

Un estudio sobre la hipoteca recargable: perspectiva actual y su reconversión en instrumento de refinanciación junto con la hipoteca flotante. Sus diferencias*

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad Antonio de Nebrija y Centro Universitario Villanueva

RESUMEN

Se analiza en este trabajo la figura de la hipoteca recargable, o hipoteca que puede recargarse, que surgió al amparo de la Ley 41/2007 de Reforma del Mercado Hipotecario. Se pretende hacer un análisis reflexivo respecto a su origen, fundamento y finalidad, y se quiere argumentar si, hoy en día, esta figura ha cumplido con aquellos fines para los que fue ideada. En definitiva, se intenta poner de manifiesto cuál es el papel que estas hipotecas tienen en la actualidad, en la realidad económica tan convulsa en la que nos movemos, dentro de un escenario generalizado de crisis, y en especial de crisis inmobiliaria y financiera. Para ello, se aprovecha a distinguirla y compararla de la hipoteca flotante, de la que siendo tan distinta en requisitos y caracteres, encuentra similitud en su función refinanciadora actual, lo que justifica su estudio comparado a lo largo de estas líneas.

PALABRAS CLAVE

Hipoteca recargable, hipoteca flotante, refinanciación, especialidad.

* Este artículo tiene su origen en la ponencia presentada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, dentro del Seminario de Derecho registral, el 12 de abril de 2012, con el título «Hipoteca flotante e hipoteca recargable».

ABSTRACT

In this paper it is analyzed the «rechargeable» mortgage, arose under Law 41/2007 of Mortgage Market Reform. We try to study its origin, basis and purpose, especially in such turbulent economic reality in which we live, within a generalized scenario of financial and real estate crisis. We pretend to know what is its real function, today.

In the other hand, we compare this mortgage with another one: the «floating» mortgage. This one is very different from rechargeable, but, there are similarities between both mortgages in their funding function, which justifies their comparative study along these lines.

KEY WORDS

Rechargeable mortgage, floating mortgage, funding, speciality.

SUMARIO: I. *Génesis de la hipoteca recargable.* I.1 Origen de las hipotecas recargables.–II. *Admisión de las hipotecas recargables: su regulación legal. Comparación con las flotantes.* II.1 Denominación y admisión. II.1.1 Comparación con la hipoteca flotante. II.2 Concepto y naturaleza jurídica. II.2.1 Concepto. II.2.2 Naturaleza jurídica. II.2.3 Comparación con la hipoteca flotante. II.3 Requisitos. II.3.1 Requisitos subjetivos. II.3.2 Requisitos objetivos. II.3.3 Requisitos temporales. II.3.4 Requisitos formales.–III. *Los principios de accesoriidad y especialidad en las hipotecas recargables –y en las flotantes–.* III.1 Principio de accesoriidad. III.2 Principio de especialidad.–IV. *Las hipotecas recargables en la actualidad: su justificación y utilidad. Instrumento de refinanciación junto con las hipotecas flotantes.*

PLANTEAMIENTO

Las hipotecas recargables o que admiten recarga son un novedoso tipo de hipoteca, de admisión relativamente reciente tras la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, de reforma del mercado hipotecario. Se pretende en este trabajo analizar su origen, requisitos, sus confrontaciones con los principios de especialidad y accesoriidad registrales, los problemas de su aplicación en la práctica, para tratar de concluir cuál es su fundamento y eficacia real, hoy en día, en un contexto económico muy diferente al que existía cuando vieron la luz, sirviendo básicamente como instrumento de refinanciación a aquellos deudores hipotecarios que buscan una vía para la reestructuración de su deuda. No obstante, este medio, en teoría eficaz y válido para ello, encuentra diversas dificultades en la práctica, que hacen que se vea sustituido por otro tipo de hipoteca como es la flotante que, sin tener *a priori* nada que ver con la misma, como

pondremos de relieve, se le asemeja y la sustituye en la finalidad refinanciadora.

Para ello, vamos a desarrollar a lo largo de este trabajo los siguientes aspectos: Génesis de las hipotecas recargables: evolución jurisprudencial sobre su admisión. ¿Respuesta a una necesidad social? A continuación, se analizará la regulación legal de las hipotecas recargables: requisitos y exigencias legales, su comparación y distinción con las flotantes. De igual forma, se hará hincapié en los problemas que ha suscitado su admisión: la aplicación de los principios registrales de accesoriedad y especialidad a estos tipos de hipotecas. Para concluir, se pondrá de manifiesto cuál es el papel actual de las hipotecas recargables: perspectiva de estos años de vigencia y prospectiva de futuro, como instrumento de refinanciación, y su coincidencia en este punto con las hipotecas flotantes.

I. GÉNESIS DE LA HIPOTECA RECARGABLE

Como hemos dicho, la admisión legal de la hipoteca recargable se confirmó con la Ley 41/2007 de Reforma del Mercado Hipotecario.

La hipoteca «recargable» no aparece expresamente contemplada en el cuerpo legal, pero puede deducirse su existencia a partir de la nueva redacción del artículo 4 Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios (LSMPH) introducido por la ley de referencia, junto con la Disposición transitoria única, párrafo tercero de dicha ley.

Se trata de un nuevo tipo de hipoteca (5 años de existencia), pero que venía reclamándose con anterioridad, desde hace algunos años más. ¿Cómo se gestionó este nuevo modelo hipotecario?

I.1 ORIGEN DE LAS HIPOTECAS RECARGABLES

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

La hipoteca recargable es aquella que admite recarga; es decir, aquella en la que señalado un máximo de responsabilidad hipotecaria y amortizado parte del préstamo garantizado, puede conce-

derse por la misma entidad una ampliación de dicho préstamo, sin que esto suponga una nueva obligación para la que haya de constituirse una nueva hipoteca de rango inferior a la que garantizaba el primer tramo de principal prestado, siempre y cuando dicha ampliación quepa en el máximo de responsabilidad inicialmente pactado, sin tener que alterarlo o modificarlo.

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

Estas hipotecas tienen su confirmación legal en el artículo 4 LSMPH y en la disposición transitoria única, párrafo 3.º de la Ley 41/2007. El primero admite que serán novaciones modificativas y no extintivas como se consideraban hasta la fecha, las «ampliaciones de capital», añadiendo la disposición transitoria que dicha posibilidad puede hacerse a partir de la entrada en vigor de esta ley.

Veamos su evolución:

1. En una primera fase, la DGRN, en la resolución de 26 de mayo de 2001, rechaza la posibilidad de que la ampliación de préstamo hipotecario quede garantizado con la misma cobertura hipotecaria inicialmente establecida. Es decir, rechaza directamente la recarga, y entiende que una hipoteca ordinaria inicialmente constituida para una obligación determinada no puede asegurar una nueva obligación consecuencia de la ampliación, aunque se haya pagado parcialmente dicha obligación, cuando de ello no queda constancia registral. La ampliación del préstamo por pago parcial del inicialmente configurado debería conllevar la cancelación parcial de dicho préstamo hipotecario, y la correspondiente nueva cobertura hipotecaria para la parte ampliada con posterioridad. Afirma el Centro Directivo que «no puede, en consecuencia, admitirse que la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito pueda aplicarse posteriormente, como una reserva de rango disponible, a la cobertura adicional de otro (cfr. Resolución de 5 de noviembre de 1990 y 17 de enero de 1994), ni aunque por haberse reducido el importe del primero quepa el segundo dentro del límite de responsabilidad hipotecaria establecida para aquél. Ello ni tan siquiera es posible en la hipoteca de seguridad, sea de máximo o en garantía de obligación futura, en que si bien la indeterminación del importe o de la propia existencia de la obligación llamada a garantizarse determina sus

peculiaridades, en todo caso exige la identificación de cuál sea la relación jurídica de la que nace o ha de nacer la obligación para cuya seguridad se constituye (cfr. Resoluciones de 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995 [RJ 1995, 186], 30 de marzo y 24 de julio de 1999), sin que el exceso de cobertura permita a las partes cobijar bajo ella un crédito distinto fruto de un nuevo convenio contractual (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 [RJ 1987, 9722] y 7 de junio de 1999). (Piénsese, además, en los perturbadores efectos que tal posibilidad tendría a la vista del nuevo sistema de minoración de cargas preferentes que el legislador ha diseñado en el nuevo artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.)»

Esta doctrina es repetida por las RRDGRN de 30 abril de 2002 y de 9 de enero de 2002¹.

2. Posteriormente, las RRDGRN de 17 de enero de 2002 y de 8 de junio 2002 sin llegar a admitir la hipoteca recargable dan un paso más hacia su aplicación: admiten que la ampliación de préstamo hipotecario es una simple novación modificativa², por lo que no necesitaría practicarse cancelación parcial de la hipoteca de la parte amortizada, ni una nueva hipoteca para garantizar la parte ampliada; pero, sin embargo, consideran que, a pesar de ser la misma obligación garantizada, la ampliación del principal debe conllevar la ampliación de la responsabilidad hipotecaria. Esa ampliación de hipoteca tendría un nuevo rango y prioridad, el que le correspondiera por su nueva inscripción. Es decir, se admite la ampliación de présta-

¹ Doctrina de la DGRN en dichas resoluciones: «Dada la accesoriedad e indivisibilidad de la hipoteca que nace en garantía de una concreta obligación y por un importe determinado, con la que se transmite y se extingue, y que subsiste íntegra, en tanto no se cancele, aun cuando se haya reducido la obligación garantizada y, por tanto, cualquiera que sea la cantidad que en virtud de pagos parciales resulte debida, no puede utilizarse la misma, para garantizar otras responsabilidades de las previstas en su constitución, cual si de una hipoteca de propietario se tratase, tal como parece pretender el recurrente al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del crédito original una vez que éste se ha reducido».

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

mo como novación modificativa, pero eso supone una ampliación de hipoteca, lo que nos lleva a una situación de dos tramos de obligación garantizados con dos tramos de cobertura hipotecaria diferenciados que, en ningún caso, puede perjudicar a terceros posteriores. La posibilidad de «recarga» se haría en dos tramos diferenciados, es decir, no es recarga propiamente dicha, pero al menos, se considera que la ampliación de préstamo hipotecario queda cubierta con la misma hipoteca. La DGRN, en estas resoluciones, confirma las de la etapa anterior, diciendo que es imposible que una hipoteca garantice dos obligaciones distintas, la inicial y la ampliada, con la misma cobertura hipotecaria, pero añade que nada impide que se amplíe la hipoteca para dar seguridad al nuevo tramo ampliado: «Estas características determinan como ha señalado la reciente Resolución de 26 de mayo de 2001, que no quepa admitir la utilización de una hipoteca constituida para la seguridad de un crédito para dar posteriormente cobertura real a otro, sea totalmente independiente del primero o el resultado de una ampliación del hasta entonces existente, aunque por haberse reducido la deuda garantizada cupiera en todo o parte el importe del segundo dentro de la suma de responsabilidad hipotecaria establecida en su momento. Ello supondría admitir una modalidad de hipoteca próxima a la conocida en Derecho comparado como de propietario, reiteradamente rechazada por este centro directivo como incompatible con aquellos principios de accesoriedad e indivisibilidad. Cuarto. Cuestión distinta es que no se pueda por vía de modificación o ampliación de la hipoteca existente pasar a dar cobertura real al incremento que experimente en su cuantía el préstamo hasta entonces garantizado como consecuencia de su ampliación. Y tal posibilidad ha de aceptarse, aunque con sus peculiares efectos. El artículo 144 de la Ley Hipotecaria contempla, en términos amplios, la posibilidad de hacer constar en el Registro todo hecho o convenio entre las partes, entre ellos la novación del contrato primitivo, que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria anterior, pero exigiendo esa constancia registral como requisito de su eficacia frente a terceros, con lo que claramente establece dos momentos temporales, el anterior al acceso registral de esa modificación, y el posterior. Al tercero tan sólo le afectará la modificación si ha accedido al folio registral antes que su derecho».

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

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

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

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

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

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

II. ADMISIÓN DE LAS HIPOTECAS RECARGABLES: SU REGULACIÓN LEGAL. COMPARACIÓN CON LAS FLOTANTES

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

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

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

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

Son razones de creciente actividad financiera las que impulsan el desarrollo de esta Ley, coincidiendo con un periodo económico expansivo en el que el crédito territorial es base fundamental del mismo, lo que conduce a flexibilizar algunos de los rígidos corsés hipotecarios existentes hasta entonces, para mejorar y conseguir más negocio basado en financiación garantizada con hipoteca. Esta es la justificación de esta Ley y de las nuevas figuras hipotecarias. Figuras basadas en una economía viva, con gran actividad financiera y bancaria que facilita el crédito territorial. ¿Podemos, todavía en la actualidad, seguir defendiendo su justificación y aplicación en estos momentos de crisis?

Veamos, ahora, cómo se han determinado en la Ley, cuáles son sus requisitos y caracteres, para tratar de responder más adelante acerca de su finalidad, y si ésta sigue persistiendo, haciendo una breve comparación en cada uno de los aspectos tratados con la hipoteca flotante que surge, al igual que la recargable, en un contexto de expansión del crédito territorial y, al igual que aquella,

como respuesta a las demandas del acreedor hipotecario que busca la garantía de su crédito.

II.1 DENOMINACIÓN Y ADMISIÓN

Como ya hemos apuntado, las hipotecas recargables no aparecen directamente reflejadas en la Ley, no existe un precepto normativo que las contemple de forma expresa, sin embargo, desde mi punto de vista, se puede defender su admisión con la nueva redacción artículo 4 LSMPH y la Disposición transitoria única, párrafo tercero, de la Ley 41/2007³.

En efecto, al admitirse la ampliación de préstamo hipotecario como novación modificativa, permaneciendo la misma garantía hipotecaria, sin alteración o pérdida de su rango, pudiendo ello no implicar incremento de la responsabilidad hipotecaria inicialmente pactada—tal y como se establece con carácter general en el párrafo 3.º—, se está dando carta de naturaleza a la posibilidad de la recarga de esa responsabilidad hipotecaria. Esto es así puesto que, con ante-

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

Artículo 4. Escritura pública.

1. En la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas.

2. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:

- i. la ampliación o reducción de capital;
- ii. la alteración del plazo;
- iii. las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente;
- iv. el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo;
- v. la prestación o modificación de las garantías personales.

3. Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.

2. La Disposición Transitoria Única, párrafo tercero, establece lo siguiente:

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

rioridad a esta Ley, y como ya vimos en sus antecedentes jurisprudenciales, el aumento de capital significaba aumento o ampliación de la propia hipoteca. Según se deduce de la ley, solo cuando haya que ampliar responsabilidad –luego cabe que no haya que hacerlo, y eso solo es posible si se ha amortizado previamente parte, y luego se recarga–, habrá que contar con el consentimiento de los terceros intermedios afectados; luego, mientras no se altere la responsabilidad, eso no es necesario, y por tanto, entendemos que eso quiere decir que cabe esa recarga.

Se ha cuestionado por parte de la doctrina⁴ la admisión legal de este tipo de hipotecas, pues: a) no existe precepto específico que las regule –a diferencia de lo que ocurre con las flotantes–, ya que con la publicación de la Ley 41/2007 no se ha modificado ningún precepto ni del Código Civil ni de la Ley Hipotecaria para recogerlas, b) son distintas de las hipotecas recargables propiamente dichas –las del sistema francés–, pues su régimen no puede adaptarse al español⁵ y c) según Valero, la Ley 41/2007 lejos de admitir este tipo de hipotecas confirma el criterio anterior de la DGRN: la ampliación del capital supone una novación modificativa del préstamo hipotecario y de la hipoteca inscrita, manteniéndose el rango en cuanto al capital preexistente y, si existen terceros, debería suponer la constitución de una nueva hipoteca con su propio rango por la cifra total de ampliación del capital, del incremento. Por eso, concluye que no se entiende su encaje en el sistema español.

Sin embargo, entendemos que su admisión puede defenderse a partir de la Ley 41/2007, que admite la ampliación del préstamo hipotecario como novación modificativa (art. 4 LSMPH, sobre todo en su párrafo 3º), y de la Disposición transitoria única que

⁴ En este sentido, véase VALERO FERNÁNDEZ, A.: «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable», en *Boletín del Colegio de Registradores*, n.º 148, 2009, pp. 1780-1783. Este autor rechaza la admisión de este tipo de hipotecas en nuestro ordenamiento, y no encuentra razones para su admisión en la Ley 41/2007, y apartarse de la hipoteca recargable francesa; mas bien al contrario, entiende que en esa Ley se está refrendando la postura tradicional de la DGRN anterior a la misma, en el sentido de entender que la ampliación de préstamo hipotecario es una novación modificativa que queda garantizado con un nuevo tramo de hipoteca de rango postergado al inicial.

⁵ La hipoteca «recargable» se copia de la hipoteca con el mismo nombre francesa, establecida en la Ordonnance 11 de marzo de 2006, sin embargo, el régimen de una y otra son bastante diferentes. Las principales diferencias que encontramos entre ambas figuras son:

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

sostiene la irretroactividad de esa configuración. Además, no puede olvidarse que este tipo de hipoteca se encontraba presente en el espíritu de la reforma de la Ley 41/2007 que buscaba un mercado hipotecario más flexible con la admisión de dos nuevas hipotecas: la flotante y la recargable, siempre en el pensamiento de los impulsores de esta ley (Asociación Hipotecaria Española, entidades financieras y crediticias, fundamentalmente). Por otra parte, el hecho de que no haya sido necesario modificar la LH ni el CC, no es óbice para su admisión, pues nada impide que se puedan crear nuevas figuras contractuales, sin necesidad de una reforma expresa de la ley, ni tampoco para los derechos reales, pues su *numerus apertus* limitado y la nueva creación de los mismos ya es una realidad en nuestro ordenamiento⁶. Además, no podemos compartir la tesis de que la Ley 41/2007 esté confirmando el anterior criterio de la DGRN, ya que con lo dispuesto en la ley se está admitiendo un supuesto distinto del que se contemplaba por el Centro Directivo. En las resoluciones previas a la ley se admitía que la ampliación de principal era una novación modificativa pero, esa ampliación, conllevaba una ampliación de la propia hipoteca, dando lugar a la existencia de dos tramos diferenciados de hipoteca que, de hecho, funcionaban como dos hipotecas diferentes de distinto rango, sin que fuera posible ampliar capital aunque «cupiera» dentro de la cifra inicial de responsabilidad hipotecaria. Sin embargo, con la redacción actual de la Ley, podemos entender que es posible ampliar capital sin ampliar hipoteca (responsabilidad hipotecaria), manteniendo el rango de la inicial, siempre que previamente se haya amortizado parte de ese préstamo, es decir, «la recarga». El hecho de que la hipoteca que se admite difiera en aspectos sustanciales de la hipoteca recargable francesa, no es óbice para negar la admisión de un nuevo tipo de hipoteca; no será exactamente la hipoteca recargable francesa, pero sí, si me permiten la expresión, una hipoteca recargable «a la española», adaptada a nuestro sistema registral, para no vulnerarlo. Por último, el hecho de que la «recarga» se haga constar en el Registro mediante nota marginal nos puede lle-

⁶ En este sentido, la DGRN ha manifestado en repetidas ocasiones la posibilidad de creación de nuevos derechos reales, siempre que exista causa que lo justifique, revistan los requisitos de fondo y forma necesarios de un derecho real, y gocen de sus caracteres de oponibilidad e inherencia. Véase, RRDGRN 27 octubre 1947, 7 julio 1949, 19 mayo 1952, 29 marzo 1955, 1 agosto 1959, 20 septiembre 1966, 5 junio, 23 y 26 octubre 1987 y 4 marzo 1993, y la muy reciente 8 junio 2011, que afirma «no solo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2 LH y 7 RH), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto, sujetarlos a condición, término o modo. Pero también es cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia “erga omnes” de los derechos reales...».

var a pensar en la constatación registral de un negocio diferente al inscrito, del que debe quedar constancia a través de un asiento diferente, lo que indica que existe algo distintos de una modificación de la obligación cuyo reflejo registral ya prevé con carácter general el artículo 144 LH.

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

II.1.1 Comparación con la hipoteca flotante

A diferencia de la recargable, la hipoteca flotante se reconoce y recoge expresamente por vez primera en el nuevo artículo 153 bis de la Ley 41/2007 de Reforma del mercado hipotecario.

La exposición de motivos de la Ley justifica su necesidad de la siguiente forma: «se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente *flotantes*. La accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquéllas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria».

Una vez más, razones de la práctica bancaria y motivaciones económicas han llevado a la admisión de esta hipoteca, flexibilizando el principio de accesoriedad y especialidad hipotecario.

Con la admisión expresa de las hipotecas flotantes se pone fin a la polémica doctrinal y jurisprudencial anterior, en torno a la posibilidad de garantizar con una única hipoteca diversas obligaciones. Hoy ya no cabe duda de que esto es posible, pues así se establece en el propio artículo 153 bis LH.

Este tipo de hipoteca recibió, anteriormente, otros nombres, tales como paraguas, sumidero, global, empresa, etc.; todos ellos nombres que pretenden de una manera gráfica poner de manifiesto la posibilidad de que varias obligaciones queden cubiertas con la misma hipoteca.

El artículo 153 bis LH las regula y define y, aunque no les da la denominación de «flotantes», este nombre es admitido comúnmente por la doctrina desde que la DGRN lo empezó a utilizar en sus resoluciones. En el borrador del Anteproyecto de la Ley de Reforma de Mercado hipotecario se utilizó, por el contra, la expresión de «hipotecas empresa», para referirse a ellas, probablemente porque estaba pensada su utilización por estas. El preámbulo de la Ley 41/2007, sin embargo, sí que utiliza esta expresión, al señalar que «En el capítulo VI se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente “flotantes”».

Por lo tanto, este es en la actualidad el nombre mayoritariamente aceptado, y cuando se constituyan como tales, en la escritura de constitución y en la inscripción consecuente, deberá expresarse su denominación (art. 153 bis LH), que no es otra que la de «flotante».

Es decir, la hipoteca flotante, a diferencia de la recargable, tiene una admisión legal expresa, no dudosa, y con una denominación claramente aceptada por la doctrina⁷.

II.2 CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

II.2.1 Concepto

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

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

En definitiva, y según lo que acabamos de exponer, solo hay hipoteca recargable, o solo hay recarga, cuando: a) se aumenta el capital del préstamo, previa amortización parcial del préstamo ini-

⁷ Sobre las notas características de la hipoteca flotante que se van comparando a lo largo de este trabajo con las de la hipoteca recargable, véase, de forma desarrollada, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «El devenir de la hipoteca flotante», en RCDI, n.º 731, 2012, pp. 1646-1660.

cial por el deudor, b) no se altera la responsabilidad hipotecaria y c) no se modifica el plazo de éste, y con estas premisas, d) no se altera el rango de la garantía hipotecaria.

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

Porque cualquier aumento de la responsabilidad hipotecaria o del plazo de la misma⁸ –siempre que haya recarga– harían perder el rango hipotecario respecto de la parte ampliada. En estos casos cuando se produce una modificación del rango, no podemos hablar de una hipoteca recargable, sino de una simple novación modificativa del préstamo que implicaría una ampliación de la propia responsabilidad hipotecaria o del plazo. Esto conduce, *de facto*, a la existencia de dos tramos de hipoteca, como dos hipotecas distintas una por cada parte distinta del préstamo ampliado, con su correspondiente rango y prioridad.

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

En cualquier caso, conviene en este punto poner de manifiesto que la doctrina no es unánime al considerar los supuestos en los que se mantiene el rango cuando hay una novación modificativa en el préstamo garantizado con hipoteca.

La regla general que establece el artículo 4.3 LSMPH es que en los supuestos de novación modificativa se mantiene el rango: «Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán,

⁸ José Luis DEL VALLE, afirmó en su conferencia sobre la Hipoteca Recargable, en el Congreso sobre garantías reales y crisis, de la Universidad Autónoma de Barcelona, octubre 2011, que un aumento de plazo, sin modificar la responsabilidad hipotecaria, pero con ampliación de principal, hace igualmente perder el rango respecto a la parte ampliada pues si se mantuviera el mismo, nos encontraríamos ante una hipoteca perpetua, que cada vez que se recarga se amplía el plazo, lo que pondría a los terceros en una situación de clara desventaja.

en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita». Por lo tanto, también, y como regla general cuando se amplíe el préstamo hipotecario.

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

a) Respecto a la primera excepción no hay controversia. La totalidad de la doctrina⁹ entiende que un incremento de la responsabilidad hipotecaria no puede mantener el rango de la hipoteca inicial para la parte ampliada o novada. En estos casos, existirá un tramo de hipoteca inicial con su rango originario, y un nuevo tramo de hipoteca con rango postergado para la parte novada o ampliada, siempre, claro está, que existan terceros intermedios.

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

b) La ampliación del plazo. Respecto a esta segunda excepción, existen posiciones doctrinales muy diversas¹⁰.

1. La primera de ellas, y de carácter minoritario¹¹, entiende que el solo aumento del plazo del préstamo hipotecario, sin necesi-

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

¹⁰ Sieira Gil hace una buena descripción de las tesis que aquí se resumen, y de los motivos y argumentos de cada una de ellas. Véase SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis*, *ob. cit.*, pp. 167-207.

¹¹ Defiende esta postura CHAVES RIVAS, A.: «Ampliación de plazo y rango», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 26, julio-agosto, 2009, disponible en <http://www.elnotario.com>, pp. 1-7.

dad de que haya también ampliación del préstamo hipotecario, supone una pérdida de rango registral.

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

No compartimos esta tesis, pues la DGRN ha mantenido en diversas ocasiones que el solo aumento del plazo, sin modificación de la responsabilidad ni nada más, no supone una alteración del rango registral, como dice la RDGRN 27 de noviembre de 1999, donde *sensu contrario* se puede mantener que la modificación del plazo de la obligación garantizada durante la vigencia de éste, debe tener su reflejo registral, conservando el rango inicial, pues defiende que la alteración una vez vencido el plazo, al extinguirse la obligación, debe tener una hipoteca con un nuevo rango posterior. En contra, sin embargo, parecen manifestarse las resoluciones de 14 de febrero y 4 de marzo 2013.

2. La segunda de las tesis, abanderada por Azofra¹², entiende que el aumento del plazo aunque vaya acompañado de un ampliación de principal, no tiene que suponer una alteración del rango. Defiende este autor que el aumento del plazo de la obligación no tiene por qué perjudicar a los acreedores posteriores que pueden verse favorecidos por el alargamiento de la deuda anterior «en la medida que hace más improbable que se ejecute la hipoteca ante su impago»¹³. Este autor considera, a diferencia de los anteriores, que el incremento de plazo en ningún caso va a suponer una alteración del rango, ni siquiera si se aumenta también el principal. Considera esa variación de plazo como «una novación modificativa que no perjudica el rango de la hipoteca, aunque existan titulares registrales posteriores y siempre que no se aumente la responsabilidad hipotecaria». Basa sus argumentos en la superación de la antigua jurisprudencia registral que afirmaba que la alteración de plazo no supone pérdida de rango, y en la consideración de que, si mediante la subrogación de acreedor es posible aumentar el plazo sin alteración del rango, por qué no va a serlo a través de una propia novación. Además, defiende una interpretación teleológica del precepto

¹² AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», en *Diario La Ley*, n.º 7167, 5 mayo 2009, año XXX, pp. 1-9.

¹³ AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», *ob. cit.*, p. 2.

que busca la flexibilización de las hipotecas, incluyendo, por tanto, este supuesto como de verdadera hipoteca recargable. Para los defensores de esta postura, lo que únicamente supone una modificación de rango es el aumento de responsabilidad hipotecaria. Sin embargo, defender esta tesis implica que el supuesto descrito supone un caso de recarga, de hipoteca recargable, y por lo tanto esta podría ser similar a una reserva de rango, o hipoteca de propietario, pues las sucesivas recargas, alargando el plazo y manteniendo el rango, permitirían un encadenamiento con el deudor, y el mantenimiento de una deuda «eternamente asegurada» con un rango preferente, lo que supondría un perjuicio grave para los terceros posteriores, acarrearía consecuencias no previstas por nuestro ordenamiento y, en consecuencia, creemos que hay que rechazarla.

3. La tercera postura¹⁴ considera que el aumento de plazo unido a la ampliación del préstamo hipotecario, sin necesidad de aumentar la responsabilidad hipotecaria, supone una pérdida de rango. Es la postura que defendemos desde estas líneas, y nos parece la más acorde con la dicción de la Ley, puesto que en el segundo párrafo del artículo nos dice cuáles son las novaciones modificativas, luego añade que ninguna de ellas supone alteración del rango, y concluye que, sin embargo, sí habrá pérdida de rango cuando se altere la responsabilidad hipotecaria «o» se modifique el plazo, «por este incremento o ampliación», se entiende que se refiere a la ampliación del préstamo hipotecario, pues así lo ha denominado en el párrafo anterior, a diferencia del plazo que lo denominaba «alteración».

Dos son las excepciones a la conservación del rango: Incremento de la responsabilidad, en cualquier caso, y solo ese incremento, pero también el aumento del plazo cuando a la vez haya una ampliación del préstamo.

Además, la interpretación sistemática con la Disposición Transitoria única.3.º, nos lleva a la misma conclusión, puesto que en ella se permite la ampliación de capital sin pérdida de rango, lo que lleva a pensar, como añade Sieria¹⁵, que existen ampliaciones de capital con pérdida de rango, y esto no puede referirse solo a las

¹⁴ Defensores de esta tesis: VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A.: «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada Hipoteca recargable», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 148, pp. 1783-1784; GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Código de la Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 6.ª edición, Ed. Thomson, 2009; DEL VALLE, J.L., en la ponencia titulada «La hipoteca recargable» defendida en el Congreso sobre Garantías Reales y Crisis, de la Universidad de Barcelona, octubre 2011; SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», *ob. cit.*, pp. 194-199; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y el mantenimiento del rango» en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 23, enero-febrero, 2009, disponible en <http://www.elnotario.com>, pp. 1- 5.

¹⁵ SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», *ob. cit.*, pp. 197-199.

ampliaciones que incrementen la responsabilidad, pues eso ya era así con anterioridad a la Ley, sino que debe pensar en otro supuesto de ampliación de capital que suponga pérdida de rango, y ese, en virtud de lo establecido en el artículo 4.3, solo puede ser la alteración del plazo.

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

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

La postura que aquí se defiende, como dice Sieira¹⁶, es un límite a la propia hipoteca recargable, para evitar los abusos que supondría un rango perpetuo.

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

El nuevo RD 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en su artículo 5.5 establece para las modificaciones previstas para los préstamos y créditos hipotecarios en el Código de Buenas Practicas que «La novación del contrato tendrá los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, con respecto a los préstamos y créditos novados». Esas modificaciones son las que se establecen dentro de la reestructuración de la deuda prevista en el artículo 1.b) del Código de buenas prácticas que son: a) Carencia en la amortización de capital de cuatro años. b) Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo. c) Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 % durante el plazo de carencia. Cualquiera de esas novaciones (modificaciones) no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita (art. 4.3 LSMHP). Por tanto, el aumento de plazo a 40 años no supone alteración del rango, y, de este modo, este RD rechaza la tesis a favor de que el

¹⁶ SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», *ob. cit.*, pp. 204-205.

solo aumento de plazo supone alteración de rango, y también confirma, en cierto modo, la tesis que aquí se defiende. Esto es así porque el mantenimiento de rango en las novaciones modificativas que establece el artículo 5.5 RD se refiere, como hemos dicho, a la refinanciación ampliando el plazo de amortización a 40 años (además de las otras dos cuestiones no problemáticas), pero entiendo que se refiere a esa sola ampliación de plazo porque en el Código no se habla de ampliar también capital; y solo en ese caso se mantiene rango (5.5 RD 6/2012 + art. 4.3 LSMPH). Por eso, la sola alteración de plazo no supone pérdida de rango, y solo si va acompañada de ampliación de principal se produce la postergación de la parte ampliada (si hubiera terceros intermedios), siendo imposible calificar a esa ampliación de principal como «recarga», pues para mí esta supone siempre mantenimiento del rango. Definida y delimitada de este modo la viabilidad, admisión y concepto de la hipoteca recargable, o de la posibilidad de recarga, hay que decir que las ventajas que ofrece al acreedor son claras, ya que le permite mantener el mismo rango hipotecario inicial que garantiza nuevas y futuras concesiones de capital. Sin la posibilidad de la hipoteca recargable, el acreedor tendría para la parte de préstamo ampliada una garantía de rango postergado, como ha ocurrido hasta la actualidad.

II.2.2 Naturaleza jurídica

En primer lugar habría que señalar que, más que un tipo especial o diferente de hipoteca, la posibilidad de recarga establecida a partir de la Ley 41/2007, es eso, una posibilidad que cuando se lleva a cabo, transforma la hipoteca original en lo que llamamos la hipoteca recargable.

Desde esta perspectiva, la naturaleza jurídica de la hipoteca que se recarga es la de una hipoteca ordinaria o de tráfico, pues en principio se establece en garantía de una obligación ya nacida y determinada (la derivada de un préstamo). No es por tanto una hipoteca de seguridad, ni es necesario establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria aunque, y como veremos, se modifica sustancialmente su régimen, cuando se ejercita «la recarga».

Sin embargo, y por otra parte, el hecho de que una hipoteca ordinaria se recargue en sucesivas ocasiones puede llevar a identificar esa hipoteca con la hipoteca en garantía de obligaciones futuras –las diferentes aportaciones de capital– que se harían dentro de la misma cobertura hipotecaria, pasando a funcionar como un máximo de responsabilidad hipotecaria. Es decir, la hipoteca recar-

gable ordinaria podría desnaturalizarse y transformarse en una hipoteca de máximo.

Si bien es cierta esta similitud, no puede olvidarse que la hipoteca se ha establecido en origen en garantía de una obligación ya existente y determinada (la de devolver el importe del préstamo), y que las ampliaciones de principal solo pueden considerarse como meras novaciones modificativas (a partir Ley 41/2007), por lo que la obligación seguiría siendo la misma inicialmente asegurada y ya determinada, eso sí, de cuantía indeterminada. Aunque es verdad que la responsabilidad hipotecaria empieza a funcionar en estos supuestos como un máximo, esta es la modificación sustancial que la recarga hace respecto de la hipoteca ordinaria.

Es más, para algunos autores¹⁷, la hipoteca recargable así considerada debería ser una hipoteca de máximo, pues solo así es posible la «recarga» dentro de ese máximo de responsabilidad, ya que de otro modo, si es una hipoteca ordinaria o de tráfico, la recarga puede desnaturalizarla ya que al recargarse es como si se convirtiera en un máximo. Canals Brage¹⁸ lo argumenta diciendo que en una hipoteca ordinaria siempre que se amortice parte del principal la responsabilidad inmediatamente disminuye, por lo que, si se refleja el capital amortizado, no puede volver a usarse su cifra de responsabilidad para garantizar una nueva cantidad, puesto que si disminuye el capital, disminuye inmediatamente la responsabilidad. Correlativamente, para los defensores de esta postura, en una hipoteca ordinaria cualquier aumento del principal supone un aumento de la cifra de responsabilidad, lo que haría imposible siempre pensar en una hipoteca recargable ordinaria, relegándose ese supuesto si es que existe, a una hipoteca de seguridad o máximo. Azofra¹⁹ considera que no era esa la finalidad de la propia Ley 41/2007 declarada en su Exposición de Motivos, ya que la referencia a la «cifra de responsabilidad» del artículo 4.2 se contraponen al «capital del préstamo», y por último, no se explica la dicción del artículo 4.3 que impide anotar la novación modificativa al margen de la hipoteca «cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente de ejecución de cargas posteriores»; ¿para qué se añade esta previsión si, según la tesis de

¹⁷ Véase OLIVA BRAÑAS, P.: «La ampliación del préstamo según la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: La recarga», *ob. cit.*, p. 162; VALERO FERNÁNDEZ, A.: «La modificación de los préstamos...», *ob. cit.*, p. 1783.

¹⁸ CANALS BRAGE, F.: «La ampliación del derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado. Algunas observaciones a la doctrina de la DGRN», en *RCDI*, n.º 678, julio-agosto, 2003, pp. 2255-2296.

¹⁹ AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», *ob. cit.*, p. 2.

estos autores, cualquier ampliación de principal implica aumento de la responsabilidad hipotecaria?, no tiene sentido alguno.

Si además esas nuevas aportaciones de capital son varias y futuras, hay quien podría asimilarla a una hipoteca flotante. Sin embargo, rechazamos también esta tesis, pues las hipotecas flotantes, como hemos dicho, garantizan varias obligaciones presentes y o futuras sin nexo causal y sin novación. No es el supuesto que se contempla en la recargable, pues a pesar de las diferentes y sucesivas ampliaciones de capital, la obligación es una, la derivada del préstamo y todas esas «pretendidas distintas obligaciones», no son más que novaciones modificativas de la cuantía del préstamo, y están por tanto no solo unidas por un nexo causal, sino que son la misma relación jurídica.

¿Podría recargarse una hipoteca flotante? Creemos que no, ya que la recarga, en principio y tal y como está considerada, debe aplicarse en una hipoteca ordinaria o de tráfico. El supuesto de que una hipoteca flotante se establezca también en garantía de las sucesivas y futuras ampliaciones de créditos asegurados, no sería ciertamente una recarga propiamente dicha. En este caso, lo normal es que esas «ampliaciones» sean nuevas y futuras obligaciones que quedan cubiertas con la misma cobertura hipotecaria global; es decir, distintos créditos/obligaciones asegurados, pero no se trataría de una recarga propiamente dicha, en la que las sucesivas ampliaciones son consideradas como el mismo préstamo y por tanto la misma obligación. Y es que nada obsta al acreedor, al contrario le beneficia, a incluir nuevas y futuras obligaciones –que coincidirán con esas ampliaciones– dentro de la cobertura global, gozando de las ventajas que el máximo de responsabilidad les otorga, y las facilidades para su ejecución.

Por último, hay quien ha identificado estas hipotecas con una mera reserva de rango, o incluso las ha equiparado a una hipoteca de propietario. No compartimos esta tesis, pues para ello habría que defender que la hipoteca recargable sin pérdida de rango existe cuando se amplía préstamo y se aumenta plazo sin modificar la responsabilidad hipotecaria, esto supondría un alargamiento *sine die* de la deuda, que siempre estaría garantizada con esa responsabilidad máxima que no varía, y admitiría nuevas ampliaciones de principal, lo que le asemeja a una reserva de rango o hipoteca de propietario prohibida en nuestro ordenamiento. Como ya hemos explicado, consideramos que la ampliación de plazo + ampliación de principal, sin modificación de la responsabilidad hipotecaria, no mantiene el rango inicial, no es verdadera hipoteca recargable en sentido estricto.

Corresponde ahora, delimitar sus elementos y sus requisitos, para poder distinguir cuándo nos encontramos ante ella y diferenciarla de otras pretendidas figuras afines.

II.2.3 Comparación con la hipoteca flotante

A diferencia de la hipoteca recargable, la hipoteca flotante es aquella hipoteca que garantiza una pluralidad de obligaciones diversas, presentes y futuras, sin conexión causal entre ellas, y sin que se produzca novación de las mismas en una única y resultante obligación final.

Los rasgos que la identifican son por tanto los siguientes²⁰:

- a) Varias obligaciones presentes y/o futuras.
- b) Obligaciones indeterminadas pero al menos determinables sus líneas básicas.
- c) No existe relación causal entre esas obligaciones. Son diferentes y no están relacionadas.
- d) No existe novación extintiva de las diferentes obligaciones en una nueva resultante. Esto significa que cada obligación conserva desde el inicio y hasta el final su independencia y autonomía.
- e) Una sola hipoteca que las garantiza, para lo cual hay que establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria.
- f) Ese máximo de responsabilidad hipotecaria es indiferenciable.

Si esos son los rasgos que identifican una hipoteca flotante, la cuestión de su naturaleza jurídica queda bastante clara, pues solo puede tratarse de una hipoteca de seguridad, en concreto, de máximo. No hay dudas en torno a su naturaleza jurídica, y ésta queda perfectamente determinada, a diferencia de lo que ocurre con las hipotecas recargables.

En efecto, la exigencia de un máximo de responsabilidad hipotecaria que garantice la pluralidad de obligaciones diversas las califica como hipotecas de máximo. Son una especie de estas y, porque

²⁰ Sobre el concepto y rasgos característicos de la hipoteca flotante véase: Sobre el concepto y rasgos característicos de la hipoteca flotante véase: SÁENZ DE JUBERA, B.: «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma de mercado hipotecario», en *RCDI*, n.º 707, pp. 1245-1274; AZOFRA VEGAS, F., OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M., ALONSO LAPORTA, J.L.: «Hipotecas en mano común», en *RCDI*, n.º 725, pp. 1285-1323; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: «Hipoteca flotante», en *RCDI*, n.º 685, 2004, pp. 2510-2526; MONTÁNCHER RAMOS, M.: «Especial referencia en la hipoteca flotante», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, pp. 39-56. AZOFRA, F.: «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, n.º 707, 2008, pp. 1179-1242.

no decirlo, las mas significativas e importantes, al menos en cuanto a su utilidad en la actualidad.

Que se trata de una clase de hipoteca de máximo queda claro cuando la propia ley, en el artículo 153 bis, así las califica, al decir «también podrá constituirse hipoteca de máximo...», justo a continuación del artículo 153 LH dedicado a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito que han sido las tradicionales hipotecas de máximo²¹.

II.3 REQUISITOS

II.3.1 Requisitos subjetivos

El acreedor hipotecario y por tanto titular de la hipoteca recargable solo puede ser una entidad financiera o bancaria, pues como dice el artículo 4 LSMPH, cuando la novación consista en un aumento de capital, solo podrá hacerlo una de las entidades del artículo 1 de la Ley, y este artículo establece que son: «las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario»²². Es decir, igual que en para las hipotecas flotantes, las entidades financieras y crediticias son las únicas que pueden ser titulares de las hipotecas recargables. Sin embargo, aquí no cabe una hipoteca recargable a favor de las Administraciones públicas, como si se permite expresamente en las flotantes.

También a diferencia de estas últimas, creemos que en las hipotecas recargables no es posible la existencia de una pluralidad de acreedores distintos, titulares de diferentes créditos. La razón de la negativa es que en estas hipotecas no se garantizan obligaciones distintas, sino que solo hay una relación jurídica garantizada que es el contrato de préstamo, único, del que se deriva una única obligación –la de devolver la total cantidad prestada–, y aunque se conce-

²¹ Véase, SÁENZ DE JUBERA, B.: «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma de mercado hipotecario», en *RCDI*, n.º 707, pp. 1246-1247. (1245-1274.)

²² Artículo 2 Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario:

«Las entidades de crédito que, a continuación, se detallan podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen:

- a. los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito,
- b. las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros,
- c. las cooperativas de crédito,
- d. los establecimientos financieros de crédito.»

da una ampliación del mismo, esto supone una novación modificativa de la obligación, sin que puedan considerarse las sucesivas ampliaciones como dos o más obligaciones diferentes. Por lo tanto, no pueden existir distintos acreedores, cada uno por su obligación o crédito, como ocurre en la flotante, puesto que la obligación es la misma: la derivada del préstamo inicial.

Sin embargo, y a diferencia de las recargables, en las flotantes, y aunque la Ley tampoco dice nada sobre el número de personas que pueden ocupar la posición acreedora o deudora en la hipoteca flotante, y, a pesar de que creemos que inicialmente –tal y como ha sido su evolución jurisprudencial– se pensaba en un solo acreedor y un solo deudor, nada obsta en la literalidad de la Ley –pues nada dice al respecto– para poder admitir la posibilidad de una pluralidad de sujetos tanto en la parte activa como en la pasiva en la hipoteca flotante. Desde luego, esto es así, cuando se trate de pluralidad de acreedores titulares del mismo crédito (no deja de ser una sola posición acreedora), pero también, como ya se ha admitido, cuando se trate de pluralidad de acreedores titulares de créditos distintos.

Este ha sido uno de los temas más discutidos en torno a esta modalidad de hipoteca: la posibilidad de admitir la pluralidad de acreedores hipotecarios titulares de diferentes créditos, como corresponde en una hipoteca flotante, organizados en mano común. La DGRN, en resolución 8 de junio de 2011, ha admitido las hipotecas flotantes con pluralidad de acreedores en mano común en supuestos de refinanciación de deuda sin necesidad, por tanto, de que se distribuya la responsabilidad hipotecaria en diversas cuotas correspondientes a los distintos créditos y acreedores. El Centro Directivo considera que no se vulnera el principio de especialidad ya que no existe indeterminación ni en los casos de cesión del derecho de cada acreedor, pues está claro que cada uno cede su concreta posición contractual con sus derechos y obligaciones propios, ni tampoco hay indeterminación en la ejecución parcial de la hipoteca por alguna de las obligaciones garantizadas, siempre que después se determine la cuantía por la que queda vigente la hipoteca en relación con el resto de obligaciones, de acuerdo con los artículos 154, 155 y 157 LH y 227 RH.

Esta doctrina de la DGRN sobre la posibilidad de hipotecas flotantes en mano común ha sido discutida por los autores, pero, en la actualidad, hay que admitirlas²³ pues, como bien dice la DGRN en esta resolución, los derechos reales son *numerus apertus*, por lo

²³ Véase sobre las razones de la admisión de las hipotecas en mano común, a AZOFRA VEGAS, F., OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M., Y ALONSO LAPORTA, J.L.: «Hipoteca en mano común», en *RCDI*, n.º 725, pp. 1285-1323.

que nada impide que se generen nuevos derechos reales o nuevas modalidades de los mismos, siempre que se respeten los límites establecidos por la propia Dirección General²⁴.

Por otra parte, y ya respecto a las hipotecas recargables, no puede olvidarse que la peculiaridad de los sujetos activos en la hipoteca recargable deviene de su propia naturaleza, y puede ocurrir que el acreedor sea solo uno (o una pluralidad pero desde el inicio), o que sean dos. Es decir: a) un acreedor inicial que concedió el préstamo garantizado con la hipoteca y que sea él mismo el que conceda la ampliación de aquella, «recargando» la responsabilidad hipotecaria; o bien, b) que el acreedor hipotecario inicial fuera uno, pero que después el que amplíe el préstamo sea otro distinto. Esto solo puede ocurrir si este segundo se ha subrogado previamente en el préstamo hipotecario inicial, puesto que en nuestro sistema, a diferencia del francés, no pueden existir diferentes acreedores hipotecarios para los distintos tramos ampliados. Luego, en definitiva siempre es un único acreedor (parte acreedora) para las dos partes: inicial y ampliación²⁵, haciendo imposible la pluralidad de acreedores distintos y por créditos diferentes en este tipo de hipoteca.

Resuelto este problema, lo que parece que sí cabría, y según Azofra²⁶, existiendo subrogación de todo el préstamo además de ampliación de capital, es que el primer acreedor no fuera una entidad financiera, siempre que el segundo subrogado que concede la ampliación sí lo fuera y ampliase entonces el préstamo, cumpliéndose entonces los requisitos de la Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. No obstante, para este autor, esta opción no será muy frecuente en la práctica, al no gozar la primera subrogación necesaria de los beneficios fiscales que ofrece la LSMPH, solo para préstamos bancarios.

En cuanto al deudor, nada dice la Ley, y por lo tanto, cualquier persona física o jurídica puede ser deudor hipotecante en una hipoteca recargable; y nada obsta para que pueda recargarse tanto un préstamo garantizado con hipoteca sobre un inmueble de propiedad del deudor, como si se estableciera en garantía de deuda ajena,

²⁴ En este sentido, a favor de la creación de nuevos derechos reales, véase las RRD-GRN 27 marzo 1947; 27 octubre 1947; 7 julio 1949; 19 mayo 1952; 29 marzo 1955, 20 septiembre 1966; 5 junio, 23 y 26 octubre 1987; 4 marzo 1993; 21 diciembre 2007.

²⁵ AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: realidad o mito», en *Diario La Ley*, n.º 7162, 27 abril 2009, año XXX, pp. 6 y 7. Allí este autor afirma que «la normativa española comparte la regla general de que la recarga no perjudica el rango de la hipoteca inicial, pero no prevé la posibilidad de que la recarga se haga a favor de un acreedor distinto del inicial (salvo porque el nuevo se haya subrogado previamente y de forma completa en el crédito inicial)».

²⁶ AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: realidad o mito», *ob. cit.*, p. 5.

existiendo un hipotecante no deudor, que debería consentir la recarga en cualquier caso.

II.3.2 Requisitos objetivos

No cabe duda de que la obligación garantizada con hipoteca recargable es, desde luego, un préstamo. Así lo dice el propio nombre de la Ley, lo afirma el CC en el artículo 1211 (génesis de la LSMH), y es por tanto la obligación recargable por excelencia. Sin embargo, existe cierta discusión doctrinal e incluso jurisprudencial acerca de si también los créditos pueden garantizarse con hipoteca recargable. A decir verdad, la polémica no se refiere solo al supuesto de la hipoteca recargable (la ampliación del préstamo hipotecario sin alteración de rango), sino a todo el ámbito objetivo de la LSMPH.

Encontramos argumentos en la propia Ley para pensar que el ámbito debe extenderse también a los créditos: así en la Exposición de Motivos se mezclan las referencias a préstamos y créditos de manera indistinta, y aunque en el artículo 1.2 que recoge el ámbito objetivo de la Ley se refiere solamente a préstamos hipotecarios, tras la reforma de 2007, se introducen dos referencias expresas a los créditos en el artículo 2.2 («cuando sobre la finca exista mas de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora...»), y en el artículo 8 relativo al cálculo de los honorarios notariales y registrales de las escrituras «de subrogación, novación modificativa y cancelación de los créditos o préstamos hipotecarios». La utilización consciente y expresa por parte del legislador diferenciando los negocios jurídicos de préstamo y crédito hace pensar que se pretende aplicar dicha ley a ambos supuestos; pero si esto es así, es una lástima que no haya aprovechado para corregir el artículo 1.2 que regula el ámbito objetivo de la Ley, y el artículo 2.2 en el que expresamente se refiere a «tomar dinero a préstamo». De igual forma, el reciente RD 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en su artículo 5.5, establece que las modificaciones que se realicen en préstamos y créditos novados tendrán los efectos previstos en el artículo 4 LSMPH, es decir, novaciones modificativas y mantenimiento de rango. Equipara de nuevo ambos términos, dotándoles de los mismos efectos.

No se puede olvidar, en cualquier caso, que el precepto en el que se basa esta ley de LSMPH, es el 1211 CC, de carácter excepcional, como ha recordado el TS en sentencia de 27 junio 1989, y por lo tanto debe interpretarse de forma restrictiva.

No obstante, aunque en términos generales la DGRN considera que el ámbito objetivo de la LSMPH son los préstamos hipotecarios, entendiendo que lo previsto por ella también se puede aplicar a otros supuestos que, sin ser estrictamente préstamos hipotecarios, se asimilan a los mismos²⁷.

La DGRN, en la resolución de 18 de junio de 2001, confirma esta nueva idea, y aunque considera que en la Ley solo se hace referencia a los préstamos, amplía el concepto de préstamo hipotecario a los efectos de esta Ley, y afirma que puede aplicarse la subrogación en ella prevista a esas otras figuras que sin ser préstamo en sentido estricto se comportan como tales, o pueden asimilarse a los mismos por el hecho de devenir en una relación jurídica unilateral asimilable al préstamo (la obligación de devolver una cantidad exacta de dinero), como puede ocurrir en un préstamo futuro o en la apertura de crédito²⁸. En las RRDGRN de 17 de julio y 27 de sep-

²⁷ Se piensa sobre todo en la asimilación del contrato de préstamo al de crédito en cuenta corriente, aunque hay que recordar que tanto el TS como la DGRN han manifestado en varias ocasiones las diferencias entre ellos. Baste ver la STS 27 junio 1989 que afirma que el contrato de cuenta corriente es aquel por el cual «el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe el cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente», y que se trata de un contrato consensual y bilateral, y continúa diciendo que por lo tanto, «no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los arts. 1753 a 1757 del CC y 311 y siguientes del C.Com, de naturaleza real, que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él solo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario». En el mismo sentido encontramos las SSTs 12 junio 1976 y 11 junio 1999.

De igual forma, diferencian claramente el contrato de préstamo de la apertura de crédito en cuenta corriente las RRDGRN 18 junio 2001, 17 septiembre 2001, 11 enero 2011. Esta última afirma lo siguiente: «La distinción es clara y ha sido puesta de manifiesto por este Centro Directivo subrayando que en el caso del préstamo hipotecario éste se ha de adecuar al régimen que para el contrato de préstamo regulan los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil (LEG 1889, 27) y 311 y siguientes del Código de Comercio (LEG 1885, 21) , de naturaleza real en cuanto se perfeccionan con la entrega de la suma prestada, y unilaterales por cuanto de ellos tan sólo surgen obligaciones para el prestatario. Ambas notas caracterizadoras del préstamo mutuo (real y unilateral) han sido destacadas igualmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. Sentencia de 7 de abril de 2004 [RJ 2005, 3845]).

Frente al préstamo, la apertura de crédito es una operación, ordinariamente bancaria y esencialmente crediticia, por la que el banco se obliga, dentro del límite y por el tiempo pactado, a poner a disposición del cliente –acreditado– y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo, a cambio de la obligación de éste de reintegrarlas en la fecha pactada, satisfaciendo los intereses y, en su caso, comisiones convenidas. Se configure la apertura del crédito de forma simple o se le añada el convenio expreso de instrumentalizarla en cuenta corriente –como sucede en el presente caso–, no cabe hablar en ella de una relación jurídica unilateral en la que se contrapongan la posición acreedora de una de las partes frente a la deudora de la otra, ya que en ella existen derechos y obligaciones por parte de ambas. De este modo el concedente, si bien tendrá derecho a los reintegros, intereses y comisiones que procedan, o al saldo de liquidación en su día, tiene la obligación de mantener la disponibilidad en los términos convenidos, disponibilidad de la que seguirá gozando el acreditado como un derecho pese a que surjan a su costa las obligaciones correlativas a los derechos del concedente (cfr. Resolución de 18 de junio de 2001 [RJ 2002, 7716]).

²⁸ Véase la RDGN 18 junio 2001: Después de diferenciar claramente el préstamo de la apertura de crédito en cuenta corriente, mantiene: «frente a estas figuras (préstamo y

tiembre de 2001, aunque para supuestos de hechos distintos, se planteaba también el problema de si eran asimilables o no a un préstamo y por tanto, se podía extender a los mismos lo dispuesto en la LSMPH. En la de 27 de septiembre de 2001, se trataba de un crédito en cuenta corriente, pero pasado un plazo de tres años, desaparecía la disponibilidad propia del crédito, y se concretaba y determinaba el importe que se había de devolver (correspondiente a la suma de las cantidades dispuestas hasta ese momento), y a partir de entonces se seguirá un régimen de amortización periódico y con devengo de intereses igual o similar a lo que ocurre en un préstamo. La DGRN no entra a decidir sobre este asunto desaprovechando una buena oportunidad para afianzar el camino iniciado en la RDGRN 18 de junio de 2001. En la RDGRN 17 de julio, el Centro Directivo rechazó la asimilación a un préstamo del crédito en cuenta corriente, sin que hubiera novación de las distintas obligaciones en una nueva y única, y por tanto, negó la aplicación de la LSMPH 2/1994.

Más recientemente, la RDGRN 29 de febrero de 2008, ya aprobada la Ley 41/2007, se muestra también proclive a la interpretación amplia de dicha ley, equiparando préstamos y créditos hipotecarios, porque en su Exposición de Motivos se declara la intención de «alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios»; aunque, y como también apunta Azofra²⁹, está pensando únicamente en los supuestos de compensación por amortización anticipada previstos en la Ley, y no en el resto de modificaciones introducidas por la Ley 41/2007, ni mucho menos, en las modificaciones de la Ley 2/1994.

apertura de crédito), tipificadas por el legislador y los usos bancarios, las técnicas financieras han alumbrado, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, otras modalidades de contrato de préstamo que partiendo de cada una de aquellas confluyen en la práctica en situaciones similares... Y junto a ellas, está la modalidad de apertura de crédito en que se condiciona la disponibilidad no sólo para ciertos fines y en porcentajes determinados sobre el total crédito concedido, sino que se fija un plazo transcurrido el cual desaparece aquella, concretándose el importe debido en las sumas de que se haya dispuesto hasta entonces que se ha de devolver a partir de ese momento siguiendo el régimen de amortización periódico y con devengo de intereses en términos coincidentes con los préstamos sujetos a amortización por cuotas. La proximidad de ambas figuras es evidente en cuanto participan de la misma causa negocial y sus efectos, una vez que se ha recibido el préstamo o ha dispuesto del crédito, son perfectamente asimilables. Si en un momento inicial, en tanto la entrega no ha tenido lugar o está abierta la disponibilidad, existe una relación jurídica compleja, una vez culminada aquella o se cierra la facultad de disponerse transforma en una relación idéntica a la del préstamo ordinario, con un acreedor exento ya de obligaciones que a partir de entonces recaen sobre el deudor. Y si la relación jurídica entre las partes sufre esa transformación, necesariamente ha de repercutir en la hipoteca que garantiza el crédito, que de ser una hipoteca de seguridad en garantía de una obligación futura o condicional y hasta un máximo de responsabilidad, pasará a ser una hipoteca ordinaria o de tráfico en garantía de una obligación ya existente y de cuantía determinada. Llegado ese momento... ha de llevar a la conclusión de que cabe su aplicación (de la Ley 2/1994) a esas situaciones que han devenido perfectamente equiparables a un préstamo hipotecario».

²⁹ AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: Realidad o mito», *ob. cit.*, p. 4.

Sin embargo, y paralelamente la Dirección General de Tributos, en la consulta vinculante de 19 de junio de 2008, afirmó que debía interpretarse restrictivamente los supuestos de aplicación de la Ley 2/1994, y por lo tanto, solo a los préstamos hipotecarios, limitando de este modo los beneficios fiscales que dicha Ley atribuye. Supone una contradicción con la interpretación que hace la DGRN, y como afirma Ventoso Escribano³⁰, no deja de ser sorprendente que la DGRN «habilite una subrogación que tiene beneficios fiscales cuando estos no son concedidos por parte de la Administración tributaria».

Por otra parte, tradicionalmente, la doctrina³¹ ha venido considerando que la subrogación prevista en esta Ley solo puede aplicarse cuando se trate de un préstamo hipotecario (en sentido estricto) y no cuando se trate de otras figuras contractuales propias de la práctica bancaria que tienen, asimismo, por finalidad la financiación, como pueden ser créditos, avales, etc.

Sin embargo, esta tesis restrictiva también ha tenido sus detractores y ha sido criticada por otra parte de la doctrina que entiende que es absurdo constreñir la aplicación de esta Ley solo a los préstamos en sentido estricto, y que no hay problema en entender que también puede producirse la subrogación prevista en apertura de créditos, cuenta corriente de crédito, etc.³²; pues de la propia *ratio*

³⁰ VENTOSO ESCRIBANO, A.: «Subrogación hipotecaria» en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, p. 262.

³¹ Véase, entre otros: GARCÍA MAS, F.J.: «Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 624, septiembre-octubre 1994, p. 1950.; LOPEZ LIZ, J.: *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Análisis práctico de la Ley 2/1994 de 30 marzo)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1955, pp. 91-94; FERNÁNDEZ LOZANO, J.L.: «Breves notas sobre la Ley 41/2007 por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria», en www.notariosyregistradores.org, pp. 1-10; LLOPIS GINER, J.M.: «Las modificaciones del crédito hipotecario: las innovaciones de la Ley 41/2007 respecto de la subrogación», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 152, pp. 2710-2734.

³² Véase NIETO CAROL, U.: «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Instituciones del mercado financiero*, vol. 2 (MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. Y ALONSO UREBA, A., coords.), Sopec, 1999, pp. 615-656; VATTIER FUENZALIDA, C.: «La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, según la ley 2/1994, de 30 de marzo», en *Actualidad Civil*, núm. 31, 1994, p. 606; RUIZ-RICO RUIZ, J.M. Y UREÑA MARTÍNEZ, M.: «Aspectos civiles de la Ley 2 /1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Actualidad Civil*, núm. 38, octubre, 1994, pp. 786-790; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M.: «Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 622, mayo-junio, 1994, pp. 1216-1221. Más recientemente, defienden la aplicación de la LSMPH a los créditos hipotecarios: SERRANO, J.R.: «Reflexiones sobre las modificaciones en materia de subrogaciones de préstamos», disponible en www.notariosyregistradores.com, 18 enero 2008, pp. 1-9; DÍAZ FRAILE, J.M.: «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 6727, año XXVIII, 4 junio 2007, pp. 4 y 7; SEDA HERMOSÍN, M.A.: «El procedimiento de subrogación hipotecaria» en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la*

de la Ley, parece deducirse que es posible, ya que lo que se pretende con la misma es favorecer al deudor, cualquiera que sea el contrato causa de su deuda.

Sobre lo que no cabe discusión es que no puede extenderse el ámbito objetivo de la Ley y de la subrogación y modificación a otras obligaciones derivadas de negocios jurídicos diferentes al crédito o préstamo; es decir, no cabría, y a diferencia de la flotante, garantizar distintas obligaciones derivadas de líneas de descuento, renting, factoring, derivados, etc. Creemos que no es posible extenderlo a todas aquellas operaciones que en ningún caso puedan asimilarse al préstamo, en cuanto no tienen una identidad de razón con aquel, una *ratio* común o similar que los equipare, ya que no suponen, en caso alguno, una única obligación unilateral sin posibilidad de disposiciones parciales.

Sin embargo, creo, como parte de la doctrina y de la jurisprudencia citadas, que no hay problema para considerar como préstamo hipotecario –al menos en un sentido amplísimo– a esas figuras o situaciones contractuales que son asimilables al mismo en su devenir por transformarse en una sola y única relación jurídica unilateral = la obligación del prestatario de devolver lo mismo que se le prestó. Y considero que estas sí entran dentro del ámbito objetivo de la Ley 2/1994, y que por lo tanto pueden ser objeto de subrogación y novación con las ventajas que dicha ley les atribuye. Podríamos decir, como afirma Ventoso Escribano³³, que se podría admitir «la posibilidad de subrogación cuando se produce el cierre de la cuenta», siendo más dudoso en aquellos créditos en cuenta corriente en los que tal cierre no se lleva a cabo.

No obstante, esta tesis no es del todo sólida y deja a la interpretación muchos de los supuestos que se puedan plantear, generando, entonces, cierta inseguridad jurídica. Hubiera sido mucho más fácil que el legislador aprovechando la reforma de la Ley 41/2007 hubiera modificado el objeto de la Ley 2/1994 de Subrogación y Modificación de préstamos hipotecarios, ampliándolo también a los créditos. Por lo tanto, ante el dudoso panorama que se expone, partiremos de la aplicación estricta de la ley, desde luego, y admitiremos cierta interpretación extensiva de su objeto, siempre en favor de obliga-

Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario (PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., coord.), Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 268-269. De manera dudosa, parece inclinarse por esta solución, no sin manifestar sus reparos, también AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: Realidad o mito», *ob. cit.*, pp. 3-5; y VENTOSO ESCRIBANO, A.: «Subrogación hipotecaria», *ob. cit.*, pp. 261-263, que plantea la cuestión como discutible aunque parece inclinarse en ciertos supuestos por la ampliación, sin dejar de remarcar el carácter meramente fiscal de la cuestión.

³³ VENTOSO ESCRIBANO, A.: «Subrogación hipotecaria», *ob. cit.*, p. 262.

ciones asimilables a los préstamos hipotecarios, si bien con dudas y con reparos.

Sin embargo, en las hipotecas flotantes, las obligaciones que se garantizan son una pluralidad de obligaciones, presentes y/o futuras, sin nexo causal entre ellas, sin novación de las mismas en una única final resultante. Es decir, obligaciones indeterminadas *a priori* aunque, eso sí, determinables porque, aunque sean desconocidas, en su constitución debe determinarse los actos jurídicos básicos de los que van a derivar esas obligaciones garantizadas. Nada que ver, por tanto, con el concreto, determinado y único objeto de garantía de las hipotecas recargables.

La descripción de esos actos jurídicos básicos basta que sea muy amplia, pues, como afirma Carrasco³⁴, «cuanto más amplia sea la descripción de los actos pretendidos, menor será la indeterminabilidad de la cobertura», pues así se desprende del propio artículo 1273 CC, que exige que el contenido de las obligaciones quede determinado de forma que no sea necesario concretarlo a través de un nuevo convenio ente las partes. Eso sí, y como añade Montánchez³⁵, esto último debe ponerse en relación con el artículo 1256 CC que impide que la validez y el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de una sola de las partes, por lo que entendemos que esa indeterminación tampoco puede suponer un nuevo acto de manifestación de voluntad de uno de ellos.

Pero, en cualquier caso, y respetado esto, no hay limitación alguna sobre cuáles sean esos actos jurídicos básicos pudiendo, por tanto, las obligaciones derivar de cualquier negocio jurídico propio de la actividad bancaria: préstamos, créditos, líneas de descuento, avales, productos derivados, factoring, renting, etc.; aunque será necesario determinar esos actos, relaciones o incluso hechos, sin que quepa utilizar expresiones del tipo «los negocios propios de la actividad bancaria». Todas y cada una de las obligaciones así aseguradas conservan su individualidad propia al no instrumentalizarse a través de una cuenta corriente, y ya no es necesario ni siquiera establecer un pacto novatorio por las partes.

Es decir, los rasgos básicos de las obligaciones garantizadas con este tipo de hipoteca son:

a) Pluralidad de obligaciones. Presentes y/o futuras.

³⁴ CARRASCO PERERA, A. Y CORDERO LOBATO, E.: «El doble filo de la hipoteca global: caveat creditor!», en *Diario La Ley*, n.º 6988, 14 de julio 2008, año XXIX, pp. 1-7.

³⁵ MONTÁNCHEZ RAMOS, M.: «Especial referencia en la hipoteca flotante», *ob.cit.*, p. 48.

b) Independencia e individualidad de esas obligaciones hasta el final, hasta la ejecución ya que:

- i. no están unidas por una relación o nexo causal,
- ii. y no revierten a través de la novación en una sola y única nueva obligación que las unifique.

c) No están perfectamente determinadas: basta con indicar la «descripción general de los actos jurídicos básicos de los que derivan o puedan derivar en un futuro» (art. 153 bis LH).

En consecuencia, la amplitud objetiva de estas hipotecas es enorme, pues cabe asegurar con ellas cualquier crédito, varios créditos, futuros, no determinados, independientes, o los que las partes tuvieran a bien considerar; amplio e indeterminado objeto que contrasta claramente con el ámbito objetivo de las hipotecas recargables, que siempre aseguran una única obligación ya nacida como es la de devolver la cantidad prestada.

II.3.3 Requisitos temporales

En este apartado debemos abordar tres cuestiones distintas: a) Si existe o debe existir un plazo máximo para las hipotecas recargables, b) si existe un plazo determinado para realizar la recarga y c) el derivado de la Disposición Transitoria única, es decir, a partir de cuándo debe admitirse la posibilidad de la recarga.

a) A diferencia de las hipotecas flotantes, y en general de las de máximo, para la hipoteca recargable –hipoteca ordinaria o de tráfico– no se establece ningún plazo máximo de duración de la hipoteca y su recarga, limitándose a corresponderle el plazo de duración del préstamo que garantiza. Y, aunque nada dice la Ley al respecto, no parecería descabellado que se hubiera establecido un plazo para este tipo de hipotecas, similar a lo que ocurre en Francia, donde la duración máxima de las mismas es de 50 años, para evitar indefinidos aumentos del plazo de préstamo, y dotar de mayor seguridad jurídica a los acreedores posteriores. Sin embargo, creemos que a lo mejor no se hizo y no era necesario porque si consideramos que la alteración del plazo del préstamo unida a la ampliación del principal no es un supuesto de hipoteca recargable en sentido estricto, ya que supone una alteración y pérdida de rango, se está limitando *per se*, por su propia naturaleza, la duración de la hipoteca, ya que al suponer una alteración de rango, la parte ampliada con plazo ampliado vendría garantizada con un nuevo tramo hipotecario de rango pospuesto al anterior y a los ter-

ceros intermedios, impidiendo los perjuicios que una obligación «eterna» garantizada con una hipoteca también «eterna» pueda suponer para esos acreedores posteriores, que ya serían anteriores respecto del tramo ampliado. Si se optara por la tesis contraria y, en consecuencia, el incremento de plazo junto con la ampliación de capital no fuera una causa de pérdida de rango, sería entonces más necesario establecer un plazo máximo de duración de la hipoteca pues, sino, las sucesivas amortizaciones parciales y recargas del préstamo con una correspondiente ampliación del plazo en cada ocasión, sin que se alterara la responsabilidad hipotecaria, conducirían a una eterna relación hipotecaria, asimilable a la hipoteca de propietario, donde el acreedor lo que consigue es una reserva de rango.

En definitiva, la consideración de que la alteración del plazo unida a una ampliación de capital hace perder rango registral (y por tanto no es recargable propiamente dicha) palía o pone límites a la consideración –por parte de algunos autores– de que la hipoteca recargable se asemeja a una hipoteca de propietario con un encadenamiento perpetuo del deudor³⁶.

b) No existe tampoco señalado plazo para realizar la recarga, pero entendemos que este debe ser el propio plazo del préstamo asegurado, pues durante su vida es cuando podemos ampliar el principal, coincidiendo con lo que se acaba de exponer. Consideramos que la ampliación de principal debe hacerse antes del vencimiento del préstamo, pues llegado ese momento se produciría un incumplimiento y habría que realizar la hipoteca, sin posibilidad, entonces, de recarga alguna. No podemos olvidar que, según lo que defendemos desde estas líneas, una ampliación de préstamo, más una ampliación de plazo del mismo, no haría una eterna recarga, pues esa posibilidad impide la existencia de una hipoteca recargable, y conlleva la alteración de rango para la parte ampliada.

c) La disposición transitoria única, en el párrafo 3.º, establece la irretroactividad de esta nueva figura impidiendo que las hipotecas ya constituidas antes de la Ley 41/2007 pudieran «refinanciarse» manteniendo el rango original, mientras que las que se constituyan a partir de entonces sí pueden hacerlo, aplicándose lo

³⁶ Véase en este sentido: OLIVA BRAÑAS, P.: «La ampliación del capital del préstamo según la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: la recarga», *ob. cit.*, p. 162; SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», en *Jornadas sobre la Hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, pp. 202-205. En contra, y considerando en todo caso que sería bueno señalar un plazo máximo para la recarga en estas hipotecas, pues considera que la alteración del plazo junto con el aumento de capital, sin modificación de la responsabilidad, no supone una alteración del rango (por tanto es hipoteca recargable), se encuentra AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: realidad o mito», *ob. cit.*, p. 9.

previsto en el artículo 4 LSMPH, aunque no se haya previsto expresamente en su escritura de constitución. No se puede, por tanto, intentar «recargar» una hipoteca ya constituida con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, por el perjuicio que podría suponer para los terceros posteriores que desconocían tal posibilidad.

Por el contrario, el plazo es esencial en las hipotecas flotantes. Señala la propia ley que debe establecerse el plazo máximo de duración de estas hipotecas. Es lógico que así sea, pues como la indeterminación de las obligaciones hipotecarias es grande y cada obligación asegurada tiene un plazo diferente muchas veces desconocido, el deudor quedaría sometido «de por vida» con el acreedor flotante. Por otra parte, su propia naturaleza de hipoteca de seguridad exige el requisito temporal.

Se duda por la doctrina si el plazo de estas hipotecas es un plazo de caducidad o de prescripción inclinándose la gran parte de los autores por considerarlo como un plazo de caducidad, transcurrido el cual, puede el Registrador cancelar de oficio la hipoteca inscrita en virtud del artículo 82.2 LH. Según Carrasco Perera³⁷ el plazo es de duración del asiento, y corresponde a las partes establecer ese plazo de duración máximo, transcurrido el cual deberá cancelarse por automáticamente por el registrador, sin necesidad de consentimiento del acreedor.

II.3.4 Requisitos formales

De nuevo son dos las cuestiones que hay que analizar en los requisitos formales de las hipotecas recargables: a) La expresa mención al carácter recargable de la hipoteca en su constitución y b) la inscripción de la recarga en el Registro.

a) Como ya hemos dicho, a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2007, todas las hipotecas que se constituyan en garantía de préstamos bancarios son recargables, sin necesidad de que tal carácter o posibilidad se pacte expresamente en la escritura. Probablemente, hubiera sido mejor, al igual que ocurre en Francia, que se hubiera establecido la necesidad de establecer la posibilidad de recarga de la hipoteca desde el inicio, pues esto garantizaría el conocimiento por parte de los terceros que quisieran contratar respecto de esa finca. La seguridad jurídica habría sido mayor. Como entiende Luis Rojas³⁸, si se pacta expresamente en la escritura, y todas las

³⁷ CARRASCO PERERA, A. Y CORDERO LOBATO, E.: «El doble filo de la hipoteca global: caveat creditor!», *ob. cit.*, p. 4.

³⁸ ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL, L.: «La novación de préstamos hipotecarios. La hipoteca recargable», en *Hacia un nuevo derecho hipotecario: Estudios sobre la*

partes consiente expresamente tal posibilidad de recarga (en definitiva de nuevas obligaciones futuras garantizadas con la misma hipoteca), se cumpliría con el requisito que establece el artículo 142 LH para las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, de que se expresen las líneas básicas de las obligaciones aseguradas, contribuyendo de este modo a salvaguardar el principio de especialidad, y en definitiva la seguridad jurídica.

Nada impide, en cualquier caso, que se pacte expresamente su no recarga, evitando así los problemas de inseguridad jurídica referidos.

b) El artículo 4.3 LSMPH establece que la novación modificativa de la hipoteca previamente inscrita, suponga o no pérdida de rango, deberá hacerse constar en el Registro «mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa». La constancia registral de esta novación es imperativa. Valero y García García³⁹ defienden que la novación modificativa se hará constar en el mismo asiento de inscripción de la hipoteca (art. 144 LH), y que en la nota marginal se expresará la referencia de tal novación. Llega al Registro a través de una nota marginal de modificación jurídica, pues recoge la posibilidad de ampliación del préstamo hipotecario con modificación de la responsabilidad hipotecaria o no, pero con la suficiente importancia para que quede constancia de la misma en el Registro, a efectos de su publicidad a terceros interesados.

La constancia en el registro a través de una nota marginal de la novación producida, diferente de la simple modificación de cualquier obligación que llega al registro en virtud del 144 LH, es argumento para defender, como hemos hecho en estas líneas, que en el artículo 4 LSMPH, no se habla solo de una novación modificativa, sino que en el mismo se está admitiendo la posibilidad de «recarga» como algo distinto de una simple novación.

El último inciso del artículo 4.3 LSMPH impide practicar la nota de novación modificativa cuando «conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores». Entiende Oliva Brañas⁴⁰, recogiendo la tesis de Valero y García García, que esta limitación debe ponerse en consonancia con el artículo 657 LEC, que exige la constancia

Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario (PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., coord.), Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 289-306.

³⁹ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A.: «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada Hipoteca recargable», *ob. cit.*, p. 1787; GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Código de la Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 6.ª edición, Ed. Thomson, 2009.

⁴⁰ OLIVA BRAÑAS, P.: «La ampliación del capital del préstamo según la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: la recarga», *ob. cit.*, pp. 163-164.

registral a través de nota marginal del mandamiento judicial de indicación de la cantidad pendiente por ejecución de cargas posteriores a la modificada. