

1.3. Derechos reales

Las consecuencias de la ampliación del plazo en un préstamo hipotecario que admite recarga: la hipoteca recargable y el plazo

The consequences of an extension of term of loan mortgage: the rechargeable mortgage and term

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Doctora de Derecho Civil

Universidad Antonio de Nebrija

RESUMEN: Se pretende examinar en este trabajo las consecuencias de la ampliación del plazo del préstamo hipotecario en cuanto al rango hipotecario de la garantía que lo asegura. Es decir, si el aumento de ese plazo supone una alteración o pérdida de rango por sí solo o, por el contrario, puede mantenerse el mismo rango, y en especial, su estudio cuando dicho aumento de plazo va acompañado de la «recarga» del préstamo hipotecario; es decir, se produce un aumento del principal garantizado. Para ello, es preciso puntualizar qué se entiende por «recarga» o «hipoteca recargable», cuál es su significado auténtico, cómo se originó, cómo pervive hoy en la actualidad esta posibilidad de recarga y, en definitiva, qué ocurre cuando al aumento de principal le acompaña un aumento del plazo. Todo ello se estudia a la luz de la jurisprudencia registral y la doctrina establecida en sus resoluciones, para tratar de dar solución al problema que se produce cuando aumentamos principal —recarga— y plazo en una misma hipoteca.

ABSTRACT: *In this paper it is analyzed the impact of extending the term of the mortgage, as the mortgage range guarantee securing it. In particular, we want to study that increase later accompanied by «reload» the mortgage loan, ie, an increase of guaranteed principal occurs, and its consequences. For this it is necessary to point out what is meant by «reload» or «rechargeable mortgage», what is its true meaning, how it was originated, how it survives today reload this possibility and, ultimately, what happens when the increase of loan accompanies an increased term. All this is discussed considering the registry established jurisprudence and doctrine, to try to solve the problem that occurs when we increase the loan —recharge— and the term in one mortgage.*

PALABRAS CLAVE: hipoteca recargable, plazo, ampliación principal, préstamo hipotecario.

KEY WORDS: *rechargeable mortgage, term, principal increase, mortgage loan.*

SUMARIO: I. HIPOTECA RECARGABLE: CONCEPTOS GENERALES.—II. LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO EN UNA HIPOTECA QUE ADMITE RECAR-

GA: TESIS.—III. JURISPRUDENCIA REGISTRAL EN TORNO A LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO Y LA POSIBILIDAD DE RECARGA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO: 1. GÉNESIS DE LAS HIPOTECAS RECARGABLES. 2. ACTUALIDAD.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. HIPOTECA RECARGABLE: CONCEPTOS GENERALES

Un préstamo hipotecario puede sufrir diversas modificaciones, novaciones modificativas, que tienen en común... Es lo que se llama novaciones modificativas, que tienen en común no extinguir la anterior obligación garantizada —el préstamo—, sino solo variarlo en aspectos importantes del mismo. Algunas de las modificaciones que puede sufrir el préstamo hipotecario son: variación del tipo de interés, aumento del principal, ampliación del plazo..., etc. Las especiales características del préstamo hipotecario —obligación más derecho real de garantía— hacen que sea importante analizar las consecuencias que las novaciones de la obligación pueden provocar en cuanto a la garantía inscrita que la asegura.

En este trabajo vamos a tratar de examinar dos de estas novaciones (principal y plazo), sus relaciones y sus consecuencias en el plano real; en definitiva, analizar las estrechas relaciones entre la posibilidad de recarga de un préstamo hipotecario (aumentando el principal) y la ampliación del plazo de dicho préstamo hipotecario. Es importante analizar qué ocurre cuando coinciden ambos aumentos, ocasionando, como luego veremos, que no sea posible considerar la posibilidad de recarga en sentido estricto.

Además, veremos las consecuencias que tiene la sola ampliación del plazo del préstamo hipotecario, separada de un aumento de principal.

En definitiva, nos paramos a pensar cómo se relacionan y qué consecuencias tiene en un préstamo hipotecario tanto su aumento de principal como su ampliación de plazo, como novaciones modificativas que son. Para ello veremos, en primer lugar, qué es la hipoteca recargable (aquella en la que hay un aumento de principal), y después analizaremos la ampliación de plazo, finalizando con las relaciones entre ambos.

1. ADMISIÓN Y REGULACIÓN DE LA HIPOTECA RECARGABLE

La hipoteca recargable es aquella que admite recarga; es decir, aquella en la que 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.

Las ventajas de este tipo de hipotecas se aprecian fácilmente, pues suponen que los acreedores hipotecarios se reservan el rango inicial que tenían en el primer tramo de préstamo garantizado, para seguir asegurando esa nueva ampliación de capital. No se puede olvidar que hasta la admisión de esta nueva modalidad hipotecaria, la ampliación de préstamo hipotecario conllevaba siempre una nueva hipoteca o tramo de hipoteca de rango posterior.

Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Modernización del Mercado Hipotecario recoge por primera vez en nuestro ordenamiento la admisión de estas hipotecas.

Su existencia se deduce del nuevo artículo 4 de la Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios (LSMPH) y de la Disposición Transitoria única, párrafo 3.º de la Ley¹, sin que se les dedique un precepto normativo concreto y expreso, ni se recojan con tal denominación en el articulado de la norma, siendo su denominación una convención doctrinal, por su semejanza con la hipoteca francesa del mismo nombre, y su contenido una consecuencia de la interpretación legal.

En la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 se pone de manifiesto la necesidad de flexibilizar el mercado hipotecario con nuevas figuras que faciliten la concesión de créditos, y actualizar la legislación en un sector de importante actividad económica.

En concreto se afirma que: «el mercado hipotecario es uno de los segmentos del sistema financiero con mayor influencia en la estabilidad macroeconómica y financiera. De su funcionamiento depende la financiación de la vivienda, que representa alrededor de dos tercios del valor de la riqueza total de los hogares españoles y condiciona sus decisiones de consumo e inversión. Al mismo tiempo, el crédito hipotecario tiene un gran peso en el balance de las entidades de crédito y supone más de la mitad del total del crédito al sector privado residente. Debe recordarse que el reciente periodo de extraordinaria aceleración de la actividad ha coincidido con una notable estabilidad en la regulación del mercado hipotecario. Las normas básicas del marco jurídico relativas a la transparencia, los mecanismos de movilización de préstamos y la subrogación y novación no se han alterado, de forma sustancial, en los últimos años».

Fueron razones de creciente actividad financiera las que impulsaron el desarrollo de esta Ley, coincidiendo con un periodo económico expansivo en el que el crédito territorial era base fundamental del mismo, lo que condujo a flexibilizar algunos de los rígidos corsés hipotecarios existentes hasta entonces, para mejorar y conseguir más negocio basado en financiación garantizada con hipoteca. Esta es la justificación de esta Ley y de las nuevas figuras hipotecarias que en ella aparecían (la hipoteca flotante y la posibilidad de recarga). Figuras basadas en una economía viva, con gran actividad financiera y bancaria que facilitaba el crédito territorial.

Al admitirse la ampliación de préstamo hipotecario como novación modificativa, permaneciendo la misma garantía hipotecaria, sin alteración o pérdida de su rango, pudiendo ello no implicar incremento de la responsabilidad hipotecaria inicialmente pactada —tal y como se establece con carácter general en el párrafo 3.º—, se dio carta de naturaleza a la posibilidad de la recarga de esa responsabilidad hipotecaria. Esto es así puesto que, con anterioridad a esta Ley, el aumento de capital significaba aumento o ampliación de la propia hipoteca. Hoy, y según se deduce de la Ley, solo cuando haya que ampliar responsabilidad —luego cabe que no haya que hacerlo, y eso solo es posible si se ha amortizado previamente parte, y después se recarga—, habrá que contar con el consentimiento de los terceros intermedios afectados; en consecuencia, mientras no se altere la responsabilidad, eso no es necesario, y por tanto, entendemos que eso quiere decir que cabe esa recarga².

Se ha cuestionado por parte de la doctrina³ la admisión legal de este tipo de hipotecas, pues: a) no existe precepto específico que las regule —a diferencia de lo que ocurre con las flotantes—, ya que con la publicación de la Ley 41/2007 no se ha modificado ningún precepto ni del Código Civil ni de la Ley Hipotecaria para

recogerlas, y *b*) son distintas de las hipotecas recargables propiamente dichas —las del sistema francés—, pues su régimen no puede adaptarse al español⁴, y *c*) según VALERO (2009), la Ley 41/2007, lejos de admitir este tipo de hipotecas, confirma el criterio anterior de la DGRN: la ampliación del capital supone una novación modificativa del préstamo hipotecario y de la hipoteca inscrita, manteniéndose el rango en cuanto al capital preexistente y, si existen terceros, debería suponer la constitución de una nueva hipoteca con su propio rango por la cifra total de ampliación del capital, del incremento. Por eso, concluyen que no se entiende su encaje en el sistema español.

Sin embargo, entendemos que su admisión puede defenderse a partir de la Ley 41/2007, que admite la ampliación del préstamo hipotecario como novación modificativa (art. 4 LSMPH, sobre todo en su párrafo 3.º), y de la Disposición Transitoria única que sostiene la irretroactividad de esa configuración. Además, no puede olvidarse que este tipo de hipoteca se encontraba presente en el espíritu de la reforma de la Ley 41/2007, que buscaba un mercado hipotecario más flexible con la admisión de dos nuevas hipotecas: la flotante y la recargable, siempre en el pensamiento de los impulsores de esta ley (Asociación Hipotecaria Española, entidades financieras y crediticias, fundamentalmente). Por otra parte, el hecho de que no haya sido necesario modificar la Ley Hipotecaria ni el Código Civil, no es óbice para su admisión, pues nada impide que se puedan crear nuevas figuras contractuales, sin necesidad de una reforma expresa de la ley, ni tampoco para los derechos reales, pues su *numerus apertus* limitado y la nueva creación de los mismos ya es una realidad en nuestro ordenamiento⁵. Por otra parte, no podemos compartir la tesis de que la Ley 41/2007 esté confirmando el anterior criterio de la DGRN, ya que con lo dispuesto en la ley se está admitiendo un supuesto distinto del que se contemplaba por el Centro Directivo. En las resoluciones previas a la ley se admitía que la ampliación de principal era una novación modificativa, pero esa ampliación conllevaba una ampliación de la propia hipoteca, dando lugar a la existencia de dos tramos diferenciados de hipoteca que, de hecho, funcionaban como dos hipotecas diferentes de distinto rango, sin que fuera posible ampliar capital aunque «cupiera» dentro de la cifra inicial de responsabilidad hipotecaria. Sin embargo, con la redacción actual de la Ley, podemos entender que es posible ampliar capital sin ampliar hipoteca (responsabilidad hipotecaria), manteniendo el rango de la inicial, siempre que previamente se haya amortizado parte de ese préstamo, es decir, «la recarga». El hecho de que la hipoteca que se admite difiera en aspectos sustanciales de la hipoteca recargable francesa, no es óbice para negar la admisión de un nuevo tipo de hipoteca; no será exactamente la hipoteca recargable francesa, pero sí, si me permiten la expresión, una hipoteca recargable «a la española», adaptada a nuestro sistema registral, para no vulnerarlo. Por último, el hecho de que la «recarga» se haga constar en el Registro mediante nota marginal nos puede llevar a pensar en la constatación registral de un negocio diferente al inscrito, del que debe quedar constancia a través de un asiento diferente, lo que indica que existe algo distinto de una modificación de la obligación cuyo reflejo registral ya prevé con carácter general el artículo 144 LH.

Defendemos, por tanto, la existencia, admisión y viabilidad de la recarga en la hipoteca, o, mejor dicho, en el préstamo hipotecario en nuestro ordenamiento; eso sí con sus propias peculiaridades y especialidades que la alejan de la hipoteca recargable francesa, e incluso de una categoría propia de hipoteca, siendo, más bien lo que introduce la Ley, una nueva posibilidad: la de recargar préstamos hipotecarios manteniendo el rango, llamémosle o no hipoteca recargable.

2. CONCEPTO ESTRICTO DE HIPOTECA RECARGABLE

Para que podamos hablar de una hipoteca recargable en sentido estricto, y que por tanto haya verdadera recarga, es preciso subrayar lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 4 LSMPH y la Disposición Transitoria única 3; es decir, solo entendemos que existe verdadera hipoteca recargable cuando la «recarga del préstamo», o sea, la ampliación del capital, no suponga alteración del rango registral hipotecario. La ampliación del préstamo y la conservación del rango inicial para la parte ampliada es lo fundamental y característico de estas hipotecas.

Podíamos definir, entonces, la hipoteca recargable como aquella que garantiza, sin pérdida de rango, la obligación derivada de un préstamo y sus sucesivas ampliaciones, sin que, a la vez, se altere la responsabilidad hipotecaria ni el plazo de la misma.

En definitiva, y según lo que acabamos de exponer, solo hay hipoteca recargable, o solo hay recarga, cuando: *a)* se aumenta el capital del préstamo, previa amortización parcial del préstamo inicial por el deudor; *b)* no se altera la responsabilidad hipotecaria, y *c)* no se modifica el plazo de este, y con estas premisas, *d)* no se altera el rango de la garantía hipotecaria.

Para nosotros lo fundamental de la recarga es que no hay pérdida de rango, y esto ocurre cuando hay: ampliación principal (la recarga) + no modificación responsabilidad + no modificación plazo.

Porque cualquier aumento de la responsabilidad hipotecaria o del plazo de la misma⁶ —siempre que haya recarga— harían perder el rango hipotecario respecto de la parte ampliada. En estos casos, cuando se produce una modificación del rango, no podemos hablar de una hipoteca recargable, sino de una simple novación modificativa del préstamo que implicaría una ampliación de la propia responsabilidad hipotecaria o del plazo. Esto conduce, *de facto*, a la existencia de dos tramos de hipoteca, como dos hipotecas distintas una por cada parte distinta del préstamo ampliado, con su correspondiente rango y prioridad.

Es cierto que cuando se modifique el rango por consecuencia de un incremento de la responsabilidad hipotecaria o del plazo, puede mantenerse el mismo rango para la parte ampliada si no hay terceros posteriores o, si existen, estos dan su consentimiento a la modificación de la responsabilidad o plazo, asumiendo el empeoramiento de su rango y prioridad. Pero en este caso, aunque se consigue una ampliación del capital sin pérdida de rango, desde mi punto de vista, no se puede hablar de una hipoteca recargable en sentido estricto, sino que se trata de supuestos basados en la negociabilidad del rango entre los distintos titulares de cargas inscritas —pues la conservación del rango es fruto de un acuerdo o negocio con los terceros intermedios—, ya permitidos antes de la entrada en vigor de esta Ley, como la Dirección General ha recordado en varias resoluciones.

II. LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO EN UNA HIPOTECA QUE ADMITE RECARGA: TESIS

Corresponde plantearnos ahora qué ocurriría si, además de ampliar el principal del préstamo, se modifica y amplía también el plazo de dicho préstamo y qué ocurre si se amplía solo el plazo en un préstamo hipotecario.

En este punto hay que poner de manifiesto que la doctrina no es unánime al considerar los supuestos en los que se mantiene el rango cuando hay una

novación modificativa en el préstamo garantizado con hipoteca respecto a los distintos supuestos que la Ley contempla: responsabilidad, principal y plazo.

La regla general que establece el artículo 4.3 LSMPH es que en los supuestos de novación modificativa se mantiene el rango: «Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita». Por lo tanto, también, y como regla general cuando se amplíe el préstamo hipotecario.

Sin embargo, a continuación, se establecen las excepciones a esa regla general: «excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación»:

- a) Respecto a la primera excepción no hay controversia. La totalidad de la doctrina⁷ entiende que un incremento de la responsabilidad hipotecaria no puede mantener el rango de la hipoteca inicial para la parte ampliada o novada. En estos casos existirá un tramo de hipoteca inicial con su rango originario, y un nuevo tramo de hipoteca con rango postergado para la parte novada o ampliada, siempre, claro está, que existan terceros intermedios.

El aumento de responsabilidad hipotecaria respecto al inicialmente previsto afecta a los terceros posteriores que contrataron con base en una responsabilidad determinada. Ese incremento de responsabilidad hace que esos terceros vean disminuidas sus posibilidades de agresión sobre la finca y, en definitiva, sus posibilidades de cobro. Es lógico, por tanto, que la parte de préstamo ampliado se garantice con un tramo de hipoteca de rango posterior al de estos terceros intermedios —salvo que consintieran expresamente el adelanto de rango—, evitando, así, el perjuicio que les podría ocasionar. El principio de prioridad registral, de otro modo, podría verse vulnerado.

- b) La ampliación del plazo. Respecto a esta segunda excepción, existen posiciones doctrinales muy diversas⁸ que conviene que analicemos con detalle:

1. La primera de ellas, y de carácter minoritario⁹, entiende que el solo aumento del plazo del préstamo hipotecario, sin necesidad de que haya también ampliación del préstamo hipotecario, supone una pérdida de rango registral.

Estos autores se basan en la consideración de la hipoteca como un derecho de realización de valor de importe y plazo determinado, más la aplicación por analogía a la hipoteca del artículo 1851 del Código Civil en materia de fianza y lo dispuesto en el 241 RH, que requiere para la posposición de rango que se determine «la duración máxima de la hipoteca», convirtiéndose este elemento en esencial de la conservación del plazo.

No compartimos esta tesis, pues la DGRN ha mantenido en diversas ocasiones que el solo aumento del plazo, sin modificación de la responsabilidad ni nada más, no supone una alteración del rango registral, como en la RDGRN de 27 de noviembre de 1999, donde *sensu contrario* se puede mantener que la modificación del plazo de la obligación garantizada durante la vigencia de este, debe tener su reflejo registral, conservando el rango inicial, pues defiende que la alteración, una vez vencido el plazo, al extinguirse la obligación, debe tener una hipoteca con un nuevo rango posterior.

2. La segunda de las tesis, abanderada por AZOFRA (2009)¹⁰, entiende que el aumento del plazo, aunque vaya acompañado de una ampliación de principal, no tiene que suponer una alteración del rango. Defiende este autor que el aumento del plazo de la obligación no tiene por qué perjudicar a los acreedores posteriores que pueden verse favorecidos por el alargamiento de la deuda anterior «en la medida que hace más improbable que se ejecute la hipoteca ante su impago»¹¹. Este autor considera, a diferencia de los anteriores, que el incremento de plazo en ningún caso va a suponer una alteración del rango, ni siquiera si se aumenta también el principal. Considera esa variación de plazo como «una novación modificativa que no perjudica el rango de la hipoteca, aunque existan titulares registrales posteriores y siempre que no se aumente la responsabilidad hipotecaria». Basa sus argumentos en la superación de la antigua jurisprudencia registral que afirmaba que la alteración de plazo no supone pérdida de rango, y en la consideración de que, si mediante la subrogación de acreedor es posible aumentar el plazo sin alteración del rango, por qué no va a serlo a través de una propia novación. Además, defiende una interpretación teleológica del precepto que busca la flexibilización de las hipotecas, incluyendo, por tanto, este supuesto como de verdadera hipoteca recargable. Para los defensores de esta postura, lo que únicamente supone una modificación de rango es el aumento de responsabilidad hipotecaria. Sin embargo, defender esta tesis, implica que el supuesto descrito supone un caso de recarga, de hipoteca recargable, y por lo tanto esta podría ser similar a una reserva de rango, o hipoteca de propietario, pues las sucesivas recargas, alargando el plazo y manteniendo el rango, permitirían un encadenamiento con el deudor, y el mantenimiento de una deuda «eternamente asegurada» con un rango preferente, lo que supondría un perjuicio grave para los terceros posteriores, acarrearía consecuencias no previstas por nuestro ordenamiento y, en consecuencia, creemos que hay que rechazarla.
 3. La tercera postura¹² considera que el aumento de plazo unido a la ampliación del préstamo hipotecario, sin necesidad de aumentar la responsabilidad hipotecaria, supone una pérdida de rango. Es la postura que defendemos desde estas líneas, y nos parece la más acorde con la dicción de la Ley, puesto que en el segundo párrafo del artículo nos dice cuáles son las novaciones modificativas, luego añade que ninguna de ellas supone alteración del rango, y concluye que, sin embargo, sí habrá pérdida de rango cuando se altere la responsabilidad hipotecaria «o» se modifique el plazo, «por este incremento o ampliación», se entiende que se refiere a la ampliación del préstamo hipotecario, pues así lo ha denominado en el párrafo anterior, a diferencia del plazo que lo denominaba «alteración».
- Dos son las excepciones a la conservación del rango: Incremento de la responsabilidad, en cualquier caso, y solo ese incremento, pero también el aumento del plazo cuando a la vez haya una ampliación del préstamo.
- Además, la interpretación sistemática con la Disposición Transitoria única 3.º, nos lleva a la misma conclusión, puesto que en ella se permite la ampliación de capital sin pérdida de rango, lo que lleva a pensar, como añade SIEIRA (2009)¹³, que existen ampliaciones de

capital con pérdida de rango, y esto no puede referirse solo a las ampliaciones que incrementen la responsabilidad, pues eso ya era así con anterioridad a la Ley, sino que debe pensar en otro supuesto de ampliación de capital, que suponga pérdida de rango, y ese, en virtud de lo establecido en el artículo 4.3, solo puede ser la alteración del plazo.

Y es que este precepto así interpretado está admitiendo las hipotecas recargables, las define *sensu contrario*, al consistir estas en supuestos de mantenimiento de rango.

