 153, 153 bis LH) y que accede al folio registral con posterioridad a su adquisición (art. 144 LH). Máxime teniendo en cuenta que pueden ver perjudicada su posición con ocasión de aquella, en la medida en que retrase el cumplimiento de la obligación garantizada mediante la primera hipoteca y diluya, en definitiva, su expectativa de mejorar el rango en tiempo oportuno (arts. 17, 24, 25 y concordantes LH). Así, si lo que se pretende es que el cambio les afecte como si se hubiere practicado con anterioridad a la inscripción de sus derechos (cfr. 241 LH), “es evidente que no puede llevarse a cabo la inscripción si no es con su consentimiento por exigencia de principios esenciales del ordenamiento (arts. 1257 y 1261 CC) y de aquellos configuradores del Registro de la Propiedad (arts. 20 y 82 LH)”⁶⁸⁸. En su ausencia, habrá que atender, por tanto, a que el plazo de caducidad del gravamen cuyo rango se aprovecha (si lo tuviera *per se*), o el de prescripción (art. 1964 CC), a contar desde el vencimiento del crédito subyacente, no se vean ampliados como consecuencia de la sustitución o modificación de la obligación garantizada⁶⁸⁹.

Por último, si la alteración no se cifra en la ampliación sino en la reducción del plazo de amortización, parece que nada cabrá objetar al respecto: desde el punto de vista obligacional, es perfectamente viable otorgar a un pacto de tal signo efectos meramente modificativos, mientras que, desde la perspectiva del derecho real y comoquiera que queda dentro de los márgenes prefijados de la hipoteca, tampoco parece plantear mayores inconvenientes. DOMÍNGUEZ LUELMO advierte, sin embargo, de que al incrementarse el importe de la cuota periódica que debe afrontar el deudor, no hay duda de que se aumenta el riesgo de que se produzca un impago y, por tanto, una ejecución, lo que desde luego no puede ser indiferente para los titulares de cargas y gravámenes posteriores, teniendo en cuenta el sistema de purga de cargas no preferentes, a pesar de que reconoce que legalmente parece quedar dentro de los supuestos que *ex artículo 4 de la Ley 2/1994* mantienen el rango⁶⁹⁰. Por su parte, no ve daño alguno para los terceros CARRASCO PERERA, quien pone de manifiesto que al mismo resultado lleva el

⁶⁸⁸ RDGRN de 21 de abril de 2014 (RJ 2014, 3213).

⁶⁸⁹ REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, cit., p. 111.

⁶⁹⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., p. 224.

vencimiento anticipado de la obligación, sobre el que aquellos no tienen ningún control⁶⁹¹.

1.3. A modo de conclusión

La Ley 2/1994 se promulga como instrumento para incentivar la disminución de los tipos de interés aplicables a los préstamos hipotecarios de acuerdo con el contexto económico del momento, bien por la vía de la subrogación de un tercer prestamista en la hipoteca (para salvaguarda de la obligación nacida del nuevo contrato de préstamo), bien por la de la simple modificación de las condiciones inicialmente pactadas en el seno del contrato inicial. Ocurre, así, que el legislador contempla dos únicas medidas dentro del marco incentivado: la mejora de las condiciones del tipo de interés y la posible alteración del plazo.

La viabilidad de tales modificaciones desde el punto de vista obligacional, que, recayendo sobre elementos secundarios de la relación obligatoria, puede llevarse a cabo conforme a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) sin que de ninguna forma actúe el límite que para ella representa la novación (arts. 1203.1 y 1204 CC), encuentra sin embargo serios obstáculos en el plano del derecho real. Pues, en efecto, serán inoponibles a terceros que, confiando de la publicidad del Registro, hayan adquirido derechos sobre la finca hipotecada, aquellas alteraciones que incidan sobre dos elementos esenciales en la constitución de toda hipoteca: la cifra de responsabilidad hipotecaria y la duración máxima del gravamen. Todo cambio que exceda de los límites preestablecidos y agrave, en ese sentido, la onerosidad de la carga, no podrá afectarles, a menos que consientan. Del mismo modo en que no puede imponerse *ex art.* 1851 CC la prórroga del plazo al fiador o hipotecante no deudor que, sin consentirla expresa o tácitamente, pueda ver con ella perjudicadas sus posibilidades de regreso contra el deudor en general y la vía subrogatoria en particular. Cabe concluir, en suma, que “la mejora de las condiciones del tipo de interés” y “la alteración del plazo” como posibles medidas a adoptar solo vienen a delimitar la aplicación de una norma que tiene por único objeto dispensar un tratamiento fiscal y arancelario favorable.

⁶⁹¹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., p. 981.

Ahora, teniendo en cuenta el panorama descrito, ¿adónde nos conduce la reforma introducida por la Ley 41/2007? Recordemos una vez más la declaración de intenciones que al respecto se contiene en su Preámbulo: “la novación de los préstamos hipotecarios en beneficio del deudor se ve dificultada por la interpretación restrictiva que del concepto de novación modificativa hacía la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación de préstamos hipotecarios. Lo que ahora se adopta es una interpretación más amplia de cuándo existe novación modificativa, de manera que se considera que existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva en los siguientes supuestos: ampliación o reducción de capital, la prestación o modificación de las garantías personales, alteración de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; alteración del plazo, del método o sistema de amortización y de cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo”.

Las afirmaciones anteriores, sin embargo, lejos de despejar el panorama, lo enturbian: primero, porque la Ley 2/1994 no hacía ninguna interpretación (ni amplia ni restrictiva) del concepto de «novación modificativa», cuyo régimen venía en el pasado y viene hoy determinado por el Código civil en todo caso⁶⁹², régimen que conduce precisamente a sostener la inexistencia de una tal categoría jurídica⁶⁹³; y segundo, porque sigue sin quedar claro qué resultado pretende alcanzarse cuando se afirma que en las circunstancias enumeradas existirá “mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva”. Nótese, en efecto, que esa es la conclusión a la que hemos arribado tras el análisis de los dos supuestos precedentes: la alteración, ya sea de las condiciones del tipo de interés, ya del plazo, no produce novación («propia», «extintiva» y a nuestro juicio, única), por cuanto la variación recae sobre elementos de la obligación extraños al ámbito del artículo 1203.1 CC. En consecuencia, “existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva”. Cuestión bien distinta es la forma en que dicha modificación puede oponerse frente a terceros cuando pretenda trasladarse más allá de la mera relación obligatoria y extenderse, por ejemplo, a los derechos accesorios de garantía constituidos para la seguridad del crédito inicial (fianza, hipoteca, etc.). ¿Qué quiere decirse entonces

⁶⁹² VALERO FERNÁNDEZ-REYES, “La novación...”, cit., p. 393; y en el mismo sentido, ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, “La novación...”, cit., p. 292.

⁶⁹³ Vid. el capítulo III.

cuando se aboga por “una interpretación más amplia de cuándo existe novación modificativa”? ¿Dónde radica la novedad?

2. La ampliación o reducción de capital

2.1. ¿Qué subyace tras una ampliación o reducción de capital?

Donde sí hay novedad y, además, importante, es en la profunda reforma que sufre el artículo 4.2 de la Ley, que pasa a comprender una relación de aspectos de los préstamos hipotecarios que pueden ser objeto de «modificación» y, entre ellos, una primera circunstancia que sorprende sobremanera: “*la ampliación o reducción de capital*”. De acuerdo con el tenor literal de la Ley las partes pueden, entonces, pactar en la «escritura pública de modificación» de su préstamo hipotecario, no solo la minoración de la deuda, sino también su ampliación, todo lo cual se califica de «novación modificativa». Ahora, ¿es esto realmente así? ¿Qué consecuencias se derivan de aquí?

El aumento o reducción de la cuantía prestada constituye, claro está, una alteración cuantitativa del objeto de la obligación, que se cifra, para los préstamos, en la entrega de dinero con condición de devolver otro tanto (art. 1740 CC). Son ambas, por tanto, variaciones que inciden directamente en el objeto de la obligación, y muy probablemente en su precio, pues el incremento de capital irá con toda seguridad acompañado de su correlativa contraprestación, es decir, hará nacer en cabeza del deudor la obligación de pagar mayor cuantía en concepto de intereses. ¿Qué consecuencias jurídicas habría entonces que anudar al cambio en el plano obligacional, de acuerdo con el régimen general del Código civil en materia de novación?

Concluíamos en el capítulo anterior que las partes pueden modificar una obligación al amparo del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), siempre que respeten el límite que representa el artículo 1203.1 CC. Este precepto se inserta en la regulación de una institución, la novación, cuya principal función es la de dispensar protección a posibles terceros perjudicados a través de la imposición de un límite a la voluntad de los sujetos contratantes que aspiren a modificar el contenido de una obligación preexistente en el orbe jurídico. De acuerdo con ello, determinadas alteraciones, por su naturaleza y transcendencia, no pueden comportar frente a terceros

la subsistencia del *prius* «modificado», es decir, de aquellas relaciones obligatorias a las que afectan. Estas serán inoponibles frente a quienes, siendo afectados de alguna forma por el acuerdo «modificativo», sean ajenos al pacto. Y deberán, en su presencia, reputarse extintas o, en otro caso, subsistentes con el contenido del que se les dotó al instante de su nacimiento, en función de si concurre o no el *animus* que previene el artículo 1204 CC. Hablamos, en el primer caso, de novación de la obligación (extinción por creación de una nueva) y, en el segundo, de creación *ex novo* de una segunda obligación que, acumulada o no a la anterior, conserva su propia independencia.

La realidad que acaba de describirse resulta fácilmente comprensible si se observa la situación desde el punto de vista de esos terceros, como son los garantes personales o reales del débito distintos del obligado o los acreedores de aquellos y del propio deudor, que de alguna manera pueden ver debilitada o afectada su posición jurídica con ocasión del nuevo acuerdo. Al garante no le es lo mismo, obviamente, responder de diez que de cien, de la misma forma que al acreedor no le son en absoluto indiferentes la extensión y condiciones del crédito del que sea titular un acreedor privilegiado que se le anteponga en el cobro. De donde resulta generalmente compartida la afirmación de que el objeto de la obligación no puede ser modificado cuantitativamente al alza existiendo terceros cuyo interés haya de ser protegido (prelación de créditos, relaciones accesorias de garantía, etc.)⁶⁹⁴. Es ahí donde encuentra su límite la voluntad de las partes y sus posibilidades de oponer, frente a aquellos, una calificación (la de si se está o no ante una mera modificación) que ciertamente no les compete y les es indisponible.

No obstante, en los apartados precedentes hemos podido comprobar que dichos terceros están igualmente protegidos por otros principios generales, como el de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), o por las normas sobre fianza (cfr. art. 1827 CC)⁶⁹⁵, o, con carácter general, por los principios registrales que informan la normativa

⁶⁹⁴ SANCHO REBULLIDA, “Comentario a los artículos 1203 y 1204”, en *Comentarios al Código...*, cit., pp. 667-669.

⁶⁹⁵ Unido a ello, señalan CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, *Tratado...*, cit., p. 320, que, si bien la modificación de los términos de la obligación principal no extingue la fianza, al fiador solo se le puede exigir el cumplimiento en los términos inicialmente convenidos. Así, como regla, las nuevas (superiores) cuantías de la deuda subyacente no influyen positiva ni negativamente en la fianza. En este sentido se pronuncia la STS 77/2014, de 3 de marzo (RJ 2014, 1425), que parte de la premisa de que “al margen de lo previsto en el art. 1851 CC para el caso de prórroga, la modificación de los términos de la obligación principal, en principio, no extingue la fianza, sin perjuicio de que al fiador solo le sea

hipotecaria y mediante los que se presta especial protección a quien adquiere confiado en la información que suministran los asientos registrales. La novación va, entonces, un paso más allá, en cuanto toma en consideración la entidad objetiva del *aliquid novi* para, en función de este factor, determinar si puede razonablemente sostenerse que estamos ante la misma obligación modificada o, por el contrario, frente a una nueva. Y huelga decir lo difícil que resulta establecer una regla general y abstracta al respecto, aunque el artículo 1203.1 CC nos brinda un claro criterio: “*variando su objeto o sus condiciones principales*”.

Cierto es que nada más añade y que, por tanto, no distingue entre cambios cualitativos y cuantitativos del objeto. Entonces, ¿cómo han de tratarse las alteraciones sobre el *quantum* debido, cuando falte *animus novandi* o la voluntad expresa o inquirida se evidencie dirigida a la subsistencia del vínculo anterior? SANCHO REBULLIDA apunta que la *communis opinio* (de la que cita como exponentes a CASTÁN y a PUIG PEÑA) se inclina por la novación «modificativa», si bien a su juicio se hace necesario distinguir entre la reducción y el incremento de la cuantía: en el primer caso, se tratará de mera modificación, “pero en el de incremento, aunque económicamente la obligación sea la misma aumentada –así también *inter partes*–, jurídicamente, como muy bien señaló parte de la doctrina del Derecho común, se trata de dos obligaciones yuxtapuestas; es un caso de acumulación en que la primera subsiste con sus garantías y privilegios, no extendidas, sin embargo, en perjuicio de tercero, a la segunda, al incremento”⁶⁹⁶. Así, parece claro que los terceros garantes no deberían verse compelidos a responder de la superior cantidad acordada, ni los acreedores subordinados a soportar el aumento de la deuda que les precede en el cobro de su crédito. Frente a ellos hay que optar entre reputar extinta la obligación y sustituida por la nueva, o entender subsistente la

exigible el cumplimiento en los términos inicialmente convenidos”. De lo que concluye que la novación de la obligación principal que, en aquel supuesto, tuvo lugar mediante el acuerdo alcanzado por las partes por el que se doblaba la cláusula penal, al pasar de 10.000 euros por cada día de retraso a 20.000 euros/día, no le era oponible al avalista, pues este debía responder en los términos de la obligación garantizada y, por tanto, tan solo le era exigible la aplicación de la pena de 10.000 euros por día de retraso (art. 1827 CC). Téngase en cuenta que cuando se habla aquí de novación, se hace impropia en tanto que término referido a la modificación, pues, en caso contrario, la obligación primitiva se habría extinguido y con ella sus accesorios (art. 1207 CC): el fiador no habría de responder de la pena de 10.000 inicialmente pactada ni de ninguna otra, salvo que hubiese intervenido en la novación consintiendo de nuevo como garante (como fiador de la *nova obligatio*).

⁶⁹⁶ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., pp. 378-379 y 308.

primera y nacida una segunda, que no les resultará oponible sino desde la fecha de su efectivo nacimiento (cfr. art. 1204 CC).

Sin embargo, el principal problema que subyace tras la «ampliación de capital» no reside en si la obligación que deriva del préstamo puede modificarse al alza o no, pues en estos supuestos no hay, en rigor, *modificación* del objeto. Si se mira bien, el desplazamiento patrimonial encuentra su *causa* (entendida aquí como fuente de la obligación⁶⁹⁷) en el concierto de un nuevo contrato de préstamo. De modo que, si nos expresamos con propiedad, lo que verdaderamente se disimula mediante la susodicha ampliación no es sino una obligación enteramente distinta, nacida en el marco de un nuevo contrato de préstamo, con su propio consentimiento, objeto y causa, y con la única particularidad de que existe identidad entre las partes contratantes y que del nuevo convenio dimana una deuda de la misma especie que la anterior, cuyo pago puede por ello perfectamente unificarse en un sentido económico o contable. Esto se infiere, v. gr., de que el contenido de la anterior obligación no quede en ningún punto modificado ni reemplazado por la posterior, sino que, antes bien, subsista íntegramente. Pero muy particularmente del innegable dato de que la «ampliación», utilizada por lo común como fórmula para atender a las nuevas necesidades de financiación del deudor, dimane de una fuente enteramente distinta: un nuevo contrato de préstamo⁶⁹⁸. Probablemente es por ello que, a diferencia del sistema español, el legislador francés no se ande con tapujos en la regulación de «*l'hypothèque rechargeable*» y reconozca abiertamente que, por su medio, pueden garantizarse *créditos distintos* de aquellos para los que fue constituida (cfr. art. 2422 *Code civil*).

En definitiva, en estos supuestos hay en rigor dos obligaciones, nacida cada una de ellas de un negocio diferente y jurídicamente independiente, como son el préstamo originario y el nuevo que ahora se concierta. Y ello aunque sean celebrados entre los mismos

⁶⁹⁷ GALICIA AIZPURUA, *Causa...*, cit., pp. 139 y ss.

⁶⁹⁸ Sobre este riesgo ya advertía HERNÁNDEZ ANTOLÍN, “Breve análisis...”, cit., p. 1240, antes incluso de la modificación de la Ley en el año 2007. Y decía: aun cuando la norma no exija de forma expresa que la subrogación o la novación modificativa deban alcanzar solo al principal del préstamo *pendiente de pago*, no puede admitirse a las partes documentar la operación por el total inicialmente concedido (omitiendo los importes ya amortizados), si lo que pretenden de esta forma es encubrir nuevas concesiones de crédito que aprovechen el rango de la primera hipoteca, en perjuicio de los acreedores posteriores. Estos últimos deberán hacer valer sus derechos en la vía procesal oportuna (generalmente, mediante una tercería de mejor derecho) y denunciar lo que dicho autor denomina «la revitalización del préstamo».

sujetos y aun cuando se pacten las mismas condiciones de amortización, tipo de interés, etc., para ambas obligaciones. Solo desde un punto de vista económico puede entonces decirse que hay una única deuda por el todo. Pero jurídicamente es forzoso reconocer que cada contrato genera una obligación independiente, cuyo régimen jurídico vendrá determinado por la fuente de la que dimana. Tan es así que la prescripción de cada una de las obligaciones tendrá un cómputo separado; del mismo modo, la validez de cada negocio y, por ende, el nacimiento jurídico de cada obligación, deberán valorarse en función de las circunstancias concurrentes al celebrar cada uno de ellos, de modo que uno podrá ser válido y el otro sin embargo nulo, sin que la ineficacia se extienda de uno a otro⁶⁹⁹. En definitiva, la pretendida «ampliación» no es sino un nuevo crédito fruto de una posterior entrega de capital convenida entre las partes, por lo que no hay sustitución del objeto de la obligación, sino acumulación, a una obligación previa, de otra nueva⁷⁰⁰. Y es que en estos casos no se está en presencia de un contrato de crédito que atribuya al deudor el derecho a una nueva disposición dentro de un límite, sino de un préstamo completamente nuevo que el acreedor puede conceder o no y el deudor consentir, con total libertad para ello⁷⁰¹.

En resumen, la ampliación de capital, aun pudiendo articularse *inter partes* como elongación de la misma obligación, frente a terceros será siempre una nueva, pues tal pacto de identidad opera en su perjuicio (art. 1255 CC) y hace inviable la subsistencia pretendida por las partes. Con lo que en su presencia habrá de entenderse que se trata de dos deudas «acumuladas». Es más, como sostiene CASTILLA BAREA, “para que se produzca la acumulación es necesario que, además de ser compatibles, las dos obligaciones sean independientes, en el sentido de que la nueva obligación no altere ningún elemento de la primera, ni principal ni secundario: sigo debiendo la entrega de la cosa al acreedor y, además, le debo un servicio. Al ser independientes, la ineficacia de la

⁶⁹⁹ SARMIENTO RAMÓS, J., en el *Informe* de defensa de la nota de calificación registral, en el recurso resuelto por la RDGRN de 8 de junio de 2002 (RJ 2002, 8989), citado por DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., p. 211.

⁷⁰⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., p. 212. Así había venido a decirlo incluso la Dirección General [vid. por todas la RDGRN de 17 de enero de 2002 (RJ 2002, 4588)]: “ciertamente, puede plantearse si frente a terceros (...) no habrá de entenderse que existen dos obligaciones, pero entre las partes contratantes han de primar los efectos de su voluntad que es establecer un único y uniforme régimen jurídico contractual para la obligación resultante o, si se quiere, para la total deuda resultante de la acumulación de dos obligaciones, unificando su pago a los efectos previstos en el artículo 1169 del Código Civil, régimen convenido cuyos efectos vincularán también a sus causahabientes o a cualquiera que voluntariamente quiera asumir el pago de la deuda”.

⁷⁰¹ TENA ARREGUI, “Hacia un nuevo...”, cit., p. 38.

primera obligación no acarreará la ineficacia de la segunda”⁷⁰². Eso es justamente lo que sucede aquí: las dos obligaciones, independientes como son, se acumulan y son debidas al acreedor.

El artículo 1203.1 CC no se opone, por el contrario, a la pervivencia de la obligación modificada cuando las partes convienen una reducción de la cuantía de la deuda, aun cuando la alteración afecte a uno de los elementos que enuncia dicho precepto (“el objeto”), pues no concurre el presupuesto que motiva su aplicación: el perjuicio a terceros. En efecto, la minoración del importe debido solo puede repercutir en su beneficio: menor será la cuantía de la que queda respondiendo el garante y menor será, de igual forma, el impacto que sobre el patrimonio del deudor producirá el cobro del crédito preferente⁷⁰³.

Por lo demás, no se alcanza a entender del todo la razón de esta última previsión legal, que muy probablemente responda al solo hecho de contraponer ambas variables (ampliación y reducción). En efecto, mientras la primera se da con gran frecuencia en la práctica (aunque encierre una verdadera concesión de crédito distinta de la precedente), el supuesto de hecho que podría dar lugar a la segunda probablemente se constriña a una posible condonación de la deuda por el acreedor, única hipótesis en la que cabría hablar de “pacto de reducción de capital”. No así, por ejemplo, cuando lo que acontezca sea una amortización parcial de la deuda, pues no habrá entonces modificación del préstamo sino mero cumplimiento de la obligación contraída. En cualquier caso, que el legislador contemple ambas circunstancias conjuntamente sugiere a primera vista que no está pensando en la posición de los terceros registrales y en la oponibilidad del pacto frente a ellos, del mismo modo que no lo hacía cuando preveía, ya en el año 1994, junto a la «mejora» de las condiciones del tipo de interés, la posible ampliación del plazo, es decir, junto a una medida favorable a sus intereses, otra que claramente podía perjudicarles. La razón: no estaba regulando la posible oponibilidad del pacto y sí solo marcando los confines de las reducciones fiscales y arancelarias.

⁷⁰² CASTILLA BAREA, GALICIA AIZPURUA, GONZÁLEZ CARRASCO, MADRAZO LEAL, y CONESA PÉREZ, “Eficacia...”, cit., p. 1171.

⁷⁰³ En este sentido, la STS 126/2015, de 17 marzo (RJ 2015, 1317) reputa oponible al fiador la reducción de la deuda garantizada, en la medida en que no le genera ningún perjuicio. Y de la misma forma, las SSTs de 8 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5333) y 7 de abril de 1975 (RJ 1975, 1412) sostienen que “la reducción de la cuantía de la deuda no implica la novación extintiva de la obligación”.

Ha quedado sentado, en suma, que desde el punto de vista obligacional lo que subyace tras una ampliación de capital no es una cuestión novatoria (modificativa ni extintiva), sino simple y llanamente una obligación nueva que se adiciona a la anterior y a la que trata de darse apariencia de conjunto. Ahora, aunque se admitiese que esto último es así, y que la obligación resultante conforma una unidad, aún restaría cuestionarse qué reflejo podría tener la modificación, en forma de ampliación de la cuantía de la deuda, en el ámbito del derecho real de hipoteca y frente a terceros registrales intermedios.

Sin ánimo de reiteración y comoquiera que esta cuestión ya ha sido tratada en diferentes lugares de este trabajo, únicamente ha de recordarse lo siguiente. La «responsabilidad máxima» constituye un elemento esencial en la constitución de toda hipoteca (cfr. art. 241 RH), de ahí que se haya concluido, en cuanto a la modificación de las condiciones del tipo de interés, que el aprovechamiento pleno del rango registral del gravamen sobre cuya obligación subyacente se proyecta el negocio modificativo debe depender exclusivamente de no desbordar ni en un céntimo la cifra de responsabilidad hipotecaria inscrita⁷⁰⁴.

Existe, no obstante, una notable diferencia entre la garantía que se constituye para salvaguarda de los intereses que devengue la obligación principal y la que asegura esta última. Pues si bien en el primer caso la cifra de responsabilidad actúa como límite máximo del que queda respondiendo la finca por tal concepto y dentro de ese margen puede fluctuar la cuantía realmente debida (nótese que los intereses no son de habitual garantizados por la cantidad total a devengar durante toda la vida del préstamo sino dentro de los márgenes que establece el artículo 114 LH), la «responsabilidad máxima por capital» no es sino plasmación del principal prestado. De tal forma que difícilmente puede concebirse que, aumentándose el capital, no resulte rebasada la cifra de responsabilidad, que no es sino representación de aquel. En definitiva, aplicando la misma doctrina ya expuesta en lo relativo a la alteración de los intereses, la obligación modificada podrá quedar asegurada mediante la hipoteca ya inscrita siempre y cuando no rebase ni en un céntimo la cifra de responsabilidad hipotecaria que consta en el asiento registral: así, ningún inconveniente plantea la *reducción de capital*, a diferencia de su ampliación, que conllevará siempre y en todo caso, en las hipotecas de tráfico, el necesario incremento de la «responsabilidad máxima por capital» como elemento

⁷⁰⁴ REY PORTOLÉS, “¿El rango registral...?”, cit., pp. 110-111.

sustancial de toda hipoteca y límite para la oponibilidad del gravamen frente a titulares posteriores perfectamente avisados de su existencia y extensión (cfr. art. 241 RH).

La razón de la puntualización respecto a las hipotecas de tráfico ha quedado también explicitada en otro lugar: frente a ellas, las hipotecas de seguridad o máximo se constituyen en garantía de obligaciones parcialmente identificadas de las que se desconoce su cuantía final. Por este motivo, la «responsabilidad máxima por capital» actúa en tales casos como límite superior del gravamen, independiente de la cifra que arroje el crédito al que sirve de garantía. Y por eso mismo, la relación obligatoria que subyace podrá en principio ser modificada (o concretada), si bien la obligación resultante únicamente quedará asegurada en la medida en que no exceda del importe consignado en el Registro, o, mejor dicho, solo lo será dentro de ese límite. La cantidad restante, si la hubiere, estará desprovista de garantía, salvo que se constituya una nueva o se amplíe la hipoteca precedente (art. 81 LH), respetando siempre (es obvio) la prioridad de quienes en el periodo intermedio hubiesen adquirido derechos sobre la misma finca.

Este mismo planteamiento es el que intenta trasladarse a las hipotecas de tráfico: si se ha amortizado parte de la deuda, puede concederse un nuevo importe que quede cubierto con la misma hipoteca hasta el total de la cifra de responsabilidad inscrita⁷⁰⁵.

⁷⁰⁵ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “Las consecuencias...”, cit., p. 661: “señalado un máximo de responsabilidad hipotecaria y amortizado parte del préstamo garantizado, puede concederse por la misma entidad una ampliación de dicho préstamo, sin que esto suponga una nueva obligación para la que haya de constituirse una nueva hipoteca de rango inferior a la que garantizaba el primer tramo de principal prestado; siempre y cuando dicha ampliación quepa en el máximo de responsabilidad inicialmente pactado, sin tener que alterarlo o modificarlo”. En el mismo sentido se pronuncia DÍEZ GARCÍA, *Recargas...*, cit., pp. 179 y ss., por entender que la cifra de responsabilidad hipotecaria actúa como límite del perjuicio a terceros: estos ya conocían cuál sería el límite del riesgo que asumían como consecuencia de la preexistencia de una hipoteca sobre el inmueble y, por tanto, no resultarían perjudicados cuando el acreedor inicial no sobrepasara con sus ampliaciones esa cifra *máxima*, pues ya estarían (o deberían estar) suficientemente avisados.

Con ello se oculta, sin embargo, que el dato que refleja el Registro no es solo el de la cifra máxima de la que queda respondiendo la finca, sino asimismo el de la obligación que, garantizada, subyace, así como el de las circunstancias que rodean el pago voluntario de la misma (plazo, vencimientos, etc.), con lo que probablemente los terceros no estén tan avisados como quiere hacerse creer. En este sentido, pone de manifiesto PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos...*, cit., p. 134, que siendo frecuente en la práctica que el capital e intereses del préstamo garantizado con hipoteca estén sujetos a un sistema de amortización por cuotas periódicas, en cada una de las cuales se engloba a la vez que la restitución de una parte del capital el pago de los intereses vencidos (cfr. arts. 127 LH y 693 LEC), el principio de determinación registral exige la determinación exacta de la composición de las distintas cuotas (parte del capital, intereses) y de sus vencimientos, o bien la expresión de la fórmula matemática de la que, según el

Ahora bien, con ello se desconoce el carácter irrevocable del pago y sus consecuencias, especialmente importantes para los terceros. Como sostiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “una vez realizado el pago, la obligación correspondiente se extingue irrevocablemente. Las partes podrán acordar la constitución de una obligación idéntica a la anterior, pero no podrán resucitar la anterior ya extinguida. De ahí que la nueva obligación pactada no goce de la antigüedad ni de las mismas garantías, tanto personales como reales, que la anterior ya pagada. En esta irrevocabilidad del pago radica la defensa de los terceros, tanto acreedores como implicados accesoriamente en la obligación extinguida (así los fiadores)”⁷⁰⁶.

En estos terceros piensa precisamente la Dirección General en la solución que adopta para los supuestos de «ampliación de capital» con anterioridad a su cambio interpretativo. Siguiendo sus dictados, solo puede otorgarse cobertura real al incremento que en su *quantum* experimente la obligación garantizada mediante la ampliación de la hipoteca (cfr. arts. 81, 115 y 163 LH). Las partes han de constituir, caso de que quieran garantizar el importe añadido, un nuevo gravamen sobre la finca con el rango que determine la fecha de su inscripción. Frente a terceros debe entenderse que existen, entonces, dos obligaciones distintas y en definitiva dos hipotecas, puesto que en ningún caso puede perjudicarles la pretendida extensión de la deuda⁷⁰⁷.

Admitiéndose como se hace, sin embargo, que aquella conforma una unidad a la que resulta de aplicación un único régimen jurídico contractual (v. gr., unificándose su pago a los efectos previstos en el artículo 1169 CC), se atisba de inmediato un posible problema de imputación. Pues, en adelante, ¿a cuál de las dos deudas o partes de la

sistema de amortización elegido, resulte esta composición de cada fecha de vencimiento [RRDGRN 26 diciembre de 1990 (RJ 1990, 10497), 14 de enero de 1991 (RJ 1991, 588), 24 de abril de 1992 (RJ 1992, 3374) y 18 de enero de 1994 (RJ 1994, 240)]. Sea lo que fuere de esto, una cosa es clara: aun cuando el asiento registral solo dé cuenta del importe del que queda respondiendo la finca en concepto de «principal» y, por tanto, aun cuando la inscripción no dé mayores precisiones para conocer las circunstancias exactas de la deuda, lo único que el tercero puede ciertamente presuponer es que bajo la cobertura de la hipoteca existe un único crédito, tal y como se configura la hipoteca de tráfico en nuestro ordenamiento. Y no, desde luego, que pueda destinarse a cubrir cualesquiera nuevos créditos que el deudor contraiga con el acreedor hasta el límite de la primera deuda.

⁷⁰⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La imputación de pagos*, Montecorvo, Madrid, 1973, p. 40.

⁷⁰⁷ Vid. las ya citadas resoluciones de 11 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1470), 13 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1863) y 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5826), e idéntico criterio deriva de las RRDGRN de 22 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 698), 10 de enero de 2013 (RJ 2013, 2901), 4 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3058), 7 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3061) y 21 de abril de 2014 (RJ 2014, 3213).

deuda (a la garantizada mediante una hipoteca de rango preferente o a aquella sin garantía o asegurada con un gravamen de peor condición) habrán de imputarse los sucesivos pagos que realice el deudor? ¿Deberá hacerse a prorrata entre ambas? La cuestión última que se plantea es, en otras palabras, la de determinar si cabe la imputación a aquella parte de la obligación que no esté garantizada antes que a la que lo está, o bien si cabe realizarla a la parte asegurada con hipoteca de peor rango antes que a la que ocupa la primera posición en el folio registral. Cuál sea, en definitiva, el destino concreto de la prestación realizada.

2.2. La imputación de las prestaciones realizadas en pago de la «única» deuda resultante

La respuesta a aquellas preguntas debemos buscarlas en los artículos 1172 a 1174 del Código civil⁷⁰⁸. Y es que, como pone de manifiesto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, lo realmente determinante en orden a la aplicación de estos preceptos es que existan diversas deudas «a efectos de pago» o, lo que es lo mismo, que los diferentes pagos puedan desencadenar distintas consecuencias jurídicas. Por lo tanto, la pluralidad de deudas que determina la aplicabilidad de los artículos 1172 y siguientes del Código (“*el que tuviere varias deudas de una misma especie en favor de un solo acreedor...*”) no se corresponde ni mucho menos con una pluralidad de obligaciones totalmente independientes. Un claro ejemplo brinda el artículo 1173 CC en cuanto a la «deuda» de capital que produce interés: aunque ambas (la de abono del principal y la de abono de intereses) se integran en una misma relación obligatoria, desde el instante en el que puede producirse un pago separado de las mismas cabe considerarlas como deudas distintas en el sentido del artículo 1172 CC. La práctica demuestra, además, que en la mayoría de las ocasiones el problema se plantea precisamente cuando las varias deudas nacen de una misma relación obligatoria (v. gr., respecto de la pluralidad de rentas ya vencidas correspondientes a un mismo contrato de arrendamiento)⁷⁰⁹. Así, en la imputación de

⁷⁰⁸ A ellos se remite también la Dirección [vid. RDGRN de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5826)]: en las llamadas ampliaciones de préstamo hipotecario habrá de entenderse, frente a terceros, que existen dos obligaciones, mas “siendo la cuota de pago única, respecto de la delicada cuestión de a qué parte de crédito, al inicial o al ampliado, ha de imputarse el pago, con efectos frente a terceros, habrán de aplicarse las normas del Código Civil relativas a la imputación de pagos (cfr. artículo 1172, 1173 y 1174 del Código Civil)”.

⁷⁰⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La imputación...*, cit., pp. 65 y ss. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, II, 2008, pp. 596 y 597; CASTILLA BAREA, GALICIA AIZPURUA, GONZÁLEZ

pagos no se trata de contemplar a la obligación en el sentido pleno y omnicompreensivo de la palabra, sino en un aspecto muy concreto como es el del pago⁷¹⁰, del que constituye elemento esencial la imputación, pues es precisamente ella la que convierte a la prestación en tal «pago»⁷¹¹.

Por esta razón, parece evidente que cuando una obligación aparece escindida por las diversas garantías establecidas sobre partes de la misma en aseguramiento de su cumplimiento, existen varias deudas a efectos de pago. Y es que la división determinada por las garantías conlleva una diversa suerte para cada una de las partes de la obligación originaria en caso de incumplimiento. Así, como el mismo autor ejemplifica, “si soy acreedor de 100 y acepto que me paguen 30 no se puede hablar de la existencia de diversas deudas a efectos de imputación de pago, puesto que dará lo mismo a qué parte de mi crédito de 100 se impute esa prestación de 30. Pero si soy acreedor de 100 y el pago de la mitad está garantizado real o personalmente, al aceptar que me paguen 30, entonces sí puedo hablar de la existencia de diversas deudas a efectos de imputación de pagos, puesto que (...) se producirán *distintas consecuencias jurídicas* según que dicha prestación de 30 se impute a los 50 garantizados o a los 50 sin garantizar, por muy unitaria que sea la deuda de 100”⁷¹².

El concepto de responsabilidad constituye, de hecho, un elemento esencial de la obligación y, por tanto, su consideración es decisiva a la hora de configurar la unidad obligacional, de tal forma que si una deuda aparece escindida a efectos de

CARRASCO, MADRAZO LEAL y CONESA PÉREZ, “Eficacia...”, cit., p. 1290; MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario a los artículos 1172 a 1174 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil*, t. VI, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 8615.

⁷¹⁰ De esta forma lo interpreta también la doctrina alemana aun a pesar de que el BGB ofrece una dificultad que no muestra nuestro Código Civil, y es que en aquel se habla de varias “relaciones obligatorias” (§ 366) mientras que el Código utiliza el concepto más genérico de “deuda”: *vid.* al respecto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La imputación...*, cit., pp. 88 y ss.

⁷¹¹ SSTS de 25 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4953) y 24 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1519).

⁷¹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La imputación...*, cit., p. 93. Y sobre la intelección que deba darse al requisito que exige la existencia de una pluralidad de deudas, *vid.* en general pp. 65 y ss. En el mismo sentido, respecto de la posibilidad de aplicar las reglas subsidiarias de imputación existiendo una única deuda cuando se produce un pago parcial y la garantía no alcanza a cubrir la obligación íntegra: DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Imputación de pagos: régimen jurídico y propuestas de reforma”, *RDC*, 2, 2018, pp. 41-42. Un ejemplo similar nos ofrece la STS de 21 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6084), en la que se discute a qué deuda debe imputarse el pago realizado por el deudor en el marco de un contrato de préstamo que dividía el capital prestado en dos partes, una de las cuales devengaba el interés del 6% anual mientras que la otra no devengaba intereses inmediatos. Así, se entiende que, dado el fraccionamiento del préstamo, a efectos de imputación concurren dos deudas distintas.

responsabilidad lo correcto es, en puridad, hablar de dos deudas. Y es que si bien en última instancia el deudor responde con todo su patrimonio de toda ella (art. 1911 CC), el hecho de que aparezca reforzada personal o realmente conlleva una alteración cualitativa de dicha responsabilidad. Lo que se aparece con toda claridad en los supuestos de ejecución forzosa, bien individual bien colectiva; en particular, resulta de todo punto ficticio mantener, en el ámbito del concurso, la existencia de una sola obligación cuando una parte de la misma va a salvarse de la masa pasiva, mientras que la otra va a quedar sometida al principio de la *par conditio creditorum*⁷¹³.

Por lo tanto, independientemente de que quiera defenderse que como consecuencia de la mal llamada «novación modificativa» la obligación persiste íntegra, deberá entenderse, a efectos de imputación, que existe una diversidad de deudas, puesto que la cantidad ampliada o bien quedará sin garantizar o bien habrá de serlo mediante un nuevo gravamen de rango posterior en presencia de terceros. Así, de la aplicación de los artículos 1172 a 1174 del Código resultará cuál es el concreto destino que haya de darse a las prestaciones realizadas por el deudor en cumplimiento de esa deuda «única».

Más exactamente, el primero de los artículos enunciados hace depender la imputación de la voluntad del deudor declarada al tiempo de llevar a cabo la prestación (art. 1172, párrafo primero, CC), previsión que conecta con el *favor debitoris* que domina todo el campo de las obligaciones y, en especial, el de la imputación de pagos, así como con el criterio lógico según el cual quien puede lo más (no pagar), puede lo menos (pagar lo que quiera)⁷¹⁴, con el límite que lógicamente representa el artículo 1173 CC respecto de la deuda que produce interés⁷¹⁵. Sobre tal voluntad puede tratar de influir el acreedor

⁷¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La imputación...*, cit., p. 164.

⁷¹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La imputación...*, cit., p. 121. En la medida en que se trata de una declaración dirigida al acreedor y puesto que este no tiene por qué someterse a un pago inexacto o parcial (arts. 1166 y 1169), debe adjudicársele a dicha declaración una naturaleza recepticia [SSTS de 25 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4953), 24 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1519), 21 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6084) y 19 de abril de 2016 (RJ 2016, 3854)]. Recuérdese que se ha admitido además la imputación tácita [SSTS de 21 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6084) y 22 de junio de 1987 (RJ 1987, 4543)], pero solo cuando aparece con absoluta claridad: v. gr. cuando el deudor entrega una cantidad de dinero que coincide exactamente con una de las deudas existentes o cuando realiza la prestación en la forma previamente acordada entre las partes (por ejemplo, mediante transferencia a una cuenta corriente abierta en un determinado banco).

⁷¹⁵ Cfr. asimismo el límite que impone el párrafo segundo del artículo 1684 CC, cuando el *accipiens* acreedor actúa a la vez como socio administrador, pues el deudor puede hacer uso de la facultad de elección “en el solo caso de que el crédito personal del socio le sea más oneroso”.

proponiéndole una determinada imputación que, en todo caso, aquel podrá aceptar o rechazar de forma totalmente libre (art. 1172, párrafo segundo, CC). Y en ausencia de cualquier manifestación al respecto (bien por el deudor bien por el acreedor con aceptación del primero) se aplicará la imputación legal supletoria del artículo 1174 CC, en virtud de la cual el pago se entenderá primeramente realizado en favor de aquella cuyo cumplimiento sea más favorable para los intereses del deudor; o sea, “*se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor entre las que estén vencidas*”, y solo en el caso de que no pueda determinarse cuál de ellas lo es, por ser todas “*de igual naturaleza y gravamen*”, el pago se imputará a todas a prorrata.

Este último supuesto de imputación legal supletoria es previsiblemente el que encontraremos en la hipótesis que nos ocupa. En efecto, si las partes han articulado la «ampliación de capital» como mera «novación modificativa», de tal suerte que la obligación resultante sea única, ningún sentido tendría que, en el instante de realizar la prestación, deudor o acreedor distinguiesen a efectos de imputación entre una y otra deuda. Entonces, a falta de cualquier declaración o pacto al respecto, parece que habrá que aplicar el criterio que con carácter preferente prevé el artículo 1174 CC, o sea, la imputación del pago genéricamente realizado a la deuda que mayor onerosidad presenta para el deudor (de entre las vencidas⁷¹⁶).

Como con toda claridad explica BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, lo que normalmente se produce en la mayor parte de esos casos es una imputación parcial indiscriminada a la deuda o deudas en cuestión, que suele tener un carácter tácito, dado que son habitualmente las únicas existentes entre las partes y tienen un origen común. Una

⁷¹⁶ Vid. respecto del requisito del vencimiento de la deuda y los problemas que plantea desde el punto de vista del *favor debitoris*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La imputación...*, cit., pp. 267-275; y MARÍN LÓPEZ, “Comentario a los artículos 1172 a 1174 del Código civil”, cit., pp. 8632-8633. Y es que, si bien es cierto que las obligaciones inexigibles son con mucho las menos onerosas para el deudor y, por lo tanto, las que deben quedar relegadas para el final en la imputación legal de pagos, la excesiva rigidez de nuestro ordenamiento no admite posibles excepciones a dicha regla. Y estas efectivamente pueden existir cuando, por ejemplo, la onerosidad de una deuda todavía no vencida es abrumadoramente superior a la de las ya exigibles o si falta poco para que aquella venza. “Es obvio que en estos supuestos excepcionales la deuda no vencida puede ser objetivamente más onerosa que las ya vencidas, aun computando para ello la circunstancia de su inexigibilidad actual. Y, sin embargo, el criterio rígido del artículo 1174 del Código civil no permite apreciar tal circunstancia, en contra del principio del «favor debitoris»”, lo que podría salvarse, *de lege ferenda*, incluyendo el factor de la exigibilidad como uno más en la valoración de todos los aspectos determinantes del grado de onerosidad de una deuda [BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La imputación...*, cit., pp. 272-273].

primera solución podría consistir en prorratear los diversos pagos a cuenta entre las dos deudas o las dos partes de la deuda (según se piense que forman dos o una), lo que podría responder a la voluntad real de los interesados al designar genéricamente toda la deuda como objeto de cada una de sus prestaciones. Sin embargo, no parece la solución más acertada, habida cuenta de que las partes, al realizar tal designación genérica, normalmente no pensarán en absoluto en el destino concreto de la prestación en cuestión (ni en un prorrateo ni en la imputación a una u otra parte de la deuda). Luego solo la imputación genérica expresa orientada al prorrateo podría conducir a tal interpretación. Por contra, cuando lo que hay es un vacío en la voluntad de los sujetos, las que han de entrar en juego son las previsiones del artículo 1174 CC. Este precepto no contiene normas interpretativas sino supletorias, las cuales se imponen siempre que no hayan sido excluidas por la voluntad de las partes. Pero son normas que se construyen sobre lo que normalmente quieren estas y, en este particular caso, sobre lo que quiere el deudor, por ser a quien corresponde el papel determinante a la hora de la imputación. Ello explica que el criterio del reparto proporcional tenga el carácter de último recurso, y que sobre él prime el criterio de extinguir la deuda más onerosa, tal y como suelen preferir la mayoría de los deudores⁷¹⁷. Ahora, ¿a cuál de las descritas debe otorgarse semejante consideración en nuestro caso?

Existiendo una deuda garantizada y otra carente de garantía, o bien estando una de ellas asegurada mediante una hipoteca preferente y la otra a través de una de peor condición (rango), la respuesta sobre cuál deba reputarse más onerosa se antoja relativamente sencilla: lo será la hipotecaria frente a la simple, o la garantizada a través de la hipoteca de mejor rango frente a la ulterior. De tal forma que los pagos a cuenta no específicamente imputados a la deuda sin garantía o de peor condición, habrán de atribuirse primero a la deuda garantizada (con hipoteca preferente), hasta su extinción.

Se trata, sin embargo, de una cuestión discutida, por cuanto se ha sostenido que la existencia de un mayor refuerzo para la deuda no implica una mayor onerosidad para el deudor, si se tiene en cuenta que la garantía solo sirve para asegurar el cumplimiento de la obligación y es ajena por ello a la idea de “onerosidad”, la cual va referida al mayor gravamen económico a que da lugar una obligación mientras no sea cumplida o si no es voluntariamente (intereses, pena convencional, etc.). Y, en cualquier caso, se ha

⁷¹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La imputación...*, cit., pp. 165-167.

defendido que en este particular supuesto debería exceptuarse la aplicación del artículo 1174 CC por razón de la buena fe exigible en el tráfico jurídico: se considera contraria a ella una imputación de pagos encaminada a extinguir primero las obligaciones garantizadas en «fraude» del acreedor, un fraude al que el artículo 1174 CC de ninguna forma podría dar cabida⁷¹⁸.

No obstante, siguiendo a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, cabe rebatir tales argumentos tanto desde una perspectiva literal y sistemática como finalista. En cuanto a la primera, basta contrastar la solución adoptada en otras legislaciones (en particular, en el § 366 del BGB) para comprender que, si en él se introduce en el orden de prelación de imputaciones legales el criterio de dar preferencia a la deuda menos garantizada, anteponiéndolo a la regla de mayor onerosidad, es precisamente porque el parámetro de la mayor onerosidad no resolvería el orden en ese sentido (o sea, priorizando la deuda que menor garantía ofrezca) sino en el contrario. Es decir, con el solo criterio de la «mayor onerosidad», la prestación realizada se imputaría al pago de la deuda que mayores garantías ofreciese al acreedor, por tratarse de la más onerosa desde la perspectiva de los intereses del deudor. De ahí que el legislador alemán, queriendo revertir el orden al que conduciría la aplicación de tal regla, introduzca una previa que otorga preferencia a la deuda menos reforzada⁷¹⁹.

La interpretación sistemática, por su parte, conduce a igual conclusión, atendido el contenido del artículo 1866, párrafo segundo, del Código civil, en virtud del cual, “[s]i mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda”. Y es que este precepto carecería de sentido si, siendo ambas deudas dinerarias, el acreedor

⁷¹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La imputación...*, cit., pp. 243 y ss.

⁷¹⁹ Este mismo criterio se recoge en los artículos 7:109 de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL), 6.1.12 de los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales (PICC) y 2:110 del Marco Común de Referencia (DCFR) [vid. AA.VV., *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, coord. por C. Jerez Delgado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015], cuando en el orden legal supletorio, aplicable en ausencia de voluntad de las partes, priorizan la imputación en favor de “la obligación que ofrezca menor nivel de garantías para el acreedor”, y reproducen después el criterio de la onerosidad: “la obligación que resulte más onerosa al deudor”. Parece claro, entonces, que conforme a este último criterio no solo no se imputaría el pago a la deuda menos garantizada sino, muy al contrario, a la que mayores garantías ofreciese al acreedor, por tratarse, insistimos, de la más onerosa desde el punto de vista de los intereses del deudor.

podiese imponer directamente al deudor la extinción prioritaria de la obligación no garantizada por la prenda. Sin embargo, el criterio que impone el artículo 1174 CC es precisamente el contrario.

Por último, desde un punto de vista lógico, ha de tenerse en cuenta que la onerosidad se mide en función del mayor o menor sacrificio económico que se impone a un patrimonio, en este caso, el del deudor. Será, entonces, «deuda más onerosa» aquella que genere de manera directa una mayor carga patrimonial para el obligado, o, *sensu inverso*, la que menor perjuicio le reporte en caso de incumplimiento. En definitiva, la que más perjudicial le resulte en cualquier sentido⁷²⁰. Y en tal perspectiva, es claro que un patrimonio gravado con deudas garantizadas vale menos que otro sobre el que pesan simples deudas sin garantizar, hasta el punto de que la existencia de garantías hace disminuir significativamente las posibilidades de su titular de obtener nuevos créditos.

Por lo que respecta al supuesto fraude que encubre la concesión de prioridad en la imputación de pagos a las deudas garantizadas, no puede compartirse semejante opinión de ninguna forma. La garantía, real o personal, que el deudor pueda acceder a constituir como refuerzo de un crédito, no puede en ningún caso extenderse a los demás contraídos con el mismo acreedor, los cuales siguen sometidos, lógicamente, a su régimen ordinario. Esta suerte independiente de los distintos créditos que un acreedor ostenta frente a un mismo deudor se observa con claridad en el diferente tratamiento que a los mismos se otorga en las situaciones concursales, en las que solo se salva el crédito garantizado, pero no los demás que pudiera ostentar el mismo acreedor frente al concursado. Aún más: no hay razón para que los restantes acreedores reciban, respecto de sus derechos de crédito carentes de garantía, una menor protección que el acreedor que ha conseguido garantizar real o personalmente uno de sus varios créditos. En fin, conforme al régimen de toda obligación (garantizada y no garantizada), que se basa en el principio del *favor debitoris*, el deudor, que puede lo más (no pagar voluntariamente), también puede lo menos (pagar el crédito que quiera), sin que quepa en el ejercicio normal de sus derechos detectar ningún fraude a los intereses del acreedor cuando sus créditos no asegurados resultan sometidos a su propio régimen de responsabilidad

⁷²⁰ Vid. la STS de 19 de abril de 2016 (RJ 2016, 3854): la onerosidad hace referencia al mayor o menor sacrificio económico que se impone al patrimonio del deudor, para lo cual debemos poner la deuda en relación con las consecuencias que su impago pueda producir dentro de la relación obligatoria en la que se inserta.

genérica del patrimonio del deudor (art. 1911 CC). En definitiva, la conducta de este último encaminada a extinguir primero las deudas garantizadas, no solo no es fraudulenta, sino que resulta lógica y acorde a sus intereses, sin que perjudique los (por otro lado) igualmente legítimos del acreedor⁷²¹.

Podemos concluir, entonces, que de acuerdo con el criterio de onerosidad que establece el artículo 1174, párrafo primero, del Código civil, si se da una falta de imputación voluntaria concreta (jurídicamente relevante), la prestación realizada deberá reputarse hecha en pago de la deuda más onerosa, o sea, la garantizada hipotecariamente frente a la carente de garantía⁷²² o la cubierta mediante la hipoteca preferente si se hubiese constituido una hipoteca posterior en rango para garantizar el importe de la ampliación. Nótese en este sentido que, comoquiera que la efectividad de la segunda hipoteca está condicionada al cumplimiento voluntario de la obligación garantizada mediante la que le precede en rango (que hasta entonces comprime su poder expansivo), será más onerosa para el deudor, a efectos de imputación legal, en tanto que más perjudicial, la que mayor sacrificio supone para su patrimonio, es decir, la preferente⁷²³.

En consecuencia, no solo es preciso establecer una jerarquía entre las diversas garantías posibles, en la medida en que unas son más onerosas que otras por gravar con mayor intensidad el patrimonio del deudor en un sentido económico (v. gr., las deudas con garantía real frente a las deudas con garantía personal, y entre las primeras las que recaen sobre bienes inmuebles frente a las que lo hacen sobre bienes muebles)⁷²⁴, sino también entre aquellas que sean de la misma naturaleza e incluso recaigan sobre el mismo bien inmueble. Y a tal efecto ninguna duda cabe de que deberá atenderse al orden que ocupan en el Registro, pues el principio de prioridad registral determina distintas consecuencias en el impago de una y otra: la ejecución forzosa de la hipoteca

⁷²¹ Sobre todo ello vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La imputación...*, cit., pp. 243-249. En el mismo sentido, MARÍN LÓPEZ, “Comentario a...”, cit., pp. 8634-8635; y VATTIER FUENZALIDA, “Contribución...”, cit., pp. 47-48.

⁷²² SSTS 22 de octubre de 1968 (RJ 4436), 1 de diciembre de 1970 (RJ 5252) y 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6828). Esta última afirma rotundamente: “es indiscutible que dentro del conjunto del pasivo del deudor, las obligaciones hipotecarias o, asumidas por el mismo con esa garantía, le serán más gravosas que las ordinarias por su indiscutible proyección patrimonial, como toda garantía real, sobre cualquier otra deuda de carácter personal”.

⁷²³ Vid. respecto del rango y la consideración económica de cada hipoteca, lo señalado en el apartado 4.4.1. del capítulo II.

⁷²⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La imputación...*, cit., p. 250.

de mejor rango por incumplimiento de la deuda con ella garantizada producirá la purga de la segunda; no así cuando las cosas transcurran al revés, pues en ese caso el rematante habrá de aceptar las cargas y gravámenes anteriores y quedará subrogado en ellos (cfr. arts. 692.3, 668.2, 669.2, 670.5 y 674 LH y 134 LH).

Ahora bien, tal y como adelantábamos antes, la aplicación del artículo 1174 CC no solo queda eliminada por la existencia de una voluntad expresa del deudor, sino también por la presencia de un acuerdo previo entre las partes sobre la forma de imputación de las sucesivas prestaciones que se vayan produciendo («imputación convencional»)⁷²⁵. Esto es así, no tanto porque no rija en estos casos el principio de libertad a favor de quien paga voluntariamente (aun en contra de lo pactado y sin perjuicio de que el acreedor pueda rechazar el pago *ex* artículo 1169 CC, devolviendo la cosa recibida), sino porque, a falta de una manifestación del deudor en favor o en contra de lo antes convenido, merece prioridad como criterio supletorio la voluntad que expresó con antelación frente a lo establecido por el propio ordenamiento, pues este, si bien tiene en cuenta el interés del obligado (*favor debitoris*), lo hace siempre de manera abstracta. Ello explica que el artículo 1174 CC no se aplique, en principio, a un contrato de cuenta corriente, ni aun a una mera situación de cuenta corriente, en la que se presume la existencia de un tal acuerdo tácito entre ambas partes⁷²⁶.

A la vista de lo anterior, cabe cuestionarse si, ampliado el capital de un préstamo y constituida una hipoteca posterior en garantía de la nueva suma concedida por existir terceros registrales intermedios, es o no admisible el acuerdo de las partes por el que convengan la imputación de las sumas que en adelante abone el deudor al pago preferente de la deuda garantizada con la hipoteca postergada. Es decir: ¿se produciría con ello un hipotético perjuicio a los acreedores intermedios que estos no estén obligados a soportar? A nuestro modo de ver, la respuesta es negativa y, por tanto, el pacto, en principio, lícito. Y es que si bien *a priori* se aparece más favorable a los intereses del deudor extinguir primeramente aquella deuda que le resulta más onerosa, o sea, la garantizada con hipoteca de mejor rango, podrá ciertamente elegir la que (voluntariamente) desea pagar. El deudor es libre, entonces, de decidir si opta por el

⁷²⁵ STS de 22 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1270).

⁷²⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La imputación...*, cit., pp. 236-237; DOMÍNGUEZ LUELMO, “Imputación de...”, cit., p. 27. En el mismo sentido, las SSTS de 23 de noviembre de 1987 (1987, 8642) y 1162/1999, de 31 de diciembre (RJ 1999, 9151).

pago de una u otra, independientemente de la naturaleza y consistencia de las garantías que las acompañen: quien puede lo más (no pagar voluntariamente), puede lo menos (pagar lo que quiera). Y no se percibe aquí perjuicio a los terceros titulares intermedios, a quienes indudablemente solo podrá oponérseles la carga en las condiciones en las que accedió al Registro con anterioridad a su derecho. El posible fraude a sus intereses que, en un caso particular, pueda producirse, habrá de acreditarse *in casu*.

Cuestión bien distinta será que el pago tenga lugar al margen de la voluntad del deudor, esto es, que se produzca como resultado de una ejecución forzosa, en cuyo caso no solo desaparece la problemática de la imputación, dado que todo el procedimiento judicial viene condicionado por el crédito que reclama el acreedor⁷²⁷, sino que, evidentemente, recayendo sobre un inmueble gravado, regirán las normas antes señaladas en cuanto a la purga de las cargas posteriores y la subsistencia y subrogación del rematante en las que anteceden. Del mismo modo, la imputación tampoco responderá a la libre voluntad del deudor cuando la cláusula de imputación de pagos haya sido impuesta por el acreedor, si bien la misma deberá reputarse ineficaz cuando, teniendo aquel la condición de consumidor, presente un carácter abusivo por provocar un importante desequilibrio entre las partes (art. 82.1 TRLGDCU)⁷²⁸.

Precisamente, tal fue el caso enjuiciado por la SAP de Guipúzcoa de 31 de marzo de 2017 (AC 2017, 292), en el que se había incluido una cláusula en un contrato de préstamo celebrado con consumidores, por la que quedaba preestablecido un determinado orden en la imputación de los pagos: “*los pagos que efectúe la parte prestataria se imputarán por el siguiente orden: gastos, costas judiciales, tributos, intereses de demora, comisiones, intereses ordinarios y principal de la deuda pendiente de pago*”. La Audiencia consideró que la cláusula, que no había sido negociada con el consumidor prestatario, generaba un perjuicio y desequilibrio importante para él, pues le privaba de la imputación de pagos que el Código civil reserva al deudor y favorecía injustificadamente a la entidad prestamista, que, haciendo uso de una facultad discrecional y arbitraria, podía incluso aplicar los pagos a una deuda pendiente distinta de la garantizada con la hipoteca (desde luego la más gravosa desde la perspectiva del referido deudor, dado que el impago podría tener como consecuencia la pérdida del bien hipotecado, que puede ser la vivienda habitual) y

⁷²⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La imputación...*, cit., pp. 132.

⁷²⁸ DOMÍNGUEZ LUELMO, “Imputación de...”, cit., pp. 38-40.

alegar el incumplimiento del contrato de préstamo que diese lugar a su resolución y vencimiento anticipado. Se estima, por ello, que la cláusula es nula de pleno derecho.

Cierto es que una cláusula de este tipo no está contemplada en el elenco de las que son «en todo caso» abusivas (art. 86.4 TRLGDCU), si bien sí parece tener cabida tanto en el artículo 86.7 TRLGDCU («*la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos de consumidor*») como en la rúbrica general del artículo 86 TRLGDCU («*cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas*»), sin perjuicio de que quepa siempre en última instancia juzgar su carácter abusivo conforme al criterio general de abusividad del artículo 82.1 TRLGDCU. En todo caso, es abusiva la cláusula que directa o indirectamente despoja o limita la posibilidad que el artículo 1172 CC concede al consumidor de hacer la imputación de pagos. Y aunque pueda resultar más dudoso si lo son aquellas cláusulas que fijen cuáles son los criterios a considerar para valorar la onerosidad de las deudas en el marco del artículo 1174 CC, parece que lo serán siempre que prescindan del *favor debitoris* y atiendan únicamente a criterios favorables a los intereses del acreedor (v. gr., la cláusula que disponga que habrán de entenderse pagadas, en primer lugar, las deudas que no tengan garantías reales)⁷²⁹.

2.3. A modo de conclusión

A modo de corolario de cuanto hasta aquí se ha expuesto, cabe decir que, tras el acuerdo de las partes encaminado a «ampliar el capital» de un préstamo, no subyace por lo general una cuestión novatoria (entendida en el sentido técnico-jurídico de extintivo-constitutiva), ni aun «modificativa». Se está por el contrario ante una obligación nueva que deriva de un contrato de préstamo distinto al previamente formalizado y al que trata de darse apariencia de unidad por recaer sobre un objeto que permite su adición desde el punto de vista económico: el dinero. Aún más: aun cuando quiera admitirse que las partes son libres de configurar la nueva relación obligatoria como modificación de la que ya existía entre ellas, tratándose de un préstamo hipotecario, la Dirección ha impedido (por lo menos hasta el año 2015), con base en las reglas y principios que rigen la constitución y ampliación de la hipoteca como derecho real de garantía, otorgar

⁷²⁹ MARÍN LÓPEZ, “Comentario a...”, cit., p. 8624.

transcendencia real a la ampliación frente a aquellos terceros que en el periodo intermedio hayan adquirido derechos sobre la finca. Es decir, ha de respetarse su prioridad y la inmutabilidad de la carga que les antecede, la cual pervive en idénticas condiciones a las que constaban cuando aquellos adquirieron su derecho. Así, debe entenderse que existen dos deudas distintas y dos hipotecas en caso lógicamente de que las partes opten por garantizar realmente la suma en la que haya sido «ampliado» el crédito –pues pueden acarodar también una ampliación sin garantía alguna–. En cualquier caso, esta situación puede plantear un problema de imputación de las prestaciones que en adelante realice el deudor en pago de esa deuda «única», problema que ha de resolverse conforme a los criterios de los artículos 1172 a 1174 del Código civil y, en todo caso, procurando salvaguardar el *favor debitoris*.

Sin embargo, aún queda una incógnita por despejar, pues no se ha dilucidado todavía cuál es el objetivo perseguido por legislador a través de la tantas veces citada previsión contenida en el artículo 4.2.i) de la Ley 2/1994, ni qué consecuencias jurídicas deben unirse a ella; incertidumbre que de alguna forma se acrecienta si se tiene en cuenta que no extiende a esta operación el beneficio fiscal previsto para las dos modificaciones ya estudiadas (condiciones del tipo de interés y plazo). A todo ello tratará de darse respuesta más abajo.

3. La variación en el método o sistema de amortización y en cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo

Otra de las novedades que introduce la Ley 41/2007 se refiere a la posibilidad de que “*las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios*” vayan dirigidas a variar “*el método o sistema de amortización*” o “*cualquiera otras condiciones financieras del préstamo*”. El principal cambio radica en esta segunda previsión, pues la primera posibilidad ya se entendía comprendida, al menos por lo que al pago de intereses se refería, dentro de la categoría más general de modificación de las «condiciones» del tipo de interés⁷³⁰. Se trata, en todo

⁷³⁰ TOMÁS RUBIO, *La Ley de subrogación...*, cit., pp. 232-235, quien, además, se anticipa al cambio legal y sostiene que la alusión a las «condiciones del tipo de interés» no puede entenderse como alusivo al conjunto de las «condiciones financieras» del crédito hipotecario: si el legislador hubiera querido permitir la modificación beneficiosa de cualquier aspecto financiero del crédito hipotecario, así lo habría consignado, máxime cuando la expresión «condiciones financieras del préstamo hipotecario» es habitual en la legislación.

caso, de una variación que solo alcanza al modo de ejecución de la obligación, alejada por tanto del ámbito de la novación y que en nada parece afectar, por lo demás, a los intereses de terceros, con lo que difícilmente podrán oponerse a la variación.

Mayor interés suscita, en cambio, la segunda de las previsiones. Son «condiciones financieras del préstamo», a juicio de GÓMEZ GÁLLIGO, todas las consideradas como tales en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios [posteriormente derogada por la vigente Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios]⁷³¹. Importantes dudas guarda sin embargo al respecto MANRIQUE PLAZA, que en el análisis del artículo 12 LH y de las «cláusulas financieras» a las cuales aquel también se refiere (como contenido de necesaria «transcripción» en el asiento registral), sostiene que la delimitación anterior no se sustenta en ningún argumento de peso y que por lo tanto la decisión no debería descansar, simple y llanamente, en si están o no contempladas como tal en la referida Orden⁷³².

En cualquier caso, lo que verdaderamente importa a los efectos de nuestro estudio es que, a través de la inclusión de esta fórmula general, lo que en el fondo se hace es considerar como simple «novación modificativa» la alteración de cualquier condición financiera del préstamo⁷³³. Ahora bien, ¿no se decía que mediante la reforma del artículo 4 de la Ley 2/1994 a lo que se aspiraba en realidad era a acomodar la «modificación» de los préstamos hipotecarios a lo establecido en el Código civil, especificando en qué casos existía novación «modificativa» y cuándo lo era «extintiva»? La “interpretación más amplia de cuándo existe novación modificativa” que, a tenor del Preámbulo de la Ley 41/2007, ahora se adopta, ¿viene a significar que lo será siempre y en todo caso cualquiera que sea el elemento sobre el que recaiga la variación? ¿Qué lugar se reserva entonces para la novación «típica», extintiva?

Parece que más bien ninguno, si se entiende que toda novación objetiva es «modificativa», a tenor de la cláusula de cierre que contiene el artículo 4.2.iv), del

⁷³¹ GÓMEZ GÁLLIGO, “Principios generales...”, cit., p. 44.

⁷³² MANRIQUE PLAZA, J., “La hipoteca: constitución y cesión”, en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, coord. por V. Pérez de Madrid Carreras, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 158-159.

⁷³³ DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., p. 202.

mismo modo en que lo es la novación subjetiva activa, si la subrogación se concibe como «transmisión» del crédito. Una vez más habríamos de concluir, por tanto, con SANCHO REBULLIDA, que de la novación, entendida propiamente como extinción por creación, queda bien poco⁷³⁴.

Sin embargo, en nuestra opinión, nada se halla más lejos de la realidad, pues si, de un lado, la subrogación comporta extinción del crédito y mera transmisión de sus privilegios y derechos accesorios de garantía, de otro, la novación objetiva no es, según el análisis de los supuestos que anteceden, en muchas de las ocasiones, ni siquiera «novación». Nótese aquí, en cualquier caso, la falta de precisión técnica del legislador y el contrasentido en que incurre, lo que da una muestra más del contenido vacío de que, en ocasiones, adolecen las palabras que emplea.

4. La prestación o modificación de garantías personales

“A tenor de lo dispuesto en el artículo mil doscientos cuatro del Código civil, la novación en sentido propio, con su efecto específico de sustituir la antigua obligación por la nueva, requiere el *animus novandi* en forma de declaración de voluntad encaminada a tal designio, o bien la existencia de incompatibilidad total entre ambas relaciones obligatorias (Sentencias de veintinueve de enero y siete de junio de mil novecientos ochenta y dos) (RJ 1982\335 y RJ 1982\3407), pero es evidente que mal podrá existir sustitución expresa ni tácita cuando falta tanto la *stipulatio novatoria* como el *aliquid novi* o creación de un nuevo resultado por alteración de los elementos estructurales de la obligación primitiva, como acontece cuando únicamente se han librado cambiales o suscrito otros documentos para el pago de la deuda (sentencia de cuatro de junio de mil novecientos ochenta y cinco) (RJ 1985\3093) o se han reforzado las garantías en beneficio del acreedor prestamista (sentencia de veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y cinco) (RJ 1985\1218), por lo mismo que la significación económica de lo convenido con esa concreta finalidad excluye la posible concurrencia de los presupuestos determinantes de aquel sustitutorio” [STS de 21 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6615)].

El último supuesto de «modificación de préstamos hipotecarios» o «novación modificativa» que por Ley 41/2007 se incorpora al artículo 4.2 de la Ley 2/1994 pone de manifiesto una vez más el desconcierto del legislador sobre la materia. Y es que, como seguidamente veremos, la incorporación de una obligación accesoria de garantía o la modificación que pueda introducirse después en su configuración, ni produce extinción

⁷³⁴ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 204.

por novación de la principal, ni en rigor la modifica. Tampoco se alcanza a entender, por lo demás, la razón de la inclusión de este supuesto, referido a las garantías personales, en una norma que versa sobre la subrogación (o modificación) de una obligación asegurada precisamente mediante una garantía de naturaleza real, como es la hipoteca.

Sea como fuere, y si a lo que realmente se aspiraba era a enumerar los casos en los que teóricamente se produce una «novación modificativa», la previsión no sorprende. En efecto, si echamos la vista atrás, recordaremos que ya en el Derecho romano clásico se cuestionaba en las escuelas jurídicas si, junto al supuesto típicamente novatorio, en el que, de acuerdo a la principal función transmisora de la institución, se producía la sustitución de alguno de los sujetos de la *prior obligatio*, cabía admitir una *novatio* objetiva cuando las partes convenían añadir o retirar un fiador (*sponsor*)⁷³⁵. Este supuesto aparece después en las Partidas [Libro III, Título XXIX (XXX), § 3, Instituciones]: “solamente se hace novación, si hubiere algo nuevo en la estipulación posterior, como si, por ejemplo, se agregase o se suprimiese una condición, o un término, o un fiador”, y si las partes expresaron “que convinieron por vía de novación de la primera obligación”. Y a estas palabras se remitía GARCÍA GOYENA en la glosa al artículo 1134 del Proyecto de 1851, cuando explicaba el inciso según el cual “hay novación de contrato, cuando las partes en él interesadas lo alteran, sujetándolo a distintas condiciones”. Aunque cierto es que enumeraba después, en relación con la *clara intención de novar* que exigía el mismo precepto, determinados supuestos en los que no podía presumirse la misma: “según las leyes Romanas no había novación por añadirse simplemente cláusula penal a una obligación anterior, pues que la cláusula tiene por objeto asegurar la ejecución del contrato, cuyo cumplimiento puede pedir el acreedor, no obstante la cláusula. Ni la había, cuando se pactaba (...) que produjese intereses la obligación que antes no los producía, o que los produjese mayores que los pactados al principio”⁷³⁶.

Esta hipótesis, en la que el «cambio» consiste en añadir a la obligación principal una accesoria de garantía, aparece de esta forma vinculada a la historia de la novación, y se encuentra en el origen de un término desgraciado que se consolida durante el Derecho

⁷³⁵ FUENTESECA DEGENEFTE, *El problema...*, cit., p. 26, con cita de GAYO III, 178: *Sed quo de sponsore diximus, non constat; nam diversae scholae auctoribus placuit nihil ad novationem proficere sponsoris adiectionem aut detractionem.*

⁷³⁶ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, t. III, cit., pp. 152-155.

intermedio, con el que comienzan a designarse aquellos supuestos en los que existiendo una obligación previa, la ulterior accede a ella: el de «novación impropia». Lo que ocurre después es de todos conocido: “aparecen, junto a los supuestos de verdadera acumulación (en los que, junto a la *prior obligatio* surge otra obligación principal o, más frecuentemente, accesoria) otros supuestos en que lo acumulado a la *prior obligatio* no tiene entidad de obligación completa, ni siquiera accesoria. La consecuencia –en quien la admite– viene determinada por la doctrina de los *incrementa*: si a una obligación precedente se puede añadir, por «novación impropia» una obligación accesoria de garantía, de la misma manera se podrá añadirle una determinación accesoria de la voluntad, *dies o conditio*, o, incluso detraer o cambiar algo de su contenido”⁷³⁷.

En fin, lo que es claro es que en aquellos primeros supuestos de «novación impropia» no había propiamente novación, al igual que no la hay cuando se incorpora una cláusula penal o una obligación accesoria de intereses, en cuyo caso el nuevo pacto solo viene en rigor a añadir una obligación nueva, dirigida probablemente a favorecer la ejecución de la principal o a otorgarle mayor consistencia. No concurre en estas hipótesis, sin embargo, uno de los requisitos imprescindibles para que tenga lugar la novación: el *aliquid novi* o «modificación» de algún elemento de una obligación previa (cfr. art. 1203 CC). Pues si bien es cierto que el pacto de una pena convencional o la constitución de una fianza, prenda o hipoteca, suponen una variación respecto de la relación obligatoria originaria, tal alteración ni se refiere a los elementos esenciales de la misma, ni forma parte de su estructura; viene, simplemente, a reforzar, en beneficio del acreedor, el crédito ante un eventual incumplimiento del deudor. Si se tiene en cuenta, además, que estas relaciones obligatorias tienen una cierta independencia respecto de aquella a la que tienden a garantizar –aunque por su carácter accesorio decaigan cuando lo haga la principal (cfr. arts. 1155 y 1207 CC)–, es evidente que no tienen la virtualidad de alterar la obligación principal, ni, mucho menos, de extinguirla⁷³⁸.

En definitiva, como ya venía a sentar la STS de 24 de junio de 1948 (RJ 1948, 795), “las obligaciones contractuales son modificables por la voluntad de los contratantes que las concertaron, pero no todo cambio introducido en ellas constituye novación, porque para el efecto extintivo de las primeramente contraídas se requiere, y así lo enseñan el

⁷³⁷ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 122.

⁷³⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, “Apuntes...”, cit., p. 313.

preciso sentido de los artículos 1203 y 1204 del Código civil y la constante doctrina declarada por la jurisprudencia, que la modificación sea sustancial, es decir que sustituya por otro uno de los sujetos o el objeto de la obligación, *por lo que esta no se extingue cuando se modifica tan solo por adición a ella de otra posterior*".

Además de la incorporación de cualesquiera relaciones jurídicas accesorias, la alteración de los términos de las previamente establecidas tampoco puede implicar novación de la relación obligatoria a la que sirven, dada su individualidad y la autonomía de la obligación principal respecto de ellas, como lo demuestran, por ejemplo, los artículos 1155 y 1190 CC⁷³⁹. En virtud de este último, la condonación de la deuda principal extingue lógicamente las obligaciones accesorias, pero no ocurre lo mismo a la inversa, de modo que la condonación de aquellas deja subsistente la primera. Del mismo modo, la nulidad de la cláusula penal no se extiende a la obligación principal, aunque la de esta afecte de forma inevitable a aquella (art. 1155 CC).

En definitiva, tal y como resuelve el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1218), cuando, sin alterar el objeto ni los sujetos de la obligación, el pacto se dirige al solo refuerzo de las garantías establecidas para el cumplimiento de la obligación, añadiendo nuevas seguridades, en modo alguno podrá dar lugar a la extinción de la obligación y al nacimiento de una nueva. No tanto porque, como apunta la resolución, las partes no hayan manifestado *animus novandi* ni exista incompatibilidad entre los distintos actos jurídicos –considerando que el posterior, antes que dejar sin

⁷³⁹ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 380. Sin embargo, no descarta rotundamente que puedan producirla, si se trata de verdaderas «condiciones principales». Y cita en refuerzo de esta idea la STS de 17 de febrero de 1959 (RJ 1959, 1067), en la que se reputa “principal” una cláusula penal y, por tanto, productora de novación la modificación de su cuantía. Lo cierto es, sin embargo, que lo que se discute en el procedimiento es si se ha prorrogado o no el plazo de duración del contrato, a cuyo respecto se entiende que el incremento en la cuantía de la cláusula penal viene a confirmar que se ha producido la dicha ampliación del plazo, de tal forma que no podría pretender una de las partes contratantes reclamar, amén de la pena prevista en la cláusula penal, indemnización de perjuicios por el retraso en la terminación de la obra, cuando su plazo final ha de entenderse modificado (no tanto novado: *vid.* apartado 3.1.2.). Siguiendo en este punto a dicho autor, VATTIER FUENZALIDA, “Contribución...”, cit., pp. 48-49, utiliza su exposición como argumento para ejemplificar la función activa que a su juicio desempeñan las obligaciones accesorias: “la cualificación jurídica de la obligación, en un aspecto tan significativo como es su extinción o su modificación, depende de la novación producida en las obligaciones accesorias”. No compartimos, sin embargo, semejante conclusión. Y es que, con independencia de los cambios que se produzcan en las obligaciones accesorias de garantía, estas en ningún caso se extrapolarán a la obligación principal, que por dicha razón no puede decirse que sea objeto de novación (ni, por lo demás, de modificación).

efecto el anterior, lo refuerza y afianza con el objeto de llegar a la devolución al acreedor de la cantidad prestada—; sino, antes bien, porque falta el presupuesto de partida: la alteración sustancial de algún elemento de la *prior obligatio* (art. 1203 CC). Y, como ya ha quedado antes apuntado, es esta una exigencia insoslayable para entrar en el terreno de la novación, incluso con independencia de cuál sea la voluntad de las partes.

Ni que decir tiene que, si desde el punto de vista obligacional la previsión carece de transcendencia, aún menos la tiene en el ámbito del derecho real de hipoteca, pues esta en ninguna medida resulta afectada por el establecimiento de garantías personales que sirvan de soporte al cumplimiento de la misma obligación que ella garantiza.

¿Cuál es entonces el motivo de la inclusión de esta previsión? Tal vez responda a la razón histórica antes aludida, o tal vez obedezca a que el legislador trató de agotar la casuística en materia de «novación modificativa» (léase, modificación) de los préstamos hipotecarios. No obstante, si fue esta su aspiración, es claro tras el análisis efectuado a lo largo del apartado que erró en el objetivo, pues ni la clasificación es técnicamente correcta, ni es exhaustiva, en cuanto comprensiva de todas las circunstancias sobre las que puede versar la alteración; lo que, por lo demás, es de todo punto lógico cuando el punto de partida es el de la libertad de pacto.

Por otro lado, y desde el punto de vista de la bonificación de los gastos asociados a una operación de esta índole, nótese que la exención fiscal no se extiende a esta concreta modificación, a la que únicamente se aplica la reducción de los costes arancelarios (art. 8 de la Ley 2/1994). Se ha perdido con ello una buena oportunidad, pues mientras que las garantías (personales y reales) constituidas de forma simultánea a la concesión del préstamo o cuya eventual constitución esté prevista en su acto constitutivo no suponen hechos imposables adicionales al de aquel por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (art. 15 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados), sí tributan, sin embargo, como hechos imposables distintos del préstamo cuando se constituyen posteriormente (arts. 7.1. B TRLITPAJD y 25 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, RITPAJD). El legislador podría haber aprovechado la ocasión para establecer que la ulterior «prestación o modificación de las garantías personales» (aquí, modificación entendida como

sustitución de la garantía originaria por otra, lo que también tributa) gozara igualmente de beneficio fiscal (art. 9), siempre, claro está, que se entienda que concurren razones de política legislativa para adoptar una tal medida.

Sí lo hacía, en cambio, el Anteproyecto de ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia, del Ministerio de Economía (octubre de 2006), cuando proponía como inciso final para el artículo 9 de la Ley, el siguiente: *“asimismo, estará exenta del «Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados» la prestación o modificación de garantías personales que puedan establecerse en las escrituras públicas de préstamo hipotecario o de novación modificativa, sean o no de carácter simultáneo”*. Y ahí es donde, precisamente, debe residenciarse la razón de su inclusión en la norma, la cual carece no obstante de sentido una vez suprimido el beneficio fiscal⁷⁴⁰.

Por último, si la modificación no consistiese en la prestación, sino en la supresión de las garantías personales, como si, v gr., el acreedor hipotecario titular de la hipoteca de rango preferente liberase a los fiadores del préstamo, parece que la liberación podría implicar un perjuicio para los acreedores posteriores, que verían mermadas sus posibilidades (o mejor dicho, la ventaja efectiva) de pagar al primitivo acreedor y subrogarse en todos los derechos anexos al crédito, entre ellos, claro está, en la fianza (arts. 1210.1 y 1212 CC). Pues la liberación de los fiadores por el acreedor primitivo impediría la subrogación en dichas garantías personales; sin embargo, es esta una cuestión ajena a la Ley 2/1994 y que Notarios y Registradores no pueden entrar a valorar, sin perjuicio de que los mencionados terceros puedan, en su caso, defender judicialmente sus créditos ante el perjuicio que eventualmente se les haya ocasionado⁷⁴¹.

⁷⁴⁰ BOTÍA VALVERDE, “Hipoteca recargable...”, cit., pp. 14-15, critica duramente que se suprima la no tributación de las garantías personales prestadas con posterioridad a la constitución del préstamo, lo que reputa especialmente injusto, por ejemplo, en el supuesto de quien adquiere subrogándose en el préstamo de la entidad vendedora y se ve obligado a prestar una garantía personal (habitualmente una fianza prestada por sus propios progenitores) a causa de su falta de capacidad económica. Y concluye: “que el comprador subrogado de escasos recursos deba abonar un tributo suplementario que no ha de satisfacer el adquirente subrogado solvente se puede calificar de injusticia social manifiesta, no conforme con el principio de tributación por la capacidad económica puesta de manifiesta en el hecho imponible y en todo caso una muestra de la mezquindad de nuestras Administraciones Públicas”.

⁷⁴¹ DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., p. 205.

V. Incidencia de las «modificaciones» enumeradas en el rango de la hipoteca inscrita: el exacto sentido del artículo 4.3 de la Ley

1. La alteración o pérdida del rango «de la hipoteca inscrita» y los supuestos que dan lugar a la misma: una primera aproximación

Artículo 4 de la Ley 2/1994

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 (...)”.

La primera oración del apartado 3 del artículo 4 suscita al menos dos problemas interpretativos: uno de ellos es el determinar cuál o cuáles son los supuestos que dan lugar a la «alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita», mientras que el otro radica en definir en qué consiste exactamente tal alteración o pérdida de rango y, muy particularmente, en delimitar a qué debe entenderse referida para el supuesto de que la misma tenga lugar. Dicho más claramente: ¿es la «hipoteca inscrita» la que, como consecuencia de la modificación, queda postergada en rango a los titulares que hubiesen inscrito su derecho antes de producirse aquella o, por el contrario, la «alteración del rango» se produce solo respecto del cambio introducido y en esa justa medida?

La clave para resolver ambos interrogantes nos la ofrece el inciso «por este incremento o ampliación» puesto al final de la frase. Veamos por qué.

1.1. ¿Pierde rango toda la hipoteca inscrita o solo en la medida del incremento o ampliación?

La respuesta a la pregunta que se formula aparece clara para la Dirección General⁷⁴²: no obstante la expresión literal «la alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita» (y lo inscrito solo puede ser lo ya existente), no es posible entender que se trate de una alteración del rango de la misma hipoteca que ya consta en el folio registral, pues supondría una sanción excesiva (a todas luces desmesurada) a un derecho real que se constituyó, en su día, válidamente, y al que no puede privársele, por el hecho de

⁷⁴² Vid. RRDGRN de 22 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 698), 10 de enero de 2013 (RJ 2013, 2901), 4 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3058), 7 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3061) y 21 de abril de 2014 (RJ 2014, 3213).

someterlo a modificación, del rango ganado gracias a haberse practicado en su día la inscripción. Además, los titulares de derechos inscritos obtendrían, en otro caso, un enriquecimiento injusto, si fuesen antepuestos por completo a un gravamen constituido con prioridad frente a ellos, por el solo hecho de variar en algún modo sus términos.

Por ambas razones, se considera más coherente vincular la pérdida de rango de que habla el precepto con la expresión posterior «por este incremento o ampliación» y entender, en consecuencia, que la alteración o pérdida del rango o, en su caso, el mantenimiento de este, lo son solo en relación con los supuestos posteriores de «incremento» (de la cifra de responsabilidad hipotecaria) o «ampliación» (del plazo del préstamo), o sea, “en la medida” de dicho incremento o ampliación. El precepto en cuestión vendría entonces a significar lo siguiente: las modificaciones previstas en los apartados anteriores conllevarán una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo, y precisamente en la medida de ese incremento o ampliación.

La intelección que promueve la Dirección, y que sin duda compartimos, viene reforzada por la interpretación sistemática de la norma. En efecto, ya se ha puesto de manifiesto antes cómo una única obligación puede ser garantizada mediante distintas hipotecas sobre la misma finca, cada una con el rango que determine su fecha de presentación a inscripción, ora se trate de cubrir los intereses devengados y no cubiertos por la hipoteca primeramente constituida (art. 115 LH), ora se trate de asegurar una cuantía superior a la que aquella primera había quedado afecta (cfr. arts. 81 y 163 LH, y 219.2 RH). Así, aun cuando la obligación resultante de la modificación persista única, ninguna objeción existe desde el punto de vista registral para que pueda ser garantizada a través de dos gravámenes distintos y, por tanto, con pleno respeto a los derechos de los titulares intermedios y sin que sea preciso posponer la hipoteca ampliada, es decir, sin necesidad de provocar la «alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita»⁷⁴³. En el mismo sentido apunta la regla general expresada por el artículo 144 LH: todo derecho inscrito es susceptible de modificación (art. 2.2 LH) y toda modificación es susceptible de acceder a los libros registrales siempre que reúna los requisitos sustantivos y de

⁷⁴³ Todo ello, claro está, sin perjuicio de que a efectos de imputación de pagos deba entenderse que son dos deudas distintas: *vid. supra* apartado 3.1.3.

procedimiento registral exigidos (art. 21 LH), pero la modificación operada (y solo ella) resultará inoponible a los eventuales titulares intermedios⁷⁴⁴. En definitiva, una solución como la que a primera vista se extrae de la lectura literal de la norma, que se aparta del régimen general al provocar la pérdida de rango de un derecho ya adquirido, habría de quedar claramente establecida y justificada con base en el ánimo sancionatorio del legislador, ánimo cuya concurrencia en este caso no se aprecia por ningún lado.

Así, aunque la letra del precepto admita ambas interpretaciones, hemos de decantarnos por aquella que mejor se integra en el sistema, es decir, por la que relaciona la alteración o pérdida del rango con una concreta modificación y solo respecto de ella: «por ese incremento o ampliación». Dicho más llanamente: no es que la hipoteca inscrita vea empeorada su posición en el folio registral, sino que la alteración que revista determinadas condiciones no puede quedar garantizada por aquella y, por tanto, no pueda aprovechar el rango que a ella corresponde.

Con la lectura que acaba de proponerse se da solución, además, al segundo problema interpretativo que suscita aquella primera oración del apartado tercero del artículo 4.

1.2. ¿Cuándo, en qué supuesto o supuestos, «las modificaciones previstas en los apartados anteriores» conllevan «una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita»?

Conforme a la literalidad de la norma, son dos las respuestas que podrían ofrecerse. La primera, que los supuestos de pérdida de rango son: a) el incremento de la cifra de responsabilidad; y b) la alteración del plazo. Esta interpretación conecta con lo que acaba de ser expuesto: la pérdida de rango solo se produce cuando la concreta modificación, de entre las previstas en los apartados primero y segundo del artículo 4, implica un incremento de la cifra de responsabilidad o conlleva una ampliación del plazo del préstamo, y *solo en la medida del incremento o ampliación*. Lo que tanto quiere decir como que cualquier modificación sin incidencia en tales extremos (la reducción de capital, el acortamiento del plazo, la disminución del tipo de interés, etc.) podrá trasladarse al plano real sin que la hipoteca pierda la preferencia que tenga en el folio

⁷⁴⁴ RRDGRN de 7 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3061) y 21 de abril de 2014 (RJ 2014, 3213).

registrar. Por el contrario, si se amplía capital, puesto que se produce un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, no pierde rango la hipoteca «inscrita» pero sí la ampliación, que queda postergada al derecho de los titulares de rango posterior. Al igual que es inoponible frente a aquellos terceros la ampliación del plazo del préstamo, que pasará a quedar garantizado con una nueva hipoteca postergada y con virtualidad desde el vencimiento de la primera fecha pactada (véase lo que luego se dirá a este respecto).

La segunda respuesta posible sería la de entender que la pérdida de rango se produce cuando las modificaciones acarreen: a) un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria; o b) la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. Entendido en estos términos, el precepto vendría a sentar lo siguiente: las modificaciones previstas en los apartados anteriores conllevarán una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita cuando impliquen ora un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, ora la ampliación del plazo del préstamo por (“como consecuencia de”) este incremento o ampliación de la responsabilidad hipotecaria.

El Centro Directivo descarta, sin embargo, esta segunda opción (y nosotros con él) por los evidentes inconvenientes que presenta. Primero, porque de seguir esta interpretación, nos encontraríamos con que la pérdida de rango se produce en realidad en el solo supuesto de que se incremente la cifra de responsabilidad. En efecto, la ampliación del plazo, unida a un incremento de tal cifra, ya estaría incluida en aquella primera hipótesis, con lo que sería un supuesto redundante, como también lo sería aludir al «incremento de la cifra» junto con cualquiera otra de las modificaciones del apartado 2. No se explicaría, por tanto, que el legislador aluda en forma disyuntiva a la «ampliación de plazo» y le dé un tratamiento específico a efectos de rango, lo que solo se justifica porque realmente trata de diferenciar, a tales efectos, los supuestos de incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y de ampliación de plazo del préstamo de las demás modificaciones del apartado 2 del artículo 4. Esta idea viene reforzada por las referencias que, en los párrafos sucesivos del mismo apartado, el legislador hace a «estos casos» y a «ambos supuestos», lo que sugiere que está contemplando dos hipótesis distintas (una, la de incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y otra, la de ampliación del plazo del préstamo) y no una

sola (el incremento de la cifra de responsabilidad, unido o no a la ampliación de plazo)⁷⁴⁵.

Esta tesis presenta un segundo obstáculo todavía mayor: si se entiende que la expresión «por este incremento o ampliación», puesta en la parte final del párrafo de que se trata, complementa a la ampliación del plazo, haciendo del supuesto determinante de pérdida de rango «la ampliación del plazo como consecuencia del incremento de la cifra de responsabilidad», debe descartarse que pueda a su vez complementar a la «pérdida de rango». Con lo que la conclusión es obvia: ya no podría sostenerse que la pérdida de rango se produce solo en la medida del incremento o ampliación sino para toda «la hipoteca inscrita». No obstante, como ya se apuntaba, la explicación más razonable es precisamente la contraria: “lo lógico es sancionar la alteración de rango de la hipoteca inscrita solo en cuanto al incremento de la cifra o en cuanto a la ampliación del plazo si no se obtiene el consentimiento de los titulares de derechos inscritos”⁷⁴⁶. Y esta interpretación, de que lo que pierde rango no es la hipoteca inscrita sino solo el incremento o ampliación y precisamente en esa medida, únicamente puede salvarse si se entiende que el «incremento» se refiere al supuesto de «incremento de la cifra» y la «ampliación» se refiere a la «ampliación del plazo», aunque falte la palabra «respectivamente»⁷⁴⁷.

Pero todavía hay más: de las dos explicaciones posibles, es más fiel a la literalidad del precepto la que vincula el inciso final «por este incremento o ampliación» con sendos supuestos de «incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria» y «ampliación del plazo» y, por ende, como especificación para la «pérdida de rango». En efecto, el legislador utiliza en el mismo párrafo u oración los conceptos de «incremento o ampliación» con ese determinado significado, con lo que tiene sentido que sean estos los que completan el inciso final «por este incremento o ampliación». De lo contrario, si hubiese querido referirlo a la ampliación de plazo, lo natural es que hubiese dicho que la pérdida de rango se produciría como consecuencia de la «ampliación del plazo del préstamo por *aquel* incremento o ampliación».

⁷⁴⁵ RDGRN de 22 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 698).

⁷⁴⁶ RDGRN de 22 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 698).

⁷⁴⁷ GARCÍA GARCÍA, *Código de legislación...*, t. II, cit., p. 4634.

1.3. A modo de conclusión

En definitiva, la expresión «por este incremento o ampliación» solo cobra sentido si se entiende que constituye un complemento circunstancial que, lejos de referirse a la ampliación del plazo, como si quisiera decir “producida como consecuencia de” este incremento o ampliación, lo hace a la posible «alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita», que se produce “por, en cuanto a, por razón de, en la medida de” este incremento o ampliación. Entendida de esta forma, ambas incógnitas quedan despejadas: son dos los supuestos que dan lugar a la pérdida de rango (el aumento de la cifra de responsabilidad y la prórroga del plazo) y solo en la medida de dicho aumento o prórroga.

Así, la previsión inmediatamente posterior adquiere pleno significado: “*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*”. Lo que se traduce como: en estos casos, o sea, en los supuestos en los que las modificaciones supongan bien un incremento de la cifra de responsabilidad bien la ampliación del plazo, el incremento o ampliación correspondientes podrán «mantener el rango» siempre que lo consientan los titulares de derechos inscritos en el periodo intermedio. Lo que viene a completarse después con su necesaria constancia registral: “*en ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa*”. Dicho de otro modo: cuando, produciéndose un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o una ampliación del plazo del préstamo, los terceros posteriores consientan el mantenimiento del rango para dicho incremento o ampliación, «en ambos supuestos» tendrá que hacerse constar en el Registro mediante nota al margen la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior a una tal «novación modificativa»⁷⁴⁸.

2. La admisión de la hipoteca recargable: una lectura interesada

La postura que hoy defiende el Centro Directivo [resoluciones de 14 mayo 2015 (RJ 2015, 3527) y 19 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4378)] se halla completamente alejada de todo lo recién expuesto. Y es que, en aras de admitir la «recarga» de la hipoteca, propone ahora una nueva lectura alternativa del artículo 4.3 en los términos siguientes:

⁷⁴⁸ GARCÍA GARCÍA, *Código de legislación...*, t. II, p. 4634.

«la ampliación del capital no supondrá, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o exista una ampliación del plazo del préstamo por este incremento de la responsabilidad hipotecaria o ampliación del capital».

Viene a concluir, de esta forma, que son dos (distintos de los antes apuntados) los casos en los que las modificaciones de los préstamos hipotecarios no pueden quedar cubiertas por la hipoteca ya inscrita: uno, cuando se produce un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, que sin embargo solo concurre a su juicio, para el supuesto particular de ampliación de capital, cuando la cuantía en la que es ampliado el capital excede de la previamente amortizada; y dos, cuando la ampliación del plazo va precedida, acompañada o seguida de un incremento de la cifra de responsabilidad o de un pacto de ampliación de capital.

