

mantener la imposibilidad de practicar la inscripción solicitada al tratarse de una hipoteca en garantía de tres obligaciones distintas.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. SUBROGACION DE ACREEDOR. CANTIDAD ADICIONAL PRESTADA PARA PAGO DE INTERESES AL ANTERIOR ACREEDOR.—EL CARACTER RESTRICTIVO QUE HA DE DARSE A LA SUBROGACION DE UN NUEVO ACREEDOR EN UN PRESTAMO HIPOTECARIO PREEXISTENTE OBLIGA A ENTENDER QUE, AUN CUANDO PARA QUE TENGA LUGAR LA SUBROGACION, EL NUEVO ACREEDOR TENGA QUE SATISFACER NO SOLO EL CAPITAL PENDIENTE DE AMORTIZAR, SINO TAMBIEN LOS INTERESES DEVENGADOS Y NO SATISFECHOS Y LA COMISION PACTADA PARA ESTE CASO, LA SUBROGACION SE LIMITARA AL IMPORTE PENDIENTE DEL CAPITAL. ESTA APRECIACION, NO OBSTANTE, HABRA DE TENERSE EN CUENTA EN EL FUTURO DESENVOLVIMIENTO DEL DERECHO DE HIPOTECA, PERO NO IMPIDE LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA SUBROGACION SI SE HAN CUMPLIDO LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA QUE TENGA LUGAR. (RESOLUCIÓN DE 21 DE FEBRERO DE 2001. BOE DE 28 DE MARZO DE 2001.)

RESOLUCION de 21 de febrero de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Valladolid, número 5, doña María José Triana Alvarez, a inscribir una escritura de subrogación hipotecaria, en virtud de apelación de la recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, doña Mar Abril Vega, en nombre de «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Valladolid, número 5, doña María José Triana Alvarez, a inscribir una escritura de subrogación hipotecaria, en virtud de apelación de la recurrente.

Hechos.—I. El 21 de febrero de 1996, mediante escritura autorizada por el Notario de Valladolid, don Fernando Calderón Estevez, la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria concedió un préstamo a don P. H. R. y doña A. A. H., los cuales constituyeron hipoteca sobre una finca urbana de su propiedad en garantía de catorce millones cuatrocientas mil pesetas de principal, de los intereses de tres años al tipo máximo de 9,25 por 100, que ascienden a la suma de tres millones novecientas noventa y seis mil pesetas y de la cantidad de dos millones ochocientos ochenta mil pesetas para costas y gastos.

El 17 de mayo de 1997, ante el Notario de Valladolid, don Mariano Jesús Mateo Martínez, fue otorgada escritura pública en la que el Banco Zaragozano concedió a los anteriores prestatarios y dueños de la finca hipotecada, un préstamo al tipo de interés inicial de 4,5 por 100, de catorce millones trescientas mil novecientas ocho pesetas para pagar la cantidad adeudada por el préstamo anterior, y respecto a éste los deudores subrogaron a dicha entidad en la posición jurídica de la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria.

II. Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado

el precedente documento con fecha 6 de junio de 1997, bajo el asiento 138 del diario 15, retirado por el presentante y reportado nuevamente a esta oficina con fecha 19 de junio último, solicitando se extienda nota de calificación, se procede a ello y se deniega la inscripción solicitada por observarse los siguientes defectos: 1) No constar del importe total de la deuda pendiente qué cantidad corresponde a principal, cuál a intereses y cuál a comisiones, de conformidad con el principio de especialidad. Defecto subsanable. 2) No ser correcto a efectos del derecho real de hipoteca y de la subrogación que se operan, que el nuevo tipo de interés se aplique a la total cantidad prestada por el Banco Zaragozano, S. A., a los deudores, cuya cantidad engloba capital, intereses y comisiones, pendientes por razón del préstamo subrogado, ni que las nuevas cuotas sean calculadas teniendo en cuenta el total de la referida cantidad prestada, pues ello implica que pasan a quedar garantizados con la hipoteca, en concepto de principal, no sólo cantidades —intereses— que si bien antes estaban garantizados, lo estaban con cargo a la cantidad prevista para tal concepto, sino incluso cantidades —comisiones— que antes ni siquiera estaban garantizados con la hipoteca, con vulneración de los principios de especialidad y accesoriedad que rigen en materia de hipoteca, y de la normativa que rige en materia de concurrencia y prelación de créditos. Defecto insubsanable por lo que no procede tomar anotación preventiva de suspensión. Contra la presente nota podrá interponerse recurso gubernativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el plazo de cuatro meses, a contar desde su fecha, y en apelación, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, de conformidad con el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento. Se hace constar que la vivienda que se describe en el precedente documento figura inscrita en construcción, y que la finca que en el mismo se comprende no tiene asignada en el Registro cuota alguna en relación con el valor total de la manzana y elementos comunes. Por último, se hace constar que dicha finca se encuentra afecta a cargas no consignadas en el precedente documento, algunas de las cuales se pueden cancelar en los términos del artículo 353 del Reglamento Hipotecario. Valladolid, 30 de junio de 1997. El Registrador. Firma ilegible».

III. La Procuradora de los Tribunales, doña Mar Abril Vega, en representación del «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: 1. Que el defecto señalado en el apartado primero de la nota de calificación se ha subsanado mediante diligencia en la propia escritura en la que se hace constar que de la cantidad prestada por el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», corresponden catorce millones ciento treinta y ocho mil cuatrocientos ochenta y nueve pesetas a capital, setenta y nueve mil treinta y cuatro a intereses, y ciento cuarenta y una mil trescientas ochenta y cinco pesetas a comisión de cancelación. 2. Que, como se indica en la escritura calificada, el importe del préstamo fue destinado a pagar la deuda mantenida con Caja de Salamanca y Soria por los conceptos a cuya devolución se había obligado la parte prestataria, quedando ingresado el importe en la entidad acreedora, que no ha impugnado el pago, de modo que entre las partes está bien realizada y ha surtido todos sus efectos. 3. Que, no obstante, la Registradora es contraria a la corrección de la subrogación, ya que entiende que existen los siguientes defectos de carácter insubsanable, los cuales son: a) no resultar aplicable el nuevo tipo de interés a la totalidad de la cantidad prestada, y b) que la cuota se calcule en relación con la totalidad del préstamo concedido para la subrogación, porque ello

supondría pasar a garantizar con la hipoteca, con cargo a principal, conceptos antes no garantizados. Que estos defectos traslucen una concepción parciaria de la operación, de modo que sólo cabe efectuar la subrogación respecto del capital en sentido estricto pendiente de reintegro, en tanto que el pago de intereses y comisiones se debe realizar, bien mediante ingreso del propio deudor, bien mediante otra financiación de carácter personal que concede el Banco que se subroga. 4. Que dicha operación se concede al amparo de la Ley 2/94 sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. Que la actuación de la Registradora está en contra de la Exposición de Motivos de la referida ley, ya que su postura, al obligar al deudor a solucionar la deuda por intereses y comisiones por una vía al margen de la subrogación, imposibilita o dificulta el ejercicio de la potestad subrogatoria que el artículo 2 de la misma ley pretende facilitar, estableciendo los requisitos de la subrogación tuteladores del interés de la parte más débil, el deudor hipotecario. 5. Que conforme a lo que dice el artículo 1, apartado 1 de la Ley 2/94, la subrogación supone la concesión de un préstamo por otra entidad para pagar la deuda y no para pagar el capital o algún concepto específico de la misma. En definitiva, es un trasunto del artículo 1.211 del Código Civil. Por otro lado, el artículo 1.173 de dicho texto legal dispone que si la deuda produce interés no podrá estimarse hecho el pago mientras no estén cubiertos los intereses. Por ello, siendo evidente que la deuda produce interés, si el préstamo que hubiera dado el Banco Zaragozano no englobara a los intereses pendientes de pago, se aplicaría necesariamente, por disposición del artículo 1.173 del Código Civil, en primer lugar, al pago de los intereses, y quedaría sin cubrir una parte del principal, por lo que es imposible la interpretación de la Registradora. 6. Que como la Ley establece que para que tenga lugar la subrogación se concede un nuevo préstamo, resulta evidente que dicho nuevo préstamo que contiene la totalidad de conceptos que componen la deuda, poseerá un interés que se aplicará sobre un total importe y no resulta lógico que un préstamo tenga un interés en cuanto a una parte de su importe y no respecto de otra (art. 2, párrafo 2 de la Ley 2/94). Que la devolución del préstamo, por el sistema de cuotas constantes, tendrá que referirse a la totalidad de su principal, que como la propia Ley ha definido contiene la totalidad de los conceptos adeudados. Que, de otro modo, habría de establecerse un sistema de amortización de cuotas comprensivas solamente de capital y el resto del mismo debería reintegrarse por otra vía. Que de lo dicho resulta claro que no se produce una variación como la que indica la señora Registradora, pues se ha producido una novación de la operación primitiva, autorizada por la Ley, en la que se está ante un nuevo préstamo con un principal que es objeto del sistema de amortización por cuotas y que se haya garantizado con la hipoteca que se subroga. 7. Que se puede afirmar que no existe una modificación respecto a terceros del límite y conceptos garantizados por la hipoteca dado que, a efectos hipotecarios, el principal del nuevo préstamo no puede quedar garantizado con la hipoteca ya inscrita por un importe mayor que el del principal del préstamo que está garantizado. Lo mismo sucede respecto a los intereses que se devenguen al nuevo e inferior tipo. Que en cuanto a la comisión de cancelación anticipada, la entidad que se subroga no podrá hacer valer su derecho de cobrar la misma si llegase a devengarse con el bien hipotecado, si tal concepto no se garantizó con el primitivo préstamo hipotecario. Que desde la concepción de subrogación que se ha expuesto, no se vulneran los principios de especialidad y accesoriedad que rigen en materia de hipote-

ca. 8. Que el artículo 5 de la Ley 3/94 establece el modo de que la subrogación realizada por la nueva entidad acreedora tenga efectos frente a terceros. Para ello se requiere que se cumpla lo establecido en el artículo 2 de la citada Ley 2/94, cuyo cumplimiento se ha justificado. 9. Que el formalismo de la calificación registral está causando un serio perjuicio a la recurrente, dado que, por el carácter constitutivo de la hipoteca, está en el aire la garantía real, a pesar de que tanto la entidad subrogada como el prestatario han consolidado su posición. Que esta situación de pendencia puede ocasionar la pérdida de la garantía real en el supuesto de que un tercero inscribiera o anotara su derecho sin estar inscrita la subrogación.

IV. La Registradora de la Propiedad, en defensa de su nota, informó en lo referente al apartado segundo de la calificación, que es el único que se recurre, pues el defecto primero ha sido subsanado. Que si el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León o la Dirección General de los Registros y del Notariado, estimase que no hay lugar al defecto alegado, se procedería a inscribir la escritura sin pérdida de garantía real o de rango, con independencia de los asientos que se hubieran practicado con posterioridad, pues ello es lo que pretende la Ley 2/94, de novación y subrogación de préstamos hipotecarios. Que en el derecho hipotecario español rige el principio de especialidad, como han puesto de relieve las Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1953 y 27 de julio de 1987. Que el criterio seguido por las citadas Resoluciones y la subsistencia del principio de especialidad, en nada se ha visto alterado por la Ley de novación y subrogación de préstamos hipotecarios, y así lo ha establecido en el artículo 4 de la citada Ley. En consecuencia, para nada se puede aumentar el principal pendiente de amortizar por razón del préstamo hipotecario en el que se subroga el nuevo acreedor hipotecario y, por lo tanto, dicho principal pendiente no se puede aumentar con los intereses pendientes por razón del primitivo préstamo hipotecario, pues ello implicaría una capitalización de los intereses, supuesto que la Dirección General viene rechazando reiteradamente a efectos del derecho real de hipoteca desde la Resolución de 20 de mayo de 1987. Que en el caso que se contempla, por razón del préstamo hipotecario en el que el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima» pretende subrogarse, la finca quedó respondiendo de catorce millones cuatrocientas mil pesetas de principal, de los intereses remuneratorios de tres años calculados al tipo máximo del 9,25 por 100, que importan tres millones novecientas noventa y seis mil pesetas y dos millones ochocientos ochenta mil pesetas para costas y gastos, sin que quedara fijada cantidad alguna para garantizar posibles comisiones. Si ahora el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima» se subroga en dicho crédito hipotecario, tendrá que respetar las cantidades por las que quedó respondiendo la finca, sin alterar para nada el contenido de la escritura de constitución y únicamente con arreglo al artículo 4 de la Ley 2/1994 podrá pactar la mejora de las condiciones del tipo de interés, las cuales deberá aplicar única y exclusivamente al capital pendiente de amortizar por razón del préstamo hipotecario en que se subroga, y que no podrá aplicar a las cantidades que haya pagado por intereses o comisiones, pues entonces se estaría produciendo un aumento del principal, inicialmente garantizado y una ampliación de la garantía hipotecaria. Que en el caso presente, el principal pendiente por razón del préstamo subrogado asciende a catorce millones ciento treinta y ocho mil cuatrocientas treinta y nueve pesetas, y el Banco Zaragozano pretende que el importe del préstamo por el concedido que asciende a catorce millones trescientas cincuenta y ocho mil no-

vecientas ocho pesetas, de las cuales setenta y nueve mil treinta y cuatro pesetas corresponden a intereses y ciento cuarenta y una mil trescientas ochenta y cinco pesetas, a comisiones de cancelación, quede garantizado con el primitivo préstamo hipotecario y con cargo a la cifra prevista para principal. Ello no es posible, lo impide el principio de especialidad y accesoriedad que rige en materia de hipotecas y las normas sobre concurrencia o prelación de créditos, ya que los acreedores posteriores se verían perjudicados al haber sido aumentado el principal del crédito garantizado con la hipoteca. Que, por otra parte, conforme al artículo 1.212 del Código Civil, la subrogación transfiera al subrogado el mismo crédito y no un crédito distinto. Que, en este sentido, se cita la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 1988. Que, en consecuencia, no puede verse aumentado el principal pendiente ni aplicar el nuevo tipo de interés a conceptos tales como intereses o comisiones a los que antes no les aplicaba.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León confirmó la nota de la Registradora, fundándose en el informe de ésta.