A diferencia de la postura anterior, en este caso en el que el aumento de plazo más el de capital haría perder rango, no cabe afirmar que se trata de un supuesto de recarga, de hipoteca recargable, ya que no cabe mantener rango, por tanto, no puede mantenerse que la hipoteca recargable *stricto sensu* se asemeje en ningún caso a una reserva de rango, pues este no se mantiene, al quedar postergado.

La postura que aquí se defiende, como dice SIEIRA (2009)¹⁴, es un límite a la propia hipoteca recargable, para evitar los abusos que supondría un rango perpetuo.

No obstante, es conveniente subrayar la enrevesada redacción del nuevo artículo 4 LSMPH, que ocasiona la posibilidad de interpretaciones tan dispares como las que se acaban de poner de manifiesto que generan una gran inseguridad. Habría sido conveniente que el legislador o la propia DGRN clarificara estos extremos.

El nuevo Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en su artículo 5.5 establece para las modificaciones previstas para los préstamos y créditos hipotecarios en el Código de Buenas Prácticas que: «La novación del contrato 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». Esas modificaciones son las que se establecen dentro de la reestructuración de la deuda prevista en el artículo 1.b) del Código de Buenas Prácticas que son: a) Carencia en la amortización de capital de cuatro años. b) Ampliación del plazo de amortización hasta un total de cuarenta años a contar desde la concesión del préstamo. c) Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por 100 durante el plazo de carencia. Cualquiera de esas novaciones (modificaciones) no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita (art. 4.3 LSMHP). Por tanto, el aumento de plazo a cuarenta años no supone alteración del rango, y, de este modo, este Real Decreto rechaza la tesis a favor de que el solo aumento de plazo supone alteración de rango, y también confirma, en cierto modo, la tesis que aquí se defiende. Esto es así porque el mantenimiento de rango en las novaciones modificativas que establece el artículo 5.5 del Real Decreto se refiere, como hemos dicho, a la refinanciación ampliando el plazo de amortización a cuarenta años (además de las otras dos cuestiones no problemáticas), pero entiendo que se refiere a esa sola ampliación de plazo porque en el Código no se habla de ampliar también capital; y solo en ese caso se mantiene rango (art. 5.5 del RD 6/2012 + art. 4.3 LSMPH). Por eso, la sola alteración de plazo no supone pérdida de rango, y solo si va acompañada de ampliación de principal se produce la postergación de la parte ampliada (si hubiera terceros intermedios), siendo imposible calificar a esa ampliación de principal como «recarga», pues para mí esta supone siempre mantenimiento del

rango. Definida y delimitada de este modo la viabilidad, admisión y concepto de la hipoteca recargable, o de la posibilidad de recarga, hay que decir que las ventajas que ofrece al acreedor son claras, ya que le permite mantener el mismo rango hipotecario inicial que garantiza nuevas y futuras concesiones de capital. Sin la posibilidad de la hipoteca recargable, el acreedor tendría para la parte de préstamo ampliada una garantía de rango postergado, como ha ocurrido hasta la actualidad.

En definitiva, entendemos que la sola ampliación de plazo es una novación modificativa que no altera el rango registral y que por tanto puede llevarse a cabo sin perjuicio ni consentimiento de acreedores posteriores. Sin embargo, el aumento del plazo junto con el del principal del préstamo produce una alteración del rango, no hay verdadera recarga, pues esta implica un mantenimiento de rango, y daría lugar a la inscripción retardada de la ampliación de principal y nuevo plazo.

Veamos, qué ha dicho la DGRN en su devenir de estos últimos años, y cuáles han sido sus pronunciamientos en cuanto a la hipoteca recargable, la posibilidad de recarga, de mantenimiento de rango, tanto en cuanto al aumento del principal como del plazo del préstamo hipotecario.

III. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL EN TORNO A LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO Y LA RECARGA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

1. GÉNESIS DE LAS HIPOTECAS RECARGABLES

La ampliación del plazo de los préstamos hipotecarios está en estrecha relación con la posibilidad de recarga —aumento de principal— de los mismos, tal y como acabamos de manifestar, pues, entendemos, que cuando coinciden ambas modificaciones (principal y plazo) es cuando se pierde rango y surgen los problemas. Por eso, vamos a analizar cómo se ha contemplado por la DGRN tanto la posibilidad de recarga como la ampliación del plazo en los préstamos hipotecarios.

Las hipotecas recargables tienen sus antecedentes en distintas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las que, en una primera época, se han rechazado para, después, matizarse un poco esta postura, flexibilizándola en cierto modo, cuya aceptación final concluirá igualmente con su admisión por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

Veamos su evolución:

1. En una primera fase, la DGRN, en la Resolución de 26 de mayo de 2001, rechaza la posibilidad de que la ampliación de préstamo hipotecario quede garantizado con la misma cobertura hipotecaria inicialmente establecida. Es decir, rechaza directamente la recarga, y entiende que una hipoteca ordinaria inicialmente constituida para una obligación determinada no puede asegurar una nueva obligación consecuencia de la ampliación, aunque se haya pagado parcialmente dicha obligación, cuando de ello no queda constancia registral. La ampliación del préstamo por pago parcial del inicialmente configurado debería conllevar la cancelación parcial de dicho préstamo hipotecario, y la correspondiente nueva cobertura hipotecaria para la parte ampliada con posterioridad. Afirma el Centro Directivo que «no puede, en consecuencia, admitirse que la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito pueda aplicarse posteriormente, como una re-

serva de rango disponible, a la cobertura adicional de otro (cfr. Resolución de 5 de noviembre de 1990 y 17 de enero de 1994), ni aunque por haberse reducido el importe del primero quepa el segundo dentro del límite de responsabilidad hipotecaria establecida para aquel. Ello ni tan siquiera es posible en la hipoteca de seguridad, sea de máximo o en garantía de obligación futura, en que si bien la indeterminación del importe o de la propia existencia de la obligación llamada a garantizarse determina sus peculiaridades, en todo caso exige la identificación de cuál sea la relación jurídica de la que nace o ha de nacer la obligación para cuya seguridad se constituye (cfr. Resoluciones de 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995 [RJ 1995/186], 30 de marzo y 24 de julio de 1999), sin que el exceso de cobertura permita a las partes cobijar bajo ella un crédito distinto fruto de un nuevo convenio contractual (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 [RJ 1987/9722] y 7 de junio de 1999). (Piénsese, además, en los perturbadores efectos que tal posibilidad tendría a la vista del nuevo sistema de minoración de cargas preferentes que el legislador ha diseñado en el nuevo artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.)»

Esta doctrina es repetida por las RRDGRN de 30 de abril de 2002 y 9 de enero de 2002¹⁵.