Esta interpretación le permite sostener, así, la posibilidad de «recargar» una hipoteca, entendida como la facultad de aprovechar el gravamen constituido en garantía de una determinada obligación para cubrir una nueva concesión de capital que, gracias a los pagos parciales ya realizados por el deudor, quepa «dentro» de la cifra que había sido plasmada en el Registro; en otras palabras, cuando la deuda todavía no satisfecha y la nueva que se origina no excedan del importe total que, en garantía de la obligación original, cubre la hipoteca. Tal posibilidad únicamente se limita cuando junto con la ampliación de la deuda se pacta una prórroga en el plazo de vencimiento del préstamo. Luego, *sensu inverso*, la sola ampliación de este último es perfectamente oponible a los titulares de derechos inscritos posteriores, ya que “es difícil entender que si el supuesto de mera ampliación del capital, que sí incrementa el riesgo de incumplimiento y, en consecuencia, de ejecución de la hipoteca preferente, (...) no determina la necesidad de contar con el consentimiento de los acreedores posteriores, salvo cuando vaya acompañada de un aumento de la responsabilidad hipotecaria, tanto más parece que no es necesario exigirlo cuando solo se aumenta el plazo de pago que, como regla general, lejos de perjudicar a los titulares de derechos inscritos posteriores a la hipoteca modificada, realmente les favorece en la medida que hace más improbable que se ejecute la hipoteca ante su impago y se purguen sus inscripciones” (*sic*).

Llegados a este punto, es momento de analizar cuáles son los argumentos de los que el Centro Directivo se vale para sentar esta nueva doctrina. Para ello, comienza su exposición relatando que, a la vista de la difícil redacción del artículo 4.3 de la Ley 2/1994, su correcta comprensión no puede fundamentarse en una interpretación literal no suficientemente aclarada por la exposición de motivos de la Ley 41/2007, por lo que resulta necesario acudir a los criterios lógico y sistemático. Una legítima declaración de intenciones que, sin embargo, parece diluirse según avanza el discurso. Pues, como enseguida se comprobará, la conclusión a que llega se sustenta, precisamente, en una interpretación sustancialmente literal (y forzada) de la norma, que trata de reafirmar atendida la presumible voluntad de sus redactores a tenor de lo que refleja una exposición de motivos que es, como ella misma reconoce, de todo punto inexpresiva. Pero vayamos por partes.

2.1. La interpretación literal de la norma

2.1.1. Una primera contradicción

Como acaba de comprobarse, la Dirección General se desdice de su tesis previa sobre el inciso final de la oración «por este incremento o ampliación» y propone una tercera lectura: ahora ya no sirve de complemento a la «pérdida de rango» (para restringir sus efectos a la sola modificación en lugar de hacerlos extensivos al entero gravamen), sino que debe entenderse referido, el «incremento», a la cifra de responsabilidad y la «ampliación», a la ampliación de capital.

Sin embargo, esta intelección suscita problemas similares a los que ya antes apuntábamos para descartar la hipótesis de que el inciso «por este incremento o ampliación» fuese complemento de la ampliación de plazo como supuesto determinante de pérdida de rango. Cierto es que, en virtud de la interpretación que promueve la Dirección, ahora sí se contemplan dos supuestos que comportan pérdida de rango: a) el incremento de la cifra de responsabilidad (unido o no a la ampliación de plazo); y b) la ampliación de plazo por (“como consecuencia de”) la ampliación de capital. ¿Cuál es entonces el problema? Pues, primero, que no tendría sentido referirse otra vez al incremento de la cifra de responsabilidad (“la ampliación del plazo del préstamo *por este incremento*”) porque como ya apuntábamos antes sería un supuesto redundante:

cualquier modificación unida al incremento de la cifra de responsabilidad hace perder el rango, porque el mero aumento de dicha cifra es suficiente para ello. Y, segundo, que si la ampliación del plazo quería relacionarse con la ampliación “de capital”, lo lógico es que se hubiera expresado así, máxime cuando el legislador utiliza en el mismo párrafo y oración el concepto de ampliación con un significado bien distinto: el de la ampliación de plazo. Con lo que si, en este segundo caso, estuviese empleando el mismo término para hacer referencia, no al plazo, sino a una circunstancia muy concreta ubicada alejada del enunciado que se estudia (concretamente, en el primer subepígrafe i del apartado anterior), lo natural es que lo hubiese dicho así expresamente.

En suma, la previsión sería redundante respecto del incremento de la cifra de responsabilidad y poco lógica, desde el punto de vista gramatical, en cuanto a la ampliación de capital. Pero hay más: ya no podría justificarse la doctrina según la cual no perdería rango la «entera» hipoteca inscrita sino la sola modificación, que únicamente puede explicarse, como ya se apuntaba, si se relaciona con el tantas veces mencionado inciso final «por el incremento o ampliación», entendido como “en la medida de” dicha variación.

Sin embargo, a ella se sigue aferrando la Dirección en su misma resolución de 2015 que aquí se estudia. Así lo manifiesta abiertamente, cuando reputa necesario “acudir, *como se ha hecho respecto a los efectos concretos de la pérdida del rango (no afecta a la hipoteca ya inscrita)*, a una interpretación fundamentalmente finalista y sistemática” de la norma. Y es además la concreta solución que ofrece para los supuestos de pérdida de rango: en el primer caso, cuando la ampliación del capital exceda de la recarga posible, la responsabilidad hipotecaria de la segunda hipoteca vendrá determinada por la cifra en que se traduzca dicho exceso, más las correspondientes cifras para los conceptos accesorios y complementarios (intereses, costas, etc.); mientras que en el segundo, cuando la ampliación del capital vaya acompañada, precedida o seguida de una ampliación del plazo de la obligación garantizada, la responsabilidad hipotecaria de la segunda hipoteca vendrá determinada por la total cifra del nuevo capital concedido, es decir, por la cifra íntegra de la ampliación o aumento del capital sin que opere la recarga en cantidad alguna, más las correspondientes cifras para los conceptos accesorios y complementarios.

Por lo tanto, la Dirección continúa mostrándose partidaria de entender que la «hipoteca inscrita» mantiene el rango en todo caso y que la alteración o pérdida de aquel se produce solo por razón del incremento de la cifra de responsabilidad o en la medida de la ampliación del plazo y capital, y ello a pesar de que pretende ahora dotar de un sentido bien distinto a la única parte de la oración que permite acoger tal intelección, dando a la palabra «ampliación» un significado completamente alejado del que antes le daba, y como referido al capital y no al plazo.

En definitiva, la lectura que ahora propone el Centro Directivo, con objeto de relacionar «la ampliación del plazo del préstamo» con la «ampliación» (añade él, de capital) como causante de pérdida de rango, tanto para sostener que la sola ampliación de plazo no provoca tal pérdida como, indirectamente, a modo de refuerzo de la recarga, contradice abiertamente la interpretación que el propio órgano sostiene en torno a la expresión final de oración. Y que, insistimos, servía a los fines de defender que la alteración o pérdida de rango lo era únicamente “por [en la medida de] este incremento” (de la cifra de responsabilidad hipotecaria) “o ampliación” (del plazo del préstamo).

2.1.2. En busca de una lectura “finalista”

El Centro Directivo sostiene, entonces, que “los párrafos 2º y 3º del artículo 4 de la Ley establecen, en una correcta interpretación literal que no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita ni la ampliación o reducción de capital, ni la alteración del plazo ni ninguna de las otras modificaciones previstas en el apartado 2.º; es decir, que por sí sola la ampliación del capital no genera un incremento de la responsabilidad hipotecaria pues entonces carecería de razón de ser su inclusión en el apartado 2º, ni tampoco por sí sola la ampliación del plazo puede generar una pérdida de rango de la hipoteca por implicar una ampliación del plazo por esa misma razón” (sic).

Sin embargo, no es posible compartir en modo alguno la afirmación anterior, porque lo que los párrafos 2º y 3º del artículo 4 de la Ley «literalmente» establecen es que “[l]as 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...”. Dicho de otro modo: lo que prescriben es, como sostiene

DOMÍNGUEZ LUELMO, que, de entre todas las modificaciones que se enumeran en el apartado anterior –y dicho sea de paso, también en el apartado primero, relativo a la subrogación, o sea, conjuntamente “*en los apartados anteriores*”–, hay algunas que pueden implicar un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y otras que no, de suerte que las primeras no podrán aprovechar el rango de la hipoteca inscrita «por ese incremento», mientras que las segundas, por contra, sí quedarán dentro de su cobertura. La Ley no dice, sin embargo, que la «ampliación de capital» pueda tener lugar con o sin incremento de la responsabilidad hipotecaria⁷⁴⁹.

Pero tampoco puede compartirse la segunda afirmación que vierte la Dirección, consistente en que carecería de sentido la inclusión del supuesto de ampliación de capital si por sí solo produjese un incremento de la responsabilidad hipotecaria. Antes bien, el apartado segundo de la norma parece responder a un intento de enumerar los casos de «novación modificativa» concernientes a un préstamo con garantía hipotecaria, a los que resulta de aplicación, si no la exención fiscal (cfr. art. 9), sí al menos un régimen bonificado en materia de costes arancelarios (art. 8). El artículo 4.2 vendría a describir, entonces, en qué puede consistir la «modificación» [sobre si una alteración de tal índole comporta en rigor, en el plano obligacional, como efecto jurídico la novación o la modificación *vid.* el análisis que precede], pero no estaría regulando los concretos efectos que la misma tiene en el ámbito del derecho real de hipoteca y respecto de terceros afectados, fin al que sirve exclusivamente el apartado tercero. En definitiva, del mismo modo en que cuando, años atrás, la Ley, al prever la mejora de las condiciones del tipo de interés como medida a la que resultaba de aplicación un régimen más benevolente en materia fiscal y arancelaria, no estaba prejuzgando su oponibilidad (o no) a terceros, tampoco estaría diciendo, al aseverar que “*las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse*” a “*la ampliación de capital*”, que dicha modificación pueda trasladarse sin mayores consideraciones al plano registral.

Aún más: si optamos por entender que la alteración o pérdida de rango se produce solo, de acuerdo a la expresión posterior, «por ese incremento o ampliación», nos encontramos con que la mera elongación del plazo del préstamo provoca tal efecto jurídico. Y esto sugiere: primero, que a pesar de que pueda constituir el objeto de una

⁷⁴⁹ DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., p. 206.

«novación modificativa» ex artículo 4.2 de la Ley, no es oponible frente a terceros titulares intermedios ex artículo 4.3, lo que confirma el distinto fin al que responden ambos apartados; y, segundo, que cuando el artículo 4.3 apunta que «*[l]as modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita...*», no se está refiriendo, ni mucho menos, a todas ellas, de suerte que la ampliación del plazo queda fuera siempre y en todo caso. Por lo tanto, parece inexacta la afirmación de la Dirección de que “los párrafos 2º y 3º del artículo 4 de la Ley establecen, en una correcta interpretación literal que no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita ni la ampliación o reducción de capital, ni la alteración del plazo ni ninguna de las otras modificaciones previstas en el apartado 2.º”.

La interpretación literal que del artículo 4 realiza el Centro Directivo se traslada después a la disposición transitoria única de la propia Ley 41/2007. En este sentido, afirma que dicha disposición, “al establecer que *«la ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la presente Ley (...) sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley»*, configura, a partir de su entrada en vigor, un nuevo modelo de hipoteca que se distingue del precedente. Por tanto, parece obligado reconocer que ese nuevo modelo es el que se debe desprender de la voluntad de los redactores de la norma de introducir la «recarga» de la hipoteca, como medio de flexibilización de la accesoriedad de la misma a fin de convertirla en un instrumento financiero más útil para el deudor” (*sic*).

Esta previsión en materia de Derecho transitorio tiene su origen en una enmienda presentada en el Senado por el Partido Popular, que introducía, de un lado, en el apartado tercero del artículo 4 de la ley 2/1994 la posibilidad expresa de pactar la ampliación de capital sin alterar la responsabilidad hipotecaria y, de otro, como complemento de aquella, la disposición transitoria que ahora se analiza. Posteriormente, el Congreso de los Diputados rechazó la redacción dada en ese extremo al artículo 4.3, pero sin suprimir, sin embargo, la referida norma transitoria. De ahí que se haya sostenido que, solo de haber triunfado aquella redacción de la Ley de subrogación, podría habersele dotado de pleno sentido⁷⁵⁰. Mas, aun faltando aquella

⁷⁵⁰ BOTÍA VALVERDE, “Hipoteca recargable...”, cit., p. 13.

previsión en el artículo 4.3, ¿es posible encontrar al mantenimiento de la disposición transitoria una explicación alternativa a la que propone la Dirección?

De su redacción solo se infiere, en realidad, que cabe una ampliación de capital «sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita», y no que toda ampliación se produzca sin pérdida de rango o, mejor dicho, conservando para el importe ampliado la primera hipoteca con su correspondiente rango. Respecto del concreto supuesto en que puede producirse aquel resultado, remite finalmente a los términos previstos en el artículo 4 de la Ley, con lo que persisten idénticas dudas interpretativas. Pues bien, ¿cabe imaginar alguna hipótesis en la que, produciéndose una ampliación de capital, no haya que incrementar la cifra de responsabilidad hipotecaria y, por ende, pueda mantenerse el rango? La respuesta es positiva: cuando la cifra de responsabilidad hipotecaria por la que se constituya la hipoteca sea superior a la de la obligación garantizada, en previsión de que la deuda pueda incrementarse⁷⁵¹.

Vistas las cosas desde esa perspectiva, puede dotarse de contenido al supuesto de hecho que contempla la disposición transitoria única (apartado tercero), aunque así no se explique de forma totalmente satisfactoria el límite temporal que la misma prevé, pues esta era una solución que ya venía admitiendo la Dirección General con anterioridad a la promulgación de la Ley 41/2007, al entenderla compatible con el artículo 142 LH⁷⁵². Con la única salvedad de que en tales resoluciones no se hacía referencia explícita a los posibles terceros posteriores a la inscripción de la hipoteca y anteriores a la ampliación de capital, situación que, se ha dicho, ha venido a aclarar la reforma⁷⁵³. En cualquier caso, lo que es preclaro a todas luces es que de ninguna forma puede compartirse el argumento de la Dirección, pues hacer de una disposición transitoria bastión y soporte fundamental de la interpretación de una norma principal es tanto como invertir el orden lógico en la exégesis de nuestro ordenamiento: lo procedente es interpretar la disposición transitoria conforme a la norma principal y no a la inversa⁷⁵⁴, máxime

⁷⁵¹ DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., pp. 206-207 y 218; DELGADO RAMÓS, “Los principios...”, cit.

⁷⁵² Vid. las RRDGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6940 y 2005, 6928, respectivamente), y de 1 y 27 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1482 y 2008, 8278, respectivamente), así como el apartado 2.1. del capítulo II.

⁷⁵³ DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., p. 222, y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, “La novación...”, cit., p. 299.

⁷⁵⁴ GARCÍA GARCÍA, *Código de legislación...*, t. II, cit., p. 4634.

cuando la primera parece ir más allá de la regulación del artículo 4⁷⁵⁵, con derogación incluso de ciertas normas hipotecarias.

En segundo lugar, tampoco se comparte la apreciación de que era voluntad del legislador introducir la recarga de la hipoteca, cuando esa intención, ni se plasma en el lugar oportuno para ello (es decir, en la Exposición de Motivos de la Ley), ni obviamente en el propio articulado, a pesar de que la cuestión fuera llevada a debate en el trámite parlamentario⁷⁵⁶. La flexibilización del mercado hipotecario y de los principios de accesividad y determinación a la que se refiere la Exposición de Motivos de la Ley, lo es en relación a “las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente «flotantes»” (*sic*), que expresamente se introducen y regulan en el artículo 153 bis LH. Como también alude la Exposición de Motivos al propósito de considerar que existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva, o sea, «novación modificativa», en los supuestos de ampliación de capital y demás comprendidos en el artículo 4.2 de la Ley. Ahora, que quiera entenderse que la relación obligatoria subsiste única tras el incremento en la cuantía de la deuda (lo cual, como ya se ha dicho, es harto discutible), no significa que este incremento pueda quedar cobijado bajo el gravamen inicial y, mucho menos, que sea oponible frente a terceros titulares de derechos inscritos con rango posterior –a lo que se consagra, se insiste, el artículo 4.3–. De la recarga o hipoteca recargable, por tanto, ni rastro.

2.2. La interpretación lógica de la norma: el contenido de la hipoteca postergada cuando solo se amplía el plazo del préstamo

La Dirección General prosigue después con un argumento lógico con el que trata de resolver uno de los problemas que presentaba su doctrina anterior, consistente en la falta de determinación sobre en qué consistiría esa segunda hipoteca «por el plazo en que se amplíe la duración de la obligación».

La interpretación favorable a la recarga permite, a su juicio, “dar coherencia al contenido de la segunda hipoteca en los dos supuestos en que va a operar la división de

⁷⁵⁵ ROCA SASTRE *et al.*, *Derecho...*, cit., t. X, p. 66.

⁷⁵⁶ *Vid.* al respecto el apartado segundo del capítulo segundo.

la garantía: el primero, que tendrá lugar cuando la ampliación del capital exceda de la recarga posible en los términos antes indicados, en cuyo caso la responsabilidad hipotecaria de la segunda hipoteca vendrá determinada por la cifra en que se traduzca dicho exceso, más las correspondientes cifras para los conceptos accesorios y complementarios (intereses, costas, etc.)⁷⁵⁷. Y el segundo supuesto, cuando la ampliación del capital vaya acompañada, precedida o seguida, de una ampliación del plazo de la obligación garantizada, en cuyo caso la responsabilidad hipotecaria de la segunda hipoteca vendrá determinada por la total cifra del nuevo capital concedido, es decir, por la cifra íntegra de la ampliación o aumento del capital sin que opere la recarga en cantidad alguna, más las correspondientes cifras para los conceptos accesorios y complementarios” (*sic*).

Sin embargo, no es necesario admitir la recarga para que pueda dotarse de sentido a la segunda hipoteca, cuyo contenido, en los casos en los que se amplíe capital, vendrá evidentemente conformado por la suma correspondiente a la ampliación, mientras que, en aquellos otros en los que solo se amplíe el plazo, la segunda hipoteca lo será también en garantía de la cuantía inicialmente pactada, si bien solo tendrá operatividad desde el instante en el que venza el plazo de la primera carga. Solución esta última de la que ya daba la pista SANCHO REBULLIDA, aunque lo hiciese por entender que operaba, en los casos de prórroga, la novación. Al respecto decía: en tales casos se mantendrá incólume la primera obligación hasta el vencimiento del término inicialmente pactado y, vencido aquel, operará la novación, dando lugar a otra obligación de igual contenido pero con vencimiento en el segundo término pactado⁷⁵⁸. Sin embargo, a nuestro juicio, la obligación es la misma, por no operar la prórroga del plazo novación alguna⁷⁵⁹; ahora bien, comoquiera que el pacto no puede trasladarse al plano del derecho real de garantía existiendo terceros potencialmente perjudicados, habrá de constituirse una segunda

⁷⁵⁷ Sobre ello profundiza la resolución de 19 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4378), en la que se describen las tres alternativas de que disponen las partes ante un acuerdo de ampliación de capital y aun existiendo titulares de derechos inscritos con rango posterior: primera, podrán utilizar la posible recarga existente no alterando la responsabilidad hipotecaria si en la misma cupiere el nuevo importe concedido; segunda, utilizar la posible recarga existente y constituir por el nuevo importe concedido que exceda de la misma una nueva hipoteca; o tercera, podrán prescindir de la recarga y constituir directamente una segunda hipoteca.

⁷⁵⁸ SANCHO REBULLIDA, *La novación...*, cit., p. 380.

⁷⁵⁹ *Vid.* apartado 3.1.3.

carga pospuesta al derecho de aquellos, y que garantice la obligación por el nuevo plazo concedido⁷⁶⁰.

2.3. La (olvidada) interpretación sistemática de la norma

A pesar de la bienintencionada declaración del Centro Directivo de que solo mediante la interpretación sistemática de la norma podía llegar a comprenderse correctamente el confuso artículo 4.3, parece terminar por olvidarse de ella o, cuando menos, no le presta demasiada atención. En efecto, se limita a reconocer que “la admisión de la recarga de la hipoteca supone una excepción a la aplicación de los principios de prioridad registral y accesoriedad de la hipoteca que afecta a los terceros titulares de derechos inscritos o anotados”. Sin embargo, no contrasta la compatibilidad de esta figura con las normas generales en materia hipotecaria, es decir, su coherencia con el sistema preestablecido, ni tampoco, por supuesto, sus implicaciones en el ámbito concursal, pues “en todo caso son menores que las que genera la hipoteca global o flotante del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, por lo que no pueden considerarse un problema para su admisibilidad” (sic).

La lectura sistemática que, si así se pretende, lleva a cabo la Dirección, se ciñe, por tanto, al mismo texto de la Ley 2/1994 y, en concreto, a la prohibición contenida en el último inciso del propio artículo 4.3 y al nuevo párrafo que la Ley 41/2007 introduce en el artículo 2. En ambos casos la utiliza, además, no tanto como argumento de refuerzo de la recarga, sino de la nueva doctrina, que también sienta en esta resolución de 2015, por la que declara perfectamente válida e inscribible, sin pérdida de rango de la hipoteca inscrita, la sola convención de ampliación del plazo de vencimiento de la obligación garantizada, aun en ausencia de consentimiento de los titulares posteriores. Conclusión que ve consolidada, además, como luego se expondrá, en las previsiones del Real

⁷⁶⁰ No puede obviarse que esta solución puede no satisfacer al acreedor hipotecario y conducirlo a denegar la prórroga del plazo. Adviértase, sin embargo, que siempre le restará la posibilidad de recabar el consentimiento de los titulares de cargas posteriores para que el pacto de ampliación del plazo les resulte oponible. Y para ello contará con una indudable ventaja: la advertencia a dichos terceros de que si deniega la prórroga y el deudor no alcanza a satisfacer la deuda de forma voluntaria, podrá iniciar el correspondiente procedimiento de ejecución de la hipoteca, con purga de tales cargas y gravámenes posteriores. El convenio puede, por ende, interesar no solo al acreedor hipotecario al que se le pide mayor plazo, sino también a quienes ostentan algún derecho sobre la finca subordinado al debido cumplimiento del que les precede.

Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

2.3.1. La prohibición contenida en el artículo 4.3 in fine

El artículo 4.3, tras acotar los supuestos en los que la modificación de los préstamos hipotecarios podría producir una pérdida de rango y tras prever como única forma para evitarlo el preceptivo consentimiento de los titulares registrales afectados y exigir (caso de que consientan), el necesario reflejo registral de una tal «novación modificativa» en el folio registral, culmina con la siguiente prohibición: “[e]n ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores”.

Siguiendo con el razonamiento de la DGRN, en este último inciso se pone de relieve, según su parecer, la vinculación de ambos supuestos de pérdida del rango de la hipoteca (por incremento de la cifra de responsabilidad o por ampliación de plazo) con la existencia de una ampliación de capital. Así, la lectura del inciso que propone es la siguiente: «en ningún caso será posible hacerlo (mantener el rango) cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente (de la deuda garantizada) en la ejecución de cargas posteriores». Con lo que parece dar a entender que lo que verdaderamente importa es el saldo vivo de la deuda en el instante en el que se solicita información para la ejecución de cargas posteriores, que a partir de entonces no podrá ya recargarse.

Sin embargo, la norma bien puede estar refiriéndose a que no es posible hacer la modificación o «novación modificativa» (y no, como la Dirección sugiere, «mantener el rango»), “cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores”. Veámoslo con un ejemplo: la modificación de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente [art. 4.2. iii)] puede quedar perfectamente subsumida en la hipoteca inicialmente constituida siempre y cuando no rebase la cifra de responsabilidad hipotecaria que se haya hecho constar. No se presenta, en tal caso, desde la perspectiva del mantenimiento del rango, ningún obstáculo. Sin embargo, es lógico limitar la posible modificación de aquel extremo cuando conste registralmente «petición de información sobre la cantidad pendiente» en

ejecución de cargas posteriores, pues lo contrario obligaría a recalcular el monto al que asciende la deuda una vez hubiese sido ya certificado su importe en atención a la inminente realización forzosa de la finca en ejecución de una carga posterior.

Cierto es, como ya se ha puesto de manifiesto en otro lugar de este trabajo, que el enunciado legal no deja de sorprender, ya que nuestra Ley procesal no prevé que se haga constar en el Registro tal petición, sino únicamente el mandamiento judicial en que se exprese el importe actual de la deuda a los efectos previstos en el artículo 144 LH (art. 657 LEC). Sea como fuere, lo que *ex* artículo 657 LEC se solicita a los titulares de los créditos preferentes y al propio ejecutado, es que informen sobre «*la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía*». Habrán de indicar, por tanto, con la mayor precisión, “*si el crédito subsiste o se ha extinguido por cualquier causa y, en caso de subsistir, qué cantidad resta pendiente de pago, la fecha de vencimiento y, en su caso, los plazos y condiciones en que el pago deba efectuarse. Si el crédito estuviera vencido y no pagado, se informará también de los intereses moratorios vencidos y de la cantidad a la que asciendan los intereses que se devenguen por cada día de retraso*” (art. 657.1 LEC). De tal forma que los licitadores que participen en la subasta puedan tener cabal conocimiento del exacto contenido y circunstancias de los créditos preferentes (en cuya garantía habrán de subrogarse⁷⁶¹) y puedan ajustar, en función de ellos, sus pujas (art. 670.5 LEC); razón por la que parece lógico vedar a partir de ese instante cualquier «novación modificativa». A ello es a lo que hace referencia la limitación prevista en el inciso final del artículo 4.3 de la Ley 2/1994 y no, tal y como ha querido verse, a si pueden «recargarse» o no las cargas anteriores manteniendo su rango.

2.3.2. La reforma del artículo 2 de la Ley de subrogación: la obligación de la entidad acreedora de subrogarse en todos los préstamos hipotecarios titularidad de la subrogada

En segundo lugar, apunta la Dirección al nuevo párrafo que la Ley 41/2007 añade al artículo 2 de la Ley 2/1994, regulador este último, según se sabe, del procedimiento de subrogación, y por el que se impone a la entidad de crédito que pretenda subrogarse

⁷⁶¹ Vid. la STS 366/2016, de 3 de junio (RJ 2016, 2310) respecto al alcance de la subrogación legal: “la subrogación se produce respecto de la carga y no respecto de la deuda que tal carga asegura, esto es, la subrogación (...) acontece sobre el deber de naturaleza real de soportar la realización forzosa del bien para satisfacer el crédito asegurado y no en asumir forzosamente la posición del deudor en la relación obligacional objeto de la garantía hipotecaria”.

activamente en un préstamo o crédito hipotecario de otra entidad del mismo tipo, la obligación de subrogarse no solo en ese concreto préstamo o crédito sino en todos los demás de carácter hipotecario de los que la misma entidad fuere titular sobre la misma finca gravada. Al respecto concluye: “esta reforma es un claro indicio de la convicción del legislador acerca de que esta subrogación, en que solo se permite modificar «*las condiciones del tipo de interés, la alteración del plazo del préstamo, o ambas*» (art. 4.1 de la Ley 2/1994), tiene lugar sin pérdida de rango de la hipoteca objeto de la misma, ya que, en caso contrario, esta obligación sería superflua porque se impone fundamentalmente por razones de rango hipotecario, para evitar que las cargas posteriores de la entidad subrogada sean objeto de purga por la ejecución de la hipoteca anterior en que se haya subrogado otra entidad” (sic).

Dicho párrafo ha sido recientemente suprimido mediante la reforma operada por Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario⁷⁶². No obstante, independientemente de tal previsión, ya se ha apuntado a lo largo de este trabajo que la subrogación consiste precisamente en el traslado de las garantías (en este caso, de la hipoteca) de una obligación que se extingue por pago a una nueva que nace en favor del *solvens* o tercero prestamista. Por tanto, es evidente que se produce «sin pérdida de rango» de la hipoteca objeto de subrogación, lo que no significa, sin embargo, que la obligación que ahora se garantiza (derivada del nuevo contrato de préstamo) lo sea en toda su extensión y conforme a las nuevas condiciones pactadas: el subrogado

⁷⁶² Con la reforma del artículo 2 en el año 2007 se trataba de evitar que, habiendo constituido una misma entidad dos hipotecas sucesivas en rango sobre la misma finca (en la confianza de ser titular de la preferente), pudiese luego una tercera entidad subrogarse en la primera y perjudicar la de peor condición. Con esta previsión se evitaba dicha situación y se ponía fin a los diversos expedientes técnicos (de dudosa legalidad) que entonces se utilizaban por las entidades para conseguir esta misma finalidad (el costoso, desde el punto de vista fiscal, pacto de igualdad de rango; el pacto obligacional de vencimiento anticipado para el caso de no subrogar todos los préstamos hipotecarios de la misma entidad sobre la misma finca; el pacto obligacional por el cual el deudor no podía aceptar oferta vinculante para subrogar si no era por la totalidad de las hipotecas, etc.) [SEDA HERMOSÍN, M. A., “El procedimiento de subrogación hipotecaria”, en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, coord. por V. Pérez de Madrid Carreras, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, p. 269].

Se ha dicho, por ello, que con la reforma del artículo 2 en el año 2007 se suprimía del sistema uno de los «defectos» que impulsaba a las entidades financieras a tratar de calificar las nuevas entregas de dinero a un mismo deudor como novaciones hipotecarias, en lugar de hacerlo como un nuevo préstamo [ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, “La novación...”, cit., p. 295].

Ahora, tras la LCCI, y desaparecida esta exigencia, apunta CORDERO LOBATO, E., “Novedades del régimen de subrogación de la Ley 2/1994 introducidas por la LCCI”, *CESCO*, 2019, pp. 2-3, a la correspondiente cláusula de vencimiento anticipado, que la DGRN ya había considerado inscribible [RDGRN 2 de octubre de 2006 (R) 2006, 8196)], como vía para canalizar este interés.

solo podrá hacer uso de la hipoteca en la misma medida en que la hubiera podido emplear el acreedor satisfecho⁷⁶³.

Por lo tanto, la limitación legal del contenido de la escritura de subrogación a la posible variación del tipo de interés o del plazo (art. 4.1) solo determina la sujeción de la operación al procedimiento que regula la Ley 2/1994 y la aplicación a la misma de los beneficios que en ella se contienen; pero no su oponibilidad frente a titulares de derechos posteriores.

2.3.3. Los efectos de la «novación» según el Código de Buenas Prácticas

Por último, el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, cuyo fin es procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago y establecer mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria (art. 1), prevé un Código de Buenas Prácticas conforme al cual pueden «novarse» los contratos de préstamo; novación que, por remisión del artículo 5.5 del Real Decreto-ley, *“tendrá los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, con respecto a los préstamos y créditos novados”*.

Pues bien, entiende la Dirección General que, comoquiera que el Código de Buenas Prácticas impone «forzosamente» como una de las medidas de reestructuración de la deuda «la ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo» (número 1, apartado b, punto ii), dicha ampliación no podría provocar por sí sola, atendido su carácter forzoso, la pérdida de rango de la hipoteca que garantiza la operación. Sobre todo, prosigue, “si se tiene en cuenta que en el mismo número solo se señala como voluntaria la reunificación de las deudas (ampliación de capital) que sí es susceptible –según la cuantía– de provocar la pérdida del rango”. A lo que se une, además, que en el número 3 del Código de Buenas Prácticas, cuando se impone la dación en pago para el caso de que la reestructuración de la deuda no sea viable, se excluye dicha medida «en los casos en que la vivienda esté gravada con cargas posteriores», lo que, a juicio del Centro Directivo, “pone de manifiesto la intención del

⁷⁶³ Vid. apartado 2.4.1.2. del capítulo tercero.

legislador de no perjudicar en términos de rango a los acreedores directamente afectados”. En consecuencia, si no les protege de igual forma en los casos de ampliación del plazo, “es porque no estima que lo necesiten”, ergo en aquellas hipótesis la hipoteca no ve empeorado su rango.

Al respecto de esta argumentación de la DGRN resulta oportuno realizar algunas puntualizaciones. En primer lugar, consideramos que la ampliación del plazo de amortización no es una medida que con carácter general y en todo caso («forzosamente») se imponga al acreedor hipotecario: de un lado, por la elemental razón de que el Código de Buenas Prácticas es un instrumento de asunción voluntaria para las entidades bancarias que solo deviene obligatorio para aquellas que se adhieran a él (art. 5.1) –aunque es verdad que la inmensa mayoría lo ha hecho⁷⁶⁴–; y, de otro, porque de la redacción del número 1, apartado b), del mismo, se infiere que estamos ante una medida que de forma potestativa puede incorporar la entidad financiera al plan de reestructuración. En efecto, si bien tal apartado exige a la entidad que concrete las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación «conjunta» de las medidas contenidas en dicha letra, solo se prevé entre ellas como medida insoslayable («en todo caso») la inaplicación con carácter indefinido de las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés previstas en los contratos de préstamo hipotecario (iv). Lo que sugiere, *sensu contrario*, que las restantes no deben concederse necesariamente y «en todo caso».

Sea lo que fuere de esto, lo segundo que ha de tenerse en cuenta es que la previsión se inserta en una norma de carácter excepcional, que vela por los intereses del deudor de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual que se halla en riesgo de exclusión social (cfr. art. 3). De suerte que, sin duda, se dirige a favorecer a este último, haciendo decididamente prevalecer sus intereses sobre los del acreedor hipotecario, tal vez hasta el punto de obviar si este último se ve perjudicado en términos de rango cuando amplía el plazo de la hipoteca, lo que ocurrirá si al tiempo de la

⁷⁶⁴ Vid. al respecto la resolución de 26 de julio de 2019, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica la lista de entidades que han comunicado su adhesión al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual (BOE 19 de agosto de 2019). Por otro lado, en cuanto a las consecuencias que para el prestamista puede tener el incumplimiento de las obligaciones que le impone el Código de Buenas Prácticas *vid.* MARTÍN FUSTER, J., “Las obligaciones del prestamista respecto al Código de Buenas Prácticas del Real Decreto-Ley 6/2012”, *AC*, 10, 2019, pp. 1-30.

reestructuración de la deuda existen terceros titulares de derechos sobre la finca que no pueden verse constreñidos a soportar el agravamiento de la carga que les antecede.

Por último, la Dirección trae a colación la dación en pago, que el Código de Buenas Prácticas prevé como medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria, y la limitación que respecto de ella contempla el número 3, apartado e), según el cual «*esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores*». El argumento del Centro Directivo parece ser el siguiente: el hecho de que el legislador haya excluido la dación en pago en aquellos supuestos en los que la vivienda está gravada con cargas posteriores pone de manifiesto que sí ha tenido en cuenta a tales sujetos, a quienes no quiere perjudicar en términos de rango. En consecuencia, a ellos debería haberse referido también cuando contempla la posible ampliación del plazo de amortización del préstamo o la alteración de las condiciones de los intereses. Mas, si nada ha dispuesto al respecto y ninguna particular protección les ha dispensado, es precisamente porque estima que no la necesitan, y si no la necesitan es porque se trata en ambas hipótesis de medidas que no afectan directamente a sus intereses.

Sin embargo, nada hay más lejos de la realidad. Lo primero que ha de tenerse en cuenta es que, cuando se produce una dación en pago, no procede *per se* la cancelación de las cargas posteriores, a diferencia de lo que ocurre en un procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 674 LEC). Así ha venido a sostenerlo el propio Centro Directivo, que textualmente ha aseverado que “la cancelación de las cargas posteriores a la inscripción de la hipoteca que garantiza el préstamo saldado mediante la dación en pago de la finca hipotecada no encuentra amparo en nuestro vigente Derecho positivo, ni resulta compatible, en ausencia de la conformidad de sus titulares –o de trámites equivalentes a los previstos legalmente para la salvaguarda de tales derechos en el caso de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de la finca hipotecada–, con el principio de tutela judicial efectiva del derecho de los titulares de tales cargas, titulares que ni han podido ejercitar sus derechos a pagar la deuda y subrogarse en la posición del acreedor, ni a intervenir en la subasta, ni a obtener, en su caso, el sobrante sobre el precio del remate, dada la conclusión del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados en virtud del acuerdo transaccional alcanzado entre ejecutante y ejecutado, ni finalmente han prestado su consentimiento o conformidad a dicho acuerdo que, por

consiguiente, no les resulta oponible” [RDGRN de 21 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 4484)].

Conforme expone el Centro Directivo, si bien es cierto que la facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía forma parte del contenido estructural del derecho de hipoteca, dicha facultad no puede ejercitarse de forma unilateral, dada la proscripción en nuestro Derecho del pacto comisorio (arts. 1858 y 1884 CC). Antes bien, es preciso que su ejercicio se acomode a los procedimientos legalmente preestablecidos, ya sean judiciales o extrajudiciales, para que su actuación quede amparada por el ordenamiento jurídico y obtenga el reconocimiento de todas las consecuencias que de él derivan. Y es que solo mediante los procedimientos tasados pueden salvaguardarse los distintos intereses en juego: los propios del acreedor, pero también los del deudor incumplidor, los del propietario de la cosa hipotecada y aquellos de los eventuales terceros que acrediten derechos sobre el bien que sean objeto de purga.

En efecto, la salvaguarda de la posición jurídica de estos últimos no pasa solo por la oportuna notificación de la existencia del procedimiento en cuestión, sino también por garantizar su derecho a intervenir en la subasta o a satisfacer antes del remate el importe del crédito y de los intereses y gastos en la parte asegurada por la hipoteca (subrogándose en el lugar del acreedor), así como a recibir el eventual sobrante; derechos que el ordenamiento les reconoce explícitamente tanto en el caso de la ejecución judicial (arts. 659 y 689.2 LEC) como en el de la venta notarial (arts. 129 LH, 234 y ss. RH y 72 Ley de Notariado).

Si la necesidad de protección de los terceros es idéntica en el caso de que el pago de la deuda hipotecaria se instrumente por medio de una dación, no cabe decir lo mismo de las previsiones legales que para garantizar dicha protección se prevén. Pues las mismas, en el caso de la dación en pago, son (al tratarse de una figura negocial carente de regulación propia y específica) sencillamente inexistentes. De ahí que el acuerdo transaccional de dación en pago no pueda surtir efectos fuera del círculo de los contratantes y sus herederos (art. 1127 CC) y, por tanto, sea inoponible frente a los titulares de las cargas posteriores. En efecto, a diferencia de la venta extrajudicial, no hay en este caso un “pacto de dación” inscribible que conforme un elemento del derecho inscrito, ni previsiones normativas que articulen el derecho de tales terceros a pagar subrogándose en el lugar del acreedor, o a participar en una subasta con objeto de maximizar el precio de remate obtenido por la finca hipotecada, ni a recibir el sobrante que quede de dicho precio. Resulta, así, como corolario de todo ello, que el principio de purga de las cargas y derechos inscritos y anotados después de la hipoteca no puede aplicarse a los supuestos de dación en pago; a salvo una sola excepción: que hayan prestado conformidad los titulares posteriores (cfr. art. 640.3 LEC).

En suma, los derechos de los acreedores posteriores están suficientemente salvaguardados, pues, conforme a la doctrina que antecede, el acuerdo de dación en pago no producirá la purga de sus derechos a menos que presten su consentimiento al convenio. Con lo que la previsión del Código de Buenas Prácticas, que excluye dicha medida cuando la vivienda esté gravada con cargas posteriores, no puede estar pensando en los intereses de aquellos (que ya están protegidos), sino, antes bien, en los de la entidad financiera, que en ausencia de tales sujetos está «obligada» a pasar por la dación [número 3, apartado a)]. Resulta razonable, sin embargo, que no se constriña a la entidad financiera a pasar por este subrogado del cumplimiento –que constituye, recuérdese, una excepción a la regla general de que la prestación debe realizarse en los términos pactados (art. 1166 CC) e incluso a la responsabilidad universal del deudor (art. 1911 CC) en tanto que limita la responsabilidad del obligado al bien sujeto por garantía– cuando además deba asumir las cargas posteriores que graven la finca, quedando en una posición más desventajosa por comparación a la que le proporcionaría la ejecución hipotecaria.

Sea como fuere, el argumento de la Dirección no se sostiene. En realidad, si no se excluye el posible pacto de ampliación de plazo en presencia de terceros (titulares posteriores), no es porque este les resulte indiferente sino, precisamente, porque les es, al amparo de la interpretación que aquí defendemos del artículo 4.3 de la Ley 2/1994, inoponible. De donde los terceros titulares de derechos posteriores no precisan de tutela alguna, más allá de la que les confiere la propia Ley de subrogación. Del mismo modo en que en nada les afecta la «*reducción del tipo de interés aplicable*» (número 1, apartado b, iii), que quedará cubierto por la hipoteca hasta el límite que fija la cifra de responsabilidad.

En definitiva, no puede compartirse el criterio de la Dirección que percibe en la regulación del Real Decreto–ley 6/2012 una confirmación de la doctrina de que la sola ampliación del plazo del préstamo puede trasladarse al ámbito de la hipoteca y oponerse a terceros titulares intermedios sin necesidad de recabar su consentimiento.

2.4. A modo de conclusión

Los argumentos que la Dirección utiliza en apoyo de la «recarga» de la hipoteca no resultan en absoluto convincentes, y conducen al equívoco de concebir toda hipoteca como la reserva de un derecho de realización del valor por un importe equivalente al máximo de responsabilidad hipotecaria, de tal forma que estaría siempre abierta la posibilidad de recargarla: toda ampliación de capital estaría garantizada «sin pérdida de rango» hasta la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, de suerte que, solo si se rebasa esta, «se necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior».

Sin embargo, la clave para una correcta comprensión del artículo 4.3 de la Ley 2/1994 no la ofrecen, a nuestro juicio, ni su interpretación literal, ni aun la lógica o finalista, sino, antes bien, su exégesis sistemática. En efecto, se recordará cómo ya en el apartado anterior poníamos de manifiesto la relevancia de dos datos que, respecto de toda hipoteca, deben hacerse constar en el Registro, datos que de alguna forma marcan, frente a terceros, los confines de aquello que les resulta oponible o no (cfr. art. 241 RH). Pues bien, probablemente no sea casual que sean, precisamente, esos dos mismos elementos los que exceptúa el legislador de la regla general según la cual las modificaciones realizadas en los préstamos con garantía hipotecaria pueden quedar comprendidas bajo su manto sin alteración o pérdida de su rango, como son: a) todas aquellas que impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, por un lado, y b) las que comporten la ampliación del plazo del préstamo, por otro. Así, cifra de responsabilidad y duración del gravamen se reputan, de nuevo, en presencia de terceros, inamovibles, y las modificaciones que afecten a cualquiera de ambos extremos en el sentido apuntado (incremento o ampliación) necesitan *“la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango”*. Esta remisión que el propio precepto realiza a la normativa hipotecaria vigente en materia de rango (y de su negociabilidad)⁷⁶⁵ no hace sino reflejar la idea de que, lejos de exceptuar el actual régimen, lo confirma.

Queda claro entonces que la ampliación del plazo, se califique como se califique en el plano obligacional, no puede trasladarse al plano del derecho real de hipoteca

⁷⁶⁵ Vid. al respecto apartado 4.4. del capítulo segundo.

existiendo terceros adquirentes de derechos anteriores a la modificación. Ninguna duda cabe de que la prórroga puede tanto favorecer a dichos terceros (en la medida en que evite precipitar la ejecución forzosa de la finca y la consiguiente purga de su derecho) como perjudicarles (por la postergación en el tiempo de su expectativa de ver mejorado su rango), pero el que definitivamente les afecte o no es una decisión que solo a ellos compete adoptar. Lo que no parece de recibo es que se les imponga forzosamente una variación potencialmente perjudicial a sus intereses respecto de un elemento fundamental de una carga cuyos contornos ya habían quedado delimitados antes de que adquiriesen su derecho.

En cuanto a las restantes circunstancias que prevé el artículo 4.2 de la Ley 2/1994, dejan a salvo la cifra de responsabilidad hipotecaria y, por tanto, carecen de incidencia alguna en el rango de la hipoteca, tanto la reducción de capital, en cuanto que es una minoración de la deuda, como la variación «a la baja» de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente. Junto a ellas, parece que también carecen de influjo alguno las modificaciones que afecten al método o sistema de amortización, así como la prestación o alteración de las garantías personales. En lo que atañe a la cláusula general que engloba «*cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo*», habrá de estarse al concreto cambio que se introduzca y comprobar si, efectivamente, encierra un aumento en la cuantía o un agravamiento de la onerosidad de la deuda que pretenda subsumirse bajo el mismo gravamen. Y, por último, conllevarán siempre y en todo caso un incremento de la cifra de responsabilidad tanto la ampliación de capital (siempre que la cifra coincida con el monto de la deuda⁷⁶⁶) como la agravación de las condiciones del tipo de interés, requiriendo en consecuencia de la correlativa ampliación de la carga (art. 81 LH), la cual será inoponible (y, por tanto, pospuesta) a los titulares de derechos inscritos con rango posterior, a no ser que medie su consentimiento.

3. La viabilidad de la hipoteca recargable en perspectiva sistemática: el análisis que la Dirección General pasa por alto

Ha quedado apuntada, así pues, la lectura del artículo 4 de la Ley 2/1994 que mejor concuerda, a nuestro juicio, con su tenor literal, con el alcance de la norma legal en la que se inserta y, muy principalmente, con las restantes reglas con las que coexiste. Y es

⁷⁶⁶ Vid. lo que antes se ha apuntado respecto de la disposición transitoria 3ª.

que, si en algo estamos de acuerdo con la Dirección, es en que la correcta interpretación del artículo 4.3 no puede basarse únicamente en la literalidad del precepto, dada su oscura y confusa redacción. Por ello, resulta muy importante integrar el texto de la norma en nuestro sistema civil y registral, del que no prescinde la propia Ley 41/2007, la cual no parece aspirar, desde luego, a alterar de forma radical la configuración de la hipoteca en nuestro Derecho. Debemos, por tanto, ajustarnos en su interpretación a los principios y reglas que en el ordenamiento español caracterizan e inspiran a dicha carga real.

Y para ello son dos los cuerpos normativos que debemos considerar: el Código civil, de un lado, y la Ley Hipotecaria (y su reglamento), de otro. De ellos se deducen como notas esenciales de su régimen jurídico, primero, su carácter accesorio; segundo, la necesaria determinación de sus líneas generales para su acceso e inscripción en el Registro (inscripción, por lo demás, de carácter constitutivo), así como su sometimiento al juego del principio de prioridad registral en sus relaciones con otros derechos reales que, coexistiendo en el tiempo, sean compatibles con ella, cuando se trate de determinar la preferencia de unos u otros. Pero además, en lo que hace a la protección de las personas físicas que sean deudores, fiadores o garantes, de préstamos que estén garantizados mediante hipoteca (y en conexión más o menos directa con el Derecho de consumo), ha de tenerse presente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, de cuya entrada en vigor ya hemos dado noticia, pues a su través se aboga por el establecimiento de unos estrictos cánones de transparencia dirigidos a propiciar un justo equilibrio entre las partes contratantes de préstamos y créditos con garantía hipotecaria que la recarga no parece en absoluto propiciar.

Una vez más hemos de partir, entonces, del carácter accesorio de la hipoteca, el cual determina que solo pueda constituirse en garantía de una o varias concretas obligaciones y que se extinga al tiempo de cumplimiento de las mismas (arts. 1857.1 y 1876 CC, 104 y 164 LH), aunque, por mandato del principio de indivisibilidad, subsista íntegra sobre la finca hasta tanto la deuda no haya sido satisfecha por completo (arts. 1860 y 122 LH). Por esta razón, el gravamen solo puede servir a los fines del crédito para el que nació, sin que pueda ser utilizado para tratar de cobijar otro distinto ni aun una «ampliación» del mismo en los casos en que la deuda inicial haya sido parcialmente satisfecha. Lo contrario supondría desconocer, no solo aquellos principios, sino la

propia realidad de la hipoteca ordinaria como garantía de una obligación ya existente y de cuantía determinada (al margen de cuál sea el sistema previsto para su pago o devolución y, por tanto, aunque esté sujeta a pagos o devoluciones parciales, sistema que obviamente admite nuestra Ley Hipotecaria: cfr. arts. 122, 124, 127 LH y respecto de su ejecución, arts. 575, 578 y 693 LEC). En definitiva, la hipoteca no puede configurarse como la afección de todo o parte del valor en cambio del bien gravado a favor de un determinado sujeto que obtenga, de este modo, una cobertura genérica aplicable a cualesquiera créditos que ostente o pueda ostentar en el futuro contra el constituyente, dentro del límite cuantitativo de la afección pretendida⁷⁶⁷. Y a esto último es a lo que conduce la interpretación que del artículo 4 de la Ley 2/1994 realiza la Dirección, según la cual cabe, dentro del límite temporal fijado en la inscripción, cobijar en la hipoteca cualesquiera créditos que el acreedor pase a adquirir frente al deudor como consecuencia de la concertación de nuevos préstamos, siempre que los articule como «ampliaciones de capital» del primero y de que la cuantía prestada no sobrepase, junto con la pendiente de amortización, el total importe por el que el gravamen fue constituido.

La doctrina francesa, por su parte, no ha tenido inconveniente en admitir que el mecanismo que subyace tras la hipoteca recargable, si bien no deroga directamente el principio de accesoriedad (*C. civ.*, art. 2393), sí atenúa considerablemente sus efectos⁷⁶⁸. De hecho, en el ordenamiento vecino, aunque la hipoteca deba también constituirse en garantía de una obligación, sobrevive a la desaparición de esta, pudiendo pervivir, dentro del límite de cincuenta años desde el día de su formalización (*C. civ.*, art. 2434, al. 3), a la espera de una eventual recarga, incluso cuando el crédito inicial haya sido íntegramente satisfecho. Esto último es lo que se deduce *sensu contrario* del artículo 2422 del *Code* cuando, a propósito de la facultad del constituyente de ofrecer la hipoteca en garantía a un nuevo acreedor, se prevé que pueda hacerlo «aun cuando el primero no haya sido pagado», lo que significa que la recarga puede operar pese a que el crédito inicial haya sido totalmente amortizado. No obstante, en coherencia con ello, el

⁷⁶⁷ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, “La novación...”, cit., p. 395; DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., p. 209. En estos términos lo había expresado la Dirección General en su resolución de 3 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7491).

⁷⁶⁸ GOURIO, “L’hypothèque...”, *Revue de Droit bancaire et financier*, 5, 2006, étude 14, p. 3; DAGOT, M., *L’hypothèque rechargeable*, LexisNexis, Paris, 2006, pp. 3-4, 12 y 129; PELLIER, “Réflexions...”, cit., p. 4; HOUTCIEFF, “L’hypothèque rechargeable”, *JurisClasser Civil Code: art. 2421 à 2423*, Fasc. 20, pp. 5 y ss.

legislador francés se ha cuidado de introducir en el artículo 2488 del *Code* una excepción al principio según el cual la hipoteca desaparece por la extinción de la obligación principal, viniendo a establecer que los privilegios y las hipotecas decaen, sí, «*por la extinción de la obligación principal*», mas «*con reserva del caso previsto en el artículo 2422*». E idéntica excepción contempla en el apartado segundo del citado precepto en cuanto a la desaparición de la hipoteca por renuncia del acreedor hipotecario.

Salta a la vista que la situación descrita guarda una enorme similitud con la que propicia la deuda territorial alemana, hasta el punto de que llega a verse en la hipoteca recargable francesa una hipoteca «abstracta» (no en su origen pero sí en su desarrollo), independiente de la suerte del crédito inicial que da lugar a su constitución⁷⁶⁹. En cualquier caso, algo queda claro, y es que se produce una alteración en el carácter accesorio de la hipoteca que claramente se percibe, por un lado, en su supervivencia a la extinción del crédito para cuya garantía se creó y, por otro, en la posibilidad de que quede afecta al aseguramiento de nuevos créditos.

Sea como fuere, ni existe en nuestro Código civil un precepto como el artículo 2422 francés, que expresamente señala que la hipoteca constituida a fines profesionales por una persona física o moral «*puede quedar ulteriormente afecta a la garantía de créditos profesionales distintos de aquellos mencionados en el acto constitutivo*» (siempre que así se haya previsto expresamente), ni se ha contemplado salvedad alguna a las normas que consagran el carácter accesorio de la hipoteca y sus manifestaciones.

La doctrina francesa viene a reconocer, asimismo, que la posibilidad de cubrir con posterioridad a la constitución de la hipoteca otros créditos distintos de los inicialmente mencionados en el acto constitutivo implica la necesaria desaparición del principio clásico de especialidad. En efecto, a diferencia de las obligaciones futuras, que pueden quedar cubiertas por hipoteca a condición de que sean determinables en el acto constitutivo (*C. civ., art. 2421*), los nuevos créditos amparados por la hipoteca recargable son completamente desconocidos al instante de su constitución, con lo que puede

⁷⁶⁹ DAGOT, *L'hypothèque...*, cit., pp. 12 y 129. No obstante, sí parece separar a ambas figuras al menos una diferencia: contrariamente a lo que ocurre en Alemania, el inmueble gravado con una hipoteca recargable es susceptible de embargo por los acreedores quirografarios, entre quienes, de no existir crédito garantizado por la hipoteca, se distribuye el precio obtenido con la realización de la finca [GOURIO, "L'hypothèque...", cit., p. 3; PELLIER, "Réflexions...", cit., p. 4].

tratarse de cualesquiera que el constituyente desee contraer durante la vida de aquella. El único límite a la reutilización es, en Derecho francés, de carácter cuantitativo: la hipoteca recargable debe consentirse hasta una cantidad máxima de capital determinada en el momento de su creación (C. civ., art. 2423), y es dentro de ese límite superior en el que deberán inscribirse los nuevos créditos para quedar asegurados por ella. Ahora, nótese que podrán serlo por una cantidad superior a la que importe el primer crédito garantizado, con lo que el único límite real (amén de natural en la materia) será, desde el punto de vista cuantitativo, el correspondiente al valor del bien hipotecado⁷⁷⁰. En fin, la «innovación» resulta muy considerable habida cuenta de que el principio de especialidad era, en Derecho francés, una regla de validez de la hipoteca, que ahora queda derogada por lo que respecta a esta concreta modalidad hipotecaria⁷⁷¹.

Ni que decir tiene que en un sistema como el nuestro, en el que el Registro se articuló como instrumento de publicidad imprescindible para hacer frente a la generalidad y la indefinición de las hipotecas, que en tiempos pretéritos produjeran una fuerte inmovilización del crédito territorial, no es posible prescindir del principio de especialidad, al ser complemento indisoluble de dicha publicidad. De ahí que sea exigencia elemental de toda hipoteca que aparezca delimitada, al menos en términos generales, la obligación a la que sirve de garantía. Así lo establece con carácter general el artículo 12 LH (*“[e]n 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”*) y, respecto de cada modalidad hipotecaria, incluidas las de seguridad o máximo (hipoteca en garantía de obligaciones futuras, unilateral, en garantía de cuentas corrientes, etc.), su propio régimen particular, que ya ha sido analizado. Se prevé, incluso, para aquella hipoteca que fuera introducida precisamente con ocasión de la Ley 41/2007, como es la flotante. En efecto, el artículo 153 bis LH dispone que, en ella, debe hacerse constar *“la denominación y descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas”*. Lo que no puede traducirse, como ya apuntábamos en otro lugar, en la utilización de fórmulas indefinidas que aludan exclusivamente a *todas las obligaciones* que el deudor contraiga en el ámbito de la

⁷⁷⁰ SALVAT, O., “De quelques singularités de l’hypothèque rechargeable”, *La Semaine Juridique Notariale et immobilière*, 29, 2012; PELLIER, “Réflexions...”, cit., pp. 1-7.

⁷⁷¹ GOURIO, “L’hypothèque...”, cit., p. 3; PELLIER, “Réflexions...”, cit., pp. 1-7.

actividad negocial a la que se dedique el acreedor (prototípicamente, la bancaria), ni de referencias absolutamente generales e imprecisas, como la consistente en la simple mención de las partes. Al contrario, las obligaciones deberán quedar definidas de tal forma que puedan ser determinadas en un momento posterior conforme a los parámetros establecidos en la escritura de constitución, sin que en ningún caso puedan serlo después con base en un nuevo convenio suscrito entre las partes. Toda constitución de hipoteca (aunque lo sea de máximo o de seguridad) exige, en suma, que las obligaciones garantizadas sean cuando menos determinables, al objeto de evitar que el acreedor pueda utilizar la carga en garantía de los créditos que tenga por conveniente, como si se tratara de una verdadera reserva de rango a su favor. La sustancial diferencia que a este respecto encierra la recarga es, por tanto, evidente: los créditos futuros que pretenden cobijarse bajo su manto son, por definición, desconocidos e inciertos, y ninguna cuenta se da de ellos en la inscripción⁷⁷².

En fin, solo mediante aquel principio de especialidad se puede hacer del Registro un adecuado instrumento de publicidad, que por definición debe llevar anudada una sanción a la clandestinidad. Es necesario que los acreedores puedan confiar en lo que el Registro publica, al menos en lo que afecta a sus intereses. Y en consecuencia, los derechos no inscritos no perjudican, en nuestro sistema, a los inscritos con anterioridad (art. 32 LH), del mismo modo en que tan solo pueden oponerse a los terceros aquellas modificaciones que afecten a un derecho que les precede cuando hayan accedido al folio registral antes que el suyo propio (art. 144 LH).

Esta misma regla rige en los supuestos de ampliación de hipoteca a que hacen referencia los artículos 91 LH, en relación con el 90 *in fine* LH (cuando regula el complemento de la hipoteca constituida en favor del legatario de rentas o pensiones periódicas), 115 LH (para los intereses vencidos y no satisfechos, que no estuvieren cubiertos por exceder del límite que impone el artículo 114), 163 LH (en materia de hipoteca legal) y 219.2 RH (que prevé la ampliación de la hipoteca ordenada por el Juez en el supuesto de ejercicio de la acción de devastación). En todas las hipótesis anteriores se produce la ampliación de la garantía del crédito asegurado cuando aquella no alcanza a cubrirlo en su integridad, y en todas se cuida el legislador de dejar a salvo los derechos inscritos con

⁷⁷² De esta notable diferencia entre el mecanismo de la recarga y la hipoteca que garantiza créditos futuros da cuenta también la doctrina francesa: PELLIER, "Réflexions...", cit., pp. 1-7.

anterioridad a la inscripción de tal ampliación⁷⁷³. De ahí también la previsión expresa de que esta haya de ser, en efecto, objeto de una nueva inscripción (art. 81 LH) y de que su eficacia solo puede ser opuesta frente a terceros desde su acceso al Registro (art. 144 LH). ¿O es que en verdad puede sostenerse que la recarga no afecta a los intereses de aquellos cuando el gravamen que les antecede pasa a garantizar un nuevo crédito, fruto de un espontáneo pacto por el que se acuerda la entrega de un capital superior?

El legislador tiene especialmente presentes a los dichos terceros por una elemental razón: el riguroso orden de entrada de los derechos en el Registro, que determina su rango registral (arts. 17, 24, 25 y concordantes LH), tiene importantísimas consecuencias desde el punto de vista de la efectividad del derecho al que sirven de garantía; en caso de impago, la ejecución de la hipoteca preferente determinará que el numerario obtenido de la realización forzosa de la finca se destine preferentemente al pago de la deuda a su través garantizada, con purga de las cargas que se sitúan tras ella (cfr. arts. 692.3, 668.2, 669.2, 670.5 y 674 LH y 134 LH), mientras que, si se extingue por vía distinta a la de la ejecución, las cargas ulteriores avanzarán en rango y verán de esta forma mejorada su posición y con ello, el valor económico de su derecho. Ninguna duda cabe entonces de la crucial transcendencia que debemos conceder a la concreta extensión del crédito garantizado, cuyo pago voluntario no solo favorece al acreedor satisfecho sino también, indirectamente, a los titulares de derechos posteriores sobre la misma finca gravada. En definitiva, admitir la recarga sería tanto como permitir que el asiento de la primitiva hipoteca irradie su rango a (o lo reserve para) cualquier ampliación de capital posterior, permitiendo la posible pervivencia de un compartimento vacío al modo en que sucede en el sistema de puestos fijos, diametralmente opuesto al nuestro (de avance de puestos).

Que la hipoteca recargable comporta una importante novedad en este sentido es algo que la doctrina francesa no ha dudado en poner de manifiesto: gracias a la recarga, un acreedor cualquiera (recuérdese que en el sistema francés la hipoteca recargable no solo sirve al acreedor inicial sino también a cualesquiera otros) puede beneficiarse de un rango hipotecario que, determinado por la inscripción de origen, no guarda relación alguna con la fecha de nacimiento de su derecho, anteponiéndose a cualquier acreedor que, aunque haya accedido antes al Registro, lo haya hecho postergado en rango a la

⁷⁷³ DOMÍNGUEZ LUELMO, "La recarga...", cit., pp. 213-214.

hipoteca recargable. Es por ello que la doctrina aconseja no conceder crédito con cargo a un inmueble sujeto a un pacto de recarga si no es precisamente participando del mismo, pues toda hipoteca ordinaria que se inscriba tras él está condenada a ser pospuesta por cualesquiera recargas que puedan practicarse después⁷⁷⁴. Sin embargo, el que cualquier acreedor se vea en la obligación de participar de la hipoteca recargable presenta, cuando menos, un problema: si el montante del crédito que este segundo acreedor está a punto de conceder excede del capital garantizado por la hipoteca recargable, deberá constituir un gravamen adicional por la diferencia, lo que indudablemente encarecerá la operación. Y este resultado no deja de ser paradójico cuando se repara en que la recarga se presenta como una alternativa para reducir los costes asociados a la constitución de una nueva carga, mediante el «reciclaje» de otra ya existente.

Lo cierto es, sin embargo, que en la práctica, comoquiera que se permite que el máximo cubierto por la hipoteca recargable sea superior a la cifra del crédito por el que ha sido constituida, es habitual que el inmueble quede gravado hasta un máximo de capital que represente «la reserva de crédito» que ofrece, muy próximo, entonces, a su entero valor⁷⁷⁵. Claro está, sin embargo, que este será estimado en la época en la que la garantía se constituya, de tal forma que los acreedores que convengan una recarga tiempo después solo podrán confiar en dicha evaluación (y, por tanto, en que su crédito quedará debidamente asegurado), si los datos del mercado inmobiliario, los relativos a la zona en la que se sitúa el bien, así como el mismo inmueble, no han sufrido degradación alguna⁷⁷⁶. Mas ¿qué beneficio “real” obtendrá con ello el deudor hipotecario?

⁷⁷⁴ DAGOT, *L'hypothèque...*, cit., pp. 2-3 y 119; LE MAGUERESSE, “De l'hypothèque...”, cit., pp. 1-14. Téngase en cuenta que la recarga se anota al margen de la inscripción de la hipoteca y determina, de esta forma, la prelación entre los distintos acreedores que accedan a ella, que no se encuentran en total «igualdad de rango».