VI. La Procuradora recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que mediante la escritura de subrogación, cuya inscripción se deniega, no se alteran en absoluto las cantidades por las que queda respondiendo con hipoteca la finca en concepto de principal, intereses y costas; 2.º Que los artículos 2 de la Ley 2/1994 y 1.211 del Código Civil, en el que dicha Ley se fundamenta, expresamente se refiere a una única deuda (derivada del préstamo hipotecario en su conjunto) y una cantidad prestada al deudor para el pago de aquella deuda. 3.º Que el importe prestado por el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima» para el pago de la deuda correspondiente al préstamo en el que se ha subrogado es de 14.358.908 pesetas, cantidad que es inferior al principal garantizado con la hipoteca constituida e inscrita en el Registro, que es de 14.400.000 pesetas.

Fundamentos de Derecho.—Vistos la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; los artículos 1.211 y 1.212 del Código Civil, y las Resoluciones de 19, 20 y 21 de julio de 1995.

1. En el presente recurso concurren las siguientes circunstancias:

1.ª Mediante escritura autorizada el 21 de febrero de 1996, se constituyó una hipoteca en garantía de un préstamo concedido por la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria, por el que la finca hipotecada quedó respondiendo de catorce millones cuatrocientas mil pesetas de principal, de los intereses de tres años al tipo máximo del 9,25 por 100, que ascienden a la suma de tres millones novecientos noventa y seis mil pesetas, y de la cantidad de dos millones ochocientos ochenta mil pesetas para costas y gastos.

2.ª Según la escritura calificada, otorgada el 17 de marzo de 1997, el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», concedió a los anteriores prestatarios y dueños de la finca hipotecada, un préstamo (al tipo de interés inicial del 4,5 por 100) de catorce millones trescientas mil novecientos ocho pesetas para pagar la cantidad adeudada por el préstamo anterior, y respecto de éste los deudores subrogaron a dicha entidad en la posición jurídica de la Caja de Ahorros de Salamanca y Soria. Mediante diligencia extendida en la escritura objeto de la calificación recurrida, se hace constar que de la cantidad prestada por el «Banco Zaragozano, Sociedad Anónima», corresponden catorce millones ciento treinta y ocho mil cuatrocientas ochenta y nueve pesetas a capital,

setenta y nueve mil treinta y cuatro a intereses, y ciento cuarenta y una mil trescientas ochenta y cinco pesetas a comisión de cancelación.

3.^a La Registradora de la Propiedad deniega la inscripción porque (aparte otro defecto que no ha sido objeto del presente recurso), a su juicio, no es «correcto, a efectos del derecho real de hipoteca y de la subrogación que se operan, que el nuevo tipo de interés se aplique a la total cantidad prestada por el “Banco Zaragozano, Sociedad Anónima”, a los deudores, cuya cantidad engloba capital, intereses y comisiones, pendientes por razón del préstamo subrogado, ni que las nuevas cuotas sean calculadas teniendo en cuenta el total de [la] referida cantidad prestada, pues ello implica que pasan a quedar garantizados con la hipoteca, en concepto de principal, no sólo cantidades —intereses—, que si bien antes estaban garantizados, lo estaban con cargo a la cantidad prevista para tal concepto, sino incluso cantidades —comisiones— que antes ni siquiera estaban garantizados con la hipoteca, con vulneración de los principios de especialidad y accesoriedad que rigen en materia de hipoteca, y de la normativa que rige en materia de concurrencia y prelación de créditos».

2. Plantea la Registradora la cuestión relativa al alcance de la subrogación permitida por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, y en concreto si tal subrogación opera o no respecto de la cantidad íntegra que haya de pagarse a la entidad acreedora, incluyendo no sólo la cifra del capital pendiente de amortizar, sino también los conceptos de intereses y comisión de cancelación devengados y no satisfechos. En relación con tal extremo, ha de tenerse en cuenta: *a)* Que la mencionada Ley contiene una normativa de carácter excepcional respecto de las reglas generales de la obligatoriedad de los contratos (arts. 1.258 y 1.091 del Código Civil) y de las normas hipotecarias que exigen el consentimiento del titular de un asiento registral para su modificación (arts. 1 y 40 de la Ley Hipotecaria), por lo que debe ser de interpretación estricta —cfr. las Resoluciones de 19, 20 y 21 de julio de 1995—; *b)* Que la subrogación comporta el simple cambio subjetivo en un crédito anterior que subsiste con la única modificación del tipo de interés —o, en general, de las condiciones financieras—, sin que la subrogación en la garantía hipotecaria, dada su accesoriedad, pueda alcanzar por otros conceptos a cantidad alguna que exceda de la cifra a la que dicho crédito había quedado reducido como consecuencia de previas amortizaciones del principal del préstamo —cfr. arts. 1.211 y 1.212 del Código Civil—; y *c)* Que no puede confundirse la cantidad que, según el artículo 2 de la mencionada Ley, es necesario pagar a la entidad acreedora —y que incluye no sólo el capital pendiente, sino también la cantidad que corresponda por «intereses y comisión devengados y no satisfechos» —con la cantidad en que se produce la subrogación, que únicamente es la que se debiera por capital pendiente del préstamo en ese momento; y *d)* Que esta interpretación es la que más se ajusta a las normas sobre publicidad registral y sobre concurrencia y prelación de créditos, en tanto en cuanto se opone a la subsistencia de una hipoteca que, constituida en garantía del préstamo primigenio, pasara, una vez disminuida la cantidad pendiente de aquél, a garantizar una cantidad mayor como consecuencia de la subrogación. Lo que ocurre es que, en el presente caso, debe decidirse únicamente si puede o no hacerse constar la subrogación debatida en el Registro de la Propiedad —que es lo que pretende el recurrente—, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley, y esta cuestión ha de resolverse afirmativamente, toda vez que se han observado los requisitos previstos en tal