2. Posteriormente, las RRDGRN de 17 de enero de 2002 y 8 de junio de 2002, sin llegar a admitir la hipoteca recargable dan un paso más hacia su aplicación: admiten que la ampliación de préstamo hipotecario es una simple novación modificativa¹⁶, por lo que no necesitaría practicarse cancelación parcial de la hipoteca de la parte amortizada, ni una nueva hipoteca para garantizar la parte ampliada; pero, sin embargo, consideran que, a pesar de ser la misma obligación garantizada, la ampliación del principal debe conllevar la ampliación de la responsabilidad hipotecaria. Esa ampliación de hipoteca tendría un nuevo rango y prioridad, el que le correspondiera por su nueva inscripción. Es decir, se admite la ampliación de préstamo como novación modificativa, pero eso supone una ampliación de hipoteca, lo que nos lleva a una situación de dos tramos de obligación garantizados con dos tramos de cobertura hipotecaria diferenciados que, en ningún caso, puede perjudicar a terceros posteriores intermedios. La posibilidad de «recarga» se haría en dos tramos diferenciados, es decir, no es recarga propiamente dicha, pero al menos, se considera que la ampliación de préstamo hipotecario queda cubierta con la misma hipoteca. La DGRN, en estas resoluciones, confirma las de la etapa anterior, diciendo que es imposible que una hipoteca garantice dos obligaciones distintas, la inicial y la ampliada, con la misma cobertura hipotecaria, pero añade que nada impide que se amplíe la hipoteca para dar seguridad al nuevo tramo ampliado: «Estas características determinan, como ha señalado la reciente Resolución de 26 de mayo de 2001, que no quepa admitir la utilización de una hipoteca constituida para la seguridad de un crédito para dar posteriormente cobertura real a otro, sea totalmente independiente del primero o el resultado de una ampliación del hasta entonces existente, aunque por haberse reducido la deuda garantizada cupiera en todo o parte el importe del segundo dentro de la suma de responsabilidad hipotecaria establecida en su momento. Ello supondría admitir una modalidad de hipoteca próxima a la conocida en Derecho comparado como de propietario, reiteradamente rechazada por este Centro Directivo como incompatible con aquellos principios de accesoria e indivisibilidad. CUARTO. Cuestión distinta es que no se pueda, por vía de modificación o ampliación de la hipoteca existente, pasar a dar cobertura real al incremento que experimente en su cuantía el préstamo hasta entonces garantizado como consecuencia de su ampliación. Y tal posibilidad ha de aceptarse, aunque

con sus peculiares efectos. El artículo 144 de la Ley Hipotecaria contempla, en términos amplios, la posibilidad de hacer constar en el Registro todo hecho o convenio entre las partes, entre ellos la novación del contrato primitivo, que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria anterior, pero exigiendo esa constancia registral como requisito de su eficacia frente a terceros, con lo que claramente establece dos momentos temporales, el anterior al acceso registral de esa modificación, y el posterior. Al tercero tan solo le afectará la modificación si ha accedido al folio registral antes que su derecho».

Es decir, la DGRN admite que la ampliación de préstamo es una novación modificativa que debe cubrirse con la misma hipoteca, pero no se puede «recargar» la responsabilidad hipotecaria, aunque «cupiera» en la misma la parte ampliada por haberse amortizado parcialmente el préstamo, sino que debe ampliarse asimismo la cobertura hipotecaria sin perjuicio de terceros.

Esta situación peculiar seguía sin dar completa satisfacción al acreedor hipotecario que conseguía ampliar su préstamo hipotecario —siendo el mismo préstamo y no otro distinto—, pero, a efectos prácticos, le suponía lo mismo que antes. Si la ampliación era un nuevo préstamo habría dos obligaciones con dos hipotecas diferentes, de distinto rango, y la segunda postergada; y si se trata de novación modificativa con ampliación de hipoteca, tendríamos en teoría una sola obligación con una sola hipoteca, pero con dos tramos de rangos diferenciados y el segundo de nuevo postergado al primero.

Si, por el contrario, en vez de un nuevo préstamo se entendiera que la concesión de más capital supone una novación extintiva, en vez de modificativa, tampoco era buena solución para el acreedor, pues la novación extintiva supondría una nueva obligación (la del total ampliado), con una nueva hipoteca postergada, pues la *prima obligatio*, se habría extinguido por la novación, y en consecuencia también la hipoteca inicial que habría que cancelar.

En consecuencia, al acreedor realmente le daba igual que se inscribiera la ampliación como el mismo préstamo (modificado) aunque rango distinto, que se considerara que esa ampliación era un nuevo préstamo con una nueva hipoteca, con su rango distinto y correspondiente, que existiera una novación extintiva en la ampliación del préstamo garantizado.

¿Qué ventajas tiene la solución ofrecida por la DGRN para el acreedor hipotecario en estas resoluciones? ¿No habría sido, a efectos prácticos, lo mismo considerar que la ampliación es una nueva obligación, un nuevo préstamo y que, por tanto, se practicaría un nuevo asiento de nueva hipoteca con sus propios efectos y condiciones, sin necesidad de dar tantas vueltas para llegar a una solución prácticamente idéntica con respecto a sus efectos?

Esta insatisfacción del acreedor —que no nos olvidemos, son esencialmente entidades bancarias—, fue uno de los detonantes de la nueva regulación y admisión de las hipotecas recargables en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Modernización del mercado hipotecario, al igual que ocurrió con la hipoteca flotante.

2. ACTUALIDAD

Tras la aprobación de la Ley 41/2007, y en una primera fase, se confirmaron las tesis establecidas hasta esa fecha y que se acaban de exponer. Planteada, únicamente una ampliación del principal de un préstamo hipotecario, se reafirmó que se trataba de una novación modificativa, pero que debía corresponderse con una nueva responsabilidad hipotecaria para la parte ampliada. De este modo,

la RDGRN de 17 de marzo de 2008, confirmó la tesis de la Resolución de 8 de abril de 2002, y sin plantearse, propiamente, la recarga, ante la ampliación del principal de un préstamo hipotecario, admitió el desdoblamiento del préstamo inicial en dos tramos, abogando por la división de la obligación garantizada y la división de su garantía, ya que con base en el principio de accesoriedad, debe permitirse que el *ius distrahendi* se ejercite independientemente respecto de cada parte del capital prestado pero sobre la totalidad del objeto hipotecado. Es decir, como si existieran dos inscripciones de hipotecas, o tramos de hipotecas distintos, a los que corresponderá los efectos propios de su objeto y rango, derivados del principio de prioridad registral; el tramo ampliado no afectará por tanto a terceros intermedios.

De igual forma, y ya mucho más reciente, la RDGRN de 12 de mayo de 2011 repite lo establecido en la resolución anterior, asentando dicha doctrina de la novación modificativa, y el desdoblamiento de tramos de responsabilidad hipotecaria, cada uno con su rango y objeto, pero insistiendo en la necesidad de que dichas responsabilidades, sobre todo la nueva y ampliada, queden claramente especificadas. En concreto, esta resolución afirma que: «la ampliación de hipoteca ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva. Si se tratara de ampliación sobre la misma finca ya hipotecada con anterioridad, de existir cargas intermedias, la pretendida ampliación no puede perjudicarlas, pero la garantía preferente no tiene por qué posponerse a ellas, de modo que la ejecución de esa carga intermedia determinará la cancelación de la llamada ampliación en tanto que hipoteca de rango posterior, pero no la hipoteca inicial... En suma, ningún obstáculo existe para inscribir en el Registro de la Propiedad la ampliación de una hipoteca que tenga por objeto garantizar las nuevas responsabilidades derivadas de la ampliación del crédito que hasta entonces lo estaba, siempre que se determine con precisión cuáles sean esas nuevas responsabilidades objeto de garantía (art. 12 LH)».

Esta resolución concluye afirmando que «el efecto meramente modificativo y no extintivo de la ampliación del préstamo hipotecario tuvo su expreso reconocimiento legal en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que al modificar el artículo 4 LSMPH, determinó en su apartado tercero que las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún, caso una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad o la ampliación del plazo del préstamo por ese incremento o ampliación».

Y es, precisamente, este último supuesto, el que genera dificultades interpretativas y distintas tesis doctrinales, tal y como hemos visto. Si la ampliación de principal supone alteración de la responsabilidad hipotecaria, queda claro que es novación modificativa y que debe practicarse nueva inscripción de tramo de hipoteca postergada y posterior a los terceros intermedios si existieran (pérdida de rango, como excepciona el art. 4.3 LSMPH). Pero, ¿qué ocurre si se altera el plazo, solo o a la vez que se amplía el principal? ¿Se altera el rango, o se mantiene?

Esta es la duda que planteábamos antes, tras la Ley 41/2007, y que la DGRN no ha abordado satisfactoriamente hasta el momento, y se plantea en la RDGRN de 10 de enero de 2013, en la que trata de arrojar luz sobre la interpretación del farragoso artículo 4 LSMPH, y la posibilidad de la recarga y del mantenimiento del rango ante un aumento de principal, del plazo o de ambos.

Ya adelantamos que no compartimos alguna de las últimas afirmaciones del Centro Directivo, en concreto las relativas a las consecuencias que otorga al

simple aumento del plazo en un préstamo hipotecario y que vienen a retraer el criterio cuyo camino se iba abriendo.

Analicemos sus pronunciamientos:

Los hechos que dan lugar a esta Resolución de 10 de enero de 2013 son los siguientes: se presenta a inscripción una escritura de novación de préstamo hipotecario por la que las partes convienen la ampliación del plazo de amortización del mismo sin ampliación de capital, existiendo cargas intermedias inscritas, cuyos titulares no prestan su consentimiento a dicha ampliación de plazo.

El Centro Directivo, antes de dar solución al problema concreto que se plantea, con buen criterio y ante la falta de resoluciones previas en tal sentido, como ya hemos puesto de relieve antes, decide antes de resolver aclarar la interpretación que debe darse al artículo 4.3 LSMPH.

Para ello, establece que, en primer lugar, considera que de la literalidad del artículo 4.3 LSMPH, hay que deducir que nos encontramos ante dos supuestos distintos, y no uno solo: *a)* el del incremento de la cifra de responsabilidad (del que ya se ha hablado en pluralidad de resoluciones, que daría lugar al establecimiento de dos hipotecas de facto), y *b)* el de la ampliación del plazo del préstamo, con independencia de la ampliación de la responsabilidad, es decir, la ampliación de plazo por sí sola considerada (pues si fuera junto a ella, sería la misma solución de rango postergado para la parte ampliada). En concreto dice que «al aludir el legislador en forma disyuntiva a la ampliación de plazo, el supuesto no puede ser el de una ampliación unida al incremento de cifra de responsabilidad, pues sería un supuesto redundante, como también lo sería aludir al «incremento de la cifra» junto con cualquiera otra de las modificaciones del apartado 2, por lo que, en definitiva, no se explicaría por qué el legislador da un tratamiento específico a efectos de rango, a la ampliación de plazo. La única explicación es que el legislador trata de diferenciar, a efectos de rango, 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».

A continuación, y una vez resuelto el problema de que se trata de dos supuestos distintos, el Centro Directivo, afirma que en el caso de alterarse el rango como consecuencia del incremento de responsabilidad hipotecaria, o ampliación del plazo, solo se posterga o pospone para la parte ampliada, garantizada con un nuevo tramo de hipoteca, sin que la hipoteca ya inscrita sufra dicha postergación. Así, podemos extraer de sus fundamentos las siguientes consideraciones que confirman esta idea: «En segundo lugar, la expresión “por este incremento o ampliación” debe relacionarse con la “alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita” a que se refiere inicialmente el propio apartado 3 del artículo 4 y con la referencia en el inciso siguiente a la posibilidad de “mantener el rango”. Sería completamente excesivo e incluso absurdo, que por el hecho de aumentar unas cifras de responsabilidad o ampliar el plazo se produjera la pérdida de rango de la hipoteca inscrita, cuando se trata de simples aditamentos a la responsabilidad y al plazo de una hipoteca que salvo en cuanto a esos aditamentos, ya figura con rango ganado por el hecho de haberse practicado en su día la inscripción. Es más coherente interpretar atendiendo a la finalidad y al contexto del precepto que la “alteración o pérdida de rango” y “el mantenimiento, en su caso del rango”, lo son solo en relación con los supuestos de “incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria” y de “ampliación del plazo del préstamo” de la hipoteca inscrita, y no que se trate de una alteración del rango de la hipoteca ya inscrita, pues sería una sanción excesiva para un derecho real ya adquirido, que por el mero hecho

de realizarse unas novaciones modificativas darían al traste con un rango ya adquirido. 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 los derechos inscritos, pues en otro caso, estos obtendrían un enriquecimiento injusto y no sería coherente el acto realizado con el resultado producido».

Pues bien, de las palabras de la Dirección General, se extrae la conclusión clara de que la alteración de rango puede producirse por incremento de la cifra de responsabilidad o por ampliación del plazo, pero solo respecto de la parte incrementada o ampliada, sin que afecte a lo anteriormente inscrito, cuando, si existen terceros intermedios, estos no consintieran tal ampliación o incremento.

Esto nos lleva a plantearnos si de las palabras del Centro Directivo, podemos, asimismo, extraer la conclusión de que la sola ampliación del plazo (sin aumento del principal), cuando no sea consentida por terceros titulares de cargas intermedias, conduce siempre a una pérdida de rango. Una primera lectura de los fundamentos de la resolución nos conduce a ello. La ampliación de plazo no consentida lleva a la pérdida de rango de la parte ampliada. Si esto es así, la DGRN se aproxima a la primera de las tesis que hemos expuesto en el epígrafe II, de carácter minoritario, en la que se afirma que el solo aumento de plazo, sin aumento de principal, ni de responsabilidad, conduce a la pérdida de rango. Esta resolución así interpretada, favorecería esta tesis, y contradeciría la tesis que hasta ahora ha sostenido la DGRN.

Si esta es la solución que adopta la DGRN, estamos en contra de la misma, por todo lo que ya se ha mantenido con anterioridad, pues consideramos, que la simple ampliación de plazo no conlleva una pérdida de rango, y solo si va unida a un aumento de principal, produce este efecto respecto al rango. No compartimos esta interpretación y seríamos críticos con la misma, por no atender a los principios propios de flexibilización del mercado hipotecario que impregnaron la reforma de la Ley 41/2007, dificultarían las novaciones modificativas, y por la propia literalidad del artículo 3.2 LSMPH.