⁷⁷⁵ SALVAT, O., “De quelques...”, cit., pp. 1-8; así lo recomienda GRIMALDI, M., “L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire”, *La Semaine Juridique Édition Générale*, 20, 2006, p. 3: desde el punto de vista teórico, en la medida en que la hipoteca puede separarse del crédito garantizado, nada obsta a que se hagan constar dos importes diferentes, mientras que desde el punto de vista práctico, cuanto mayor sea el importe a que quede afecta la finca, mejor podrá servir para garantizar un número mayor de deudas.

⁷⁷⁶ SALVAT, “De quelques...”, cit., pp. 1-8. Se critica por ello que el legislador no haya impuesto, al modo en que lo hacen las legislaciones que admiten la hipoteca sobre cosa propia (situación que se cataloga de análoga), un peritaje del inmueble respecto de su valoración máxima, en condiciones tales que garanticen la seguridad de terceros: DAGOT, *L'hypothèque...*, cit., pp. 32-33.

Es claro que su patrimonio sufre una merma considerable desde el instante en el que pesa sobre un inmueble de su propiedad (en muchas ocasiones, el único o, al menos, el que mayor activo representa en el haber de un deudor medio) una carga de tal amplitud que absorbe su entero valor. Ciertamente podrá utilizarlo como «moneda de cambio» para obtener financiación de forma tal vez más sencilla. Sin embargo, no es seguro que ningún acreedor vaya concederle crédito cuando precise de él. Aún más, se dice que la recarga francesa ni tan siquiera reporta al potencial financiador la ventaja que quiere hacerse ver: primero, porque, aunque pueda aprovechar el rango ya ganado por la hipoteca, solo podrá anteponerse a quienes ostenten algún derecho postergado a ella (que, desde luego, no será de constitución voluntaria, pues ningún acreedor asumirá el riesgo que entraña verse pospuesto a una carga potencialmente recargable), mientras que, en lo demás, quedará subordinado al pago efectivo del crédito del constituyente de la hipoteca y de todos aquellos acreedores que, con anterioridad a él, hayan convenido una recarga⁷⁷⁷; y, segundo, y sin entrar en los problemas que surgen en toda situación de cotitularidad, porque ni siquiera tendrá la absoluta certeza de que su crédito queda enteramente salvaguardado.

En suma, la recarga ni es acorde al carácter accesorio de la hipoteca ni cumple con las exigencias del principio de especialidad y provoca, además, una evidente torsión de nuestro sistema de ordenación del rango, que dejaría de caracterizarse por la prioridad temporal de quien primeramente accede al Registro para reconocer preferencia a quien sustraiga en su beneficio el entero valor patrimonial de la finca gravada, sin una real contraprestación en favor del hipotecante. La recarga posibilitaría, en definitiva, un secuestro monopolístico de los recursos patrimoniales del deudor en provecho de una concreta entidad financiera, a quien, por cierto, se estaría reconociendo un régimen privilegiado frente a otros posibles acreedores que no tiene especial justificación por

⁷⁷⁷ A tales efectos señala el artículo 2422 que el pacto de recarga debe publicarse, en la forma prevista en el artículo 2430 (o sea, mediante nota al margen de la inscripción), so pena de inoponibilidad a terceros. Su publicación determina el rango de los acreedores beneficiarios de la misma hipoteca. De esta forma, para los acreedores sucesivos que se benefician de la recarga, la situación es exactamente la misma que la de los acreedores de segundo rango en el esquema clásico; sistema que es, a juicio de PELLIER, “Réflexions...”, cit., pp. 1-7, totalmente lógico, en la medida en que preserva los derechos del acreedor en cuyo favor ha sido inicialmente constituida la hipoteca. Esto nos lleva a cuestionarnos, sin embargo, qué ocurre con los anotantes de embargo, pues estos quedarán siempre postergados a la hipoteca: ¿acaso aspira el legislador francés a sustraer la finca del deudor como garantía de su responsabilidad universal en beneficio exclusivo de unos determinados acreedores?

razón del interés público⁷⁷⁸. Como ya se habrá advertido, la situación descrita propicia además un claro desequilibrio entre acreedor y deudor que no es acorde a las últimas tendencias legislativas en materia de consumo donde, por cierto, está pensada que actúe la hipoteca recargable.

Estamos refiriéndonos, como ya antes adelantábamos, a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, una norma que aspira, según su Exposición de Motivos, a «garantizar un régimen jurídico seguro, ágil y eficaz», que «proteja el sistema hipotecario español y, en particular, el régimen de concesión de préstamos y créditos con garantía hipotecaria inmobiliaria» y que permita «la recuperación de la confianza de los prestatarios». A tal fin, se introducen ciertas previsiones con las que se pretende «potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes». Se trata, en definitiva, de evitar «la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos» y de exigir, a la vista de la «asimétrica posición que ocupan en la relación contractual el prestamista y el prestatario», que la parte que domina la relación, o sea, el profesional, «tenga un plus de responsabilidad en su comportamiento hacia el prestatario». Para lo que se construye un «régimen específico de protección» que se extiende «a todas las personas físicas, con independencia de que sean o no consumidores», que tengan la condición de deudores, fiadores o garantes de préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial.

⁷⁷⁸ Esto mismo denunciaba la Proposición no de Ley 162/000260 presentada por el Grupo Parlamentario Mixto el 25 de noviembre de 2008, sobre modificación de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. En ella se ponían de manifiesto las deficiencias y disfunciones de que adolece la Ley 41/2007, muy especialmente en relación a la hipoteca flotante y a la recargable, cuya supresión se exigía. Y entre aquellas disfunciones se apuntaba a “que esas nuevas modalidades hipotecarias solo pueden constituirse a favor de entidades de crédito, lo que es especialmente grave en el caso de la flotante y de la recargable, dado el privilegio que implica frente a otros posibles acreedores”, pues no debe olvidarse que “llevan implícita una reserva de rango hipotecario a favor de posibles créditos futuros todavía no nacidos frente a créditos anteriores, que pueden verse postergados sin causa económica suficiente”. Esta restricción subjetiva y el privilegio que reporta a las entidades financieras viene en realidad motivada, a su juicio, “por una concepción ingenua que tiende a considerar que cualquier ventaja competitiva concedida a las entidades de crédito frente al resto de acreedores resulta beneficiosa para el país, en cuanto fomenta la concesión masiva de crédito, lo que está en la base misma de los sistemas de economía de mercado”. Sin embargo, basta observar la situación de restricción del crédito en la que nos encontramos inmersos al instante de la promulgación de la Ley para valorar adecuadamente la repercusión que a tal fin producen la concesión de esos y otros privilegios.

«El objetivo último es reforzar las garantías para los prestatarios en el proceso de contratación y evitar en última instancia la ejecución de este tipo de préstamos en vía judicial con la consiguiente pérdida de la vivienda».

Se establecen, en consecuencia, normas de transparencia y de conducta orientadas a favorecer la progresiva implantación de un mercado de crédito fiable, en el que las personas físicas que busquen financiación hipotecaria puedan hacerlo con la confianza de que las entidades prestamistas se comportarán de forma profesional y responsable, de que los contratos de crédito serán «más equitativos» y de que tienen asegurado un elevado nivel de protección, que partirá desde la misma fase precontractual, en la que el prestatario tendrá a su disposición la información que le permita comprender cabalmente la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar.

No es este lugar para realizar un análisis sobre las novedades que incorpora la recién aprobada norma⁷⁷⁹. Sí procede, sin embargo, poner de manifiesto que en un contexto normativo como el descrito, que aboga por reforzar la seguridad jurídica, aumentar la transparencia en favor del deudor, alcanzar un justo equilibrio entre las partes y evitar la ejecución de la hipoteca con la consiguiente pérdida de la vivienda, no parece deseable una interpretación como la que realiza la Dirección General en torno a la recarga, pues difícilmente superaría los filtros que ahora se establecen para la válida contratación del préstamo hipotecario.

⁷⁷⁹ Vid., a este respecto, algunos de los trabajos doctrinales que se han elaborado hasta la fecha: AA.VV., *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*, dir. por K. J. Albiez Dohrmann y M. L. Moreno-Torres Herrera y coord. por M. J. López Frías y B. Casado Casado, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, *passim*; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, *passim*; LONGO MARTÍNEZ, A. A., “Estudio práctico de la regulación de los contratos de crédito inmobiliario”, *La Notaria*, 1, 2019, pp. 44-80; ANDERSON, M., “La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras”, *La Notaria*, 1, 2019, pp. 12-17; AGÜERO ORTIZ, A. “Principales medidas introducidas por la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, *CESCO*, 2019, pp. 1-28; CARRASCO PERERA, A., “Introducción a la «Nueva Ley Hipotecaria»”, *CESCO*, 2019, pp. 1-5; MARÍN LÓPEZ, M. J., “La evaluación de la solvencia del prestatario en la Ley 5/2019 (IV): las consecuencias de la correcta evaluación de la solvencia sobre el contrato de préstamo”, *CESCO*, 2019, pp. 1-5; CUENA CASAS, M., “Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, *AC*, 9, 2019, pp. 1-20; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La aplicación en el tiempo de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario y de otras normas”, *Diario la Ley*, 9436, 2019, pp. 1-31.

En efecto, resulta innegable que la Ley 41/2007 adolece de una total falta de detalle normativo, hasta el punto de que esta nueva modalidad hipotecaria por la que ha apostado la Dirección nace huérfana de regulación y de límites de ningún tipo, lo que no solo entraña un riesgo de abuso sino que compromete gravemente la seguridad jurídica⁷⁸⁰. Si se entiende, al modo en que lo hace la Dirección, que toda hipoteca de tráfico sustrae ahora a favor del primitivo acreedor el entero valor por el que se constituye la carga para su eventual provecho y «reutilización», cuando ni siquiera está prevista la posibilidad de conceder ulterior financiación al deudor, es difícil sostener que existe un «justo equilibrio» entre las partes. Pues, mientras el acreedor tiene a su disposición un gravamen que puede utilizar a su arbitrio para cubrir la obligación resultante de un nuevo convenio, colocándose en una posición aventajada respecto de otros acreedores, no tiene sin embargo obligación de conceder más crédito al deudor, de forma que este no ve compensada con un beneficio real la merma que para él supone el mantenimiento de la carga en toda su plenitud.

Además, solo podría sostenerse que el deudor hipotecario es consciente de la «carga económica y jurídica» que para él representa el préstamo que va a contratar si en el proceso de contratación se le informa del funcionamiento de la hipoteca y se le advierte de las dificultades de financiación que encontrará por parte de otras entidades financieras distintas de aquella que le ha concedido el préstamo hipotecario inicial, quienes evitarán contratar con él ante el evidente riesgo de verse postergados por una repentina inyección de capital. No parece que esto vaya a ser así, si se tiene en cuenta que las «posibilidades» que la recarga ofrece se ocultan a ojos del deudor y de los terceros, a quienes no se previene en el único lugar apropiado para ello, el Registro de la Propiedad, en el que, se dice, solo quedará reflejo mediante nota al margen una vez haya tenido lugar la «novación modificativa» (art. 4.3 de la Ley 2/1994). Todavía más: la Dirección General condiciona la validez de la recarga a que se mantenga inalterado el plazo del préstamo, lo que viene a significar que el deudor deberá hacer frente en el mismo periodo inicialmente pactado a una cuantía que puede llegar a ser muy superior. El mayor riesgo de ejecución de la hipoteca (y consiguiente pérdida de la vivienda) va de suyo.

⁷⁸⁰ Así se denuncia también en la Proposición no de Ley 162/000260 a la que antes nos hemos referido, que añade: “si bien la falta de límites implica siempre riesgo de abuso, la de regulación es fuente de preocupante inseguridad jurídica”.

Es claro, en definitiva, que en una visión sistemática, no procede una lectura como la que realiza la Dirección y que la salvaguarda de los principios que informan el sistema hipotecario exige una interpretación de la Ley 2/1994 fiel a aquellos. Es por esto mismo que también debe rechazarse uno de los argumentos que en otro lugar se exponía: que a falta de una regulación clara de la hipoteca recargable procede su admisión porque la creación de derechos reales se rige por la doctrina del *numerus apertus* (arts. 2 LH y 7 RH). Empero ello exige, de un lado, respetar las características estructurales típicas de los ya regulados, así como las exigencias impuestas por el sistema registral a favor de terceros y, de otro, que exista una razón justificativa suficiente que respalde la alteración⁷⁸¹.

Ya han quedado expuestas las razones que nos conducen a aseverar que la recarga choca frontalmente con las características de la hipoteca y rebasa los límites que el sistema prevé para protección de los derechos de terceros. Mas, por si todo ello fuera poco, ni siquiera existe justificación bastante en apoyo de la figura. Es cierto que la recarga aporta flexibilidad al sistema y concede a los particulares una mayor libertad de movimiento: si se entiende que la cifra de responsabilidad hipotecaria viene a definir la extensión y el alcance del derecho del acreedor, las partes pueden moverse con absoluta libertad dentro de ese ámbito, en tanto no lo superen. Además, la supresión de determinadas formalidades (constitución de una nueva hipoteca por el importe de la ampliación) conlleva una disminución de costes y, de forma correlativa, un abaratamiento del acceso al crédito. Ahora, en contrapartida, es una figura que debilita la propiedad sobre la vivienda y entraña un evidente riesgo de sobreendeudamiento para el deudor-consumidor.

Esta misma denuncia se realizó por la doctrina gala y parece haber surtido efecto, toda vez que la hipoteca recargable fue suprimida por Ley de 17 de marzo de 2014 (loi Hamon) y reinstaurada nueve meses más tarde mediante Ley de 20 de diciembre de 2014 pero circunscrita a los sujetos que tomen prestado a fines exclusivamente profesionales⁷⁸². Se ponía de manifiesto que desde el instante en el que se admite la

⁷⁸¹ RRDGRN 2473/2016, de 18 de febrero (RJ 2016, 2981), 5649/2016, de 19 de mayo (RJ 2016, 3984), 11037/2017, de 5 de septiembre (RJ 2017, 4350) y 178/2017, de 12 de diciembre (RJ 2016, 6568), entre otras.

⁷⁸² Vid. al respecto, HEUGAS-DARRASPEN, H. y SALVANDY, J., “L’hydre de l’hypothèque rechargeable?”, *RDI*, 2015, p. 341, y LAZARUS, C., “La réforme des sûretés par l’ordonnance du 23 mars

hipoteca recargable se está perpetrando en realidad un ataque frente a la vivienda, que es lo que representa para los franceses (ni que decir tiene para los españoles), la propiedad, ahora gravada con una carga de enorme amplitud. Existe, en efecto, una diferencia insalvable entre la hipoteca que se constituye para construir o comprar una vivienda y aquella que solo aspira a facilitar el crédito al consumo, pues mientras la primera responde al deseo de los franceses de devenir propietarios del inmueble en el que residen, la segunda puede favorecer el consumo pero lo hace a costa de debilitar la propiedad sobre la vivienda, lo que parece contrario a los deseos de un ciudadano ordinario que normalmente concede prioridad a su residencia y a su conservación⁷⁸³. Además, de la misma forma que se aprueba con el objetivo de estimular el consumo, la hipoteca recargable presenta el riesgo de facilitar el sobreendeudamiento de los prestatarios, en la medida en que la garantía real ya constituida hace que la concesión de financiación sea más fácil y, en definitiva, que las familias se endeuden más sin importar sus propios ingresos, con el pretexto de que el valor de su vivienda es suficiente para cubrir la deuda suscrita⁷⁸⁴. Lo que además no es del todo real, pues se apoya en parte en una situación de crisis de la vivienda que engrosa artificialmente el precio del inmueble.

Por último, si el beneficio que la recarga reporta al deudor se cifra en la sola minoración de los costes asociados a la constitución de una nueva carga cuando precise de financiación adicional: ¿no sería acaso más simple reducir el coste del crédito hipotecario disminuyendo directamente los impuestos que devenga, antes que impulsar la concesión de préstamo por vía de una garantía reciclable en la que las reutilizaciones están totalmente exoneradas?⁷⁸⁵.

2006 et le droit de la consommation: entre occasions manquées et fausses bonnes idées”, *Les Petites Affiches*, 2007, pp. 3-14.

⁷⁸³ DAGOT, *L'hypothèque...*, cit., pp. 8-9. Esa es, a su juicio, la principal razón de que los técnicos ministeriales prefiriesen no someter el texto a la aprobación del Parlamento, ante el riesgo de que pudiese ser rechazado.

⁷⁸⁴ GIJSBERS, C., “Hypothèque...”, cit., aunque el problema no lo cifra tanto en la operatividad del mecanismo de recarga cuando en la irresponsabilidad de los concedentes de crédito, que habrían de verificar que el prestatario efectivamente cuenta con recursos regulares y su patrimonio va más allá de la simple finca hipotecada. En el mismo sentido, ANDREU, L., “L'hypothèque rechargeable ressuscitée”, *La Semaine Juridique Edition Générale*, 4, 2015, pp. 134-135.

⁷⁸⁵ GIJSBERS, C., “Hypothèque rechargeable: rétablissement pour les professionnels par la loi du 20 décembre 2014”, *Recueil Dalloz*, 2015, p. 69.

En suma, este giro interpretativo de la Dirección General no solo hace temblar el régimen jurídico de la hipoteca como derecho real de garantía, sino que nos traslada desde un sistema absolutamente proteccionista con los derechos de los terceros a un escenario en el que estos quedan relegados a un segundo plano, si se admite que su eventual “perjuicio” debe ahora medirse a través del metro que ofrece *la cifra de responsabilidad hipotecaria*⁷⁸⁶. Y es que ello es tanto como convertir toda hipoteca en la mera reserva de un derecho de realización del valor por un importe igual a esa cifra⁷⁸⁷.

VI. Recapitulación

El régimen de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, aunque algo vacilante y confuso, nos reafirma en la idea de que la subrogación hipotecaria (de naturaleza legal) comporta la extinción del crédito liquidado y la sola transmisión de sus privilegios y garantías (en este caso, de la hipoteca) como refuerzo del derecho de crédito del que el tercero, que presta su dinero para la restitución de la primera deuda, deviene titular *ex mutuo*.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley, que en un inicio contemplaba dos aspectos posibles a modificar en la «escritura de subrogación» respecto del préstamo anterior (como eran las condiciones del tipo de interés y el plazo), consta tras la Ley 41/2007 de dos apartados más: uno primero, que comprende un abanico de circunstancias a las que pueden ir referidas las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios y un segundo dirigido a regular el efecto que tal alteración puede producir en el rango de la hipoteca inscrita.

Esta última era una cuestión a la que el legislador no había prestado atención hasta aquel momento. Cierto es que en un primer instante exigió, en cuanto a la modificación de las condiciones del tipo de interés, que el resultado fuese de «mejora», lo que de alguna forma podía hacer presuponer que se estaba protegiendo a los terceros posteriores a la hipoteca, a quienes en nada afectaba (más bien al contrario) la minoración de la carga que les antecedió en rango. No obstante, aquel requisito se

⁷⁸⁶ DÍEZ GARCÍA, *Recargas...*, cit., p. 176.

⁷⁸⁷ DOMINGUEZ LUELMO, “La recarga...”, cit., p. 217.

suprimió después, dando entrada al término más aséptico de «modificación» de las condiciones, lo que, en definitiva, vino a confirmar que el redactor de la norma no estaba protegiendo mediante dicha regla a los terceros registrales sino solo bonificando fiscal y arancelariamente unos determinados cambios. La conclusión no puede ser otra, entonces, que a la modificación del tipo de interés se aplican determinados beneficios que hacen la operación más económica, pero su oponibilidad frente a terceros viene determinada por la aplicación de las reglas generales. Bien se opte por el artículo 144 LH, bien por el 241 RH (que consagra dos márgenes capitales en toda hipoteca como son la cifra de responsabilidad y el plazo), ambos comparten una misma filosofía que informa a su vez toda la Ley Hipotecaria (arts. 34, 40, 81, 115, 121 LH) y que prescribe la inoponibilidad de aquel incremento de los intereses que exceda de la cifra prevista en la inscripción frente a terceros que hayan adquirido algún derecho real antes del cambio. La «ampliación» solo podrá quedar garantizada con el rango que determine la fecha de su inscripción. Y ello a pesar de que en el plano estrictamente obligacional pueda entenderse que los intereses son elemento accidental del contrato, lo que excluye la aplicación de la novación como límite a su modificabilidad.

Tampoco tras la ampliación del plazo subyace, por la misma razón, una cuestión novatoria. No es ese el fundamento que descansa tras la regla que enuncia el artículo 1851 CC: ni responde al carácter novatorio de la prórroga ni a la eficacia relativa de los contratos, sino, antes bien, a la necesidad de proteger la vía subrogatoria siempre y cuando sea procedente en beneficio del fiador. Esa y no otra es la razón de que este pueda liberarse por la prórroga, cuando con ella se le impida, una vez pagada la fianza, utilizar la subrogación para ejercer el regreso inmediato contra el deudor. Sin embargo, de la misma forma que ocurría con la modificación afectante a las condiciones del tipo de interés, el cambio no surtirá efecto frente a terceros en el plano del derecho real de hipoteca si, resultándoles potencialmente perjudicial, no se recaba su consentimiento. Pues, como ya se ha apuntado, el artículo 241 RH reputa como uno de los elementos clave en la inscripción de toda hipoteca la duración máxima del gravamen, en absoluto indiferente para quienes adquieren derechos sobre la finca después de constituida aquella.

Del estudio de las circunstancias que se incorporan por medio de la Ley 41/2007, cuya alteración se califica de «novación modificativa», se desprende que no hay en la mayoría

de los supuestos una cuestión novatoria (extintivo-constitutiva), ni aun modificativa. La «ampliación de capital» viene a disimular en realidad una nueva obligación, dimanante de una fuente jurídicamente distinta (un nuevo contrato de préstamo), que ni extingue ni *modifica* el anterior, mientras que mediante la «prestación o modificación de las garantías personales» el nuevo pacto solo viene en rigor a añadir una obligación nueva, accesoria, a la principal, con lo que no concurre uno de los requisitos necesarios para que tenga lugar la novación, a saber, la «modificación» de algún elemento de la obligación previa. Por último, la previsión genérica que califica de «novación modificativa» toda variación en el «método o sistema de amortización y en cualesquiera otras condiciones del préstamo», da una muestra más del despiste del legislador en toda esta materia, cuando sienta ahora de que toda novación es modificativa, aunque no se sepa muy bien qué es exactamente lo que quiere decirse con ello.

Por último, en cuanto al exacto sentido del artículo 4.3, se ha advertido de las incongruencias en que incurre la Dirección General cuando elabora su tesis sobre la recarga. La intelección que propone ni es fiel a la literalidad del precepto, ni puede fundarse en una hipotética voluntad del legislador de la que no hay rastro en la norma, ni es, en definitiva, la interpretación que desde el punto de vista lógico y sistemático mejor se integra en nuestro sistema. Muy al contrario: el precepto permite una lectura alternativa que no hace forzar ni las características estructurales típicas de la hipoteca, ni los principios que, en salvaguarda de todos los sujetos involucrados (terceros incluidos), consagra nuestro sistema registral. Y que pasa por entender que, de entre las «modificaciones» que relaciona el artículo 4.2, podrán quedar cubiertas por la hipoteca ya constituida aquellas que no produzcan un aumento de la cifra de responsabilidad (la «ampliación de capital» por regla general lo hará, con la única salvedad de que haya sido inicialmente prevista en la inscripción) o la ampliación en el plazo de la hipoteca. Aquellas que excedan de dichos márgenes serán inoponibles a terceros, salvo que presten su consentimiento y solo podrán quedar garantizadas mediante una carga postergada en rango en razón de dicho «incremento o ampliación».

CONCLUSIONES

1. La hipoteca recargable, cuya regulación en nuestro ordenamiento jurídico se ha querido intuir en el artículo 4, apartados 2 y 3, de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (tras la reforma introducida por Ley 41/2007, de 7 de diciembre), es fruto de una construcción doctrinal que parte de la siguiente premisa: acreedor y deudor en un préstamo hipotecario pueden *libremente* convenir (merced a la autonomía de la voluntad) una ampliación en el monto prestado otorgando al pacto efectos meramente modificativos, lo que no solo tiene incidencia en el plano obligacional y por lo que a la subsistencia del contrato primitivo se refiere, sino que se traslada, por aplicación del principio de accesoriedad, a la hipoteca constituida en garantía de aquella deuda. Dicho más claramente: la hipoteca debe seguir el mismo régimen que el préstamo garantizado, de donde se colige que si este último es objeto de «novación modificativa» por «ampliación de capital», la hipoteca experimentará, de la misma forma, una novación «meramente modificativa».

Esta idea se completa con la novedad que en apariencia introduce el legislador mediante la reforma de aquel precepto y que consiste en entender que lo que verdaderamente trasciende en la inscripción de una hipoteca es la «cifra de responsabilidad hipotecaria» que se haya hecho constar en el folio registral. Puesto el foco en ese único dato, gran parte de la doctrina (e incluso, hoy, la Dirección General de los Registros y del Notariado) no ve inconveniente en que toda hipoteca pueda «recargarse» hasta el límite que representa dicha cifra, lo que viene a significar que puede concederse nuevo crédito al deudor una vez haya amortizado parte de la deuda y que este quedará cubierto por el mismo gravamen, «reutilizable» en tanto no se rebase el importe inicialmente consignado, existan o no terceros titulares de derechos inscritos sobre la finca postergados en rango, a quienes puede oponerse el nuevo pacto y, en definitiva, la hipoteca, en toda la extensión que mediante aquella cifra se haya “reservado” el acreedor.

A lo largo de este trabajo se ha podido constatar, sin embargo, que el planteamiento que subyace tras la recarga constituye en realidad una falacia: ni cabe hablar de «novación modificativa» como categoría jurídica a la que quepa atribuir una significación propia, ni la «ampliación de capital» comporta una «modificación» del contrato de préstamo en

que pretende enmarcarse, ni, en fin, cabe trasladar sin mayores consideraciones al plano del derecho real de hipoteca el acuerdo alcanzado *inter partes* respecto de la obligación garantizada.

2. La recarga ha contado desde la aprobación de la Ley 41/2007 con un gran número de adeptos en el ámbito doctrinal, animados tal vez por el modelo que ofrece un instrumento financiero de similares características que sí ha sido expresamente introducido en el Derecho francés y del que ha tomado su nombre. La Dirección General, sin embargo, lejos de allanar el camino (como finalmente ha hecho), adoptó primero una posición conservadora, contraria a la admisión de una figura que, valiéndose de una «ingeniosa construcción», contrariaba tanto los principios que secularmente han caracterizado al derecho real de hipoteca como, en general, los que rigen el funcionamiento de nuestro sistema registral. Una loable posición de la que lamentablemente ha terminado por apartarse en sus últimas resoluciones sobre el particular, provocando que se generalice una posición favorable a esta figura, que podría ser incluso objeto de regulación en una eventual reforma de nuestro Código.

La evolución no ha sido casual. Al contrario, supone la rendición ante la idea (defendida con ahínco por ciertos sectores desde tiempo atrás) de que debía «flexibilizarse» el mercado hipotecario y ponerse al servicio de las necesidades contemporáneas, eliminando formalidades y restando rigidez a unas reglas y principios que, se entendía, contaban ya con numerosas excepciones (aunque según hemos comprobado no son realmente tales). Un proceso que demandaba, en definitiva, un mayor protagonismo para la autonomía de la voluntad y una más amplia libertad para las partes contratantes, aunque fuese a costa de debilitar la seguridad jurídica y la posición de los terceros acreedores no partícipes en el convenio, sobre quienes se hace prevalecer decididamente la posición del acreedor asegurado colocándole en una posición de exclusividad que le permite ejercer una mayor presión sobre el deudor.

De tal insistente demanda hacen prueba las numerosas resoluciones que durante una treintena de años ha venido dictando el Centro Directivo oponiéndose a la constitución de gravámenes de las características que hoy se atribuyen a la hipoteca flotante y a la recargable. Pero finalmente ha cedido. No solo en materia de hipoteca flotante, lo que de alguna forma venía obligado por su regulación expresa en el artículo 153 bis de la Ley

Hipotecaria tras la reforma introducida por Ley 41/2007, sino también acogiéndose a la tesis de quienes veían regulada una tal hipoteca recargable en la Ley 2/1994 (aunque el legislador no la mencione ni adecúe a ella los dictados de la Ley Hipotecaria ni del Código Civil). Se dice, en resumen, que el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo consagra un nuevo modelo de hipoteca a través de su “recarga”, consistente en “la facultad de compensar las cantidades amortizadas del principal con los nuevos importes concedidos, siempre que la suma de estos con el capital pendiente de amortización del préstamo primitivo no supere la cifra de capital inicialmente concedido, aunque existan acreedores intermedios, y con el mantenimiento del rango de la hipoteca que seguirá siendo única” (resoluciones de 14 de mayo de 2015 y 19 de septiembre de 2017).

3. Que los principios hipotecarios habían sido en numerosas ocasiones objeto de flexibilización y, por consiguiente, que no debían aplicarse rígidamente, es una afirmación inexacta, al menos hasta la promulgación de la Ley 41/2007. Si se sigue la evolución tanto a nivel normativo como en la interpretación y aplicación que de los mismos había acometido la Dirección General antes de su cambio interpretativo, se constata que la hipoteca seguía y sigue siendo un derecho real de garantía accesorio de uno o varios créditos (con independencia de que sean presentes o futuros) que determinan que la carga nazca, se transmita o extinga. Ni las hipotecas de seguridad o máximo, ni las formalidades que exige la cancelación registral de la carga una vez amortizada íntegramente la deuda, ni la dualidad de plazos de prescripción previstos para las acciones personales y para la hipotecaria, implican una *quiebra* de aquel carácter. Un principio, el de accesoriedad, que es característica estructural típica de la hipoteca y que, en suma, impide su subsistencia una vez desaparecida la obligación garantizada para salvaguarda de otra distinta, a salvo una excepción: la que se produce en los supuestos de pago con subrogación.

La admisión de las hipotecas de seguridad o máximo tampoco impidió que el principio de especialidad siguiese siendo efectivo. Ciertamente es que no impone ahora una descripción exacta de la obligación para cuya salvaguarda se constituye el gravamen, mas sí exige que quede determinada en el folio registral en condiciones tales que permitan su posterior identificación, en interés de los terceros poseedores, los terceros acreedores y el propio hipotecante. Solo conociendo de antemano qué específicas obligaciones son

objeto de cobertura hipotecaria pueden aquellos terceros, *ex ante*, valorar adecuadamente el riesgo que asumen al adquirir ora la finca ora derechos sobre ella y, *ex post*, controlar aquello por lo que puede ser ejecutada y cuándo procede la cancelación de la carga y su avance en rango. De la misma forma, solo si las obligaciones cubiertas están determinadas con certeza, alcanza a controlar el hipotecante que el acreedor no se está apropiando de sus recursos por más de lo que en rigor le corresponde, de tal forma que pueda aprovechar el exceso de valor del inmueble para constituir ulteriores cargas sobre él, así como liberarse una vez haya satisfecho la obligación.

4. La base legal de la recarga tampoco puede fundarse en el principio de indivisibilidad, que determina una *aparente* integridad del gravamen por todo el importe concedido en tanto no se satisface íntegramente la deuda, pues, como se infiere de los artículos 122 y 125 LH, el principio de integridad se refiere a la «*parte del bien hipotecado*» y no a la cuantía de la hipoteca. No se trata, por tanto, de que la carga responda de manera abstracta hasta el importe total que se haya hecho constar en la inscripción. Al contrario, reducida la obligación por efecto de pagos parciales, el principio de indivisibilidad no permite que pueda ejecutarse la finca por el crédito inicial entero, de la misma forma que no cabe (valiéndose de aquel principio que sirve a otros fines bien distintos) que la diferencia entre el importe consignado en la inscripción y el realmente debido pueda “rellenarse” por medio de una nueva cantidad que el acreedor conceda al deudor hipotecario. No hay *exceso de cobertura* susceptible de ser destinado a asegurar una nueva concesión de capital.

5. Esto chocaría frontalmente con el principio de prioridad, que en nuestro sistema de ordenación del rango despliega dos importantes efectos: el resolutorio de las hipotecas posteriores cuando la preferente se extinga por vía de ejecución hipotecaria y el de avance de rango de aquellas cuando lo haga por vía distinta de la ejecución, de donde se colige la indudable transcendencia que adquiere la extensión de la obligación que se garantiza mediante la hipoteca de posición preferente y la distorsión que provoca la recarga. Su admisión sería tanto como consentir que la hipoteca constituida en primer lugar reserve el rango a favor de las «ampliaciones de capital» que quieran convenir las partes, impidiendo a los terceros cualquier mejora de su posición y exponiéndoles a un riesgo constante de purga de su derecho.

La regla general de prioridad que preside nuestro ordenamiento registral está destinada, por tanto, no solo a proteger la preferencia de quienes primeramente en el tiempo presenten su título en el Registro sino, asimismo, la posición de aquellos que inscriban su derecho después, que únicamente deberán soportar que la hipoteca que les antecede en rango limite el poder expansivo de su garantía hasta tanto se extinga (por pago) el crédito que haya dado lugar a la inscripción, mientras que, en los casos de ejecución, únicamente habrán de pasar por que con el importe obtenido de la realización forzosa de la cosa hipotecada se satisfaga la deuda dentro del límite de las sumas que consten en la inscripción del gravamen, pudiendo percibir el exceso si lo hubiere (art. 692 LEC).

Es por ello que el artículo 144 LH exige que todo hecho o convenio que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria anterior se haga constar en el Registro a fin de que pueda surtir efecto contra tercero. Lo que es tanto como decir que la variación en la obligación asegurada hipotecariamente no es oponible a los titulares que hayan inscrito su derecho en el periodo intermedio entre la constitución de la carga preferente en rango y el acuerdo modificativo. De ahí que la ampliación de la hipoteca (arts. 91, 115, 163 LH) exija dejar siempre a salvo los derechos inscritos antes (arts. 81 y 144 LH), con lo que cualquier «modificación» que implique un incremento de la cuantía de la deuda y que quiera asegurarse mediante hipoteca sobre la misma finca ganará rango en el instante en el que la ampliación acceda al Registro y, por tanto, no podrá anteponerse a quienes hayan adquirido derechos antes.

6. Ni tan siquiera puede sostenerse, por su parte, que en las hipótesis de «ampliación de capital» exista la unidad obligacional (consecuencia de una «novación modificativa») que la doctrina ha querido hacer ver como sustento al entero planteamiento de la recarga. Se ha comprobado cómo doctrina y jurisprudencia admiten de forma casi unánime que la novación, aunque nació como un modo de extinción de las obligaciones, comprende hoy dos modalidades: la extintiva o propia, que, al modo tradicional, conlleva la extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva, y la modificativa o impropia, que sin producir la desaparición del vínculo obligacional, lo altera, variando alguno de sus elementos. La elección se deja, por lo general, a voluntad de las partes, a quienes se reconoce libertad para optar entre atribuir al pacto uno u otro efecto jurídico.

Ocurre, sin embargo, que con ello se resta toda virtualidad práctica a la novación, a cuyo núcleo doctrinal se siente ahora atraída toda modificación, confundiendo con ella. Pero todavía más: del estudio de sus antecedentes históricos y de la recta interpretación de los preceptos que el Código dedica a la regulación de la institución, claramente se percibe que la novación encierra un único efecto jurídico: el extintivo-constitutivo.

Enunciado así con carácter general en el artículo 1156 del Código (y para las obligaciones solidarias en el 1143), su regulación comienza con un artículo 1203 CC del que ha hecho principal bastión la tesis que defiende la existencia de una «novación modificativa». Sin embargo, ha quedado identificado el error al que una rápida lectura del mismo podría conducir. Y es que a su través y mediante el enunciado “las obligaciones pueden modificarse” no se está consagrando en realidad el «modificativo» como efecto jurídico atribuible a la novación. Muy al contrario: solo se está describiendo el mecanismo jurídico necesario para que pueda operar la misma, que consiste justamente en la «modificación» (o alteración) de alguno de los elementos de la *prior obligatio* (su objeto o sus condiciones principales, la persona del deudor o la del acreedor) hasta transformarla en una *nova*. Obligaciones ambas, por lo demás, que han de ser válidas para que surta efecto el mecanismo novatorio (art. 1208 CC).

La conclusión anterior viene sin ninguna duda confirmada por el análisis de los supuestos que engloba el precepto, todos ellos caracterizados por el efecto extintivo-constitutivo propio de la novación: la objetiva como alteración *sustancial* de la obligación recayente sobre su objeto o sus condiciones principales (art. 1203.1 CC); la subjetiva pasiva (o «asunción de deuda») cuya naturaleza es, en presencia del acreedor disconforme y de los terceros, necesariamente extintiva (arts. 1205 a 1207 CC); y la subjetiva activa (o subrogación), que producida como consecuencia del pago por tercero de una deuda ajena (arts. 1209 y 1210 CC) o de la amortización anticipada del débito con dinero prestado por un tercer acreedor (art. 1211 CC), comporta la extinción (por pago) del crédito satisfecho y la transmisión al adquirido por el tercero (*solvens* o prestatario) de los privilegios y garantías (los accesorios) de aquella (arts. 1207 y 1212 CC).

Lo anterior no implica negar la libre modificabilidad de las obligaciones (art. 1255 CC). Significa, contrariamente, reconocer que la novación (extintiva y única) cumple todavía

hoy una importante función: actuar como límite a la autonomía de la voluntad cuando las partes pretendan imponer a terceros una modificación que en realidad no es tal. En tales casos, si la nueva obligación extingue la anterior o coexiste con ella, es algo que viene a resolver el artículo 1204 CC.

7. La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios adopta, sin embargo, para sí el concepto de «novación modificativa». Promulgada inicialmente con el solo objetivo de promover la disminución de los tipos de interés aplicables a los préstamos hipotecarios de acuerdo al contexto macroeconómico del momento, se dirige a facilitar la subrogación hipotecaria por parte de un tercer prestamista que ofrezca unas mejores condiciones al deudor. A tales efectos prevé la aplicación de determinadas bonificaciones fiscales y arancelarias que reduzcan el coste asociado al cambio de hipoteca, unas medidas que hace extensivas cuando el acreedor inicial, queriendo evitar la subrogación, mejora las condiciones del préstamo.

Con la aprobación de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, el legislador amplía el abanico de elementos susceptibles de ser modificados por las partes en el marco de un contrato de préstamo hipotecario y sobre sus efectos sostiene que, tratándose de una «novación modificativa», existirá “mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva”. Ahora, comoquiera que la «novación modificativa» carece de un significado técnico propio, si nos expresamos con propiedad la alteración del objeto o de los elementos de la obligación comportará (según los casos) efectos jurídicos tan diversos como la mera modificación de la obligación (arts. 1255, 1281 y ss. CC), la novación entendida como extinción de la primera obligación y nacimiento de una nueva (arts. 1203.1 y ss. CC) e, incluso, la subsistencia de la primera inalterada y la creación de una segunda, oponible frente a terceros solo desde el instante de su efectivo nacimiento (arts. 1203 y 1204 CC).

Del análisis de los distintos supuestos que comprende el precepto se ve que en la mayoría de los casos no entra en juego la novación. Una cosa es clara: el problema que realmente encierra la «ampliación de capital» no reside en si la obligación que deriva del préstamo puede modificarse al alza o no. En estos supuestos no hay, en rigor, *modificación* del objeto. Y, por tanto, desde el punto de vista obligacional, no hay una cuestión novatoria (entendida en el sentido técnico-jurídico de extintivo-constitutiva),

ni aun «modificativa». Mediante la susodicha ampliación, utilizada por lo común como fórmula para atender a las nuevas necesidades de financiación del deudor, verdaderamente se disimula una obligación nueva, dimanante de una fuente distinta y jurídicamente independiente: un segundo contrato de préstamo, con su propio consentimiento, objeto y causa. Así, aunque exista identidad entre las partes contratantes y aun cuando se pacten las mismas condiciones de amortización, tipo de interés, etc., solo en un sentido económico o contable puede decirse que hay una única deuda por el todo, pero jurídicamente es forzoso reconocer que cada contrato genera una obligación independiente: no hay sustitución del objeto de la obligación, sino acumulación, a una obligación previa, de otra nueva. Lo que hace inviable, frente a terceros, la modificación pretendida por las partes como si se tratase de una elongación de la misma obligación.

8. El artículo 4.3 de la Ley 2/1994 ofrece una lectura alternativa a la que promueve la Dirección General, que ni pugna con el carácter accesorio de la hipoteca, ni obvia el principio de especialidad, ni olvida, por último, las exigencias que el sistema registral impone a favor de terceros. Cuando el precepto apunta a que *“las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación”*, tanto quiere decir como que son dos los supuestos que dan lugar a la pérdida de rango, a saber, el aumento de la cifra de responsabilidad y la prórroga del plazo, y solo en la medida de dicho aumento o prórroga. Así, de entre las modificaciones que contempla el apartado segundo, aquellas que supongan un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria (nótese que lo hará, con carácter general, la «ampliación de capital») o que amplíen el plazo del préstamo, no podrán quedar cubiertas por la hipoteca anteriormente constituida y adquirirán rango postergadas a los terceros titulares de derechos inscritos en el periodo intermedio. *“En estos casos –continúa el precepto– necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango”*.

9. En definitiva, ni la «ampliación de capital» es una «novación modificativa», ni la hipoteca puede medirse a través del metro que ofrece la «cifra de responsabilidad

hipotecaria», como si se tratase de la mera reserva de un derecho de realización del valor por un importe igual a esa cifra.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Febrero, arreglado a la legislación y práctica vigentes por una sociedad de abogados*, t. III, Barcelona, 1849.
- AA.VV., *Código civil alemán*, dir. por A. Lamarca Marqués, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- AA.VV., *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, dir. por A. Domínguez Luelmo, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 3ª ed., 2019.
- AA.VV., *Deudas y herencia*, dir. por G. Galicia Aizpurua, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- AA.VV., *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*, dir. por K. J. Albiez Dohrmann y M. L. Moreno-Torres Herrera y coord. por M. J. López Frías y B. Casado Casado, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- AA.VV., *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, coord. por C. Jerez Delgado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
- ADAN DOMENECH, F., “La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. Más sombras que luces”, *Diario La Ley*, 9498, 2019, pp. 1-10.
- ADAME MARTÍNEZ, M. A., *Asunción de deuda en el Derecho civil*, Comares, Granada, 1996.
- AGÜERO ORTIZ, A., “Sobre la nulidad del préstamo multidivisa por eliminación de la cláusula abusiva, su integración y la disponibilidad de la protección de la Dir. 93/13/CEE para los consumidores (Comentario a la STJUE de 3 de octubre de 2019, asunto C-260/18, ECLI:EU:C:2019:819)”, *CESCO*, 2019, pp. 1-6.
- AGÜERO ORTIZ, A. “Principales medidas introducidas por la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, *CESCO*, 2019, pp. 1-28.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, t. II, Edisofer, Madrid, 14.ª ed., 2011.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *La prescripción extintiva*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., “Comentario a los artículos 642 y 643 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. VIII, v. 2, Edersa, Madrid, 1986, pp. 287-302.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., “La aplicación en el tiempo de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario y de otras normas”, *Diario la Ley*, 9436, 2019, pp. 1-31.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., “El artículo 1207 del Código civil: notas para un estudio de las relaciones accesorias en la novación”, en *RCDI*, 499, 1973, pp. 1413-1432.
- ÁLVAREZ JOVEN, A., “El aspecto contractual de la asunción de deuda”, *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Extremadura), 2, 1983, pp. 289-326.

- ÁLVAREZ OLALLA, P., *La garantía de los intereses en el préstamo hipotecario*, Comares, Granada, 1999.
- AMAT LLOMBART, P., *Las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores a la luz del Derecho y la jurisprudencia comunitaria y española*, Reus, Madrid, 2018.
- AMORÓS GUARDIOLA, M., *La causa del crédito hipotecario*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.
- ANDERSON, M., “La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: algunos claros, y muchas sombras”, *La Notaria*, 1, 2019, pp. 12-17.
- ANDREU, L., “L'hypothèque rechargeable ressuscitée”, *La Semaine Juridique Edition Générale*, 4, 2015, pp. 134-135.
- ANGUITA RÍOS, R. M., *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2006.
- ARANGUREN URRIZA, F. J., “Habilitación legal para la reforma de la normativa sobre transparencia en préstamos y créditos hipotecarios. Nueva normativa sobre amortización anticipada”, en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, coord. por V. Pérez de Madrid Carreras, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 101-139.
- ARNAU RAVENTÓS, L., *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código civil*, Cedecs, Barcelona, 2000.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., *La “hipoteca global”: valoración y crítica*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., *La hipoteca flotante y su régimen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- ARROYO AMAYUELAS, E., “Efectos de la prescripción extintiva”, en *La prescripción extintiva: XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 235-318.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Propuesta de Código civil*, Tecnos, Madrid, 2018.
- ASUA GONZÁLEZ, C., “La falta de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en la contratación con consumidores en el Derecho español”, *Anuario de Derecho Privado*, 1, 2019, pp. 33-72.
- AZOFRA VEGAS, F., “La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga”, *Diario La Ley*, 7167, 2009, pp. 1-16.
- AZOFRA VEGAS, F., “La hipoteca recargable, realidad o mito”, *Diario La Ley*, 7162, 2009, pp. 1-15.
- AZOFRA VEGAS, F., *La hipoteca flotante*, Dykinson, Madrid, 2015.
- AZURZA, P. J., “Notas sobre novación”, *RDP*, t. XXXIV, 1950, pp. 590-615.

- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., “La prescripción de la acción hipotecaria desde la perspectiva de la Ley de 8 de febrero de 1961”, *RDP*, 7, 1979, pp. 688-731.
- BARÓ PAZOS, J., *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1992.
- BARRIO ANDRÉS, M., “La necesaria puesta al día del régimen de la modificación de la obligación en el Código civil español”, *Estudios de Deusto*, 59/2, 2011, pp. 239-257.
- BASOZABAL ARRUE, X., “El contrato de asunción de deuda”, *ADC*, 53/1, 2000, pp. 83-160.
- BATUECAS CALETRÍO, A., “Asunción de deuda *donandi causa*”, en *Tratado de las liberalidades: homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano*, dir. por M^a. A. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1181-1211.
- BATUECAS CALETRÍO, A., “La asunción de deuda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RDP*, 2, 2007, pp. 71-92.
- BAYO RECUERO, N., *El pago del tercero*, Dijusa, Madrid, 2000.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La imputación de pagos*, Montecorvo, Madrid, 1973.
- BERMEJO PUMAR, M. M., “La reutilización de la garantía. Facultad del hipotecante”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, coord. por M. P. García Rubio, Civitas, Madrid, 2009, pp. 77-104.
- BERMEJO PUMAR, M. M., “La hipoteca en garantía de créditos sucesivos: artículo 4 de la Ley 2/1994 (recarga de la hipoteca). Artículo 153-bis de la Ley Hipotecaria (hipoteca recargable). La reutilización de la garantía, facultad del dueño del bien hipotecado”, *RJNot.*, 71, 2009, pp. 9-77.
- BONIFACIO, F., *La novazione nel diritto romano*, Nápoles, 2.^a ed., 1959.
- BOTÍA VALVERDE, A., “Hipoteca recargable y novación”, accesible en www.notariosyregistradores.com (consultado el 13/03/2018), pp. 1-15.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes”, en *Especial Ley reguladora de los Contratos de crédito inmobiliario*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 1-13.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blindará en realidad cualquier cláusula que reproduzca "normas". Transparencia lejos del suelo: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017)”, *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, 9, 2017, pp. 211-235.

- CÁMARA LAPUENTE, S., “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (*Caja Madrid*) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 6, 2013, pp. 98-115.
- CANALS BRAGE, F., *La recarga de la hipoteca*, Fundación Registral, Madrid, 2010.
- CANALS BRAGE, F., “El incierto porvenir de la hipoteca en España (a propósito de algunos proyectos más o menos normativos)”, *Diario La Ley*, 6691, 2007, pp. 1-17.
- CANALS BRAGE, F., “Comentario al artículo 144 de la Ley Hipotecaria”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. VII, v. 8, Edersa, Madrid, 2000, pp. 77-192.
- CANALS BRAGE, F., “La ampliación del derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado: algunas observaciones a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)”, *RCDI*, 678, 2003, pp. 2255-2296.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I., *La asunción de deuda*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 17-36.
- CAÑIZARES LASO, A., *El pago con subrogación*, Civitas, Madrid, 1996.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 3.ª ed., 2015.
- CARRASCO PERERA, A., “Sentencia de 4 de marzo de 2014. Subsistencia o extinción de una garantía a primer requerimiento por la prórroga concedido al deudor principal”, *CCJC*, 96, 2014, pp. 443-456.
- CARRASCO PERERA, A., “Introducción a la «Nueva Ley Hipotecaria»”, *CESCO*, 2019, pp. 1-5.
- CARRERAS BOJ, P., “La hipoteca en garantía de obligación futura frente a la llamada *hipoteca recargable*: alternativa de tipos hipotecarios o relación de género y especie”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, dir. por E. Lauroba Lacasa y coord. por J. Tarabal Bosch, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 523-534.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Reus, Madrid, 17.ª ed. (revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, G.), 2008.
- CASTILLA BAREA, M., GALICIA AIZPURUA, G., GONZÁLEZ CARRASCO, M.ª C., MADRAZO LEAL, J. y CONESA PÉREZ, C., “Eficacia del contrato”, en *Tratado de contratos*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez Cano, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2013, pp. 1123-1360.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. C., “La nulidad de la cláusula que incluye el índice de referencia IRPH en las escrituras de préstamo hipotecario con consumidores”, *AC*, 11, 2017, pp. 1-33.
- CATALAYUD SIERRA, A., “El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/1994”, *RJNot.*, 1994, pp. 68-73.

- CAVANILLAS MÚGICA, S., “Comentario al artículo 1964 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil*, t. IX, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 13306-13311.
- CECCHINI ROSELL, X., *El pacto de concreción de la responsabilidad en la hipoteca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Derecho o Carga Real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Cedecs, Barcelona, 1998.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Extinción de la fianza por la prórroga concedida al deudor sin consentimiento del fiador, o del enigmático art. 1851 CC. Comentario a la Sentencia del TS de 1 julio 2009 (RJ 2009, 4324)”, *RDPatr.*, 25, 2010, pp. 223-236.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, “El hipotecante no deudor: ¿un «fiador real» cobijado por la analogía en el régimen de la fianza?”, *ADC*, 59, 4, 2006, pp. 1659-1766.
- CERVERA, A., “En torno al futuro de la novación”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, t. I, Tecnos, Madrid, 1976, pp. 451-474.
- CHICO ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho hipotecario*, t. II, Madrid, 1994.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, J. H., “Notas sobre la denominada novación de las obligaciones”, en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, coord. por M. Cuenca Casas, L. A. Anguita Villanueva y J. Ortega Doménech, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 427-434.
- CLEMENTE DE DIEGO, F., *Transmisión de las obligaciones según la doctrina y la legislación española y extranjera: la transmisibilidad de las obligaciones*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1912.
- CLEMENTE MEORO, M. E., “Comentario al artículo 1128”, en *Código civil comentado*, v. III, dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª ed., 2016, pp. 242-244.
- COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil* (con notas sobre el Derecho civil español por DE BUEN, D.), t. III, Reus, Madrid, 2.ª ed., 1943.
- CORDERO LOBATO, E., “Novedades del régimen de subrogación de la Ley 2/1994 introducidas por la LCCI”, *CESCO*, 2019, pp. 1-8.
- CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.
- CORDERO LOBATO, E., “Sobre lo imperativo en nuestro Derecho de garantías”, en *La autonomía privada en el Derecho civil*, dir. por M. A. Parra Lucán, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 361-402.
- CORDERO LOBATO, E., “Proyectadas novedades en materia hipotecaria”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 732, 2007, pp. 9-13.

- CORDERO LOBATO, “La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular, el privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2ª del Estatuto de los Trabajadores”, *ADC*, 46/4, 1993, pp. 1923-1956.
- CRISTÓBAL MONTES, A., “La llamada novación modificativa en el Derecho Civil Español”, *RCDI*, 498, 1973, pp. 1167-1220.
- CRISTÓBAL MONTES, A., “La cesión de contrato”, *ADC*, 21/4, 1968, pp. 851-890.
- CRUZ GALLARDO, B., *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores. Práctica registral y procesal*, La Ley, Madrid, 2014.
- CUENA CASAS, M., “Préstamo responsable y datos de solvencia patrimonial en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario”, *AC*, 9, 2019, pp. 1-20.
- DAGOT, M., *L'hypothèque rechargeable*, LexisNexis, Paris, 2006.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., “Cesión del arrendamiento y subarriendo”, en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, t. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pp. 97-123.
- DE COSSIO Y CORRAL, A., “La transmisión pasiva de las obligaciones, a título singular”, *AAMN*, 1, 1945, pp. 183-206.
- DE LA CÁMARA, M., “Notas críticas sobre la naturaleza de la hipoteca como derecho real”, *RDP*, 386, 1949, pp. 377-422.
- DE LA PUENTE ALFARO, F., “¿Hacia un Derecho Registral Inmobiliario europeo?”, *RCDI*, 741, 2014, pp. 39-65.
- DE LA PUENTE ALFARO, F., “Novación de la obligación accesoria de intereses y modificación de la cobertura hipotecaria”, *RCDI*, 690, 2005, pp. 1359-1374.
- DE PABLO CONTRERAS, P., “Comentario al artículo 1964 del Código civil”, en *Código Civil comentado*, v. IV, dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª ed., 2016, pp. 1542-1552.
- DE REINA TARTIÈRE, G., “El sistema de rango progresivo frente a la recepción de la hipoteca recargable”, *Revista del Notariado* (Argentina), 891, pp. 29-39.
- DEL OLMO GARCÍA, P., *Pago de tercero y subrogación*, Civitas, Madrid, 1998.
- DELGADO, C., “La accesoriadad de la hipoteca en el Derecho español”, *RGLJ*, 83/165, 1934, pp. 722-731.
- DELGADO RAMOS, J., “Los principios hipotecarios tras la Ley 41/2007, de reforma del sistema hipotecario”, <https://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/mercadohipotecario/principioshipotecarios.htm> (consultado el 07/02/2018).

- DÍAZ FRAILE, J. M., “La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria”, *Diario La Ley*, 6727, 2007, pp. 1769-1782.
- DIÉGUEZ OLIVA, R., “Principios registrales de prioridad y especialidad. La llamada reserva de rango y sus relaciones con la hipoteca de propietario. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005”, *RdPatr.*, 17, 2006, pp. 313-322.
- DÍEZ GARCÍA, H., *Recargas hipotecarias e hipotecas recargables*, Reus, Madrid, 2012.
- DÍEZ GARCÍA, H., “Imposición al donatario del pago de las deudas”, en *Tratado de las liberalidades: homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano*, dir. por M^a.A. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 411-438.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, v. II, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 6.^a ed., 2008.
- DÍEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2.^a ed., 2007.
- DÍEZ-PICAZO, L., “El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación”, *RCDI*, 462, 1967, pp. 1263-1290.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, v. II-1, Tecnos, Madrid, 11.^a ed., 2016.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, v. III, t. 2, Tecnos, Madrid, 9.^a ed., 2016.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, “La recarga de la hipoteca y su eficacia respecto a terceros”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, coord. por M. P. García Rubio, Civitas, Madrid, 2009, pp. 199-226.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Imputación de pagos: régimen jurídico y propuestas de reforma”, *RDC*, 5/2, 2018, pp. 9-55.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “La prescripción en los PECL y en el DCFR”, *InDret*, 3, 2009, pp. 1-29.
- D’ORS, A., HERNÁNDEZ-TEJERO, F., FUENTESECA, P., GARCÍA-GARRIGO, M., BURILLO, J., *El digesto de Justiniano*, t. III: *Libros 37-50*, Aranzadi, Pamplona, 1975.
- DREWICZ-TUŁODZIECKA, A., *Basic Guidelines for a Eurohypothec. Outcome of the Eurohypothec workshop November 2004 / April 2005*, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005.
- EIRANOVA ENCINAS, E., *Código civil alemán comentado BGB*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, v. III, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., “Sobre el pago con subrogación”, *RDP*, 303, 1942, pp. 300-326.

- ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Modificación y novación del contrato”, en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 3.^a ed. (ed. por S. Sánchez Lorenzo), 2016, pp. 535-566.
- FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, J. L., “La Ley 2/1994 de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios: reflexiones sobre algunos problemas que plantea su aplicación en la práctica notarial y registral”, *RJNot.*, 16, 1995, pp. 221-310.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A. S., “La solución al debate sobre la hipoteca recargable (a propósito de la RDGRN de 14 de mayo de 2015)”, *AC*, 4, 2016, pp. 22-29.
- FERNÁNDEZ VILLA, J., *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código civil español*, Comares, Granada, 1999.
- FUENTESECA DEGENEFTE, M., *El problema de la relación entre “novatio” y “delegatio” desde Roma hasta las codificaciones europeas*, Dykinson, Madrid, 2000.
- GALICIA AIZPURUA, G., “Algunas consideraciones sobre los elementos esenciales del contrato en el Código civil español”, *RBD*, 26, 2018, pp. 142-175.
- GALICIA AIZPURUA, G., *Causa y garantía fiduciaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- GALICIA AIZPURUA, G., *La disciplina sobre el pago por tercero y el alcance de la subrogación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- GÁLVEZ CRIADO, A., *La asunción de deuda en el Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GARCÍA-AMIGO, M., *La cesión de contratos en el derecho español*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964.
- GARCÍA-ARANGO, C., “Patología actual de la hipoteca de máximo”, *RCDI*, 593, 1989, pp. 1113-1151.
- GARCÍA-ARANGO, C., “Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo”, en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, pp. 209-238.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., “Acto de agravio al principio de especialidad (Crítica a las Resoluciones DGRN de 16 de diciembre de 1994, 7 de enero de 1994 y 7 de febrero de 1995)”, *RCDI*, 629, 1995, pp. 1347-1362.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, t. I y II, Civitas, Madrid, 8.^a ed., 2014.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III y IV, Madrid, 1852.
- GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero, o librería de Jueces, Abogados y Escribamos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo*, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, Madrid, 1842.

- GARCÍA MÁZ, F. J., “Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, *RCDI*, pp. 1947-1966.
- GARCÍA MEDINA, J., *Nuevas y especiales formas de garantía en el comercio (Estudio sistemático y crítico)*, La Ley Actualidad, Madrid, 2009.
- GARCÍA URBANO, J. M., “Crisis estructural del derecho real de hipoteca”, en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, coord. por J. L. Gimeno y Gómez-Lafuente, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 787-802.
- GARCÍA VALDECASAS, G., “La sucesión en las deudas a título singular”, en *Estudios de Derecho civil en honor del Profesor Castán Tobeñas*, t. II, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 209-226.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “Apuntes para una explicación de la modificación y novación de la relación obligatoria”, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, pp. 303-320.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., “18 de diciembre de 1997. Pago hecho por tercero; subrogación y reembolso. Conjunción en la deuda y solidaridad pasiva. Sucesión en el proceso”, *CCJC*, 47, 1998, pp. 563-573.
- GIJSBERS, C., “Hypothèque rechargeable: rétablissement pour les professionnels par la loi du 20 décembre 2014”, *Recueil Dalloz*, 2015, pp. 69-70.
- GIL RODRÍGUEZ, J., *Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*, Tecnos, Madrid, 1988.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “Principios generales de la reforma del mercado hipotecario por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”, en *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, coord. por E. Muñiz Espada, S. Nasarre Aznar y E. Sánchez Jordán, Edisofer, Madrid, 2009, pp. 31-57.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia”, *RCDI*, 702, 2007, pp. 1659-1718.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario”, *RCDI*, 691, 2005, pp. 1633-1652.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “El crédito abierto garantizado con hipoteca”, en *Contratación bancaria. Jornadas celebradas en Tarragona, 6 y de marzo de 1997*, coord. por M. Díaz Muyor y P. del Pozo Carrascosa, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 161-198.
- GÓNZALEZ LAGUNA, M. y MANZANO SOLANO, A., “Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos”, *RCDI*, 61, 1985, pp. 109-213.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., “La hipoteca de seguridad”, en *Estudios de Derecho hipotecario y civil*, t. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 703-741.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., “Sistemas hipotecarios”, en *Estudios de Derecho hipotecario y civil*, t. I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 107-264.

- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., “La hipoteca del propietario”, en *Estudios de Derecho hipotecario y civil*, Civitas-Thomson Reuters, pp. 743-769.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Capítulo II. Cláusulas abusivas”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), coord. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 1103-1348.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “El crédito garantizado con hipoteca y el principio de fe pública registral”, en *100 años de la Revista de Derecho Privado: 1913-2013*, dir. por S. Díaz Alabart, Reus, Madrid, 2014, pp. 75-116.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Prescripción de la acción hipotecaria”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, coord. por A. Cabanillas Sánchez, Civitas, Madrid, 2003, pp. 3859-3885.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Las consecuencias de la ampliación del plazo en un préstamo hipotecario que admite recarga: la hipoteca recargable y el plazo”, *RCDI*, 742, 2014, pp. 660-678.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “¿Por qué es necesario otorgar un nuevo consentimiento para cancelar cuando ya se ha pagado el préstamo hipotecario?: la justificación histórica y jurisprudencial del artículo 179 RH”, *RCDI*, 751, 2015, pp. 2918-2932.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Un estudio sobre la hipoteca recargable: perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante. Sus diferencias”, *ADC*, 66/3, 2013, pp. 1109-1161.
- GOURIO, A., “L’hypothèque rechargeable”, *Revue de Droit bancaire et financier*, 5, 2006, étude 14, pp. 1-14.
- GRIMALDI, M., “L’hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire”, *La Semaine Juridique Édition Générale*, 20, 2006, pp. 1-9.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *La novación extintiva por cambio de objeto*, Comares, Granada, 1999.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *El consentimiento de las partes en la novación objetiva de la obligación*, Universidad de León, León, 2000.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “La jurisprudencia sobre el *animus novandi* en la novación objetiva”, *ARC*, 2, 1994, pp. 51-66.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I., “Transmisión pasiva de las obligaciones”, en *Acciones civiles*, t. II, dir. por E. Llamas Pombo, La Ley, Madrid, 2013, pp. 59-174.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J. M., “Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, *RCDI*, 622, 1994, pp. 1199-1248.

- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D., “Algunas cuestiones civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, *CDC*, 19, 1996, pp. 155-200.
- HERNÁNDEZ GIL, A., “El ámbito de la novación objetiva modificativa”, *RDP*, t. XLV, 1961, pp. 797-807.
- HERNÁNDEZ MORENO, A. y VIOLA DEMESTRE, I., “La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (breves notas y aproximación crítica)”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. II, v. 2, coord. por U. Nieto Carol, Civitas, Madrid, 1996, pp. 389-488.
- HEUGAS-DARRASPEN, H. y SALVANDY, J., “L’hydre de l’hypothèque rechargeable?”, *RDI*, 2015, pp. 341-343.
- HOUTCIEFF, D., “L’hypothèque rechargeable”, *JurisClasseur Civil Code: art. 2421 à 2423*, Fasc. 20, pp. 1-42.
- JORDANO BAREA, J. B., “Asunción de deuda. Sentencia 10 febrero de 1950”, *ADC*, 3/4, 1950, pp. 1372-1382.
- KACZOROWSKA, M., “Accessoriness of mortgage and the development of a European mortgage market. Considerations from the perspective of Polish Law in view of the proposal of a non-accessory eurohypothec”, *Transformacje Prawa Prywatnego*, 1, 2017, pp. 75-100.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil*, t. II, v. I, Dykinson, Madrid, 5.ª ed. (revisada y puesta al día por F. Rivero Hernández), 2011.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil*, t. III, v. 2, Dykinson, Madrid, 3.ª ed. (revisada y puesta al día por A. Luna Serrano), 2009.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho civil*, t. III bis, Dykinson, Madrid, 2.ª ed. (revisada y puesta al día por J. Delgado Echeverría y J. Rams Albesa), 2003.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., “La causa en los contratos de garantía”, *RCDI*, 544, 1981, pp. 709-755.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, t. II, v. 2, coord. por M. Muñoz Cervera y U. Nieto Carol, Civitas, Madrid, 1996, pp. 19-112.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Curso de Derecho civil*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 1999.
- LARRONDO LIZARRAGA, J. M., *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2012.

- LAZARUS, C., “La réforme des sûretés par l’ordonnance du 23 mars 2006 et le droit de la consommation: entre occasions manquées et fausses bonnes idées”, *Les Petites Affiches*, 2007, pp. 3-14.
- LE MAGUERESSE, Y., “De l’hypothèque rechargeable en matière de vente en l’état futur d’achèvement: Haro sur le privilège du vendeur”, *La Semaine Juridique Notariale et immobilière*, 15, 2008, pp. 1-14.
- LOIS ESTÉVEZ, J., “Sobre el concepto de naturaleza jurídica”, *AFD*, 1956, pp. 159-182.
- LONGO MARTÍNEZ, A. A., “De la novación de préstamo hipotecario a la hipoteca recargable”, *La Notaría*, 2, 2015, pp. 109-115.
- LONGO MARTÍNEZ, A. A., “Estudio práctico de la regulación de los contratos de crédito inmobiliario”, *La Notaria*, 1, 2019, pp. 44-80.
- LOZANO BERRUEZO, C., *De la extinción de las obligaciones: la novación. Texto. Jurisprudencia. Comentarios*, Colección Nereo, Barcelona, 1963.
- LÓPEZ LIZ, J., *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Análisis práctico de la Ley 2/1994, de 30 de marzo*, Bosch, Barcelona, 1995.
- LUCAS FERNÁNDEZ, “La subrogación y modificación en los préstamos hipotecarios”, *ADC*, 47/4, 1994, pp. 17-84.
- LUQUE JIMÉNEZ, M. C., *El rango registral en las novaciones de hipoteca*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- LUESO, L., “La hipoteca, la deuda territorial y la renta inmobiliaria en Alemania”, *RCDI*, 28, 1927, pp. 280-286.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., “Imposibilidad de recalcular los intereses moratorios en los préstamos hipotecarios, fijándolos en tres veces el interés legal del dinero, cuando la cláusula que los impone es abusiva (STJUE de 21 de enero de 2015)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 13, 2015, pp. 27-39.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., *El acuerdo novatorio sobre la cláusula suelo del préstamo hipotecario. Un análisis desde la Directiva 93/13/CE de cláusulas abusivas*, Reus, Madrid, 2019.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario a los artículos 1172 a 1174 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil*, t. VI, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 8612-8638.
- MARÍN LÓPEZ, M. J., “La evaluación de la solvencia del prestatario en la Ley 5/2019 (IV): las consecuencias de la correcta evaluación de la solvencia sobre el contrato de préstamo”, *CESCO*, 2019, pp. 1-5.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M^a, *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, v. I (revisada por M. MORENO MOCHOLÍ), Reus, Madrid, 6.^a ed., 1967.

- MANRIQUE PLAZA, J., “La hipoteca: constitución y cesión”, en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, coord. por V. Pérez de Madrid Carreras, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 141-163.
- MARTÍN FABÁ, J. M., “Notas a la sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas de vencimiento anticipado abusivas y los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso”, *CESCO*, 2019, pp. 1-13.
- MARTÍN FUSTER, J., “Las obligaciones del prestamista respecto al Código de Buenas Prácticas del Real Decreto-Ley 6/2012”, *AC*, 10, 2019, pp. 1-30.
- MARTÍNEZ-GIL VICH, J. L., “Algunos aspectos de la cesión de créditos y de la asunción de deudas”, *AAMN*, 37, 1998, pp. 225-256.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *El carácter vinculante de las resoluciones gubernativas de la DGRN como actos de la Administración*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., “El sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados sobre los Préstamos Hipotecarios”, *Diario La Ley*, 9389, 2019, pp. 1-4.
- MASIDE MIRANDA, J. E., “La asunción de deuda”, *RCDI*, 709, 2008, pp. 1961-2000.
- MATEO ESTÉVEZ, J., “Ley de subrogación y novación hipotecaria de 30 de marzo de 1994. Reflexiones en torno a ella”, *La Notaría*, 4, 1994.
- MEDINA ALCOZ, M., “Anatocismo, Derecho español y Draft Common Frame of Reference”, *InDret*, 4, 2011, pp. 1-59.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, E., “La subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (art. 13 de la Ley 41/2007)”, en *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, coord. por E. Muñoz Espada, S. Nasarre Aznar y E. Sánchez Jordán, Edisofer, Madrid, 2009, pp. 275-322.
- MONTERDE GARCÍA, J. C., *Génesis de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861*, Fundación Registral, Madrid, 2008.
- MORETÓN SANZ, F., *La asunción espontánea de deuda*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- MORETÓN SANZ, F., “El Proyecto de Código Civil de 1836 y la novación: reflexiones a la luz del Code francés”, *e-Legal History Review*, 8, 2009, pp. 1-27.
- MORETÓN SANZ, M. F., “Examen crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español: la vicenda modificativa, la sucesión singular de las deudas, el programa de la prestación y la aplicabilidad de ciertos principios contractuales”, *ADC*, 61/2, 2008, pp. 619-719.
- MUÑIZ ESPADA, E., *Revisión crítica de la figura de la novación*, Fundación Registral, Madrid, 2011.
- MUÑIZ ESPADA, E., *La propuesta de una hipoteca independiente en el Derecho español*, Fundación Registral, Madrid, 2008.

- MUÑOZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, E., *Un modelo para una eurohipoteca: desde el informe Segré hasta hoy*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., “Cuestiones actuales sobre los intereses remuneratorios y de demora en los préstamos hipotecarios”, en *Vivienda e hipoteca* (Asociación de Profesores de Derecho civil), Tecnos, Madrid, 2018, pp. 449-548.
- NASARRE AZNAR, S., “Eurohypothech: Drafting a Common Mortgage for Europe”, *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, 2, 2010, pp. 50-62.
- NÚÑEZ LAGOS, R., “Cesión de contrato”, *RDN*, 12, 1956, pp. 7-33.
- 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 *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Fundación Registral, Madrid, 2009, pp. 145-166.
- OLIVA RODRÍGUEZ, A. M., “Retorno a los principios hipotecarios”, en *Homenaje a José María Chico Ortiz*, coord. por J. L. Gimeno y Gómez-Lafuente y J. M. Chico y Ortiz, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 667-710.
- PANTOJA, J. M. y LLORET, A. M., *Ley Hipotecaria comentada y explicada*, t. I, Madrid, 1861.
- PARDO NÚÑEZ, C. R., “Hipoteca flotante: selección de los créditos asegurados”, *RCDI*, 753, 2016, pp. 125-184.
- PARRA LUCÁN, M. A., “Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario”, *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, 1, 2009, pp. 1-77.
- PELLIER, J. D., “Réflexions sur la spécificité de l’hypothèque rechargeable”, *Les Petites Affiches*, 2008, pp. 1-7.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 4.ª ed., 2001.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, v. I, Colegios Notariales de España, Madrid, 2.ª ed., 2006.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *La herencia y las deudas del causante*, Comares, Granada, 3.ª ed., 2009.
- PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., en estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española de ENNECCERUS, L. (undécima revisión por LEHMANN, H.), *Tratado de Derecho civil. Derecho de obligaciones*, t. II, v. I (al cuidado de PUIG BRUTAU, J.), Bosch, Barcelona, 2.ª ed., 1966.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *InDret*, 3, 2013, pp. 1-28.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Los contratos de adhesión”, en *Tratado de contratos*, t. II, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.^a ed., 2013, pp. 1793-1908.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Comentario a los artículos 1203 a 1213”, en *Código civil comentado*, v. III, dir. por A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández, v. IV, Aranzadi, Cizur Menor, 2.^a ed., 2016, pp. 495-529.
- POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, traducido al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores, Barcelona, 1839.
- PUIG BRUTAU, J., *Compendio de Derecho civil*, v. II, Bosch, Barcelona, 2.^a ed., 1994.
- PUIG FERRIOL, L., “Asunción de deudas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 8, 1996, pp. 323-358.
- PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, t. III, Pirámide, Madrid, 3.^a ed., 1976.
- QUESADA GONZÁLEZ, M. C., “El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos”, *RCDI*, 641, 1997, pp. 1315-1344.
- QUESADA PÁEZ, A., “Hipotecas especiales”, *RCDI*, 711, 2009, pp. 353-368.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “El concepto de alteración objetiva convencional de la relación obligatoria”, *ADC*, 40/3, 1987, pp. 895-928.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F., “Responsabilidad del donatario frente a los acreedores del donante”, en *Tratado de las liberalidades: homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano*, dir. por M.^a A. Egusquiza Balmaseda y C. Pérez de Ontiveros Baquero, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 439-457.
- RAMÓN CHORNET, J. C., “Embargo y adjudicación del crédito hipotecario: la resolución de la DGRN de 24 de abril de 1991”, en *Libro-Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, pp. 437-473.
- REGLERO CAMPOS, L. F., “Comentario al artículo 128 de la Ley Hipotecaria”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. VII, v. 6, Edersa, Madrid, 2000, pp. 555-582.
- REGLERO CAMPOS, F. (actualización por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.), “Comentario al artículo 1964”, en *Comentarios al Código civil*, dir. por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 2540-2544.
- REY PORTOLÉS, J. M., “¿El rango registral se altera o se pierde si la “mejora de las condiciones del tipo de interés” a que se refieren los artículos 4 y 9 de la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, no fuera en definitiva tal mejora? ¿Debe consentir las combinaciones de dicha Ley el hipotecante no deudor que en su caso hubiera?”, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 95-115.
- REY PORTOLÉS, J. M., “La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada”, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 117-152.

- REY PORTOLÉS, J. M., “La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado”, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 25-56.
- REY PORTOLÉS “Hipoteca con cláusula de «endowment». Hipoteca flotante” en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, pp. 277-326.
- REYES MONTERREAL, J. M^a, “Esencia de la novación”, *RJC*, 5, 1960, pp. 601-609.
- ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho Hipotecario*, t. VIII, Bosch, Barcelona, 9.^a ed., 2009.
- ROCA SASTRE, R. M. (con la colaboración de PUIG BRUTAU, J.), “La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular”, en *Estudios de Derecho Privado*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 361-388.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., “El rango hipotecario. Negocios sobre el rango”, en *Homenaje a José María Chico Ortiz*, coord. por J. L. Gimeno y Gómez-Lafuente y J. M. Chico y Ortiz, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 955-982.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B., “Cesión de créditos hipotecarios inexistentes y fe pública”, *RCDI*, 745, 2014, pp. 2191-2215.
- RODRÍGUEZ ROSADO, B., “Donación disimulada en escritura pública”, *ADC*, 68/2, 2015, pp. 369-407.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L., “La novación de préstamos hipotecarios. La hipoteca recargable”, en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario, Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, coord. por V. Pérez de Madrid Carreras, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 289-306.
- ROVIRA PEREA, J., “Cancelaciones obligacionales y reales tras la reforma de la Ley 2/1994”, *La Notaría*, 49-50, 2008, pp. 41-49.
- RUBIO GARRIDO, T., *La ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Comares, Granada, 1998.
- RUBIO GARRIDO, T., *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M. Y UREÑA MARTÍNEZ, M., “Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, *AC*, 4, 1994, pp. 785-809.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M., “Problemática derivada de la subrogación prevista en el artículo 1211 del Código civil, y su aplicación a los créditos hipotecarios”, *RJNot.*, 9, 1994, pp. 107-170.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M., “Comentario al artículo 1109 del Código Civil”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo, t. XV, v. I, Madrid, 1989, pp. 847-918.

- RUBIO LINIERS, S., “La prescripción extintiva del crédito hipotecario”, *RCDI*, 528, 1978, pp. 947-962.
- SACRISTÁN REPRESA, G., “Novación”, en *Acciones civiles*, t. II, dir. por E. Llamas Pombo, La Ley, Madrid, 2013, pp. 1-56.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriadad*, Fundación Registral, Madrid, 2008.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- SALA, J., *Ilustración del Derecho real de España*, t. II, Madrid, 2.ª ed., 1820.
- SALVAT, O., “De quelques singularités de l’hypothèque rechargeable”, *La Semaine Juridique Notariale et immobilière*, 29, 2012, pp. 1-8.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 2.ª ed., 1899.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I., “Cláusulas abusivas, principio de transparencia y elementos principales del contrato: Derecho inglés versus Derecho español”, *RAD*, 9, 2019, pp. 1-24.
- SANCHO REBULLIDA, F., *La novación de las obligaciones*, Nauta, Barcelona, 1964.
- SANCHO REBULLIDA, F., “Comentario a los artículos 1203 a 1213 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. XVI, v. 1: *Artículos 1156 a 1213 del Código civil*, Edersa, Madrid, 2.ª ed., 1991, pp. 515-677.
- SEDA HERMOSÍN, M. A., “El procedimiento de subrogación hipotecaria”, en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, coord. por V. Pérez de Madrid Carreras, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 265-287.
- SIEIRA GIL, J., “La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007”, en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Fundación Registral, Madrid, 2009, pp. 167-205.
- SIMÓN MORENO, H., *La optimización de la hipoteca española desde la perspectiva europea*, Bosch, Barcelona, 2011.
- STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J. G., “Construcción jurídica de la asunción de deuda en el derecho español”, *La Ley*, 4, 1987, pp. 1089-1116.
- TENA ARREGUI, R., “Hacia un nuevo Derecho hipotecario”, en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, coord. por V. Pérez de Madrid Carreras, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 9-43.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., “La novación modificativa de la hipoteca”, en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, dir. por E. Bosch Capdevila, Bosch, Barcelona, 2012, pp. 391-418.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., “La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable”, en *Jornadas sobre la ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo*,

de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, pp. 185-224.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., “Modalidades modernas de crédito hipotecario. Especial referencia a la refinanciación”, en *La hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*, dir. por C. Cuadrado Pérez y M. Almeida Cerredá y coord. por G. Velasco Fabra, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 273-315.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 463/2019, de 11 de septiembre, sobre vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, 2019, pp. 1-26.

VALLE MUÑOZ, J. L., “La «hipoteca recargable»: casuística sustantiva y registral”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, dir. por E. Lauroba Lacasa y coord. por J. Tarabal Bosch, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 261-280.

VALLS LLORET, J. D., “El rango registral: concepto, contenido y eficacia”, *La Notaría*, 2, 1999, pp. 15-58.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, t. III, 4.^a ed., Valladolid, 1937.

VATTIER FUENZALIDA, C., “La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, según la Ley 2/1994, de 30 de marzo”, *AC*, 3, 1994, pp. 601-607.

VATTIER FUENZALIDA, C., “Notas sobre la subrogación personal”, *RDP*, 1985, pp. 491-514.

VATTIER FUENZALIDA, C., “Contribución al estudio de las obligaciones accesorias”, *RDP*, 64, 1980, pp. 28-49.

VITERI ZUBIA, I., *El pago anticipado en las obligaciones a plazo. El derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LISTADO DE RESOLUCIONES

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 3 de junio de 2010 (TJCE 2010, 162)
STJUE de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143)
STJUE de 14 de marzo de 2013 (TJCE 2013, 89)
STJUE de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145)
STJUE de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105)
STJUE de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4)
STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309)
STJUE de 26 de enero de 2017 (TJCE 2017, 31)
STJUE de 7 de agosto de 2018 (TJCE 2018, 247)
STJUE de 26 de marzo de 2019 (TJCE 2019, 59)
AATJUE de 3 de julio de 2019 (asuntos C-92/16, C-167/16 y C-486/16)
STJUE de 3 de octubre de 2019 (JUR 2019, 274343)

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 22 de noviembre de 1916 (Col. leg. nº 84)
STS de 24 de junio de 1940 (RJ 674)
STS de 22 de febrero de 1946 (RJ 1946, 254)
STS de 29 de abril de 1947 (RJ 1947, 607)
STS de 11 de junio de 1947 (RJ 1947, 770)
STS de 24 de junio de 1948 (RJ 1948, 795)
STS de 10 de febrero de 1950 (RJ 1950, 194)
STS de 21 de abril de 1951 (RJ 1020)
STS de 1 de diciembre de 1951 (RJ 1951, 2619)
STS de 9 de abril de 1957 (RJ 1957, 2498)
STS de 14 de junio de 1957
STS de 17 de febrero de 1959 (RJ 1959, 1067)
STS de 20 de diciembre de 1960 (RJ 1960, 4104)
STS de 14 de octubre de 1967 (RJ 1967, 3821)

STS de 22 de octubre de 1968 (RJ 4436)
STS de 1 de diciembre de 1970 (RJ 5252)
STS de 16 de febrero de 1973 (RJ 1973, 475)
STS de 7 de abril de 1975 (RJ 1975, 1412)
STS de 11 de diciembre de 1979 (RJ 1979, 4359)
STS de 31 de enero de 1980 (RJ 1980, 174)
STS de 6 de noviembre de 1981 (RJ 1981, 4465)
STS de 11 de noviembre de 1981 (RJ 1981, 4505)
STS de 7 de junio de 1982 (RJ 1982, 3407)
STS de 29 de enero de 1982 (RJ 1982, 335)
STS de 16 de febrero de 1983 (RJ 1983, 1041)
STS de 11 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6110)
STS de 29 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2804)
STS de 12 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1153)
STS de 28 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1218)
STS de 3 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4570)
STS de 25 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4953)
STS de 21 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6615)
STS de 25 de febrero de 1986 (RJ 1986, 854)
STS de 7 de marzo de 1986 (RJ 1986, 1150)
STS de 8 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5333)
STS de 22 de junio de 1987 (RJ 1987, 4543)
STS de 23 de noviembre de 1987 (1987, 8642)
STS de 30 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9713)
STS de 22 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1270)
STS de 30 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 10075)
STS de 1 de diciembre de 1989 (RJ 1989, 8786)
STS de 27 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9056)
STS de 22 de marzo de 1991 (RJ 1991, 2428)
STS de 28 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3941)
STS de 27 de junio de 1991 (RJ 1991, 4631)

STS de 21 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7229)
STS de 9 de enero de 1992 (RJ 1992, 176)
STS de 10 de enero de 1992 (RJ 1992, 184)
STS de 23 de enero de 1992 (RJ 1992, 202)
STS de 24 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1425)
STS de 7 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2007)
STS de 18 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2206)
STS de 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10687)
STS de 9 de febrero de 1993 (RJ 1993, 693)
STS 394/1993, de 15 de abril (RJ 1993, 2884)
STS 951/1993, de 13 de octubre (RJ 1993, 7513)
STS 523/1994, de 31 de mayo (1994, 3769)
STS de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7464)
STS 936/1994, de 25 de octubre (RJ 1994, 8291)
STS de 20 de febrero de 1995 (1995, 887)
STS 130/1995, de 23 de febrero (1995, 1108)
STS de 16 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2659)
STS 203/1996, de 15 de marzo (RJ 1996, 2181)
STS 170/1997, de 8 marzo (RJ 1997, 1912)
STS 606/1997, de 3 julio (RJ 1997, 5477)
STS de 28 noviembre 1997 (RJ 1997, 8430)
STS 47/1998, de 30 enero (RJ 1999, 522)
STS de 24 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1519)
STS 138/1999, de 25 de febrero (RJ 1999, 1132)
STS de 1162/1999, de 31 de diciembre (RJ 1999, 9151)
STS 2/2000, de 20 de enero (RJ 2000, 223)
STS 953/2000, de 24 de octubre (RJ 2000, 9587)
STS 1034/2000, de 16 de noviembre (RJ 2000, 9915)
STS de 20 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 6651)
STS 1980/2002, de 9 enero (RJ 2003, 958)
STS de 10 de mayo de 2002 (RJ 2002, 4280)

STS 492/2002, de 27 mayo (RJ 2002, 4484)
STS 56/2003, de 27 de enero (RJ 2003, 1437)
STS de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6828)
STS 1263/2003, de 29 de diciembre (RJ 2004, 358)
STS de 10 de junio de 2003 (RJ 2003, 4595)
STS 1026/2004, de 29 de octubre (RJ 2004, 7215)
STS 1113/2004, de 19 noviembre (RJ 2004, 7244)
STS 66/2005, de 4 de febrero (RJ 2005, 947)
STS 112/2005, de 4 de marzo (RJ 2005, 1778)
STS 311/2006, de 16 de marzo (RJ 2006, 5724)
STS 470/2007, de 4 mayo (RJ 2007, 4327)
STS de 21 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6084)
STS de 8 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8105)
STS 1331/2007, de 10 de diciembre (RJ 2007, 8319)
STS 181/2008, de 6 de marzo (RJ 2008, 4038)
STS 1054/2008, de 7 de noviembre (RJ 2008, 7701)
STS 130/2009, de 12 de marzo (2009, 1645)
STS 536/2011, de 11 de julio (RJ 2011, 5014)
STS de 14 de octubre de 2011 (RJ 2011, 7406)
STS 107/2013, de 21 de febrero (RJ 2013, 2149)
STS 241/2013, de 9 de mayo (RJ 2013, 3088)
STS 77/2014, de 3 de marzo (RJ 2014, 1425)
STS (Sala 3ª) de 24 de abril de 2014 (RJ 2014, 2643)
STS 248/2014, de 26 mayo (RJ 2014,2955)
STS 195/2014, de 2 de abril (RJ 2014, 2164)
STS de 30 de enero de 2015 (2015, 317)
STS 28/2015, de 11 de febrero (RJ 2015, 335)
STS (Sala 3ª) de 5 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1295)
STS 126/2015, de 17 marzo (RJ 2015, 1317)
STS (Sala 3ª) de 9 de abril de 2015 (RJ 2015, 1845)
STS (Sala 3ª) de 13 de abril de 2015 (RJ 2015, 1342)

STS (Sala 3ª) de 24 de abril de 2015 (RJ 2015, 2386)
STS (Sala 3ª) de 6 de mayo de 2015 (RJ 2015, 3079)
STS 451/2015, de 31 de julio (RJ 2015, 4830)
STS 470/2015, de 7 septiembre (RJ 2015, 3976)
STS 705/2015, de 23 de diciembre (RJ 2015, 5714)
STS 41/2016, de 11 de febrero (RJ 2016, 236)
STS 79/2016, de 18 de febrero (RJ 2016, 619)
STS (Sala 3ª) de 5 de abril de 2016 (RJ 2016, 2557)
STS de 19 de abril de 2016 (RJ 2016, 3854)
STS 366/2016, de 3 de junio (RJ 2016, 2310)
STS 669/2017, de 14 diciembre (RJ 2017, 5167)
STS 608/2017, de 15 de diciembre (RJ 2017, 4730)
STS 432/2018, de 11 de julio (RJ 2018, 2793)
SSTS 599/2018, de 31 de octubre (RJ 2018, 4881)
STS 49/2019, de 23 de enero (RJ 2019, 92)
STS (Sala 3ª) 338/2019, de 13 de marzo (RJ 2019, 743)
STS 240/2019, de 24 de abril (RJ 2019, 1745)
STS 463/2019, de 11 de septiembre (RJ 2019, 3343)
STS 607/2019, de 14 de noviembre (JUR 2019, 312740)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de La Rioja 225/2014, de 12 de septiembre (JUR 2014, 252740)
SAP de Valencia 357/2015, de 20 de noviembre (JUR 2016, 141283)
SAP de Álava 85/2016, de 10 de marzo (RJ 2016, 68783)
SAP de Álava 188/2016, de 31 de mayo (JUR 2016, 188302)
SAP de Alicante 144/2017, de 11 de mayo (AC 2017, 440)
SAP de Alicante 173/2017, de 5 de junio (JUR 2017, 244168)
SAP de Madrid 214/2017, de 4 de mayo (AC 2017, 373)
SAP de Salamanca 200/2017, de 31 de marzo (JUR 2017, 122935)
SAP de Guipúzcoa de 31 de marzo de 2017 (AC 2017, 292)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RDGRN de 31 de mayo de 1910 (LA LEY 13/1910)
RDGRN de 5 de febrero de 1915 (LA LEY 3/1915)
RDGRN de 24 de enero de 1916 (LA LEY 4/1916)
RDGRN de 21 de marzo de 1917 (LA LEY 9/1917)
RDGRN de 31 de enero de 1925 (LA LEY 1/1925)
RDGRN de 25 de noviembre de 1925 (RJ 1935, 2269)
RDGRN de 28 de febrero de 1928 (LA LEY 13/1928)
RDGRN de 5 de marzo de 1929 (LA LEY 8/1929)
RDGRN de 16 de marzo de 1929 (LA LEY 10/1929)
RDGRN de 28 de febrero de 1933 (RJ 1933, 88)
RDGRN de 30 de abril de 1934 (LA LEY 12/1934)
RDGRN de 16 de junio de 1936 (LA LEY 16/1936)
RDGRN de 5 de febrero de 1945 (LA LEY 4/1945)
RDGRN de 27 de septiembre de 1978 (LA LEY 78/1978)
RDGRN de 4 de diciembre de 1980 (RJ 1980, 4833)
RDGRN de 20 de mayo de 1984 (RJ 1987, 3927)
RDGRN de 4 de julio de 1984 (RJ 1984, 3851)
RDGRN de 26 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5199)
RDGRN de 31 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5202)
RDGRN de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9722)
RDGRN de 5 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9310)
RDGRN de 26 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 10497)
RDGRN de 24 de abril de 1991 (RJ 1991, 3167)
RDGRN de 3 de octubre de 1991 (RJ 1991, 7491)
RDGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994, 239)
RDGRN de 11 de enero de 1995 (RJ 1995, 186)
RDGRN de 2 de enero de 1996 (RJ 1996, 584)
RDGRN de 19 de enero de 1996 (RJ 1996, 586)
RDGRN de 23 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1032)
RDGRN de 26 de noviembre de 1996 (RJ 1990, 9333)

RDGRN de 12 de febrero de 1997 (RJ 1997, 856)
RDGRN de 21 de enero de 1998 (RJ 1998, 274)
RDGRN de 6 de junio de 1998 (RJ 1998, 5226)
RDGRN de 24 de julio de 1998 (RJ 1998, 5979)
RDGRN de 28 de julio de 1998 (RJ 1998, 5984)
RDGRN de 14 de enero de 1999 (RJ 1999, 47)
RDGRN de 28 de abril de 1999 (RJ 1999, 2223)
RDGRN de 7 de junio de 1999 (RJ 1999, 4740)
RDGRN de 27 de julio de 1999 (RJ 1999, 6083)
RDGRN de 6 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7781)
RDGRN de 5 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 7780)
RDGRN de 27 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8458)
RDGRN de 4 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10240)
RDGRN de 26 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4808)
RDGRN de 18 de junio de 2001 (RJ 2002, 7716)
RDGRN de 21 de junio de 2001 (RJ 2001, 5684)
RDGRN de 10 de julio de 2001 (RJ 2001, 5910)
RDGRN de 9 de enero de 2002 (RJ 2002, 4139)
RDGRN de 17 de enero de 2002 (RJ 2002, 4588)
RDGRN de 8 de junio de 2002 (RJ 2002, 8989)
RDGRN de 2 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 9040)
RDGRN de 4 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8915)
RDGRN de 14 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 10031)
RDGRN de 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6275)
RDGRN de 11 de octubre de 2004 (RJ 2005, 2549)
RDGRN de 25 de abril de 2005 (RJ (2005, 5538)
RDGRN de 2 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6940)
RDGRN de 3 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 6928)
RDGRN de 1 de junio de 2006 (LA LEY 70250/2006)
RDGRN de 2 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8196)
RDGRN de 10 de noviembre de 2006 (LA LEY 129165/2006)

RDGRN de 29 de febrero de 2008 (RJ 2008, 8269)
RDGRN de 1 de marzo de 2008 (RJ 2008, 1482)
RDGRN de 27 de marzo de 2008 (RJ 2008, 8278)
RDGRN de 11 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 1470)
RDGRN de 13 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1863)
RDGRN de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5944)
RDGRN de 6 de mayo de 2010 (RJ 2010, 2745)
RDGRN de 12 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5826)
RDGRN de 8 de junio de 2011 (RJ 2012, 3168)
RDGRN de 13 de marzo de 2012 (LA LEY 51080/2012)
RDGRN de 20 de junio de 2012 (RJ 2012, 10067)
RDGRN de 28 de junio de 2012 (RJ 2012, 8829)
RDGRN de 18 de julio de 2012 (RJ 2012, 10092)
RDGRN de 26 de julio de 2012 (RJ 2012, 10375)
RDGRN de 27 de julio de 2012 (RJ 2012, 10377)
RDGRN de 22 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 698)
RDGRN de 29 de noviembre de 2012 (RJ 2013, 708)
RDGRN de 4 de diciembre de 2012 (RJ 2013, 1142)
RDGRN de 10 de enero de 2013 (RJ 2013, 2901)
RDGRN de 4 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3058)
RDGRN de 7 de febrero de 2013 (RJ 2013, 3061)
RDGRN de 2 de marzo de 2013 (RJ 2013, 2912)
RDGRN de 19 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8378)
RDGRN de 21 de abril de 2014 (RJ 2014, 3213)
RDGRN de 23 de julio de 2014 (JUR 2014, 224769)
RDGRN de 31 de julio de 2014 (RJ 2014, 4495)
RDGRN 12511/2014, de 24 de octubre (RJ 2014, 6709)
RDGRN 11186/2014, de 3 de octubre (RJ 2014, 5512)
RDGRN 6402/2015, de 14 de mayo (RJ 2015, 3527)
RDGRN de 23 de julio de 2015 (JUR 2014, 224769)
RDGRN 2473/2016, de 18 de febrero (RJ 2016, 2981)

LISTADO DE RESOLUCIONES

RDGRN 5649/2016, de 19 de mayo (RJ 2016, 3984)

RDGRN de 22 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 5258)

RDGRN 1494/2017, de 25 de enero (RJ 2017, 904)

RDGRN 11037/2017, de 5 de septiembre (RJ 2017, 4350)

RDGRN 11729/2017, de 19 de septiembre (RJ 2017, 4378)

RDGRN 178/2017, de 12 de diciembre (RJ 2016, 6568)

RDGRN de 21 de septiembre de 2018 (RJ 2018, 4484)