precepto, y en concreto los necesarios para que la nota marginal exprese las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés y la persona jurídica que queda subrogada en los derechos del acreedor, tal y como figuran inscritos, sin que deba entrarse —como hace la Registradora— en cuestiones relativas al desenvolvimiento posterior del derecho de hipoteca.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto apelado y la nota de calificación en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de derecho.

Madrid, 21 de febrero de 2001.—La Directora general, *Ana López-Montís Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

COMENTARIO

Se recurre el defecto 2.º de la nota de calificación, consistente en que, a juicio del Registrador, no es correcto que el nuevo tipo de interés que provoca la subrogación hipotecaria, se aplique a la cantidad total que presta el Banco Zaragozano (subrogada), que engloba tanto el capital principal, como los intereses y comisiones pendientes; entendiendo el Registrador que únicamente debe aplicarse el nuevo tipo a la cantidad correspondiente por principal, ya que lo contrario vulneraría los principios de especialidad y accesoriedad de la hipoteca.

La Ley 2/94, de Subrogación y Novación hipotecaria, contempla la posibilidad de subrogarse en la posición del acreedor hipotecario a otra entidad financiera en el mismo préstamo garantizado con hipoteca, permitiéndose el cambio del tipo de interés cuando este nuevo resulte más beneficioso para el deudor. En concreto, el artículo 2 de la Ley de Subrogación Hipotecaria establece que: «El deudor podrá subrogar a otra entidad financiera de las mencionadas en el artículo anterior sin el consentimiento de la entidad acreedora, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero de aquélla por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella conforme a lo dispuesto en el artículo 1.211 del Código Civil».

Conviene pararse a analizar cuál es el objeto de dicha subrogación, es decir, si la subrogación se produce en la totalidad de la cantidad debida a la primitiva entidad acreedora, o si por el contrario, la subrogación debe producirse únicamente en la cantidad pendiente por capital. Según el primer criterio, la cantidad en la que se subroga la nueva entidad financiera comprendería no sólo el capital sino también los intereses debidos, así como otros gastos devengados en concepto de comisiones, etc. En el segundo caso solamente nos referiríamos al capital principal.

En apoyo de la primera tesis, se puede argüir la propia literalidad del artículo 2 de la Ley de Subrogación ya citado, pues en su párrafo segundo dice que en la certificación que debe entregar la entidad acreedora a la subrogada debe constar «el importe del débito del deudor por el préstamo hipotecario en que se ha de subrogar», de cuyas palabras parece deducirse que la nueva entidad acreedora se subroga en toda la deuda, incluyendo, por tanto, lo que ya se adeuda por intereses o comisiones, y no sólo por principal.

Sin embargo, y como pone de manifiesto CALATAYUD SIERRA (1), el propio concepto de subrogación excluye esta interpretación, ya que éste supone nada más un cambio de acreedor en un préstamo que debe seguir siendo el mismo, con la excepción de la modificación de su interés, en los términos perfectamente delimitados por la Ley. Si admitiéramos la primera tesis, el préstamo cambiaría, ya que el importe variaría considerablemente al incrementarse con las cantidades debidas por intereses o comisiones, lo cual no deja de ser una capitalización del mismo.

En este sentido, RUBIO GARRIDO (2) afirma que la subrogación hipotecaria no contradice en ningún momento los principios de accesoriedad de la hipoteca ni el de especialidad, ya que la subrogación «alumbra una adquisición derivativa del crédito», y continúa, este autor, diciendo que en la subrogación por pago no se altera el importe garantizado con hipoteca, y que sólo cambia la persona del acreedor hipotecario, como se modifica en una cesión de crédito hipotecario, y como muchas otras subrogaciones por pago contempladas en la LH.

A mi juicio, esta tesis es la correcta. La subrogación implica un cambio de sujeto, que se subroga en el mismo crédito (3), por lo que considero que la cantidad en la que debe subrogarse el nuevo acreedor será la que quede pendiente del capital inicial. Ya que hay que distinguir, como hace CALATAYUD SIERRA (4), y afirma la misma DGRN, entre la cantidad que es preciso pagar a la entidad acreedora, que incluirá las cantidades debidas por todos los conceptos (principal, intereses y comisiones), y la cantidad en la que se produce la subrogación, que, en principio, sólo debería ser la que se debe por capital. Confirma esta idea la Resolución de 5 de abril de 2000, al desestimar el recurso planteado por entender que en la escritura de subrogación que se presenta a inscripción, «no se señala de modo preciso la cuantía del préstamo tomado por el deudor de la entidad que ha de subrogarse en la posición acreedora, ni puede determinarse con seguridad por el Registrador en función de los elementos recogidos en el documento calificado: por una parte, no puede entenderse fijada aquella cuantía en la cantidad que figura en el justificante de pago incorporado al documento calificado, toda vez que en el cuerpo de la escritura se expresa que parte del pago total, el correspondiente a intereses, se abona por la entidad subrogada con cargo a una cuenta que el

(1) Véase CALATAYUD SIERRA, A., «El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/94», en *RJN*, núm. 10, abril-junio 1994, págs. 67-68.

(2) Véase RUBIO GARRIDO, T., *La Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Ed. Comares, Granada, 1998, págs. 65 y 247.

(3) Véase, por ejemplo, y por todos, a LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. primero, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, págs. 224 y 225, donde afirma que la subrogación, como mecanismo transmisivo del crédito, consiste en que «el tercero *solvens* subentra en la posición jurídica de acreedor en la misma e inmutada relación obligacional: subsisten su rango, privilegios, garantías y demás relaciones accesorias, excepciones y objeciones». Y, asimismo, añade este autor que en la subrogación legal, «el cumplimiento por un no deudor, en los indicados supuestos, ciertamente no es liberatorio del deudor, pero sí transmisivo del crédito desde el patrimonio del acreedor *accipiens* al del tercero *solvens*, manteniéndose el mismo crédito (sin novación, pues)».

(4) Véase CALATAYUD SIERRA, A., «El procedimiento de subrogación hipotecaria en la Ley 2/94», *ob. cit.*, pág. 68.

deudor tiene en su entidad, y por otra, no queda claro cuál es la parte del total que corresponde a intereses...», de donde se concluye que la cantidad debida y la subrogada no son las mismas, y que debe quedar perfectamente claro el importe de la cantidad en que se subroga el nuevo acreedor hipotecario.

Partiendo de estas ideas, conviene hacer los siguientes comentarios en relación a la discusión suscitada en esta Resolución.

1. Si, como pretende el recurrente, se aplica el nuevo tipo de interés a la cantidad resultante de reunir todas las cantidades debidas o pendientes por todos los conceptos (capital, intereses y gastos), resulta que la cantidad en que consiste la obligación se ve aumentada, por lo que queda modificado el importe de la obligación que se recogió y describió perfectamente, conforme a las exigencias del principio de determinación registral al inscribirse el préstamo garantizado.

En efecto, el principio de determinación o especialidad consiste en la absoluta determinación o especificación de los distintos elementos de la relación jurídica registral, lo que quiere decir que es preciso que consten perfectamente descritas o definidas todas las circunstancias relativas a los derechos inscribibles, a las fincas sobre las que recaen, a sus titulares y a los asientos que los recogen. Como el derecho real de hipoteca se constituye en garantía de una obligación y, defendamos la unidad del crédito hipotecario o no, esa obligación está unida a la hipoteca, debe quedar delimitada y concretada en el Registro, pues todo lo que le afecte influirá de alguna forma en la hipoteca (art. 144 LH y 240 RH) (5).

Luego, si al capitalizar los intereses y las comisiones se está modificando y aumentando la obligación garantizada con hipoteca, ese cambio debería constar asimismo en el Registro, pues, de lo contrario, se contravendría el principio de especialidad, tal y como se acaba de exponer. En el caso de la Resolución que se comenta, para que se admitiera la aplicación del nuevo tipo de interés a esa cantidad global, debería rectificarse el importe de la obligación garantizada en el registro. Si esto se hace, como parece cumplirse al aparecer en la escritura de subrogación el importe total en el que se subroga, no existe registralmente problema alguno, pero creo que ya no estaríamos ante el mismo préstamo originario, y en consecuencia, no me parece correcto hablar en este caso de una subrogación hipotecaria, ya que no sólo cambiaría el acreedor y el tipo de interés, como parece contemplar la Ley, sino la propia obligación, y, a lo mejor, debería hacerse constar este cambio en el Registro, por otro procedimiento distinto del previsto para la subrogación. Sin olvidarnos que al aplicar las cantidades debidas por intereses y gastos al capital principal, éste aumenta como consecuencia de esa capitalización de intereses; operación que, como la DGRN ha afirmado en varias ocasiones, no está permitida en nuestra práctica hipotecaria.

(5) Han sido muchas las Resoluciones de la DGRN, en este sentido, de la necesidad de determinar perfectamente la obligación garantizada. Véase, por ejemplo, las siguientes: Resolución de 4 de julio de 1984, 22 de marzo de 1988, 26 de mayo de 1986, 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991 y la Resolución de 21 de diciembre de 1990, que insiste en la necesidad de determinar correctamente la obligación garantizada sin que quepa dejarla al arbitrio de una de las partes, por las consecuencias negativas que aquello traería, produciendo la indeterminación en el contenido del derecho real de hipoteca, que tiene eficacia frente a todos.