Convencidos de que no puede ser esta la interpretación exacta que debe darse a las palabras de la Dirección General en esta resolución, entendemos lo siguiente:

El Centro Directivo distingue bien los dos supuestos que pueden generar una pérdida de plazo, que son dos, como bien afirma, porque si fuera uno solo, sobraría la distinción que hace el propio artículo como bien se explica en esta resolución. También compartimos la aclaración que se hace sobre el hecho de que la pérdida de rango solo se producirá en su caso sobre la nueva —o nuevo tramo de— hipoteca que se inscriba para garantizar el incremento de responsabilidad o la ampliación de plazo. Pero no podemos compartir, ni por tanto concluir, que la sola alteración de plazo produzca el efecto de postergación. Creemos que solo unida a un aumento del principal, y no consentido por los posteriores titulares intermedios, se produce la pérdida de rango, y solo para la nueva parte ampliada. La Dirección General no dice que la sola modificación de plazo produzca ese efecto, entendemos que quiere decir que cuando se produzca esa pérdida de rango por aumento de plazo (solo en los casos que se produzca, y a nuestro entender, solo cuando vaya unido a un aumento de principal), afectará nada más que a la parte ampliada, y desde luego, siempre que no se haya consentido por los posteriores que pueden verse perjudicados.

Si interpretamos de este modo esta resolución, estamos de acuerdo con ella, pero si se llega a la conclusión de que el solo plazo puede suponer pérdida de rango, entonces no la compartimos y discrepamos de la misma.

Es una pena que, a pesar de los esfuerzos interpretativos de esta resolución, sigan quedando zonas «opacas», que vuelven a admitir interpretación. La RDGRN de 4 de febrero de 2013 repite literalmente esta resolución comentada, sin arrojar más luz sobre la cuestión. Habría sido de agradecer una mayor claridad por parte de la DGRN, que pusiera fin a las discusiones doctrinales y a las distintas interpretaciones, en un tema de actualidad, y muy ligado a la refinanciación de los deudores hipotecarios, que buscan en un nuevo plazo, aliviar la presión de la cuota hipotecaria.

De hecho, estas dudas jurisprudenciales y doctrinales, estos criterios contradictorios están retrayendo la utilización de la recarga por parte de las entidades financieras, pues temen, que aumentando el plazo del préstamo hipotecario puedan perder rango según una u otra interpretación.

La ampliación de plazo como reestructuración de la deuda, y refinanciación de la misma, nos parece un instrumento financiero valioso, que no puede seguir siendo objeto de diferentes interpretaciones doctrinales.

IV. CONCLUSIONES

I. La recarga de la hipoteca y la ampliación del plazo de la misma son cuestiones que por separado implican ya diversos conflictos doctrinales y de interpretación jurisprudencial, pero que juntos generan una situación todavía más compleja.

II. Existe verdadera recarga de la hipoteca cuando se produce una ampliación del principal del préstamo garantizado con hipoteca, previa amortización de parte del mismo, de forma que «quepa» en la misma responsabilidad hipotecaria, ese aumento de principal, sin que la cifra máxima se altere, y sin pérdida de rango para la parte ampliada.

III. Después de muchas vacilaciones jurisprudenciales, tras la Ley 41/2007, se admite sin ningún problema dicha «recarga»: es una novación modificativa que no produce alteración o pérdida de rango para la parte ampliada, siempre que no existan terceros intermedios. Se supera la tesis de que el aumento de principal es un nuevo préstamo que se garantiza con nueva hipoteca postergada.

IV. Se plantea también cuál es la consecuencia del aumento de plazo en un préstamo hipotecario. Tras la nueva Ley 41/2007, que modifica la LSMFH, parece que la ampliación de plazo es también una novación modificativa.

V. Pero surge la duda de si dicha ampliación del plazo del préstamo hipotecario supone o no pérdida de rango registral para la parte ampliada, o por el contrario, se mantiene el mismo.

Surgen a este respecto tres tesis diferenciadas: a) la sola ampliación de plazo conlleva pérdida de rango; b) la ampliación de plazo solo unido al aumento de principal conlleva pérdida de rango; c) la ampliación de plazo nunca supone una pérdida de rango.

VI. Creemos que la sola ampliación de plazo es una mera novación modificativa sin efectos respecto al rango, que no perjudica a terceros.

VII. Pero, unida al aumento de principal, conlleva a la alteración del rango registral para esa parte ampliada, por supuesto, cuando existan terceros intermedios que no consientan a la misma. Por eso, la unión de aumento de plazo y

aumento de principal, elimina la posibilidad de mantenimiento de rango, y en consecuencia de una «verdadera» recarga de la hipoteca.

VIII. Mantener lo contrario significaría la posibilidad de una hipoteca perpetua con el perjuicio consiguiente para los terceros posteriores.

IX. La combinación de ambos elementos —aumento de plazo y aumento de principal—, no puede producirse sin consecuencias respecto al rango.

X. La Dirección General de los Registros y del Notariado no es lo suficientemente clara a este respecto en sus últimas resoluciones, y consideramos que sería bueno y conveniente que aclarara este extremo por las ventajosas consecuencias que, hoy en día, en la época de crisis en la que estamos, supondría alargar los plazos de los préstamos hipotecarios, para favorecer su devolución, y en definitiva, actuaría como eficiente instrumento de refinanciación o reestructuración de la deuda, para los deudores hipotecarios.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- SSTs de 9 de febrero de 1889; 4 de abril de 1892; 14 de marzo de 1908; 30 de diciembre de 1935; 10 de febrero de 1950; 1 de diciembre de 1951; 9 de abril de 1957; 27 de mayo de 1959; 20 de diciembre de 1960; 21 de enero de 1961; 23 de febrero de 1962; 31 de octubre de 1962; 30 de enero de 1963; 5 de marzo de 1965; 17 de junio de 1966; 22 de noviembre de 1982; 11 de julio de 1985 y 28 de mayo de 1991.
- RRDGRN de 7 de febrero de 1940; 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955, 1 de agosto de 1959, 20 de septiembre de 1966, 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, 2 y 3 de enero de 1996 y 8 de junio de 2011.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AZOFRA, F. (2009): «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», en *Diario La Ley*, núm. 7167, de 5 de mayo de 2009, año XXX, 1-9.
- CHAVES RIVAS, A. (2009): «Ampliación de plazo y rango», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 26, julio-agosto, 1-7. Disponible en <http://www.elnotario.com>.
- DÉL VALLE, J. L. (2011): *Hipoteca Recargable*. Conferencia presentada en el *Congreso sobre garantías reales y crisis* de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (2009): *Código de la Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 6.^a ed., Pamplona, Thomson.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013): «La hipoteca flotante y la hipoteca recargable: perspectiva actual de dos nuevas modalidades de hipoteca basadas en la expansión crediticia pasada», en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo III, julio, 1109-1161.
- OLIVA BRAÑAS, P. (2009): «La ampliación del capital del préstamo según la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: la recarga», en *Jornadas sobre la Hipoteca ante la crisis económica*, Madrid, CER (págs. 145-166).
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. (2009): «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y el mantenimiento del rango», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 23, enero-febrero, 1-5. Disponible en <http://www.elnotario.com>.

- SIEIRA GIL, J. (2009): «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis*, CER, Madrid, CER (págs. 167-207).
- VALERO FERNÁNDEZ, A. (2009): «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 148, 1780-1783.

NOTAS

¹ 1. El artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, queda redactado en los siguientes términos:

Artículo 4. Escritura pública.

1. En la escritura de subrogación solo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas.
2. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:
 - i) la ampliación o reducción de capital;
 - ii) la alteración del plazo;
 - iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente;
 - iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo;
 - v) la prestación o modificación de las garantías personales.
3. Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.
2. *La Disposición Transitoria Única, párrafo tercero establece lo siguiente:*
 3. La ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la presente Ley, por el que se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, solo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley.

² Este artículo recoge y resume las ideas principales y desarrolladas sobre la hipoteca recargable como instrumento de refinanciación, comparándolo con la flotante, que se expusieron en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013), «La hipoteca flotante y la hipoteca recargable: perspectiva actual de dos nuevas modalidades de hipoteca basadas en la expansión crediticia pasada», en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo III, julio (págs. 1109-1161).

³ En este sentido, véase VALERO FERNÁNDEZ, A. (2009), «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 148 (págs. 1780-1783). Este autor rechaza la admisión de este tipo de hipotecas en nuestro ordenamiento, y no encuentra razones para su admisión en la Ley 41/2007, y apartarse de la hipoteca recargable francesa; más bien al contrario, entiende que en esa Ley se está refrendando la postura tradicional de la DGRN anterior a la misma, en el sentido de entender que la ampliación de préstamo hipotecario es una novación modificativa que queda garantizado con un nuevo tramo de hipoteca de rango postergado al inicial.

⁴ La hipoteca «recargable» se copia de la hipoteca con el mismo nombre francesa, establecida en la Ordonnance de 11 de marzo de 2006, sin embargo, el régimen de una y otra son bastante diferentes. Las principales diferencias que encontramos entre ambas figuras son:

- Se constituyen con ese nombre expreso/las españolas no.
- Se constituyen sin necesidad de pacto expreso/en España son fruto de un convenio bilateral.
- Pueden recargarse a pesar de haberse amortizado totalmente la obligación asegurada/en España no, eso daría lugar a la extinción de la hipoteca.
- Admiten distintos acreedores en la parte inicial del préstamo y en la ampliada/en España debe ser el mismo acreedor en los dos tramos, que se subroga.
- Admite la renuncia del deudor de la recarga/ se rechaza tal posibilidad.

⁵ En este sentido, la DGRN ha manifestado en repetidas ocasiones la posibilidad de creación de nuevos derechos reales, siempre que exista causa que lo justifique, revistan los requisitos de fondo y forma necesarios de un derecho real, y gocen de sus caracteres de oponibilidad e inherencia. Véase, RRDGRN de 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955, 1 de agosto de 1959, 20 de septiembre de 1966, 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, y la muy reciente de 8 de junio de 2011, que afirma: «no solo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2 LH y 7 RH), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto, sujetarlos a condición, término o modo. Pero también es cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales...».

⁶ JOSÉ LUIS DEL VALLE afirmó en su conferencia sobre la Hipoteca Recargable, en el Congreso sobre garantías reales y crisis de la Universidad Autónoma de Barcelona, octubre de 2011, que un aumento de plazo, sin modificar la responsabilidad hipotecaria, pero con ampliación de principal, hace igualmente perder el rango respecto a la parte ampliada, pues si se mantuviera el mismo, nos encontraríamos ante una hipoteca perpetua, que cada vez que se recarga se amplía el plazo, lo que pondría a los terceros en una situación de clara desventaja.

⁷ AZOFRA, F. (2009), «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», en *Diario La Ley*, núm. 7167, 5 de mayo, año XXX (págs. 1-9). VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. (2009), «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable», *ob. cit.*, págs. 1781-1784; SIEIRA GIL, J. (2009), «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis*, Madrid, CER (págs. 167-207); DEL VALLE, J. L., en la ponencia titulada «La hipoteca recargable» defendida en el Congreso sobre Garantías Reales y Crisis, de la Universidad de Barcelona, octubre de 2011; OLIVA BRAÑAS, P. (2009), «La ampliación del capital del préstamo según la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: la recarga», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Madrid, CER (págs. 145-166).

⁸ SIEIRA GIL hace una buena descripción de las tesis que aquí se resumen y de los motivos y argumentos de cada una de ellas. Véase SIEIRA GIL, J. (2009), «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis*, *ob. cit.*, págs. 167-207.

⁹ Defiende esta postura CHAVES RIVAS, A. (2009), «Ampliación de plazo y rango», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 26, julio-agosto, págs. 1-7. Disponible en <http://www.elnotario.com>.

¹⁰ AZOFRA, F. (2009), «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», *ob. cit.*, págs. 1-9.

¹¹ AZOFRA, F. (2009), «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», *ob. cit.*, pág. 2.

¹² Defensores de esta tesis: VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. (2009), «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 148, págs. 1783-1788; GARCÍA GARCÍA, J. M. (2009), *Código de la Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 6.ª ed., Pamplona, Thomson; DEL VALLE, J.

L. (2011), en la ponencia titulada «La hipoteca recargable» defendida en el Congreso sobre Garantías Reales y Crisis de la Universidad de Barcelona, octubre de 2011; SIEIRA GIL, J. (2009), «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», *ob. cit.*, págs. 194-199; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V. (2009), «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y el mantenimiento del rango», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 23, enero-febrero, págs. 1-5. Disponible en <http://www.elnotario.com>.

¹³ SIEIRA GIL, J. (2009), «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», *ob. cit.*, págs. 197-199.

¹⁴ SIEIRA GIL, J. (2009), «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», *ob. cit.*, págs. 204-205.

¹⁵ Doctrina de la DGRN en dichas Resoluciones: «Dada la accesoriedad e indivisibilidad de la hipoteca que nace en garantía de una concreta obligación y por un importe determinado, con la que se transmite y se extingue, y que subsiste íntegra, en tanto no se cancele, aun cuando se haya reducido la obligación garantizada y, por tanto, cualquiera que sea la cantidad que en virtud de pagos parciales resulte debida, no puede utilizarse la misma, para garantizar otras responsabilidades de las previstas en su constitución, cual si de una hipoteca de propietario se tratase, tal como parece pretender el recurrente al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del crédito original una vez que este se ha reducido».

¹⁶ La mayoría de la jurisprudencia registral y civil corroboran la consideración de la ampliación de préstamo hipotecario como una novación modificativa y no extintiva. En este sentido, y a favor de la admisión de la novación modificativa, véase: SSTS de 9 de febrero de 1889; 4 de abril de 1892; 14 de marzo de 1908; 30 de diciembre de 1935; 10 de febrero de 1950; 1 de diciembre de 1951; 9 de abril de 1957; 27 de mayo de 1959; 20 de diciembre de 1960; 21 de enero de 1961; 23 de febrero de 1962; 31 de octubre de 1962; 30 de enero de 1963; 5 de marzo de 1965; 17 de junio de 1966; 22 de noviembre de 1982; 11 de julio de 1985 y 28 de mayo de 1991. La RDGRN, de 7 febrero de 1940, contemplaba un supuesto de inscripción de ampliación de hipoteca, y en ella, la DGRN acepta que la ampliación de préstamo hipotecario presentada a inscripción se haga refiriéndola a la primera escritura de préstamo hipotecario inscrita, sin necesidad de transcribir de nuevo las condiciones del contrato que ya figuran en la primera inscripción, por considerar que esa ampliación no exige una nueva hipoteca que la garantice, sino que sigue siendo la misma, y que los requisitos exigidos por el principio de determinación quedan suficientemente salvaguardados porque el préstamo y la hipoteca son los mismos que se inscribieron originariamente. De manera no tan clara, pero sí de forma indirecta podemos deducir que la ampliación de crédito hipotecario no es novación extintiva, sino que solo implica la modificación de la obligación inicial, de las Resoluciones de 2 y 3 de enero de 1996.