

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)

SUMARIO: I. SOBRE LA NATURALEZA DE LA OPERACION CREDITICIA:

1.º LA CONSIDERACIÓN DE LA OPERACIÓN REALIZADA COMO UNA MODIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA. 2.º LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE MODIFICAR LA OBLIGACIÓN PRIMITIVA Y LA EXISTENCIA DE TERCEROS AFECTADOS. 3.º SOBRE LA ASIMILACIÓN DE NUESTRA FIGURA A LA AMPLIACIÓN DE LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE «PARTE DE UN CRÉDITO».—II. SOBRE LA INCIDENCIA EN LA HIPOTECA DE LA AMPLIACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA: 1.º LA INCLUSIÓN DEL IMPORTE DE LA AMPLIACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DENTRO DE LA CIFRA DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA DE LA HIPOTECA (ANTERIOR). LA HIPOTECA DE PROPIETARIO. 2.º ALGUNAS DUDAS MÁS O MENOS HETERODOXAS SOBRE EL ENTENDIMIENTO HABITUAL DE LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA. 3.º SOBRE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. SU REDUCCIÓN Y LA CANCELACIÓN PARCIAL DE LA HIPOTECA. 4.º UN POCO MÁS SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE EL CRÉDITO Y LA HIPOTECA Y SOBRE LA EXCLUSIÓN PARA ÉSTA DE UNA PRETENSIÓN ECONÓMICA LLAMADA «RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA». 5.º LA AMPLIACIÓN DE LA HIPOTECA COMO CONSECUENCIA DE LA AMPLIACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA. 6.º EN CONCLUSIÓN: A) *Una posible aplicación de la doctrina de la DG para el caso de no existir terceros registrales posteriores a la hipoteca primitiva y anteriores a la pretensión de ampliación.* B) *Una posible aplicación de la doctrina de la DG para el caso de existir terceros registrales posteriores a la hipoteca primitiva y preferentes a la pretensión de ampliación.*

En tiempo bien reciente, la DGRN ha tenido variada ocasión de manifestarse sobre la operación anunciada en el título que viene desarrollándose con bastante frecuencia en la práctica, aunque no sin cierta controversia.

Si bien en un esquema teórico las posibilidades que se plantean de modificación, ampliación, novación, acumulación y yuxtaposición de una obligación garantizada con hipoteca y su correlativa influencia en ésta son muy diversas, lo cierto es que la figura contemplada por las recientes Resoluciones (RR), a la que se refieren estas líneas, y que es la que puede considerarse generalizada en la práctica, va a concretarse en un supuesto específico. Se trata, en esencia, de la ampliación de la obligación garantizada mediante la concesión al deudor de un nuevo préstamo por la Entidad acreedora (o más exactamente de una nueva obligación de la misma naturaleza que la antigua, es decir, por ejemplo, crédito si de crédito se tratara); este nuevo préstamo sumado a la cantidad pendiente de pago del préstamo anterior (pues generalmente se reconoce amortizado parte del mismo) se configura como deuda única, con pretensión reiteradamente manifestada por las partes de ser una mera modificación («novación modificativa») de la obligación primera, para la que se establece un nuevo y único cuadro de amortización con modificación, asimismo, en la generalidad de los casos del plazo de devolución y en ocasiones también del interés u otras circunstancias, y con idéntica pretensión por las partes de que la obligación resultante quede garantizada con la misma hipoteca que garantizaba la obligación primitiva, pretensión a veces también expresamente manifestada y en otras dada por descontada, habida cuenta de la naturaleza meramente modificativa del crédito garantizado que a su entender ocasiona la operación realizada.

Las RR a las que me refiero, atinentes de una manera u otra al supuesto, son las de 26 de MAYO de 2001, 9 y 17 de ENERO, 30 de ABRIL y 8 de JUNIO de 2002. Supuestos de hecho y fundamentos de derecho se repiten en ellas, en ocasiones mediante copias absolutamente literales, por lo que por razones prácticas los párrafos que he escogido para trasladar aquí pertenecen todos ellos a la última, y cuando así no sea lo haré constar expresamente.

Por razones obvias, la exposición de este trabajo se divide en dos apartados relativos, respectivamente, a la naturaleza de la operación crediticia realizada y a la incidencia de la misma en el Derecho real de hipoteca.

I. SOBRE LA NATURALEZA DE LA OPERACION CREDITICIA

La DG considera que resulta claro que lo querido por las partes es la *«subsistencia de la obligación inicial aunque ampliado su contenido u objeto, quedando por tanto excluido cualquier ánimo novatorio con alcance extintivo (cfr. art. 1.204 del Código Civil) y tampoco puede apreciarse una clara incompatibilidad entre la obligación preexistente y la que surgiría de su ampliación que conduciría al mismo resultado, pues excepción hecha del*

quantum, no hay una variación en sus elementos esenciales, ni se ha producido una renovación del contrato que le dio vida».

1.º LA CONSIDERACIÓN DE LA OPERACIÓN REALIZADA COMO UNA MODIFICACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

La DG centra desde el primer momento la cuestión planteada desde la perspectiva crediticia en la naturaleza puramente modificativa de la misma. Por lo tanto, este es el punto de partida del análisis, y creo que huelga aquí el considerar que los supuestos podían ser otros. Desde un punto de vista teórico, desde luego que sí, pero en cuanto a la realidad de los casos que en la práctica han venido desarrollándose de una u otra manera con arreglo al esquema que he descrito al iniciar este trabajo pueden todos ellos reconducirse a la unidad que realiza la DG. Unidad que, como vemos y luego desarrollaremos, encuentra su elemento de cohesión en la idea de que esa pretensión estrictamente modificativa es exactamente la voluntad de las partes intervinientes.

De modo que excluyo en principio de mi comentario los supuestos en que lo querido por las partes hubiera sido la «novación» de la obligación garantizada, o la «acumulación» o «yuxtaposición» de una nueva a la antigua. (Supuestos que por otra parte son casi inexistentes en la práctica, por la sencilla razón, que no debe en absoluto desdesharse, de que la operación se realiza bajo la insoslayable premisa para las Entidades acreedoras de conservación de la garantía, de modo que éstas no se prestarían a ninguna operación de semejante naturaleza sin tal absoluta seguridad.) Para la DG todos los supuestos contemplados expresan una voluntad modificadora de la obligación garantizada, y bajo ningún concepto podrá negarse que esto es así, porque es así como reiteradamente se manifiestan las partes en todas las escrituras sin excepción.

Con todo, se me ocurren algunas consideraciones. La primera es que, según el parecer de la DG, el «plazo» no es un elemento esencial de la obligación, por cuanto, como hemos visto en el párrafo transcrito, entiende que salvo el *quantum*, que sí lo es, no ha habido variación en ningún otro, mientras que sabemos por la relación de hechos que también se había acordado ampliar el plazo de duración. La esencia de la obligación es desde luego la prestación, y puede acaso considerarse accidental el momento en que debe cumplirse. (En apoyo de la posición de la DG, explicativo incluso de su silencio al respecto, pudiera citarse la Ley 2/94, de Subrogación y Novación de Préstamos Hipotecarios, que contempla dentro de esta última —en la que únicamente concibe la modificación de la hipoteca, esto es, la llamada «novación modificativa»— la alteración del plazo en unión de la modificación del interés.)

En todo caso, este planteamiento de la DG debe servir para resolernos el que acaso pueda ser el problema más agudo desde un punto de vista teórico de las «ampliaciones de préstamo», pues acaso es fácil convenir en el carácter «ampliatorio» de un préstamo anterior del nuevamente concedido de escasa cuantía proporcional respecto del primero (y sin alteración del plazo de devolución), pero puede resultar más difícil de asumir cuando el nuevo préstamo se concede en el momento en que está a punto de vencer el préstamo anterior, cuyo plazo por lo tanto se prorroga sustancialmente y por una cuantía que excede con mucho del capital pendiente del primitivo. Con arreglo al criterio de la DG parece que, en todo caso, deberá atenderse a la voluntad modificadora y no extintiva manifestada por las partes, a quienes por tanto corresponderá valorar a sus efectos la esencialidad de la modificación para hacerla decaer precisamente de esta naturaleza meramente modificativa; salvo que se produzca, lo que evidentemente obedece a la misma voluntad, una verdadera «renovación contractual».

Por lo tanto frente a la posible pretensión del Registrador de la Propiedad, en su legítima función de fijar por la inscripción el régimen jurídico que afecta a terceros, de analizar la operación desde una exquisita dogmática jurídica —para deducir si hay nueva o vieja obligación—, se alza el valladar de lo querido por las partes, valladar que, comparto con la DG, aquél no puede saltar, porque el Registrador de la Propiedad no es tercero respecto del que la ficción de la voluntad de las partes que la (¿ley?) y jurisprudencia reconocen deba levantar necesariamente su velo. Cosa, a mi entender, distinta es que consten al Registrador de la Propiedad la existencia de esos terceros que no pueden ser afectados por la ficción, o que el rechazo de aquél obedezca a razones atinentes en exclusiva al Derecho real de hipoteca, extremos que serán estudiados más adelante; pero prescindiendo de estas circunstancias, en ningún caso podrá exigir de las partes que manifiesten su voluntad de configurar sus obligaciones con arreglo a sus convicciones dogmáticas por mas estéticas y rigurosas que éstas sean.

Por otra parte debe decirse que la DG en este Fundamento está simplemente analizando la operación obligacional documentada, análisis del que en ningún caso pueden seguirse conclusiones seguras acerca de la inscripción de la misma. Quiero decir que de la calificación como «novación modificativa» y no como «novación extintiva» que hace la DG de la operación —expresiones, ya se sabe consagradas en la práctica, doctrina y jurisprudencia, por lo que se hace aquí también uso de ellas, aunque las entiendo desafortunadas para expresar lo que de hecho son la «modificación», en la que acaso como subespecie puede tratarse la «ampliación» y la «novación» de una obligación—, no puede seguirse sin más la conclusión de que en el segundo caso no sería admisible la hipoteca ni la ampliación de hipoteca, cuya admisibilidad va a reconocerse, bien que de una manera ciertamente peculiar, como veremos, para la primera.

Existe una difusa *communis opinio* que da por descontado que la «novación» (extintiva) provoca la extinción de la hipoteca, sin más razón que su accesoriedad, o más exactamente sin más razón que una también apriorística concepción de su accesoriedad. No hay un solo precepto legal que establezca expresamente esa consecuencia que se tiene por tan obvia, y ni siquiera el citado artículo 1.207 del Código Civil, del que pudiera deducirse, acaso con mejor fundamento, la solución contraria. No pretendo yo en este momento defender la supervivencia de la hipoteca a la novación (extintiva) de la obligación —lo que desde luego pasaría por la inexistencia de terceros (registrales) perjudicados—, sino simplemente dejar sentado que las RR que aquí se comentan no pueden utilizarse en defensa del criterio contrario por parte de la DG sencillamente porque, aunque acaso tal idea estuviera en la mente del redactor, no lo dudo, desde luego no ha quedado expresada, por lo que lo único que puede establecerse como cierto es que para la DG nos hallamos ante un supuesto de novación modificativa, sin ninguna consecuencia más a deducir, consecuencia que en todo caso, incluso aunque hubiera sido manifestada, tendría valor de un *obiter dicta*.

Es posible, seguramente inevitable, que más adelante haya de expresar mi lectura del indicado artículo del Código Civil, que, respetuosa a lo que entiendo con el principio de accesoriedad de la hipoteca, permite la sobrevivencia de ésta a la novación de la obligación garantizada.

2.º LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE MODIFICAR LA OBLIGACIÓN PRIMITIVA Y LA EXISTENCIA DE TERCEROS AFECTADOS

A continuación apunta la DG que acaso respecto de terceros deba entenderse que verdaderamente existen dos obligaciones cada una con su fecha: «Ciertamente, puede plantearse si frente a terceros —piénsese en una situación concursal (cfr. art. 881 del Código de Comercio)—, la aparición de otro acreedor con título fehaciente de fecha intermedia (cfr. arts. 1.924.3.a en relación con el 1.929 del Código Civil), etc., 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 1.169 del Código Civil, régimen convenido cuyos efectos vincularán también a sus causahabientes o a cualquiera que voluntariamente quiera asumir el pago de la deuda».

Antes de entrar en la problemática que puede plantear para la operación querida por las partes la existencia de terceros afectados, conviene insistir en la manifestación de que tal operación pretende establecer la existencia de un

solo crédito con un único y uniforme régimen jurídico. Es decir, el resultado de la operación desde el punto de vista sustantivo, y por tanto al que el registral debe atender es la existencia de un solo crédito. Por lo tanto, si esto es así, no creo que debiera admitirse la inscripción de la ampliación de la hipoteca, si su resultado fuera el desdoblamiento o fraccionamiento del crédito. Opino que en tal caso la inscripción no habría de practicarse, ni aún contando con el consentimiento de los interesados, porque en tal caso el asiento registral discreparía del contenido de la escritura pública, lo que en principio no debe admitirse.

En el párrafo ahora comentado, la DG contempla la posible incidencia que pueda tener la modificación querida por las partes respecto de terceros extrarregistrales; esto es, la masa de acreedores de una futura situación concursal del deudor o los acreedores de fecha fehaciente intermedia entre la obligación primitiva y su ampliación pretendidamente modificadora. A éstos pudieran añadirse algunos otros como los de acreedores privilegiados cuyo privilegio tenga un límite temporal que los haga preferentes a la ampliación pero no a la obligación primitiva. No es preciso ser aquí más preciso. Lo que importa es observar cómo la DG apunta su posible existencia que podrá, obviamente, generar diversas consecuencias jurídicas, pero para nada se plantea que tal posibilidad puede llegar al extremo de impedir la consignación registral de la voluntad de las partes en los estrictos términos en que su voluntad se ha manifestado. Es decir, en modo alguno la hipotética existencia de esos terceros extrarregistrales debe ser valorada como una circunstancia que condicione la inscribibilidad del correspondiente documento.

El hecho de que la retroacción de efectos de la quiebra en que después de la operación analizada hubiera caído el deudor pudiera conllevar la cancelación de la operación registral practicada en virtud de la voluntad modificadora de las partes, o la circunstancia de que posibles acreedores extrarregistrales puedan pretender (e incluso obtener, si tal es la apreciación judicial) su preferencia al importe de la ampliación —e incluso al total importe del préstamo, arguyendo que todo él es resultado de una «novación extintiva» con pérdida de fecha y garantías—, para nada puede obstaculizar la inscripción solicitada. La conclusión que se obtiene del indicado párrafo de la Resolución es que la posible existencia de terceros (extrarregistrales) perjudicados no puede alterar por sí sola la consignación registral de la voluntad de las partes de establecer una regulación única y uniforme para su única obligación. Ni siquiera los pruritos dogmáticos por más legítimos que sean del Registrador de la Propiedad. Y no sólo porque la facilidad de determinar el importe de las respectivas obligaciones, inicial y ampliación —ya que son una pura cifra económica fácilmente desglosable—, resolvería hipotéticos problemas, ni tampoco porque pudiera defenderse que, desde el plano estrictamente hipotecario, a la situación y derechos de tales terceros les resultaría indiferente que en lugar

de recurrir a la ampliación de la hipoteca, las partes hubieran optado por una nueva hipoteca que garantizara exclusivamente el nuevo crédito, sino esencial y fundamentalmente porque nos hallamos ante un supuesto de hecho por principio extrarregistral y las circunstancias extrarregistrales en ningún caso deben tener influencia a la hora de la inscripción, pues si algo no puede inscribirse porque es susceptible de perjudicar a tercero (no inscrito), nada sería inscribible, pues precisamente la esencia del Registro es causar ese perjuicio a tercero (al evitar el propio).

Problema radicalmente distinto es el de la posible existencia de terceros registrales; esto es «titulares de cargas intermedias» entre la hipoteca y su ampliación. De éstos se ocupa la Resolución con posterioridad, por lo que su presencia aquí debe dejarse para más adelante. Con todo debe insistirse en que si la ampliación de la hipoteca llega a inscribirse debe ser sobre la base de un crédito único; de modo que con independencia de la solución que a este tema se dé, un problema distinto para el que habría de encontrarse una solución asimismo propia, sería el caso en que por la existencia de terceros registrales (cargas intermedias en general entre la hipoteca y su pretendida ampliación) tal unidad crediticia no pudiera sostenerse porque la presencia de tales terceros hace patente la dualidad de obligaciones y la imposibilidad de que sobre ella se imponga la voluntad «unificadora» de las partes.

En definitiva la DG se rinde como se ha rendido en general toda la jurisprudencia moderna del Tribunal Supremo —es algo tan sabido que resulta innecesaria la cita de sentencias concretas— (y tras de ella inevitablemente la doctrina) a la voluntad de las partes en esta materia del Derecho de Obligaciones. Quiero decir que en todo este ámbito las cosas no son como son, sino como las partes quieren que sean, salvo que aparezca un tercero para el que las cosas mantienen su obvia objetividad. De modo que las partes pueden querer que el crédito (cesión) o la deuda (asunción) se transmitan permaneciendo en su ser la misma obligación, no obstante el esencial cambio subjetivo (y como consecuencia el ámbito de responsabilidad), e igualmente podrán querer cambiar de arriba abajo el contenido de su obligación que seguirá siendo para ellos la misma, si ningún tercero les despierta de su sueño.

Ahora bien, el problema que más nos debe interesar es el de si puede trasladarse la misma voluntad al ámbito de los derechos reales, vocacionalmente llamados a afectar a terceros, dado que éstos surgen en virtud de un título igualmente obligacional. ¿Pueden las partes pretender que sea la misma hipoteca la que subsista en garantía de una obligación que subsiste por su misma voluntad? En todo caso debe reconocerse que la razón sustancial de la insistencia de las partes en el término «modificación» se halla precisamente en la angustiosa voluntad de querer no perder aquella. La pretensión no puede ser más natural y comprensible.

Es obvia la diferencia que media en orden a esta peculiarísima «autonomía de la voluntad» entre los derechos personales y los derechos reales. La DG (Resolución de 20 de octubre de 1998) ha rechazado que la «misma» hipoteca subsista en el caso de cambio de la finca hipotecada; acaso deba llegarse a la misma conclusión cuando el elemento modificado sustituido sea el otro «objeto» de la hipoteca, el crédito, pero con todo, si bien veo con claridad que la «publicidad» de la carga hipotecaria sobre una finca —publicidad que no olvidemos es elemento constitutivo del derecho— y no sobre otra determina la imposibilidad de su sustitución, me parece más dudosa la misma conclusión cuando de la misma finca y del «mismo» crédito (modificado o novado) se trata, porque no alcanzo a ver las razones teóricas que imposibiliten la inscripción de «modificación» de la hipoteca por modificación (incluso novación) del crédito y obliguen en cambio a la cancelación de la hipoteca y simultánea constitución de otra distinta, con las graves consecuencias que para el titular de ésta se derivan. En todo caso es un tema que requiere de algunas precisiones acerca de la naturaleza del Derecho real de hipoteca, por lo que debo dejarlo para el apartado siguiente en el que nos ocuparemos de ésta.

No obstante debo adelantar al respecto que me llaman poderosamente la atención las prevenciones que en la práctica se producen. Podemos llegar a ver en los Registros de la Propiedad la venta de la finca hipotecada con asunción de deuda por el comprador e incluso con simultánea cesión del crédito a Entidad acreedora distinta (digamos, por abreviar, subrogación Ley 2/94), sin que se plantee problema alguno sobre la subsistencia de la hipoteca. Sin embargo, la operación empezará a ser mirada con disfavor si además conlleva alteración de plazo.

En todo caso debo repetir que nos hemos ido deslizando inconscientemente hacia el tema de la incidencia en la hipoteca de la modificación (concretamente ampliación) de la obligación garantizada, tema que metodológicamente habíamos reservado para el segundo apartado. Dejamos aquí tan solo apuntado el debate y para más adelante su continuación (que obviamente en tema tan opinable no quiere ser concluyente), necesitada como se halla además de unas ideas previas sobre el particular entendimiento del Derecho real de hipoteca. Continuamos ahora con el tema del crédito porque la DG remacha con una comparación la «unidad» de crédito resultante de la operación de ampliación, que merece algún comentario.

3.º SOBRE LA ASIMILACIÓN DE NUESTRA FIGURA A LA AMPLIACIÓN
DE LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE «PARTE DE UN CRÉDITO»

A continuación la DG insiste en la idea de unidad del crédito —es decir, unicidad y uniformidad de régimen jurídico de la obligación resultante— mediante su comparación con el problema de la obligación garantizada hipotecariamente en parte, aunque sea para expresar que tal unidad no resuelve el problema de la posibilidad de ampliación de la garantía: *«En todo caso, la solución al problema anterior no condiciona la que ha de darse a la ampliación de la hipoteca, pues el mismo se plantearía igualmente en el supuesto en que se pretendiera garantizar parte de una obligación originariamente única. Sería, por ejemplo, el caso en que garantizada con hipoteca una parte tan sólo de un préstamo (vid. Resoluciones de 2 y 3 de enero de 1996) conviniesen posteriormente las partes en extender la cobertura hipotecaria a otra parte del mismo o al resto no garantizado»*.

La comparación me parece de todo punto oportuna en cuanto a la pretensión que me anima de sentar que la conclusión inevitable desde la que se debe analizar, y en su caso inscribir, la figura, es la de considerar la obligación garantizada como una sola e idéntica. Sin embargo la forma de manifestarse del Centro Directivo puede plantear graves problemas respecto de los que conviene guarecerse.

Porque su expresión de que lo garantizado es, en el caso de las Resoluciones que cita, *«una parte tan sólo del préstamo»*, puede venir a dar razón a la doctrina que critica duramente las mismas por haber desconocido paladinamente el principio de especialidad registral. A mi modo de ver, las cosas no son exactamente así, porque para aquellas Resoluciones, lo garantizado era el «crédito» o la «obligación», sin distinción de partes, es decir, en su totalidad, con independencia de que se limitara la responsabilidad hipotecaria a una cifra máxima de aquél o de aquélla —de modo que la hipoteca transitaba hacia una nueva naturaleza que acaso podía justificar su admisión—. Es obvio que en el caso de que se garantice una obligación, pero se limite la responsabilidad a una parte (cifra) del crédito, todo el crédito se halla garantizado porque *«el incumplimiento de cualquier parte de la obligación, por mínima que sea, puede determinar la ejecución del bien gravado»* (Resolución de 2 y 3 de enero de 1996), de modo que no es una «parte» determinada de él el objeto de la garantía.

Conviene tener bien presente esta diferencia en la que luego se habrá de insistir. El «crédito» es la obligación garantizada, la «responsabilidad hipotecaria» es la cifra de aquél (y de sus accesorias) cubierta por la garantía. Pero la responsabilidad hipotecaria no es una «parte» del crédito.

Por lo tanto constituida una hipoteca de seguridad por una cifra máxima en garantía de una obligación determinada, que no cubre por tanto la totalidad

de su importe, deberá analizarse con mucho cuidado la operación que en su día se realice de ampliar dicha cifra de responsabilidad. Porque si de tal ampliación resultara la existencia de hipotecas distintas, no cabe duda de que nos hallaríamos ante el caso de hipotecas solidarias o subsidiarias, ya que ambas vendrían a garantizar la misma obligación en su integridad, bien que las cantidades efectivamente cubiertas por una o por otra no alcancen a comprender aisladamente la totalidad del crédito. En tal caso el acreedor, ante el «*incumplimiento de cualquier parte de la obligación, por mínima que sea*», podría pretender la ejecución de la primera hipoteca, o de la segunda —puesto que la indeterminación de la parte respectivamente cubierta implica que la parte impagada se halla asegurada por ambas—, o de una después de otra, si lo obtenido en la ejecución no llegara a cubrir la cifra de responsabilidad de la hipoteca primeramente ejecutada.

Si por el contrario los interesados determinaran —en el supuesto anterior de que la ampliación implicara hipoteca nueva—, en el momento de la ampliación, las partes del crédito que quedarían garantizadas respectivamente por una o por otra de las hipotecas, me cuesta mucho creer que puedan mantener su pretensión de que el crédito es «único» con dos garantías parciales, frente a la realidad obvia, al menos desde el punto de vista hipotecario, de que se ha producido una «división» del crédito.

II. SOBRE LA INCIDENCIA EN LA HIPOTECA DE LA AMPLIACION DE LA OBLIGACION GARANTIZADA

1.º LA INCLUSIÓN DEL IMPORTE DE LA AMPLIACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DENTRO DE LA CIFRA DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA DE LA HIPOTECA (ANTERIOR). LA HIPOTECA DE PROPIETARIO

La primera y más fácil ocurrencia que se aparece para garantizar las ampliaciones de crédito sin necesidad de recurrir a la cancelación de la hipoteca primitiva y constitución de hipoteca nueva, es aquélla que se sugiere por los recurrentes: compensar la ampliación del crédito con su reducción por las amortizaciones periódicas, de modo que manteniéndose inalterada la responsabilidad hipotecaria, la misma hipoteca viene a garantizar el crédito resultante de la ampliación. En resumidas cuentas, si la hipoteca garantiza diez, se han amortizado cinco y se amplía el préstamo mediante «novación modificativa», en cuatro, la deuda final actual de nueve no excede de la primitiva responsabilidad hipotecaria, ni por tanto se modifica la hipoteca.

No hace falta meditar mucho para que la primera sensación se transforme en certeza de que tal planteamiento chirría con nuestro sistema hipotecario. La DG lo rechaza desde la primera de las Resoluciones citadas, apelando para ello a los grandes principios que la que nos sirve de guía resume de esta

manera: *«La accesoriedad de la hipoteca respecto de la obligación para cuya seguridad se constituyó (arts. 1.212, 1.528 y 1.857 del Código Civil, y 12 y 104 de la Ley Hipotecaria), su indivisibilidad con subsistencia en tanto no se extinga totalmente esa obligación (arts. 1.860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria) y su propia y única prioridad determinada por la fecha de su inscripción (arts. 24 y 25 de la Ley Hipotecaria) hacen que sea conceptualmente imposible distinguir diferentes partes del derecho de hipoteca y menos una prioridad distinta para cada una de ellas. 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 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 en 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 accesoriedad e indivisibilidad».*

Nada que objetar sin duda a estas palabras de la DG. En un sistema llamado por generalizar germánico, los titulares de cargas posteriores a la hipoteca son conscientes de la reserva de rango que ésta representa, en un sistema llamado con idéntica inexacta generalización latino, los titulares de cargas posteriores a la hipoteca no pueden sospechar que la misma va a pasar a garantizar un crédito diferente de aquél para el que se constituyó.

No debe dejar de reconocerse sin embargo que la simplista construcción que la DG rechaza rotundamente encontraba su autojustificación en la pretensión de ser último recurso o vía de escape. Dando por supuesto que el principio de accesoriedad de la hipoteca impedía su pervivencia a la ampliación del crédito, de modo que la única alternativa posible era la constitución de hipoteca nueva en garantía del préstamo nuevo, y además, en su caso, la cancelación de la hipoteca antigua si el préstamo por ésta garantizado se fundía con el nuevo en una obligación inevitablemente nueva, el único medio para evitar la cascada de gastos, cuando no otras graves consecuencias jurídicas, era defender la no modificación de la hipoteca por no alteración de la cifra de responsabilidad hipotecaria. La confusión de concebir la hipoteca como un derecho de pretensión económica podía avalar el intento ya que de suyo las «cifras» son abstractas e indiferentes.

Sin embargo las «cifras» no son más que cifras, y lo que para nada resulta indiferente es la obligación que cuantifican. De modo que no es en absoluto lo mismo para el Derecho real de hipoteca que la «cifra» de responsabilidad hipotecaria cuantifique una obligación u otra distinta, aunque esta última sea una «ampliación» de la primera.

De modo que por no afrontar el problema de fondo, esto es, por evitar la discusión sobre la posible ampliación del Derecho real de hipoteca, tema considerado casi tabú, se recurre a una construcción no solo fácil y simplista, sino inaceptable porque las consecuencias teóricas y prácticas que de ella se siguen resultan sin duda mucho más peligrosas que las que pudieran resultar del debate rehuido. La tesis rechazada viene a identificar el derecho de hipoteca con la cifra de responsabilidad hipotecaria, de modo que la abstracción de este número define el ámbito del derecho, ámbito por debajo del cual las partes pueden moverse con una cierta comodidad, pues en tanto no lo superen el «paraguas» de la hipoteca no se verá modificado.

Por mucho valor «modificativo» que quiera darse a la ampliación de crédito y he asumido reiteradamente que ello es así, resulta de la naturaleza de las cosas que hay en ella una obligación nueva, que la fuerza de la ficción que se reconoce a las partes no puede llegar al extremo de confundir esa obligación con la parte amortizada de la antigua, y que la responsabilidad hipotecaria no es una abstracción de cifra a la que en cada momento puede atribuírsele el contenido obligacional que más convenga.

Establecido que no se puede pretender que la hipoteca no sufre modificación al no alterarse la cifra de responsabilidad, de modo que dentro de este tope quepa incluir una ampliación del crédito (los recurrentes no llegan a plantear que quepa asimismo un crédito distinto; esta incorporación es cosecha de la DG porque la gravedad que representa apoya decididamente su rechazo), debe retornarse al punto de partida que se trató de eludir, es decir, plantearse si verdaderamente el principio de accesoriedad de la hipoteca excluye que pueda ésta ser «modificada», ampliada, para acoger la ampliación de la obligación primitiva.

Sobre esto debo adelantar que el hecho de que me parezca una absoluta herejía para nuestro sistema hipotecario, compartiendo la gravedad de las consideraciones de la DG, la pretensión de encajar como parte de una «responsabilidad hipotecaria» —que no es sino una expresión cuantitativa de un crédito— cifras que corresponden a un crédito distinto, no me impide considerarlo perfectamente compatible con el hecho de admitir la solución, compartiéndola también con la DG, aunque ésta le añade a la postre unos matices que la vuelven confusa, de que el mismo Derecho real de hipoteca venga a ser modificado para garantizar la obligación única, en el querer de las partes, resultante de yuxtaponer a la antigua una obligación nueva y «fusionarlas».

Más adelante habré de expresar mis razonamientos al respecto y mis puntos de discrepancia con algunas expresiones de las Resoluciones comentadas. Pero antes de llegar a ese extremo debo expresar que probablemente la comprensión de la radical diferencia entre los supuestos rechazado y admitido, obligue a una precisión de ideas sobre el entendimiento de la accesoriedad de la hipoteca respecto del crédito y sobre la incidencia entre una y otro de

la «responsabilidad hipotecaria». Ello es también obligado porque en defensa de sus Fundamentos, la DG hace algunas afirmaciones generales sobre tal principio dogmático, máximas sin justificación ni prueba, de las que parecen extraerse conclusiones irrefutables, en algunos casos contradictorias con sus propios puntos de partida respecto de las que debo manifestar mis serias dudas. En los dos siguientes apartados me ocupo de todo ello.

2.º ALGUNAS DUDAS MÁS O MENOS HETERODOXAS SOBRE EL ENTENDIMIENTO HABITUAL DE LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA

Como hemos visto en el apartado anterior, la DG empieza el Fundamento 3.º de Derecho, en el que rechaza la construcción pretendida que en él se ha analizado, con la afirmación del gran principio: «*La accesoriidad de la hipoteca respecto al crédito para cuya seguridad se constituyó...*». (El resto del párrafo está bien próximo en las páginas precedentes y no necesita ser nuevamente reproducido.)

Probablemente ninguna de las solemnes afirmaciones que hace la DG permita, dada su natural evidencia, ninguna crítica, como tampoco otras del mismo tenor que las hace al parecer innecesitadas de justificación: «*La indivisibilidad de una hipoteca no es sino una de las consecuencias de su accesoriidad, en cuanto nace en garantía de una concreta y única obligación (arts. 1.876 del Código Civil y 104 LH), por un importe determinado o máximo (art. 12 LH), con la que se transmite (arts. 1.212 y 1.528 del Código Civil) y se extingue...*» (Resolución de 26 de mayo de 2001).

El problema, a mi modo de ver, es que tales frases, en sí razonables y aparentemente inocuas, sirven para justificar una difusa *communis opinio* de que la accesoriidad significa que la hipoteca nace, vive y muere con el crédito, y de aquí a la confusión de la hipoteca con el crédito hipotecario no hay más que un paso que yo desde luego me resisto a dar. Porque, sinceramente, tal opinión deja tantos cabos sueltos que rechazo por completo que pueda admitirse como dogma, por más que sí entienda que es de esencia en nuestro sistema la accesoriidad de la hipoteca.

Así, yendo por partes, cómo explicar razonablemente entonces que la hipoteca nazca sin crédito (obligación futura o sujeta a condición suspensiva, art. 142 LH), cómo comprender que la propia Ley admita que durante la vida de la hipoteca el crédito sea sustituido por otro (arts. 118 LH y 230 y 231 RH), cómo asumir que quepa la transmisión del crédito sin la hipoteca (renuncia), e incluso que se defienda, como definiendo y no soy el único, que el crédito y la hipoteca se adquieren en momentos diferentes y con requisitos diferentes (el primero «sólo consenso», la segunda mediante la inscripción constitutiva, art. 149 LH), cómo asumir que la extinción por novación del

crédito pueda no afectar a la hipoteca (art. 1.207 del Código Civil), y aunque así no fuera de qué artículo del Código Civil o de la LH cabe extraer que la modificación del crédito afecta especularmente a la hipoteca —a veces se cita el art. 1.851 del Código Civil que determina que «la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza», cuando precisamente de este precepto se desprende justamente lo contrario, esto es, que las garantías permanecen inalteradas salvo perjuicio de tercero, y de aquí la interpretación jurisprudencial que distingue entre prórroga y plazo de gracia—, y en suma cómo justificar que la extinción de la «obligación hipotecaria» por pago o por compensación no perjudiquen a tercero si no se hubieran hecho constar en el Registro (art. 144 LH). Demasiados interrogantes en definitiva para los que yo no pretendo tener respuesta, y que expongo porque sin duda permiten dudar de que el integrismo dogmático de la accesoriedad pueda resolverlos.

(De todo el párrafo anterior, acaso me corresponda a mí justificar por qué apunto que es posible que la novación del crédito no conlleve necesariamente la extinción de la hipoteca, discrepando de la lectura que la doctrina parece hacer al unísono del art. 1.207 del Código Civil. Y desde luego no voy a hacerlo porque, como ya indica el título de este apartado, no pretendo aportar soluciones, sino ampliar las dudas. De modo que cuando el indicado precepto expresa que: «Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento», me permite dudar de que la novación extinga automáticamente la hipoteca, porque si en un remoto caso admite su «subsistencia» —es decir, permanece idéntica— para aprovechar a tercero, por qué no admitir idéntica «subsistencia» respecto del tercero afectado que la hubiere consentido, e incluso no menor idéntica «subsistencia» natural respecto de las partes que no la hubieren excluido expresamente. Por cierto que en el sistema hipotecario italiano, respecto del que no creo que nadie ponga en duda su férrea voluntad de accesoriedad, el Código Civil en el capítulo dedicado a la novación establece —art. 1.232— que «los privilegios, la prenda y las hipotecas del crédito originario se extinguen, si las partes no convienen expresamente mantenerles para el nuevo crédito».)

Con todo lo que antecede no pretendo sino apuntar que en el análisis de la posible modificación del Derecho real de hipoteca por ampliación y modificación del crédito, debemos desprendernos del hábito y de la confusión de considerar aquel Derecho real como si del crédito hipotecario se tratara. Desde la perspectiva de la confusión entre hipoteca y crédito es claro que resulta muy difícil el concebir que dos créditos hipotecarios distintos, por su naturaleza y fecha, compartan un mismo rango, cuando además la inscripción de la hipoteca es constitutiva, por más que el segundo se pretende que sea una ampliación del primero.

Por lo tanto hay que hacer un verdadero esfuerzo, aunque debiera ser innecesario, para situar en su respectivo plano la garantía (Derecho real de hipoteca) y el objeto garantizado (crédito). Una vez realizado se ve con claridad que la primera goza de «rango» —que atribuye ejecución separada y preferente— y el segundo de «privilegio» —como principio, más que como consecuencia práctica, ya que como resultado del «rango» que ostenta la garantía el «crédito hipotecario» no entra normalmente en contacto con otros créditos frente a los que hacer valer su privilegio— (1). De esta manera

(1) ALGUNAS IDEAS PREVIAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA HIPOTECA. Después de escrita la mayor parte del presente trabajo en el que lamentablemente se percibe que está realizado en los borbotones de tiempo que me permite el remunerado, y por tanto adolece de reiteraciones y de falta de método, he observado que mi pretensión de rehuir las disputas teóricas para centrarme exclusivamente en los aspectos prácticos de la ampliación del crédito garantizado, ni se ha cumplido ni se puede cumplir. Probablemente la configuración de la extensión de la hipoteca a la ampliación del objeto garantizado sea uno de los aspectos de ésta que más depende, incluso en su propio reconocimiento, del concepto que de la misma se tenga. Por lo tanto, tal planteamiento teórico deviene inevitable; en el texto se apuntan diversas pinceladas atinentes a cada uno de los apartados tratados, pero con todo se echa en falta una visión de conjunto, que aporte aquí como inciso con valor autónomo si se quiere. Para mí el conjunto se ofrece a la vista incuestionablemente como un compuesto de dos elementos totalmente diferenciados puestos en contacto por la función que uno desarrolla sobre el otro: función de garantía que hace de la obligación el objeto de la hipoteca.

La esencia de la hipoteca es, sin ningún género de dudas, garantizar el crédito. Para ello se configura excepcionalmente como derecho real; es decir, sujeta un inmueble cualquiera que fuere su poseedor al cumplimiento de la obligación (art. 1.875 del Código Civil). Definido así legalmente, no creo que pueda decirse que la función de la hipoteca recae sobre el «valor», ni como derecho de expropiación, ni como derecho de preservación, aunque esto último sea una consecuencia. El objeto de la hipoteca es desde luego el inmueble sobre el que recae, y su función es la de establecer una vinculación real de tal inmueble con el crédito. El inmueble queda destinado con eficacia real a la satisfacción del crédito del acreedor. Esta vinculación significa que en caso de impago del crédito la acción del acreedor se puede dirigir contra el bien hipotecado cualquiera que fuese su titular y sin ingerencia de ningún tercero en esa pretensión. Contra cualquier tercero se entiende fácilmente («cualquiera que sea su poseedor»), sin ingerencia de tercero significa que el bien está destinado en exclusiva a la satisfacción del crédito del acreedor, estableciendo por tanto un ámbito separado de ejecución en la que en principio ningún tercero puede intervenir. (Por eso se afirma que todo crédito superior al hipotecario es en realidad una hipoteca tácita, lo que significa, no que tales acreedores privilegiados tengan derecho a interferir en la ejecución hipotecaria —con pretensión de privilegio en el cobro—, sino que en todo caso subsisten como cargas a la ejecución de tal hipoteca. Véase al respecto lo que a continuación se dice sobre el rango hipotecario. La única excepción que parece haber a este paradigma, como expresión de la confusión del legislador de la hipoteca con los privilegios crediticios, es el llamado superprivilegio del crédito salarial. Pero con todo hay una verdadera resistencia dogmática a encajar este privilegio en la lógica del sistema, salvo por la fuerza argumentativa de la pura norma, que se comprueba en la dificultad de concebir su subsistencia como «carga» a la ejecución de una hipoteca preferente, o su alcance cancelatorio como idéntica «carga» respecto de idéntica hipoteca preferente —vid. RRDG de 29 de septiembre de 2000 y 15 de marzo de 2001—, e incluso su propio valor cuando el deudor ha transmitido la finca hipotecada a un tercer poseedor,

contemplados, resulta natural concebir que la misma hipoteca —por lo tanto, como presupuesto y como consecuencia, teniendo y conservando el mismo rango— pueda cobijar sin alterarse la modificación, la ampliación (e incluso

sobre el que el acreedor hipotecario ejercita la acción que a él si le asiste como titular del Derecho real de hipoteca). En definitiva, lo que hace la hipoteca es establecer desde su nacimiento un ámbito separado de ejecución a favor de su titular, sobre el que éste puede hacer recaer en exclusiva la pretensión de resarcimiento a que tiene derecho en caso de insatisfacción de su crédito. Por ello resulta absolutamente anómalo pensar en una tercería de mejor derecho en la ejecución hipotecaria, porque tal debate no puede plantearse cuando el objeto de la acción es el ejercicio de la vinculación que ha preservado un determinado bien en garantía de un preciso crédito. (Asumo que la LEC sólo ha excluido expresamente las «tercerías de dominio» —art. 696, atendiendo a la idea de prioridad registral, lo que imposibilita el supuesto en que la contempla, salvo que se haya producido un grave error registral—, de lo que puede deducirse que no se ha hecho lo propio con las de mejor derecho; pero medítese en su posibilidad: únicamente cabe pensar en el superprivilegio laboral del que ya hemos hablado, de no ser construido como una hipoteca tácita, que, bien que lamentable, sería su estructura lógica. Entendida la hipoteca como Derecho real que establece una vinculación entre finca y crédito, resulta anómalo pensar que en su interior pueda desarrollarse una ejecución colectiva, sea por vía de tercerías, sea por incorporación a un proceso de tal naturaleza. Creo que así ha sido comprendido también por el último de los Anteproyectos de Ley concursal, bien que establezca unas restricciones a la ejecución separada, que acaso alivien el caso concreto, pero que globalmente pueden perjudicar el sistema. Todo esto se comprende fácilmente si se compara con la anotación preventiva de embargo. Esta no vincula finca y crédito, sino finca y proceso, y por lo tanto queda a las expensas de la transformación de tal proceso en una ejecución colectiva de alguna de las maneras indicadas, o a la destrucción en el mismo de la aparente titularidad del embargado). Esto trae como consecuencia que la hipoteca implica un acto de disposición actual y no futuro, porque desde su constitución la hipoteca extrae de alguna manera el bien de la responsabilidad universal del deudor (art. 1.911 del Código Civil), ya que a partir de ese momento la pretensión de cualquier otro acreedor sobre el mismo debe respetar esa vinculación a una posible ejecución separada por razón del incumplimiento de la obligación asegurada. El bien ya no pertenece totalmente al deudor, pesa sobre él un destino que el deudor —mejor sería decir dueño, pero esto se entiende fácilmente y parece mejor no alargar esta nota con tales precisiones, aunque sean fundamentales para entender la naturaleza real y no crediticia de la hipoteca— que debe respetar y que suponen una obvia reducción del contenido de su responsabilidad universal. Tal vinculación de destino implica que debe preservarse el bien, y por ende su valor, hasta el momento del remate que servirá para liquidar el derecho del acreedor. Se pretende, por tanto, que el rematante lo adquiera en las mismas circunstancias físicas y jurídicas en las que estaba en el momento de constitución de la hipoteca. Por ello se conceden al acreedor por una parte una serie de acciones de obvia naturaleza real, dado el derecho de que proceden, que podemos resumir en las acciones de devastación, acciones que, a mi juicio, exigen por naturaleza la extensión al acreedor hipotecario de la protección interdictal que, aunque se sustente en la posesión —y ésta, aunque deba recurrirse a su sentido más espiritual, es claramente predicable del acreedor hipotecario—, atiende a evitar una desvalorización irrecuperable del inmueble, y por otra parte el derecho de purga y extinción de las cargas constituidas con posterioridad, de tal manera que la situación jurídica del bien hipotecado para el rematante sea la misma que lo era para el constituyente. Este derecho de purga es el rango hipotecario. Por lo tanto, el rango es una consecuencia exclusiva del derecho real, y no puede entenderse en ningún caso en el crédito. Ahora bien, la publicidad que el rango representa, unido a un principio esencial de no amor-

la novación) del crédito, sin que el hecho de que el Derecho real permanezca en su mismo ser, aunque modificado, implique la alteración de las fechas en que los créditos se hubieran pactado, ni la atribución a éstos de un «rango» que no está en su naturaleza el tener.

tización innecesaria de bienes, permite la pluralidad de hipotecas sobre el mismo bien (art. 107.3.º LH). Es decir, un mismo bien puede quedar vinculado a créditos diversos, respecto de cada uno de los cuales opera como ámbito exclusivo de ejecución —cuando se dice exclusivo se entiende que en esa ejecución sólo puede intervenir ese crédito, no obviamente que el crédito incumplido no pueda atender a otros bienes del deudor por medio de la llamada acción personal— ordenados cronológicamente por fechas de los respectivos derechos reales (inscripción). (De aquí resulta que los créditos hipotecarios no entran en contacto entre sí, pues en el ejercicio real de su acción no hay sitio más que para el crédito garantizado por la respectiva hipoteca. Las fechas que deben tenerse en cuenta son las fechas de los derechos reales, no las de los respectivos créditos que pueden no coincidir con las de aquéllos.) Por lo tanto, a mi juicio, el rango, esto es, la capacidad de purga del derecho, forma parte de la intrínseca naturaleza de éste, de modo que bien puede decirse que la alteración del rango significa la alteración de la naturaleza del derecho; dicho de otro modo, para que se entienda el problema que luego se plantea en el texto sobre el problema práctico del rango de la ampliación de hipoteca: si como consecuencia de cualquier negocio jurídico se altera la naturaleza del rango hipotecario es la propia naturaleza del correspondiente Derecho real de hipoteca la que se ve afectada.

El segundo elemento del conjunto es por descontado la obligación garantizada. Es, obviamente, también un elemento esencial e imprescindible, porque en ella se halla la pretensión económica que asiste al acreedor y es el sustrato de la «responsabilidad», sin la que en ningún caso puede ponerse en marcha el mecanismo procesal ejecutivo del Estado. De modo que el funcionamiento práctico, según entiendo, es así: en el caso de que el deudor incumpla la obligación garantizada, su «responsabilidad» —como organización estructural de la vida societaria— permite al acreedor dirigirse contra sus bienes —en ningún caso contra su persona— (art. 1.911 del Código Civil), y la «hipoteca» le permite ejercer ese derecho contra el bien especialmente vinculado, incluso si el bien se halla en poder de tercero que se ve de esta manera afecto, como garante, a la ejecución de una responsabilidad ajena. La naturaleza de esta obligación garantizada puede ser muy varia y la forma de determinación de responsabilidad del deudor puede ser muy varia también, pero creo que su presencia es necesaria en todo caso. Quiero decir que la hipoteca nunca puede suplir el cometido del crédito, con independencia de que en determinados supuestos llegue a definir el contenido de éste y en algún caso incluso puede éste provisionalmente no existir. Respecto de lo primero, porque la hipoteca imponga al crédito particularidades derivadas de su publicidad que lo extraigan del régimen natural del derecho de obligaciones; aquí tienen cabida todos los supuestos peculiares de las llamadas hipotecas independientes o no accesorias, por cuanto solamente la extinción de la hipoteca provoca la extinción del crédito; en tanto aquélla no se produzca, éste sobrevive afectando, como obligación *propter rem*, obligación de cédula u obligación abstracta al dueño de la finca hipotecada. Respecto de lo segundo, porque el sistema permita que la extinción del crédito no conlleve la cancelación de la hipoteca, sino que ésta sobrevive, formalmente si se quiere como función de garantía a concretar o reserva de rango, en beneficio de un nuevo crédito al que el propietario de la finca prefiera favorecer. (Es la llamada hipoteca de propietario a la que antes se ha hecho referencia en el texto.) Sin embargo, no creo que en ningún caso pueda deducirse de estos supuestos la inexistencia de obligación y la conversión de la hipoteca en un abstracto derecho de pretensión económica. Conceptualmente la hipoteca es siempre garantía, y siempre define un ámbito especial de ejecución frente a quien ha incumplido algo, aunque este algo sea una profunda abstracción. Y

En las líneas que siguen observaremos estas afirmaciones desde otros ángulos que quizá contribuyan a una mayor claridad. (Especialmente por lo que hace a la afirmación de que la identidad de rango es presupuesto y

en todo caso este «algo» es indudablemente una obligación, de cuyo incumplimiento «responde» el obligado. Nuestro Código Civil atribuye privilegio y preferencia al crédito hipotecario; pero si bien se mira, uno y otro están determinados por la presencia del Derecho real de garantía. El Derecho real determina el derecho exclusivo del acreedor a satisfacerse con cargo al bien hipotecado y en esa satisfacción no hay cuestiones de preferencia de terceros porque el contenido y destino del ámbito está predeterminado. Cuestión distinta es que tal ámbito tiene la preferencia sustantiva que el rango del Derecho real le atribuye. Por eso puede verse que en realidad la fecha del crédito no tiene trascendencia tratándose del hipotecario. Ello se ve perfectamente claro en la hipoteca en garantía de crédito en cuenta corriente. Es la fecha de la hipoteca la que determina el rango y la preferencia exclusiva del acreedor a cobrar (siempre, evidentemente, que se limite al bien hipotecado), con independencia de que la fecha de su crédito (saldo) sea muy posterior, incluso posterior a la de, por ejemplo, un préstamo garantizado con segunda hipoteca.

La hipoteca es pues un compuesto en que un Derecho real desarrolla una función de garantía de una obligación. Tal función justifica que se predique la accesoriedad del Derecho real respecto de la obligación. Accesoriedad que bien se ve no significa subordinación, sino necesidad estructural de la existencia del otro elemento. La obligación garantizada es el elemento que la hipoteca necesita para justificar su función. Ahora bien, la autonomía objetiva de la obligación es razón más que suficiente para defender que la misma no es la causa de la hipoteca. A mi entender, la hipoteca goza de una causa típica —causa de garantía, con independencia de los motivos o los móviles que las partes puedan adicionarle—, y la obligación garantizada no puede ser considerada su causa, del mismo modo que tampoco lo es el bien transmitido en la compraventa. Más razonable parece considerar que la hipoteca, como Derecho real que vincula un inmueble a una obligación, tiene dos objetos: el inmueble y la obligación. Desde esta perspectiva, por otra parte, el análisis de los requisitos de tal objeto contractual viene facilitado por las normas del Código Civil sobre el objeto del contrato (arts. 1.261 y 1.271 a 1.273). Cuando se habla de la accesoriedad de la hipoteca se entrecruzan los dos aspectos: la función de garantía y el objeto garantizado. De modo que llega a explicarse la no accesoriedad como ausencia de función de garantía: la hipoteca no garantiza, pretende. Esto, como se ve, no es lo que aquí se defiende, pues se rechaza que la hipoteca pueda en ningún caso prescindir de su función de garantía, para convertirse en un abstracto derecho de prestación económica. A mi modo de ver, el juego de la accesoriedad hay que referirlo al objeto: esto es, en qué medida la hipoteca necesita de un objeto para ejercer y conservar su función y en qué medida la hipoteca puede por su sola publicidad mantener un objeto extinguido. Con arreglo a tales parámetros rechazo que se pueda hacer una construcción apriorística de la accesoriedad como dogma, y más aún que tal dogma signifique de hecho la confusión de la hipoteca con el crédito, en cuanto se afirma sin más la repercusión automática en la primera todas las incidencias que padezca el segundo. Debe estudiarse, pues, en cada uno de los sistemas normativos el derecho positivo para apreciar, caso por caso, el nivel de accesoriedad permitido en función del grado de determinación exigido al objeto y de las recíprocas influencias que existan entre éste y el Derecho real de garantía, y a su compás, en todo caso, inducir una teoría general. Así, por ejemplo, se habla de que en los derechos germánicos no existe el dogma de la accesoriedad, cuando mejor pudiera decirse que existen figuras de hipoteca en las que el «objeto» existe en tanto subsista la hipoteca —hipotecas abstractas—, así como existe la posibilidad de la subsistencia de la hipoteca sin objeto —hipoteca de propietario—, como reserva de rango en espera de destino por

consecuencia para la admisión de la ampliación del derecho de hipoteca. Ahora baste decir que la naturaleza de Derecho real de la hipoteca se define también por su capacidad de exclusión o purga de cargas posteriores, de manera que puede afirmarse que la pérdida de rango implica la mutación sustancial de la hipoteca. De donde se sigue que no cabrá hablar de ampliación de hipoteca, sino en todo caso de constitución de hipoteca nueva, en el supuesto en que la hipoteca vaya a nacer con un rango distinto que la precedente, bien sea por la existencia de cargas intermedias, bien sea porque se entienda que se produce la pérdida del primero.)

3.º SOBRE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. SU REDUCCIÓN Y LA CANCELACIÓN PARCIAL DE LA HIPOTECA

Paradójicamente quizá, al lado de las solemnes afirmaciones pronunciadas por la DG en defensa del más rancio sabor de la accesoriedad, también encontramos en las Resoluciones comentadas algunas otras que por el contrario parecen dar pie a desconocer por completo la existencia del principio. Son aquéllas que tienden a hacer de la «responsabilidad hipotecaria» un concepto autónomo independizado en alguna manera de los avatares del crédito garantizado.

Ya la Resolución de 26 de mayo de 2001 —que, como hemos visto, fue la pionera en rechazar que la cifra de responsabilidad hipotecaria de la hipoteca inscrita pudiera servir para contener dentro de sus límites al crédito nuevo o ampliado, y que es seguida más o menos literalmente por todas las posteriores, hasta la última que la cita expresamente en sus Fundamentos—, contiene palabras que pueden ser leídas en un sentido ciertamente contrario, en cuanto parecen considerar la «responsabilidad hipotecaria» como la cifra abstracta objeto de garantía, al margen o con independencia de la verdadera cantidad debida, lo que desde luego se concilia francamente mal con la accesoriedad y dependencia que la hipoteca debe respetar respecto del crédito. Así cuando expresa: *«La indivisibilidad de la hipoteca, aún en el*

el propietario. De idéntico modo habría de repasar el Código Civil y la Ley Hipotecaria para reconocer el nivel de accesoriedad exigido en nuestro Derecho. Así, y con independencia del artículo 144 LH que, interpretado literalmente, parece determinar la subsistencia respecto de tercero de la «obligación hipotecaria» cuya extinción no se hubiera hecho constar en el Registro, lo que sin duda representaría un elevadísimo grado de abstracción, habría que recordar la admisión de objeto futuro o sujeto a condición suspensiva (art. 142 de la Ley Hipotecaria), la posible modificación y sustitución del objeto (arts. 1.204 y sigs., al respecto, véase lo que se ha dicho en el texto), e incluso la posible pervivencia (abstracción) procesal, en el ámbito estrictamente ejecutivo especial, del objeto extinguido por exclusión de causas de oposición que no se refieran a la hipoteca (art. 695 LEC, véase también al respecto lo que se dirá en el texto).

supuesto de que se divida o se extinga parcialmente la obligación garantizada (cfr. arts. 1.860 del Código Civil y 122 y sigs. LH), determina su subsistencia al margen de los avatares de ésta en tanto no se cancele, cancelación que, ya sea total o parcial, en todo caso exige el consentimiento de su titular o sentencia firme que lo ordene (cfr. art. 82 LH), de suerte que el simple reconocimiento de la reducción de la obligación, ni siquiera su constancia registral, por lo demás frecuente en los supuestos de asunción de deuda por el adquirente de la finca gravada o de subrogación en la titularidad de la hipoteca, impliquen el consentimiento cancelatorio que la puede determinar. No hay en consecuencia razón alguna que avale la exigencia del Registrador de la necesidad de una cancelación parcial de la hipoteca como consecuencia del reconocimiento de la amortización parcial del préstamo que garantizaba».

A primera vista, tomadas las anteriores palabras en su sentido literal, parece que ningún reproche consienten. Salvo acaso precisamente la primera, es decir, comenzar hablando de la «indivisibilidad de la hipoteca», de la que quizá sólo debería hablarse cuando el crédito o la deuda garantizada se hubieran dividido entre diversos acreedores o deudores (como hace expresamente el art. 1.860 del Código Civil), lo que no es nuestro caso, pues en ninguno de los supuestos contemplados se ha producido tal división de la obligación, sino estrictamente el pago parcial del crédito garantizado, de modo que se debiera haber comenzado hablando de la «integridad de la hipoteca» (cfr. art. 122 LH). Acaso expresar aquí un reproche pueda ser excesivo, pero con todo me da la impresión de que el error tiene su enjundia, porque parece revelar que la DG sigue pensando que en el caso de la ampliación del crédito se produce la multiplicación de éste, y se resiste a contemplar la operación desde la perspectiva de la unidad crediticia resultante, a pesar de que como hemos visto éste es su punto de partida, como resultado de la voluntad de las partes, para el análisis y la admisión de la figura.

Ahora bien, en la práctica se ha producido el resultado, que las palabras de la DG vienen a justificar aunque sea por omisión, de entender que el reconocimiento de la amortización parcial del crédito garantizado no implica *per se* la reducción (¿cancelación?) parcial de la responsabilidad hipotecaria, de modo que en el caso de simultánea ampliación del crédito debe partirse de la cifra inicial de responsabilidad sin modificación alguna. Es decir, en el asiento de ampliación de hipoteca la responsabilidad garantizada será el total de las sumas prestadas (responsabilidades hipotecarias), con independencia de que acaso pueda resultar del propio asiento que parte del primer crédito está pagado.

Esto de hecho significa el absurdo de convertir la «responsabilidad hipotecaria» en un concepto formal, necesitado de una expresa manifestación formal de cancelación independiente de la manifestación de haber sido el

préstamo recibido. No creo que quepa mayor atentado a la accesoriedad de la hipoteca. Paradójicamente el error procede de confundir el «Derecho real de hipoteca» con el «crédito hipotecario», y después convertir éste en la abstracción de la «responsabilidad hipotecaria». Luego explicaré este proceso. Ahora me interesa apuntar que también ha existido una cierta razón fiscal para la confusión. La razón es que también el fisco confunde la «cancelación parcial de la hipoteca» con la «cancelación parcial de la responsabilidad hipotecaria», de modo que sin el eventual pago de los impuestos correspondientes a tal «cancelación» expresamente consignada, no puede practicarse el asiento registral correspondiente; y si las reducciones en la cifra de principal, correspondientes al reconocimiento por el acreedor de su amortización, conllevaran la reducción de la responsabilidad hipotecaria, sin cancelación fiscalmente abonada, al final cuando se produjera la cancelación de la hipoteca, ésta, parece ser que se llevaría a efecto por la cifra pendiente con grave daño de la recaudación tributaria. (Desde esta perspectiva cabría justificar la actuación de los Registradores de la Propiedad que no llevan a cabo la reducción [¿«cancelación parcial»?] de la responsabilidad hipotecaria, en el caso de amortización parcial del crédito, no por un problema formal, sino fiscal. No obstante, parece ser que la tendencia es la de atribuir exención a las cancelaciones de hipoteca, con lo que el problema vuelve a ser formal, si bien esta vez, de índole fiscal.)

Nada de esto resulta desde luego de las transcritas palabras de la DG que pueden ser interpretadas, con asepsia literal, en la correcta línea en que la Ley Hipotecaria establece el principio de integridad de la hipoteca. Pero el tono y circunstancias en que se expresan han abonado (más exactamente consolidado) una práctica equivocada, de la que no diré que yo no participo. Sobre todo si se ponen en relación con otras expresiones de la misma Resolución de 26 de mayo de 2001. Así las palabras con las que comienza el Fundamento 5.º: *«Cuestión distinta es la posibilidad de utilizar la garantía hipotecaria existente en la parte que excede del importe actual del crédito...»* ¿Cabe mayor desconocimiento del dogma de la accesoriedad de la hipoteca que pensar en un superávit de garantía hipotecaria respecto del crédito garantizado?

Antes de nada debe aclararse que para nuestra Ley Hipotecaria la «cancelación parcial» de la hipoteca no tiene nada que ver con la «reducción de la responsabilidad hipotecaria». Es absurdo, a tenor de aquélla, hablar de «cancelación parcial» cuando lo único que se pretende es hacer constar la amortización de parte de la deuda. Es por completo al margen de la Ley Hipotecaria donde se halla la confusión. El principio de «integridad de la hipoteca» se ha convertido, por mor de la confusión de ésta con el «crédito hipotecario», en la necesidad de una expresa y formal cancelación de éste (confundido a su vez con la «responsabilidad hipotecaria»), no obstante la expresa manifestación de que el «crédito» se ha pagado parcialmente. Cuando

en todo caso podría defenderse que la «confusión» que la integridad representa es la que se produce entre la hipoteca y la finca garantizadora, de modo que dicho principio significa que la reducción de la deuda —reducción que obviamente lleva sin más la de la cifra de responsabilidad hipotecaria— no conlleva la correlativa liberación de parte de la finca hipotecada o de alguna de las fincas hipotecadas. Es decir, vulgarmente, si se ha pagado el 20 por 100 de la deuda no puede el deudor pretender la «cancelación parcial» de la hipoteca mediante la liberación del 20 por 100 de la finca hipotecada o mediante la liberación total de alguna finca cuya responsabilidad corresponda a tal 20 por 100. Pero bajo ningún concepto puede pretenderse que la finca siga respondiendo de cien. Esto es exactamente lo que quiere decir el artículo 122 LH (y para la constancia de la reducción de la responsabilidad hipotecaria el art. 144 LH y el art. 240 RH).

Todo lo expresado se ve claramente confirmado por el artículo 156 de la misma Ley cuando precisamente excluye el principio de integridad para la hipoteca en garantía de una emisión de obligaciones. Por ello establece que en esta clase de hipotecas el pago parcial de la deuda —recogida e inutilización de algunas obligaciones— conlleva el derecho del deudor (dueño de la finca hipotecada) a la «cancelación parcial» de la hipoteca, cancelación parcial que se llevará a efecto mediante el liberarse totalmente «una o varias fincas cuya responsabilidad sea igual al valor de las obligaciones recogidas, o liberarse parcialmente todas ellas a prorrata o en proporción a sus respectivas responsabilidades».

Debe pues recordarse nuevamente que la «responsabilidad hipotecaria» no es un concepto autónomo como si la cantidad garantizada se independizase del crédito garantizado; representa ni más ni menos que la cifra de éste, que se halla cubierto por la hipoteca, y por tanto su reducción es automática en el mismo instante en que se produzca la del crédito, sin más que la necesidad de su consignación registral a los efectos establecidos por el artículo 144 LH. Tal consignación del pago parcial del crédito provoca pues, por sí sola, la reducción de la cifra de responsabilidad hipotecaria, sin necesidad de expresa manifestación de cancelación parcial, porque la «responsabilidad hipotecaria» no es el derecho susceptible de cancelación, sino que éste es la «hipoteca». Y la hipoteca sigue a la finca en su integridad, no obstante la amortización parcial del crédito (y subsiguiente reducción de la cifra de responsabilidad), en tanto el acreedor no consienta expresamente en la liberación de parte de la «hipoteca» (parcial de algunas o todas las fincas en el caso de ser varias o total de alguna de ellas) manifestando su expresa voluntad de «cancelación parcial». (Salvo que se trate de hipoteca en garantía de emisión de obligaciones en la que como hemos visto no rige tal principio, de modo que el consentimiento del acreedor, no menos expreso, es obligado.)

A mi manera de ver, la enorme dificultad que parece existir en la práctica para concebir que el «Derecho real de hipoteca» sigue siendo uno y el mismo, no obstante la reducción del crédito garantizado, esto es, sigue siendo uno y el mismo, no obstante la reducción de la cifra de responsabilidad hipotecaria es la misma que existe para concebir que el «Derecho real de hipoteca» sigue siendo uno y el mismo, no obstante la ampliación del crédito garantizado, es decir, no obstante la ampliación de la responsabilidad hipotecaria. El entendimiento de la hipoteca como un «crédito hipotecario» —al que no es ajeno la eficacia ejecutiva atribuida a aquélla— motiva la imposibilidad dogmática de conciliar en uno solo, por la simple voluntad de las partes, una pluralidad de «créditos hipotecarios» de fechas diferentes y por tanto de rangos (?) diferentes, y por lo tanto de tragar con la admisión de la ampliación de la hipoteca. (No ha sabido desconectarse de este prejuicio tampoco la DG, a pesar de la apariencia resultante de su admisión de la figura, y por eso el resultado de su forma de concebir las «ampliaciones de hipoteca» es, como veremos, de una ambigüedad desconcertante.)

4.º UN POCO MÁS SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE EL CRÉDITO Y LA HIPOTECA,
Y SOBRE LA EXCLUSIÓN PARA ÉSTA DE UNA PRETENSIÓN ECONÓMICA
LLAMADA «RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA»

Los problemas que pueden resultar, en cuanto al tema que nos ocupa, del malentendimiento de la eficacia ejecutiva atribuida a la hipoteca, necesitan de un nuevo meandro explicativo. Se trata de deslindar de nuevo la hipoteca del crédito garantizado desde la perspectiva de las acciones que respectivamente confieren, precisando la naturaleza jurídica de la primera, de manera tal que se comprenda por qué la mutación económica del crédito, producto de su ampliación y yuxtaposición, no afecta necesariamente a la intrínseca naturaleza de aquélla.

A mi manera de ver, la hipoteca vive hoy un momento de crisis de entendimiento (y como consecuencia incluso de justificación envuelta, como se halla en la polémica sobre la pervivencia de privilegios crediticios) que contrasta sobremanera con su pujante utilización. Si se me permite expresar una intuición, para cuya demostración ahora no tengo tiempo ni acaso capacidad, la confusión en torno a la naturaleza del Derecho real de hipoteca debió comenzar paradójicamente en el mismo momento en que se instaura o se consagra su publicidad. Quiero decir que cuando las hipotecas eran ocultas, la pretensión real que en ellas alentaba se ponía de manifiesto mediante la atribución al acreedor insatisfecho de una «acción real» frente a cualquier poseedor, por la que se le confería de alguna manera la posesión de la finca hipotecada, a los efectos de ejercitar sobre ella la acción ejecutiva derivante

del crédito impagado. Cuando la publicidad de la hipoteca hace manifiesto y ostensible frente a todos el poder del acreedor sobre la finca hipotecada, resulta innecesaria la acción real «recuperatoria» de la posesión. Desaparecida tal acción real, la doctrina parece encontrarse en la necesidad de hallar otra sustitutiva que justificara la naturaleza de Derecho real que a toda costa quiere atribuirse a la hipoteca.

El camino seguido es el de alterar el concepto, que no la función, lo que acaso ya revele lo erróneo del camino seguido, del Derecho real de hipoteca, que pasa a ser definido no como «un Derecho real de garantía», sino como un derecho a «expropiar», o más grave aún, un «derecho a realizar el valor», de modo que la esencia de la acción real resultante de la hipoteca se encuentra en la ejecución que procura de la finca hipotecada cualquiera que fuese su poseedor. La acción hipotecaria pasa a ser la acción ejecutiva recayente específicamente sobre el bien hipotecado, cualquiera que fuese su poseedor.

Sin embargo la «ejecución» es el instrumento procesal de actuación o la concreción práctica del principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 1.911 del Código Civil), establecido por el Estado como mecanismo «garantizador» del cumplimiento de las obligaciones, con lo que la confusión de la hipoteca con una particularidad del crédito o con un mecanismo procesal viene servida. La dificultad dogmática de atribuir a la hipoteca una eficacia ejecutiva que requiere del impago del crédito para poder ponerse en marcha, se resuelve acudiendo a la idea de «crédito hipotecario» y a la peculiaridad de que la ejecución recae sobre una finca especialmente afecta.

A mi manera de ver las cosas, el camino que hubiera de haberse seguido era exactamente el contrario. Es decir, si la esencia del carácter real de la hipoteca radicaba en la acción posesoria que atribuía a su titular para recuperar la finca hipotecada y someterla entonces a la acción personal que el crédito impagado le confería, la esencia del carácter real de la hipoteca debía hallarse en el nuevo sistema en una publicidad que hacía innecesario recurrir a tal paso intermedio de la acción posesoria para someter la finca hipotecada a su acción nacida del incumplimiento de una obligación. Por esto es por lo que la publicidad es esencialmente constitutiva del Derecho real de hipoteca (2). Y con un sentido coherente no es Derecho real porque se le atribuye

(2) Probablemente después de un cuarto de siglo de vigencia de la Ley Hipotecaria, los redactores del Código Civil se percatan del cambio operado en la hipoteca por obra de aquella Ley, y consagran como requisito legal de nacimiento una circunstancia que ya entonces se comprendía, que era de esencia en la hipoteca, si se quería que ésta fuera un derecho real. De modo que cuando el artículo 1.875 del Código Civil exige como requisito para la válida constitución de la hipoteca la «inscripción», no viene a añadir un requisito formal, enojoso como todas las formas, sino a captar la esencia de la transformación operada en la hipoteca, y a comprender que en la «publicidad» —publicidad específica que resulta de un sistema de inscripción y de especialidad—, que evita al acreedor la necesidad de una recuperación posesoria de la finca hipotecada porque la carga sigue

una acción real, sino que de su naturaleza de Derecho real resultan toda una serie de acciones reales, entre las que desde luego no está, a mi manera de ver, la de imponer al deudor una pretensión que resulta del incumplimiento por éste de una obligación.

De modo que la esencia de la naturaleza real de la hipoteca se halla en el público sometimiento que desde su nacimiento procura al acreedor sobre el bien hipotecado, afectándolo cualquiera que sea su poseedor a la satisfacción sustitutiva a que tiene derecho en el caso de que el deudor incumpla su obligación. Resulta, por otra parte, también sorprendente que en tiempos en que la posesión ha llegado a una máxima espiritualización, no se quiera reconocer su presencia en el Derecho real de hipoteca, cuando la publicidad garantiza a su titular el permanente contacto y subsiguiente tutela sobre la finca hipotecada, tanto jurídica: derecho de ejecución separada y derecho al mantenimiento de la situación jurídica (purga), como física: «derecho de inspección» —que cuando viene expresamente reconocido en la escritura pública de constitución de hipoteca debe tener acceso al Registro de la Propiedad, según doctrina de la DG, aunque, a mi manera de ver, tal precaución es innecesaria pues debe hallarse ínsito en su propia naturaleza de Derecho real de garantía—, y como consecuencia ejercicio de acciones de devastación y en buena lógica de protección interdictal.

Por otra parte quizá puedan encontrarse otras razones que hayan contribuido a la desviación del Derecho real de hipoteca hacia una forma de crédito real.

En primer lugar y quizá paradójicamente, el propio procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 LH, que venía concebido como un proceso de efectuación del Derecho real de hipoteca, lo que por tanto equivalía a incardinar en ésta el derecho a la prestación económica, que a mi manera de ver únicamente puede verse en el crédito. No merece la pena entrar en el debate tan reñido sobre la naturaleza jurídica de tan particular «procedimiento», transformado a la postre quizá inevitablemente en un proceso ejecutivo. Interesa más atender hoy a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Es difícil, observando la redacción de los preceptos dedicados a las «particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados» (art. 681 y sigs.), dentro del Título dedicado a «la ejecución dineraria», seguir manteniendo que la eficacia ejecutiva se halla en la hipoteca, y no como es natural en el crédito impagado,

ya permanentemente a la finca, se halla la esencia de la naturaleza de Derecho real del derecho de hipoteca. Transcurrido casi el mismo tiempo después de que me planteara «el valor de la inscripción en la hipoteca» —conferencia pronunciada en el Colegio de Registradores con motivo del Centenario de la Ley de Bases del Código Civil— en la que dudaba de que pudiera asistir la razón a un precepto formal, tanto que me pareció caer en las garras de la confusión con el crédito, creo encontrar, por fin, consuelo a mi desvarío en la sensación de empezar a comprender el Código Civil, y me atrevo a añadir el valor propio e independiente de la hipoteca.

aunque es igualmente difícil rechazar que precisamente las notables peculiaridades y ventajas que a la ejecución de tal crédito la Ley concede encuentran su razón de ser y su justificación en el hecho de estar el mismo garantizado hipotecariamente (3).

En segundo lugar, también me atrevería a decir que ha ayudado a desarrollar esta confusión de la hipoteca con el crédito, la pureza y abstracción mental con que la doctrina germánica tratan al derecho de hipoteca, sustan-

(3) Es verdad que los artículos 130 y 131 de la Ley Hipotecaria siguen hablando de la «acción hipotecaria». Tal expresión resulta totalmente consagrada en la práctica y no está sujeta a discusión. Pero no creo que el contenido de la acción sea la ejecución de la hipoteca, aunque también así comúnmente se hable; sino que con mayor precisión podría decirse que su contenido es la ejecución del crédito impagado sobre el ámbito que la hipoteca le procura. El hecho de que la acción resultante de un crédito pueda afectar a un tercero (dueño de la finca hipotecada) no modifica un ápice el planteamiento, si se observa que ésa es precisamente la función de la hipoteca: afectar una finca a la satisfacción de una responsabilidad (ajena en este caso). Me parece que todo lo dicho encaja a la perfección con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo tenor la ejecución dineraria procede en virtud de «título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida» (art. 571), ejecución que «podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados», cuando tenga por objeto «exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca» (art. 681). Y si puede reprocharse a la Ley que haya mantenido la ambigüedad sobre si tal ejercicio debe ser previo a la ejecución sobre otros bienes del deudor —como la lógica quiere y parece confirmar el art. 579—, al conservar la expresión «podrá» que, indudablemente, implica una facultad y no una imposición, es también cierto que debe reconocérsele el mérito, ajeno, a mi entender, a un mero acierto procesal, de haber precisado el alcance sustantivo de la hipoteca al considerar como «parte» —«persona frente a la que se despacha ejecución» a «quien, sin figurar como deudor en el título ejecutivo, resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede, siempre que tal afección derive de la Ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución se concretará, respecto de estas personas, a los bienes especialmente afectos» (art. 538). «Afección» (o si se quiere «sujeción», que es el sinónimo que utilizan los arts. 1.876 del Código Civil y 104 LH), que refleja perfectamente la función de garantía en que consiste la hipoteca: afectar un bien al cumplimiento de una obligación, o dicho de otra manera, determinar *a priori* con eficacia real, el bien propio o ajeno del deudor —excluyéndolo por tanto, de alguna manera, hasta la cifra garantizada del ámbito de responsabilidad patrimonial del garante— sobre el que ejercitar la acción ejecutiva derivante de su crédito insatisfecho. Para mí la cita del artículo 538 LEC en este trabajo era obligada, aunque pueda abrir la vía para acusarme de la estupidez de confundir la hipoteca con el «documento fehaciente». El precepto legal dice lo que dice y por lo tanto atiende también a la perspectiva procesal de la posibilidad de una afección de un bien a una responsabilidad ajena sin constituir garantía real. No parece que sustantivamente pueda negarse tal posibilidad (art. 1.255 del Código Civil), que no constituyendo garantía real elude por principio el problema del *numerus clausus* de éstas. Sería un caso de fianza limitada que se extinguiría si el bien dejara de pertenecer al fiador (a salvo su responsabilidad en los términos en que se hubiera pactado). Tal perspectiva nos abre la cuestión de la posibilidad que sea el mismo deudor quien limite su responsabilidad a un determinado bien, excluyendo de conformidad con su acreedor la generalidad del artículo 1.911 del Código Civil. El supuesto en que tal limitación venga acompañada de hipoteca recayente sobre tal bien es el expresamente contemplado por el artículo 140 LH.

cialmente por la admisión de la hipoteca sin crédito. En tal caso, se dice es la hipoteca sola la que, sin existir en ella relación crediticia alguna, permite a su titular, a través de su ejecución, la realización del valor de la finca hipotecada. Sin embargo una cosa es que no exista relación crediticia, y otra es que no exista algún tipo de relación obligatoria. Quiero decir que el hecho de que la obligación garantizada por la hipoteca no se halle sujeta a la teoría general del derecho de obligaciones y por lo tanto no pueda ser calificada en puridad de conceptos de «crédito» no quiere decir que la hipoteca pierda su intrínseca naturaleza de garantía de una obligación y pase a ser un abstracto derecho de pretensión económica. El Derecho real de hipoteca es el elemento garantizador, pero es consustancial a la naturaleza de las cosas que también exista la «obligación» como elemento garantizado; lo que ocurre es que la «hipoteca» —es decir, la existencia registral del Derecho real de hipoteca—, atribuye en algunos casos tales peculiaridades a la obligación que ésta deja de ser crédito —en el sentido estrictamente doctrinal del término—, y pasa a ser otra cosa: obligación abstracta, obligación *propter rem*, obligación tabular, obligación de cédula, obligación sin excepciones personales... Estas variantes de la obligación caracterizan los distintos tipos de hipoteca independiente de los derechos germánicos, pero en ningún caso puede llegarse a afirmar que la garantía y lo garantizado son la misma cosa.

Puede verse aquí un efecto constitutivo más de la inscripción: la atribución al crédito de determinadas particularidades que alteran por completo su régimen general del derecho de obligaciones, particularidades que operan en tanto subsista la inscripción de la hipoteca (pero que no son propiamente la hipoteca). Evidentemente debe hablarse de crédito hipotecario, pues el adjetivo es la expresión de todas sus singularidades, pero me parece un error extraer de ello consecuencias desnaturalizadoras de la naturaleza de los respectivos derechos.

No puede dejar de desconocerse que este efecto constitutivo de la hipoteca respecto del crédito al transformarlo en hipotecario, opera también en Derecho español. No sólo la inscripción del Derecho real de hipoteca atribuye «privilegio» al crédito que tal inscripción publica —«privilegio», o «preferencia» conforme a la dicción del art. 1.923.3.º del Código Civil, que a pesar de que este mismo Código desarrolla como un derecho de «prelación» al cobro por orden de antigüedad (art. 1.927.2.º), en realidad como ya hemos visto, comúnmente se materializa en la «exclusividad» que le otorga la determinación de un ámbito separado y propio de ejecución (bien hipotecado) por obra de la hipoteca, sin perjuicio de la posibilidad de que ese «ámbito» aparezca reservado por una hipoteca preferente, de modo que bien puede decirse que el rango de los derechos reales impide que los créditos se confronten—, sino que asimismo le otorga determinadas particularidades que aproximan la figura a un supuesto de hipoteca independiente.

No de otra manera, entiendo, es la conclusión que ahora debe extraerse de la limitación de causas de oposición que al ejecutado concede el artículo 695 LEC. Sustancialmente cuando la más elemental de tales causas, como es la pretensión de «extinción de la obligación garantizada» (recuérdese «pago o cumplimiento, condonación», etc..., art. 1.156 del Código Civil), requiere que se presente «certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o,... escritura pública de carta de pago y de cancelación de la garantía». La transformación de un «procedimiento» de raíz comisorio como el llamado «judicial sumario» en un «proceso de ejecución», probablemente más por fuerza «procesalista» que por coherencia «constitucional», conlleva inevitablemente el reconocimiento legislativo de una cierta «abstracción» al crédito garantizado con hipoteca, pues la existencia de ésta determina sin más la existencia de aquél. Abstracción desde luego exclusivamente procesal y reducida a los estrictos parámetros de una «ejecución dineraria ejercitada directamente contra el bien hipotecado» —como no podía ser menos para respetar ahora los principios constitucionales de justicia efectiva—, de modo que no impide cualquier reclamación del deudor o del dueño de la finca hipotecada al margen de las taxativas causas de oposición que la Ley reconoce, pero todas ellas, «incluso (nada menos que) las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer» (art. 698 LEC) tal ejecución especial. Pero abstracción al fin y al cabo, y a la postre no lejana sin duda de las abstracciones germánicas, para las que también se ha encontrado remedio similar al recurso al «juicio que corresponda» de nuestro derecho por la vía de la pretensión de «enriquecimiento injusto», como prueba manifiesta de que en el fondo la «justicia» acerca sustancialmente los derechos más formalmente dispares.

(Notables beneficios que la hipoteca atribuye al «crédito garantizado» y que requieren por lo tanto que éste goce de la misma publicidad que la inscripción constitutiva determina para aquélla. A mi juicio, éste es el sentido con el que debe leerse el nuevo art. 130 LH, que establece que «el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo». Conlleva ello la necesidad de la perfecta determinación del crédito en el asiento de hipoteca como requisito previo a la utilización del ejecutivo especial. Exigencia de la que sólo salva la expresa exclusión legal, como es el caso en que se utilice como expresión del crédito garantizado la vía del «saldo contable» para el que se establecen reglas especiales de determinación extrarregistral —arts. 572, 573 y 685 LEC—, excepción que tiene su adecuada contrapartida en la previsión al efecto de causas específicas de oposición

—art. 695.2.^a LEC—. Pero ya nos hemos desviado bastante de nuestro camino y esta idea debe dejarse tan solo apuntada.)

Así pues, como conclusión de todo lo dicho y para retomar el hilo de la resistencia que pueda ofrecer el Derecho real de hipoteca a aceptar, modificado pero sin conmovirse, la ampliación de la obligación garantizada, entiendo que la hipoteca es el Derecho real de garantía que sujeta o afecta un bien determinado, cualquiera que fuere su titular a la satisfacción sustitutiva a la que el acreedor garantizado tiene derecho en caso de incumplimiento por el deudor de la obligación garantizada. Desde esta perspectiva en nada padece el derecho real, desde un punto de vista dogmático, por el hecho de que una vez constituido se amplíe su contenido por pasar a garantizar el incremento de crédito resultante de la «novación modificativa» de la obligación asegurada, modificación operada por la concesión de un nuevo préstamo que se funde con el anterior para formar una obligación única por voluntad de los interesados.

Ahora bien, si dogmáticamente, a lo que entiendo, no hay dificultad alguna, otra cosa son los problemas prácticos que deben despejarse para que el resultado apetecido pueda producirse. En estos problemas vamos a entrar, por fin, analizando la forma en que los ha resuelto la DG.

5.º LA AMPLIACIÓN DE LA HIPOTECA COMO CONSECUENCIA DE LA AMPLIACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

Debemos retornar por lo tanto al punto en que dejamos los Fundamentos de Derecho de la RDG. Esto fue en el momento en que ésta rechazaba la posibilidad de llenar el vacío sufrido en la cifra de «responsabilidad hipotecaria» de la primera hipoteca por la amortización del crédito garantizado mediante la ampliación de éste, porque *«ello supondría admitir una modalidad de hipoteca próxima a la conocida en Derecho comparado como de propietario...»*. Ahora bien, como entonces ya adelantamos, una cosa es que nuestro «sistema» no contemple tal forma de hipoteca abstracta, es decir, aquella que no se extingue por la extinción del crédito, sino que queda abierta racionalmente a disposición del propietario de la finca para atribuir su garantía y su rango al crédito que prefiera favorecer, y otra muy distinta es que no quepa utilizar un mismo Derecho real de hipoteca para asegurar el crédito resultante de la «novación modificativa» por ampliación del primitivamente garantizado. Son supuestos de estructura totalmente diferente, de modo que las razones que puedan existir para rechazar la hipoteca de propietario no son utilizables sin más para rechazar la ampliación de hipoteca. En las páginas que anteceden he tratado de demostrar que no hay razones dogmáticas que impidan en nuestro Derecho su posibilidad, pero no he pretendido concluir sin reservar la primera palabra a la DG, sobre si debe o no admitirse a tenor

de preceptos normativos concretos o cuáles serían, en su caso, los requisitos necesarios para su admisión.

La DG comienza, en este mismo sentido, distinguiendo claramente los supuestos: *«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»*.

(No obstante debe reconocerse que esta distinción aparentemente clara parecía haber sido rechazada anteriormente por la propia DG; así la Resolución de 9 de enero de 2002 —después de repudiar, como hemos dicho, por primera vez que se pudiera utilizar la cifra de responsabilidad de la primera hipoteca como abstracción cuantitativa capaz de cubrir obligaciones distintas— añadió: *«Por tanto, la ampliación de la responsabilidad hipotecaria de una finca para garantizar la del crédito que hasta entonces lo estaba habrá de hacerse, en su caso, por las nuevas cantidades que se pretende que lo sean, con independencia y al margen de las anteriormente cubiertas por la hipoteca inscrita»*. De estas palabras parecía haberse deducido en la práctica la imposibilidad de utilizar la misma hipoteca —ampliada— para garantizar las nuevas cantidades, pues éstas debían ser cubiertas con independencia y marginalmente. Cualquiera que sea el valor que cupiera atribuir a tal frase, el mismo ha quedado desconocido por una Resolución directamente atinente al supuesto de hecho, por lo que la interpretación de tales palabras ha de ser corregida para referirla exclusivamente a la pretensión de utilizar la cifra de responsabilidad hipotecaria sin modificación de la hipoteca, pero no a la imposibilidad de esta modificación.)

«Y tal posibilidad ha de aceptarse, aunque con sus peculiares efectos».

Con esta aséptica frase, la DG sanciona salomónicamente la cuestión. En realidad, si bien se mira, la DG se despreocupa por completo de demostrar *«tal posibilidad»*, que parece dar por obvia, preocupándose casi en exclusiva de demostrar *«sus peculiares efectos»*, efectos en los que después entraremos y que, de ser ciertos en el sentido más radical en que están expresados, llevarían a aguar por completo la posibilidad aceptada, en cuanto parece concluirse en que en realidad existen las dos hipotecas que reclamaba el Registrador, no obstante la unidad que pretendieron los interesados. Todo ello está prácticamente contenido de íntegra manera, en el Fundamento 4.º de Derecho, del que también he extraído las anteriores frases recogidas en este apartado, que transcribiré literalmente en su mayor parte para comodidad de todos.

Antes de ello y sin solución de continuidad con la frase salomónica, la Resolución se mete de cabeza en un avispero: *«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 sólo le afectará la modificación si ha accedido al folio registral antes que su derecho».

Un avispero no sólo porque el artículo 144 LH, más que un precepto de legal concreción práctica es una declaración programática, aunque se utilice reiteradamente como muletilla de apoyo sin un estudio profundo de las consecuencias dogmáticas que de su tenor literal resultan, sino especialmente porque la DG califica ahora nuestro supuesto como un supuesto de *novación de contrato*. Debemos recordar que previamente, como hemos visto al tratar de los aspectos de la obligación ampliada, había dicho que no se produce en nuestro supuesto una *renovación contractual*, de modo que de haber un matiz diferencial entre una y otra hubiera merecido la pena cuidarse o explicarse. Porque el planteamiento de ahora nos conduce sin paliativos al principal argumento utilizado precisamente por los refractarios a admitir la inscripción de ampliación de hipoteca, el artículo 240 del correspondiente Reglamento, el cual enlazando precisamente con aquel artículo legal expresa: «Conforme a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley, cuando el hecho o convenio entre las partes produzca la novación total o parcial del contrato inscrito, se extenderá una nueva inscripción y se cancelará la precedente».

Probablemente la cita del artículo 144 de la Ley era innecesaria, pues se hace para expresar aquello que según la doctrina clásica hacía de tal precepto un artículo inútil. Esto es, decir que la constancia registral de la ampliación de hipoteca es requisito de su oponibilidad respecto de terceros, lo que resulta evidentemente «de la doctrina general que informa los artículos 10 al 17, 23, 36, 37 y, en fin, por toda la Ley Hipotecaria, que se 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...» (GALINDO y ESCOSURA); de modo que esta misma doctrina buscaba el sentido de la norma por otros derroteros que no son de seguir aquí. Pero una vez citado, la DG no debía ya callarse el dar adecuada respuesta a quienes pretenden utilizar el precepto reglamentario de desarrollo como regla de la que deducir todas las consecuencias sustantivas que resultan de la forma de hacer constar en el Registro la «modificación o destrucción» de la «obligación hipotecaria» anterior. (Si el Reglamento ordena cancelación e inscripción, ello quiere decir que necesariamente ha habido extinción y nacimiento, de modo que debe darse por supuesto que esto último ha venido legalmente establecido.)

Podría acaso haberse intentado una interpretación literal del precepto reglamentario sobre la base de decir que el mismo se refiere a hechos o circunstancias que noven total o parcialmente el contrato, es decir, el propio título

formal y material en cuya virtud se generó el Derecho real inscrito, lo que en modo alguno es equiparable a la circunstancia de ampliarse el Derecho real como consecuencia de la modificación de la obligación garantizada. O también que la referencia al artículo 144 de la Ley con la que se inicia la norma obliga a entender que la prevención de la cancelación y nueva inscripción será imprescindible en el solo caso de que exista un tercero (inscrito), respecto del que según la dicción legal no puede surtir efecto la ampliación no inscrita, por lo que ésta no podrá llevarse ya a efecto más que con arreglo a la «forma» establecida reglamentariamente.

O, en suma, interpretar los preceptos tanto el legal como el reglamentario con el sentido que en la evolución de los tiempos ha ido adquiriendo la institución del Registro de la Propiedad. No debe olvidarse que ambas normas proceden de las primitivas redacciones de los cuerpos normativos en que se insertan, y que como tal responden a una configuración de laboratorio especulativo cuyo éxito como conjunto es incuestionable, pero que, precisamente por eso, no pueden entenderse desconectados de tal conjunto y de la cabal comprensión que del mismo se induce después de más de ciento cuarenta años de práctica. No voy a entrar aquí en el precepto legal que establece una declaración programática acorde como ha dicho la doctrina con el sistema, e inentendible por tanto fuera de él, pero me niego a admitir que sea un precepto reglamentario del que únicamente puede predicarse el silencio como razón de una inexistente adaptación al Código Civil, el que, con además tan deficiente redacción, fije las consecuencias, insisto de índole «sustantiva», de toda modificación o novación del derecho de hipoteca, precisamente por la forma de los asientos que prescribe: cancelación e inscripción, *ergo*: extinción y nueva constitución (4). En último término siempre que nos queda el argumento de la reducción al absurdo.

(4) Páginas atrás he escrito que respecto de terceros extrarregistrales es indiferente que la ampliación de la obligación asegurada se garantice mediante ampliación de la hipoteca inscrita o, previa cancelación de ésta, mediante constitución de una nueva por el total importe. A sus efectos, en todo caso el bien garante queda excluido de sus pretensiones ejecutivas hasta la suma del montante de la deuda, en el sentido de que en cualquier caso, y con absoluta independencia de las fechas de los respectivos créditos, siempre están obligados a asumir la afección del bien al pago de la deuda garantizada con todas las consecuencias que de ello se siguen. Únicamente si esa atribución de garantía a un determinado acreedor se hubiera hecho en fraude de sus derechos (o en ese período general de fraude que es el de retroacción de la quiebra), podrían impugnar judicialmente la misma y como consecuencia pretender para el crédito ex-garantizado la pérdida de su carácter privilegiado. Respecto de los terceros registrales, la diferente consecuencia de una u otra posibilidad se tratará a continuación en el texto. Pero ¿qué pasa respecto de las partes? No es lo más grave, a mi juicio, que la imposición al acreedor de la necesidad de cancelar e inscribir —cuyas consecuencias sustantivas que acaso pudieran ser dudosas, tratándose de la generalidad de los derechos reales, no admiten la más mínima tratándose de un derecho de inscripción constitutiva como es la hipoteca: se cancela porque se extingue y

(Sólo a título de curiosidad, apunto que los autores citados expresaban ya en sus Comentarios al art. 144 de la Ley Hipotecaria —que como puede verse conserva todavía hoy el propio número—, en la edición que manejo, que es de 1883, que había supuestos de modificación en los que resultaba excesiva e innecesaria la forma reglamentaria, cuando el mismo objeto se conseguiría mediante una sencilla nota puesta al margen de la hipoteca, y entre los supuestos que ejemplificaban al efecto estaba precisamente el de «ampliación de hipoteca», aunque obviamente no explican lo que entendían por ésta.)

A continuación desarrolla la DG la posibilidad de la ampliación de la hipoteca (y sus peculiares efectos) obligada sin duda por la referencia expresa que a la misma hacen los artículos 115 y 163 LH y 219.2.º RH:

«A la ampliación de hipoteca hacen referencia los artículos 115 y 163 de la misma Ley, así como en el 219.2.º de su Reglamento. Cuando el primero atribuye el derecho a exigir al acreedor la ampliación de la hipoteca para garantizar intereses vencidos y no satisfechos que no lo estuvieran a consecuencia de la limitación que en orden a su garantía establece el artículo anterior, se cuida de dejar a salvo los derechos inscritos con anterioridad a la inscripción de tal ampliación. Esa salvedad implica que frente a terceros la responsabilidad que garantiza la hipoteca ampliada se descompone en dos fracciones: una, la preexistente, con la preferencia que le dé su fecha y en cuanto a las cantidades garantizadas y concepto por el que lo eran, y otra, la resultante de la ampliación, con eficacia limitada a partir de su inscripción y en cuanto a una nueva y distinta suma garantizada. A la misma conclusión ha de llegarse en el caso de la ampliación de hipoteca legal

se inscribe porque se constituye— conlleve para él la pérdida de la garantía inicial respecto de la parte de crédito aún no amortizada, y que por tanto no pueda defender su sobrevivencia a la amenaza de fraude que pudiera pesar sobre la incorporación a la garantía de la ampliación del crédito. Para mí lo más grave, obviamente, desde el plano teórico en que escribo, es de nuevo el desentendimiento del Derecho real de hipoteca, y que no se atisbe a comprender que el hecho de que el acreedor hipotecario pueda ejercitar su procedimiento ejecutivo especial porque, a la postre, sigue teniendo una hipoteca inscrita a su favor, no resuelve la gravedad que la pérdida del inicial Derecho real provoca. ¿Qué pasaría si con anterioridad a la (obligada) cancelación y nueva inscripción de la hipoteca para garantizar la obligación resultante de la ampliación del crédito primitivo, el dueño de la finca hipotecada la hubiera arrendado ventajosamente en contra de los intereses del acreedor o hubiera realizado sobre la finca hipotecada cualesquiera otros actos desvalorizadores que hubieran legitimado al acreedor para ejercer la acción de devastación (art. 117 LH) o para pretender el vencimiento anticipado de la deuda garantizada por pérdida del derecho al plazo del deudor (art. 1.129 del Código Civil)? No veo ninguna razón que asista al acreedor para defender la eficacia retroactiva de la nueva hipoteca constituida, ni para pretender la pervivencia de la antigua extinguida. Todo lo más le asisten las pretensiones que pueda deducir de la mala fe del deudor si por exceso de confianza no comprobó las circunstancias físicas y jurídicas de la finca que iban a regir para la nueva hipoteca.

exigida al amparo del artículo 163 de la Ley, o de la ordenada por el Juez en el supuesto de ejercicio de la acción de devastación conforme al artículo 219.2.º del Reglamento Hipotecario, máxime si en este caso la llamada ampliación tiene lugar mediante la constitución de hipoteca sobre bienes distintos de los hasta entonces hipotecados.

Ante ello, ha de concluirse que la denominada por el propio legislador, ampliación de hipoteca, ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva. Sus efectos vendrían a ser los mismos que la mejora de embargo a que se refiere el artículo 578.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Centrándonos tan sólo en el supuesto que puede ser más dudoso, el de ampliación sobre la misma finca ya hipotecada con anterioridad, resultaría que caso de existir cargas intermedias, la pretendida ampliación no puede perjudicarlas, pero la garantía hipotecaria preferente no tiene por qué posponerse a ellas. Por tanto, la ejecución de esa carga intermedia determinará la cancelación de la llamada ampliación cual hipoteca de rango posterior que es (art. 134 de la Ley Hipotecaria), pero no la de la hipoteca inicial. Caso de ejecutarse la hipoteca ampliada, su titular tan sólo tendrá la preferencia para el cobro con cargo al precio de realización por las cantidades inicialmente garantizadas, pues en cuanto al exceso serán preferentes para el cobro los titulares de aquellas cargas intermedias y tan sólo en la medida en que aún quede sobrante, la parte del crédito ampliado y posteriormente garantizado. Sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango, por lo que pretender que exista una sola con dos responsabilidades distintas, cada una con su propia preferencia, contradice la indivisibilidad y exigencia de prioridad única, con la consiguiente confusión al dar la apariencia de que la ampliación del crédito original goza de una garantía de igual rango al que tenía inicialmente».

Como antes apuntamos, a la DG no preocupa tanto encontrar argumentos para la admisión de la ampliación de hipoteca, cuanto el desarrollar sus «*peculiares efectos*». Quizá esto explica el silencio en que es pasado el artículo 81 de la misma Ley Hipotecaria, que contempla «la ampliación de cualquier derecho inscrito» —del que por tanto no parece pueda ser excluido el derecho de hipoteca—, estableciendo que «será objeto de una nueva inscripción, en la cual se hará referencia a la del derecho ampliado», y que desde luego hubiera merecido idénticamente alguna referencia, al menos para aclarar el significado de la que según tal precepto se debe realizar a la inscripción del derecho ampliado.

Deteniéndonos un momento en el desarrollo de los «*peculiares efectos*» que la DG parece encontrar en las normas para atribuir a las ampliaciones de hipoteca, me interesa realizar una serie de consideraciones:

1.^a La primera conclusión que obtiene la DG es que «*la denominada por el propio legislador, ampliación de hipoteca, ha de asimilarse a efectos prác-*

ticos a la constitución de una nueva», y «sus efectos vendrían a ser los mismos que la mejora de embargo a que se refiere el artículo 578.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

La comparación que se realiza en estos párrafos es profundamente reveladora de cuanto se ha venido lamentando en las páginas que anteceden: la pérdida del sentido del Derecho real de la hipoteca y su conversión en un mero privilegio crediticio. Esto explica algunas afirmaciones posteriores de la propia Resolución, pues aunque la ampliación de hipoteca parece ser convertida, a efectos prácticos, en hipoteca nueva, ello lo es porque no es menester plantearse el desarrollo de ésta, ni preguntarse por su funcionamiento efectivo en la práctica como tal nueva hipoteca, ya que en realidad la DG la contempla exclusivamente como una preferencia crediticia. De aquí la asimilación a la mejora de embargo. (Lo que por otra parte no hace sino arrojar dudas sobre si para la DG con arreglo a la vigente LEC, las cifras que consten en la anotación preventiva operan como límite de garantía respecto de terceros posteriores, tal como ocurre con la hipoteca, modificándose de esta manera la doctrina sentada con la antigua. Ver sobre ésta la reciente RDG de 28 de marzo de 2003).

2.^a En lo que sí debo entretenerme es en el desconocimiento de la naturaleza de Derecho real de la hipoteca y su abandono a los vaivenes de los privilegios concedidos a los créditos. En las páginas que anteceden ya hemos estudiado la naturaleza de la hipoteca como Derecho real que atribuye a su titular un ámbito especial de ejecución sobre el que satisfacer con exclusiva (preferencia) su crédito, y con capacidad de purga de derechos posteriores (rango).

La DG parece desconocer en sus consideraciones el valor como Derecho real de la hipoteca y la introduce en el microcosmos de las preferencias crediticias. En el caso de ejecución de la hipoteca ampliada, dice, primero será satisfecho el acreedor hipotecario por las cantidades inicialmente garantizadas, después lo serán los titulares de las cargas intermedias, y si queda sobrante, el malparado acreedor hipotecario por la parte del crédito ampliado. Lo que no desarrolla la Resolución es cómo se resuelve esto en la práctica, esto es, si el reparto debe hacerlo el Juez que conozca de la ejecución hipotecaria sin más, o debe esperar las peticiones de preferencia de los acreedores posteriores, y en todo caso singularmente si será permitido al acreedor hipotecario la asombrosa paradoja de introducir en su propio ejecutivo especial instado como consecuencia de la hipoteca ampliada una tercería de mejor derecho para pretender acaso que la parte ampliada de crédito, al menos en cuanto escrituraria, sea preferente a los créditos anotados de fecha posterior.

Para rematar el desconcierto debe añadirse que no resulta nada claro de las palabras que la Resolución dedica a la «*preferencia para el cobro*», si dentro de las «*cantidades inicialmente garantizadas*», que el titular de la

hipoteca tiene derecho a cobrar antes que las cargas intermedias, se incluyen todas las que puedan caber en la inicial cifra de responsabilidad hipotecaria (cualquiera que sea el crédito de que procedan) o tan sólo la parte no reconocidamente amortizada del crédito inicial. Sería de una gravedad inusitada defender lo primero, por lo que parece que las palabras de la DG deben interpretarse a favor de lo segundo, si bien distan mucho de decirlo con claridad.

3.^a Por otra parte, a pesar de que la Resolución extrae como peculiar consecuencia práctica de la ampliación de la hipoteca el orden de cobro a que me he referido en el punto anterior, tampoco resulta demasiado seguro que éste sea el parecer de la DG. Porque en la justificación teórica, de tal consecuencia no resultan estar las cosas demasiados claras; así resulta del Fundamento transcrito. En su primer párrafo se observa que *«frente a terceros la responsabilidad que garantiza la hipoteca se descompone en dos fracciones»* (la preexistente y la ampliada, cada una con la preferencia que le atribuye la fecha de su respectiva inscripción). Sin embargo en el párrafo segundo se expresa que *«sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango, por lo que pretender que exista una sola con dos responsabilidades distintas, cada una con su propia preferencia, contradice la indivisibilidad legal y exigencia de prioridad única...»*.

En suma, ¿se trata de una hipoteca con dos responsabilidades o de dos hipotecas distintas? Defender que una hipoteca tiene dos responsabilidades hipotecarias diferentes es desconocer que el objeto de la garantía es un crédito, no una responsabilidad; ésta es la simple cuantificación de aquél. Afir-mar por lo tanto que una sola hipoteca puede garantizar un solo crédito desdoblado en dos es incomprensible. (Debe recordarse lo que antes dijimos sobre la hipoteca de seguridad en garantía de una obligación limitada en cuanto a la cifra máxima de crédito y su ampliación posterior: o se determinan las partes de crédito garantizadas, con la consiguiente división, o el mismo crédito aparece garantizado dos veces contra la prohibición legal de hipotecas solidarias.) La única respuesta razonable, de admitirse el criterio de la DG, sería la segunda, que además sería la coherente con la naturaleza de Derecho real de la hipoteca; lo que no se ve es que diferencia hay entre esta eficacia definitiva que la DG considera haber (y que dudo que se ajustara al querer de las partes) y la pretensión del registrador calificador, cuya nota se ve revocada, de que se constituyera una hipoteca independiente respecto de la parte ampliada. Sin embargo la dualidad de hipotecas y de rangos implica la posibilidad (necesidad) de ejecuciones separadas (sin perjuicio de la acumulación cuando sea legalmente posible) respecto de cada uno de los (inevitablemente) distintos créditos garantizados, y esto, como antes vimos, no parece estar en la mente de la DG.

Con todo, aunque pudiera reconocerse la validez de la construcción de la DG, cualquiera que fuera ésta, no veo manera alguna de conciliar la posibilidad de la «dualidad» (de hipotecas o de responsabilidades) con el punto de partida, esto es, que *«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 1.169 del Código Civil...»*. Se objetará, evidentemente, que esta unificación sólo opera (puede operar) entre las partes contratantes, no respecto de terceros, y éste es el supuesto en que ahora nos hallamos al presuponer la existencia de cargas intermedias. Completamente de acuerdo, pero si en la escritura contemplada en el supuesto la obligación aparecía unificada, como así estableció la misma Resolución, ¿cómo debe hacerse el desdoblamiento de la obligación, que aparece estipulada como única, respecto de tales terceros? Por otra parte, la DG no parece contemplar la posibilidad de que la ejecución de la hipoteca se limite a una parte del crédito (de amortización periódica), sin que el acreedor acuda al vencimiento anticipado de la totalidad. Y no parece que este elemental derecho del acreedor pueda desconocerse. En tal caso, ¿a qué responsabilidad se imputa la cantidad reclamada?, o ¿qué hipoteca es la que debe ser objeto de ejecución? ¿Se quiere defender que todas las cantidades parciales serán imputadas a la hipoteca inicial, en tanto no se exceda de su responsabilidad hipotecaria? ¿O lo querido es que la primera obligación reste indemne respecto de tercero, de modo que se procederá a su teórica reconstrucción para poder imputar a ella las cantidades satisfechas por el deudor con arreglo al nuevo cuadro de amortización pactado para la obligación acumulada? Como bien se ve, la conciliación del presupuesto inicial «única obligación» con la conclusión final «dualidad de hipotecas» es imposible.

6.º EN CONCLUSIÓN

Así lo hace la Resolución comentada:

«En conclusión, 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 son esas responsabilidades objeto de garantía (art. 12 de la Ley Hipotecaria), pero los efectos de tal inscripción son los que se deriven de su propio objeto y rango, pues éste viene determinado por la Ley (art. 24 de la Ley Hipotecaria) y no por la voluntad de las partes, salvo la posibilidad de renunciar al mismo dentro de los límites del artículo 6.2.º del Código Civil, del que es

un supuesto de aplicación concreta la posposición a que se refiere el artículo 241 del Reglamento Hipotecario. Por ello, en un caso como el presente, es inscribible la ampliación de hipoteca convenida».

La expresa referencia a «un caso como el presente», parece restringir, sin demasiadas explicaciones sobre las particularidades del caso —por ejemplo, se desconoce si de hecho existían terceros intermedios—, la dosis de generalidad con la que en principio también parece que la Resolución viene a admitir la inscripción de las ampliaciones de hipoteca, generalidad que se sustenta en escuetas dicciones legales, leídas de manera tal que dejan abierto el problema a una futura determinación judicial de las respectivas preferencias de los créditos asegurados por las distintas cargas.

No obstante insiste la DG en que lo que debe determinarse son las «nuevas responsabilidades objeto de garantía», y nuevamente debo mostrar mi desacuerdo. Las responsabilidades no se garantizan, se garantizan obligaciones, de modo que el establecimiento de distintas cifras de responsabilidad, que en conjunto suman la obligación garantizada con sus accesorias, sin determinar a qué parte de ésta correspondan, significa dejar indeterminada la obligación garantizada. Por lo demás, vuelve también la DG a mencionar la palabra «rango», lo que implica necesariamente la dualidad de hipotecas, y lo hace acompañándolo de la apertura de un nuevo frente de conflictos inesperado y no resuelto, como es el de la negociación del rango hipotecario, que no es de tratar aquí, pero que confirma necesariamente la existencia de una dualidad de hipotecas.

En mi conclusión, creo que esta Resolución dista de haber dejado solucionado el problema. Pero si bien se mira, aporta una distinción fundamental: la ampliación de hipoteca no puede ser observada de la misma manera en el caso de que no existan terceros registrales que en el caso en que sí los haya: titulares de cargas intermedias. Todas las complicaciones que la DG encuentra se reducen a este último supuesto, para el que trata de encontrar una salvadora solución tratando de conciliar efectos que a la postre se revelan inconciliables.

Por ello me parece que en la práctica se pueden distinguir los dos supuestos.

- A) *Una posible aplicación de la doctrina de la DG para el caso de no existir terceros registrales posteriores a la hipoteca primitiva y anteriores a la pretensión de ampliación*

En el caso en que no existan terceros, y por terceros deben entenderse exclusivamente los titulares de cargas posteriores a la hipoteca primitiva, debe partirse de la voluntad de los contratantes de «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», cuyo pago se ha unificado a los efectos previstos en el artículo 1.169 del Código Civil. Por el tenor de tal manifestación del Centro Directivo y por las particularidades del caso resuelto deberá admitirse esta construcción en tanto no se haya extinguido por pago de la deuda la hipoteca primitiva, aunque el importe de la ampliación y el nuevo plazo pactados sean manifiestamente desproporcionados con los pendientes correspondientes de la obligación primeramente garantizada.

Siendo por tanto una la obligación garantizada, siendo una la hipoteca y siendo por tanto uno el rango, no hay razón ni lugar para la fijación de distintas cifras de responsabilidad. En las páginas de atrás se ha justificado porque es única y la misma la hipoteca, porque hay un solo rango —entendido éste en su prístino sentido de capacidad de purga, respecto del que es indiferente la fecha del crédito—, y porque no se atenta contra los derechos de posibles terceros extrarregistrales, que tienen siempre abierta la posibilidad de impugnar la operación jurídica realizada. Al efecto el único requisito imprescindible es que se determine con claridad la situación de la obligación primitiva —es decir, la parte pendiente de amortización—, porque, partiendo de la base de que la obligación final es una mera «ampliación» de la primera —identidad de «causa» de pedir—, debe ser posible, en caso de cancelación de la inscripción de la ampliación, la necesaria comparación de los derechos derivados de la hipoteca inicial con los de tales terceros triunfantes frente a la ampliación.

No creo que esta conclusión signifique desconocer el contenido de la Resolución, sino antes al contrario ajustarse a sus estrictos límites, tanto en cuanto a la naturaleza de la obligación cuanto por lo que hace a sus consecuencias hipotecarias. No puede perderse en ningún momento de vista que cuando la DG formula sus consideraciones sobre los «*peculiares efectos*» de la ampliación, está contemplando exclusivamente el caso de que existan «*terceros*», esto es, «*derechos inscritos con anterioridad a la inscripción de tal ampliación*», o también «*cargas intermedias*», por lo que no parece oportuno pretender, ni siquiera siguiendo sus dictados, que la fáctica dualidad de hipotecas o de responsabilidades en que concluye se produzca aún si tales no existen, y que en consecuencia también en este caso deban distinguirse permanentemente distintas cifras de responsabilidad, como si de créditos distintos se tratara (en la mejor de las interpretaciones), una vez que las partes han manifestado su voluntad de que pasen a considerarse un solo crédito, posibilidad cuyo admisión por la propia Resolución es, como antes hemos visto, el punto de partida de todas las consecuencias posteriores.

El problema en que me hallo es que mi pretensión de reducir los requisitos y consecuencias de la Resolución comentada al supuesto en que existan

cargas posteriores a la hipoteca primitiva, es una solución transaccional que apunto, para que aquellos compañeros reticentes a admitir la figura de la ampliación de la hipoteca, no se vean perturbados en su actuación por las dudas que les puedan crear los indicados últimos párrafos de la misma. Y apunto tal interpretación correctora, entre otras cosas, porque no creo que llegue a plantearse el supuesto de hecho al que yo restrinjo las consideraciones de la DG; sencillamente porque estoy seguro de que salvo error o engaño no hay ninguna Institución financiera que se preste a una «novación modificativa por ampliación del préstamo garantizado con hipoteca» en el caso de que en el Registro de la Propiedad consten cargas inscritas con posterioridad a su primera hipoteca, dadas las enormes dudas jurídicas que se cernirían sobre la operación resultante, incluida la propia conservación de la preferencia crediticia respecto del acreedor intermedio, que podría desde luego alegar la extinción y no la mera modificación del crédito anterior.

Pero digo que me hallo en un problema porque no creo en tal interpretación correctora, ya que lo que yo pienso es que si existen cargas intermedias lo que no puede hacerse es inscribir la ampliación de la hipoteca, ni confundirse el crédito inicial y su ampliación en un crédito único, sino que en tal caso la dualidad crediticia y por tanto de garantías hipotecarias se impone sin paliativos. Desarrollemos esta idea en el siguiente apartado.

B) *Una posible aplicación de la doctrina de la DG para el caso de existir terceros registrales posteriores a la hipoteca primitiva y preferentes a la pretensión de ampliación*

Es fundamental antes de nada atender a la dicción literal de las normas. En ningún caso dice la LH (y singularmente tampoco el art. 115 como parece sugerir la Resolución), que la ampliación de hipoteca no puede perjudicar a «los derechos inscritos con anterioridad a la inscripción de tal ampliación». Lo que la Ley siempre dice es que «la ampliación no perjudicará a los derechos inscritos», lo que es sustancialmente distinto, ya que el legislador, cuando se refiere a la «ampliación de la hipoteca», no está pensando en el asiento registral de ampliación de ninguna concreta inscripción de hipoteca, sino en el necesario incremento de la garantía para cubrir sumas mayores de deuda principal o accesoria, incremento cuya plasmación práctica no desarrolla, y que por lo tanto se llevará a cabo en los términos que sean en cada caso legalmente posibles con arreglo a nuestro sistema hipotecario, esto es, bien mediante la ampliación de la hipoteca inicial si por la inexistencia de terceros no cabe su perjuicio, bien mediante la constitución de nueva hipoteca, lo que será obligado llevar a cabo tanto si tal incremento debe hacerse valer sobre una finca distinta de las anteriormente hipotecadas, como si debiéndose hacer

valer sobre la misma finca existen en tal momento derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca inicial, que se verían perjudicados si la ampliación de hipoteca llegara a inscribirse.

Salvado, creo, el escollo que podría representar la literalidad de una norma legal, mediante la demostración, o al menos la interpretación, de que no es tal, debo ahora manifestar mis razones en defensa de que existiendo derechos inscritos no pueden las partes pretender la inscripción de la operación de ampliación de hipoteca que garantice la «novación modificativa» del crédito consistente en la ampliación de su cuantía y la modificación más o menos amplia de las circunstancias del crédito único resultante de tal ampliación.

Para expresar mis razones debo hacer una recapitulación ordenada de ideas que he ido dejando dispersas, lo que a la par sirve de conclusiones.

Primera: Es perfectamente admisible que las partes modifiquen (mal llamada «novación modificativa») un crédito mediante la ampliación de su importe y otras circunstancias del mismo, siendo el resultado de la operación el mismo y único crédito, siempre que su voluntad sea manifiesta en el sentido de no pretender el nacimiento de un crédito nuevo, pero sin que tal ficción se imponga a los terceros quienes podrán alegar la verdadera naturaleza de obligación nueva que tiene el importe ampliado (y acaso la extinción del crédito primitivo).

Segunda: Es perfectamente admisible que las partes quieran la conservación de la misma hipoteca en garantía del que ellos quieren sea el mismo crédito, siempre y cuando tal hipoteca no se haya extinguido por accesoriedad, lo que habrá ocurrido inevitablemente si el crédito primitivo se hubiera amortizado por entero.

Tercera: El Derecho real de hipoteca tolera perfectamente la modificación de su contenido que pasa a garantizar el importe ampliado del crédito. Ello es así porque no se confunde con el crédito, ni por tanto puede decirse que existe un «crédito hipotecario» con dos rangos distintos, aunque si pueda decirse que, respecto de terceros, existen dos créditos distintos, cada uno con su respectiva preferencia. Esta dualidad se manifiesta tan sólo ante la pretensión de impugnación de tales terceros. El Derecho real de hipoteca conserva su rango que es el mismo (porque por definición se parte de que no hay rangos intermedios). A efectos del rango es indiferente la fecha del crédito.

Cuarta: El hecho de que la ampliación de la hipoteca pueda afectar a terceros extrarregistrales no es causa que pueda impedir su inscripción. Ahora bien, el Derecho real de hipoteca no anticipa a su fecha de nacimiento la fecha de la operación de ampliación y modificación de crédito, por lo que es perfectamente admisible la impugnación y nulidad de esta segunda, sin que ello afecte para nada a la primitiva hipoteca (sin perjuicio de que la pretensión del impugnante puede extenderse asimismo a ésta y así acordarlo

el Juez). Esto requiere la perfecta determinación de la situación del primer crédito en el momento de producirse la ampliación.

Quinta: Por lo tanto, en el caso de que existan terceros registrales, es decir, titulares de derechos inscritos con posterioridad a la primera hipoteca, no es inscribible la operación de ampliación pretendida. Primero, porque las partes no pueden imponer a dichos terceros su consideración del crédito resultante como crédito único y uniforme, por lo que será obligada su separación como créditos distintos con las consecuencias que de ello deben seguirse. Segundo, porque aún en el caso de que así no fuera en nuestro sistema inmobiliario registral ni puede tolerarse una hipoteca con dos rangos, ni puede tolerarse que un mismo crédito quede garantizado con dos hipotecas, porque como más arriba se ha señalado, o tales hipotecas son solidarias (en caso de indeterminación de la parte por cada una garantizada) o vienen a garantizar créditos distintos (en el caso de que sí se hayan señalado las respectivas partes garantizadas). De modo que no resta otra alternativa que la constitución de una hipoteca nueva que garantice el importe del nuevo crédito.

FERNANDO CANALS BRAGE
Registrador de la Propiedad