2. Pero, además, y por otro lado, la operación que pretende el recurrente de englobar en la cifra correspondiente al capital del préstamo, tanto las cantidades pendientes por capital, como por intereses y comisión de cancelación, influye directamente sobre el derecho real de hipoteca que garantiza dicho préstamo, y afecta al principio de especialidad o determinación registral. Conviene recordar la diferencia entre la obligación garantizada y la cuantía o importe del que responde la finca hipotecada, que es la responsabilidad hipotecaria, cuya determinación constituye uno de los pilares más importantes del principio de especialidad registral y que exigen los artículos 12 y 219 LH. Pues bien, la responsabilidad hipotecaria, en principio, se mantendría igual porque estamos ante el mismo préstamo garantizado con hipoteca y nada se dice en contrario; sin embargo, aunque esta cantidad no cambiase, el aumentar el importe de la obligación podría traer consecuencias importantes, ya que la misma responsabilidad hipotecaria se corresponde con un préstamo mayor, lo cual indica que en caso de una ejecución, aunque la finca siga respondiendo de lo mismo, la deuda con los acreedores es mayor y si la responsabilidad hipotecaria no alcanza a hacer frente a esa deuda, se produce un perjuicio para el propio acreedor, que puede no ver satisfecho su crédito con el importe obtenido en subasta y para los acreedores posteriores (pues la subrogación mantiene el rango del original préstamo hipotecario), que tendrán que ver disminuida su posibilidad de cobro con el remanente, pues o éste no existe o es menor de lo que en un principio podía pensarse al cotejar los datos que ofrece el Registro, rompiéndose, en este caso, el principio de especialidad y afectando al sistema de prelación de créditos.

Por otra parte, no es posible establecer una responsabilidad hipotecaria común que alcance, tanto a los gastos y costas como a los intereses y al capital, ya que esto contradice el principio de especialidad, impidiendo que se conozca el importe de que responde la finca hipotecada por cada uno de esos conceptos distintos, tal y como establece el principio de determinación y se ha encargado la DGRN en numerosas resoluciones de advertir (6). Y esto podría ocurrir en este caso, ya que la responsabilidad hipotecaria fijada en un inicio, ahora debe aplicarse no sólo a responder del capital pendiente, sino de cantidades antes correspondientes a intereses y gastos devengados por comisión de cancelación, que deberían tener asignada su propia responsabilidad hipotecaria, generalmente mediante el establecimiento de un máximo.

En definitiva, considero que el principio de especialidad se ve vulnerado o contravenido en dos aspectos: *a)* indeterminación de la obligación o préstamo garantizado, pues no se recogería el aumento del mismo como consecuencia de unir al principal pendiente los intereses y gastos; *b)* y en segundo lugar, indeterminación de la responsabilidad hipotecaria, perjudicando el normal desenvolvimiento del principio de publicidad registral y la prelación de créditos.

Así lo manifiesta la DGRN, con la que coincido, por tanto, plenamente en lo establecido en su Fundamento 2.º de Derecho. Interpretación que avala la práctica mercantil en los últimos tiempos (7), ya que, en la actualidad, se

(6) Véase, en ese sentido, las siguientes Resoluciones: 14 de febrero de 1935, 15 de marzo de 1935, 29 de octubre de 1984, 23 y 26 de octubre de 1987.

(7) Debido al nulo desarrollo reglamentario de la Ley de Subrogación, y la novedad que supuso la misma, en los primeros momentos de aplicación de la Ley se produjo una confusión que originó que la práctica mercantil fuera contraria a la que se acaba de indicar: se consideraba que el importe en que se subrogaba el nuevo acreedor hipote-

suele advertir que el pago de los intereses pendientes y gastos ocasionados por comisiones de cancelación anticipada deben clasificarse como gastos a cargo de la persona interesada en la subrogación (deudor), sin perjuicio de que, obviamente, deban reintegrarse al primitivo acreedor hipotecario como parte de su deuda, pero quedando fuera de la cantidad en que debe subrogarse el nuevo acreedor hipotecario. Además, creo que de esta Ley debe hacerse una interpretación estricta, al ser una norma excepcional y sin desarrollo reglamentario (8), lo que dificulta enormemente la práctica mercantil de su aplicación, y no puede, por tanto, dar lugar a incluir de manera amplia, dentro de la cantidad de subrogación, más que lo estrictamente necesario, que en este caso sería el capital pendiente.

Sin embargo, la DGRN, amparándose en el artículo 5 de la Ley de Subrogación (9), emite, a mi parecer, una sorprendente declaración en su Resolución, ya que admite la inscripción de la subrogación solicitada, pues cumple con los requisitos establecidos en la Ley para su práctica. No digo que no se cumplan esos requisitos formales, que de hecho sí lo hace, ya que aparece la persona jurídica subrogada (Banco Zaragozano), las nuevas condiciones del tipo de interés (4,5 por 100), se presenta la escritura con la fecha y notario autorizante, pero, aunque formalmente y ateniéndonos a los requisitos literales del artículo 5 de la Ley de Subrogación, todo está bien hecho, hay un incumplimiento o, mejor dicho, una contravención de los principios registrales generales que, como ya he manifestado, quedan francamente en entredicho por afectar a la determinación hipotecaria.

cario era el resultante de añadir al capital pendiente de pago, los intereses y gastos asimismo pendientes. Sin embargo, el rechazo de este tipo de escrituras de subrogación por parte de los Registradores, en los últimos tiempos, ha hecho que las entidades financieras modifiquen sus hábitos y sólo consideren como préstamo subrogado al capital pendiente.

(8) En este sentido las Resoluciones 19, 20 y 21 de julio de 1995, afirman que la Ley de Subrogación Hipotecaria «se trata de una normativa de carácter excepcional respecto de las reglas generales de la obligatoriedad de los contratos (arts. 1.258 y 1.901 del Código Civil) y de las normas hipotecarias que previenen la necesidad del consentimiento del titular de un asiento registral para su modificación (arts. 1 y 40 LH), lo que reclama, por consiguiente, una interpretación estricta». En el mismo sentido la Resolución de 5 de abril de 2000.

(9) Artículo 5 de la Ley de Subrogación y Modificación de préstamos hipotecarios: «El hecho de la subrogación no surtirá efecto contra tercero, si no se hace constar en el Registro por medio de una nota marginal que expresará las circunstancias siguientes:

- 1.^a La persona jurídica subrogada en los derechos del acreedor.
- 2.^a Las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés.
- 3.^a La escritura que se anote, su fecha y el notario que la autorice.
- 4.^a La fecha de presentación de la escritura en el Registro y la de la nota marginal.
- 5.^a La firma del Registrador, que implicará la conformidad de la nota con la copia de la escritura de donde se hubiere tomado.

Bastará para que el Registrador practique la inscripción de la subrogación, que la escritura cumpla lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor. No serán objeto de nueva calificación las cláusulas inscritas del préstamo hipotecario que no se modifiquen. El Registrador no podrá exigir la presentación del título de crédito».

Si se practica la nota marginal que recoge la subrogación en los términos que se solicita, resulta que, según el Registro, y con eficacia para terceros, se ha cambiado el importe de la obligación sin modificarse la responsabilidad hipotecaria, y englobando en la misma conceptos, en principio, irreconciliables. Teniendo en cuenta que el propio artículo 5 citado establece que no serán objeto de calificación las cláusulas inscritas del préstamo hipotecario que no se modifiquen, considero que al existir una modificación, el Registrador debería calificar, y por eso, me sorprende la decisión de la DGRN, y no comprendo cómo puede admitir la inscripción de una subrogación que altera la responsabilidad hipotecaria y pone en entredicho el principio de especialidad registral, pilar del sistema hipotecario, complemento del principio de publicidad, al que perfecciona, pues contribuye a garantizar la autenticidad de lo publicado por el Registro, con el pretexto de que eso es el desenvolvimiento futuro del derecho de hipoteca, sobre el cual el Registrador no debe calificar en este momento. ¿No debería entonces permitir, asimismo, la inscripción, por ejemplo, de una hipoteca de máximo sin que *a priori* resulte ni siquiera determinable en sus líneas fundamentales la obligación, confiando que se hará en un momento posterior? También sería el desenvolvimiento posterior del derecho, pues confía que llegado el vencimiento o ejecución, los datos necesarios para acreditar la obligación se aportarán y, sin embargo, en este caso, el Registrador no inscribiría ese crédito hipotecario por indeterminación total de la obligación.

Lo que quiero poner de relieve, y para concluir, es que me parece exagerada la Resolución de la DGRN porque, a mi juicio —que probablemente no sea el más acertado— antepone el cumplimiento de unos requisitos formales al cumplimiento del principio de especialidad registral.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

GANANCIALES. LIQUIDACION. CESION EN PAGO: CAUSA SUFICIENTE.— LA ADJUDICACION DE UN BIEN PRIVATIVO EN PAGO DE UNA DEUDA ES CAUSA SUFICIENTE DE LA TRANSMISION A EFECTOS DE LA INSCRIPCION, AUNQUE LA DEUDA NO APAREZCA PLENAMENTE JUSTIFICADA, CUESTION QUE EXCEDE DEL AMBITO DE LA CALIFICACION DEL REGISTRADOR. (RESOLUCIÓN DE 9 DE JUNIO DE 2001. BOE DE 13 DE JULIO DE 2001.)

RESOLUCION de 9 de junio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Banyeres de Mariola, don Rafael María Ballarín Gutiérrez, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 2, don Francisco Borrueel Otín, a inscribir una escritura de liquidación de gananciales con cesión de vivienda, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Banyeres de Mariola, don Rafael María Ballarín Gutiérrez, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Madrid, número 2, don Francisco Borrueel Otín, a inscribir una escritura de liquidación de gananciales con cesión de vivienda, en virtud de apelación del recurrente.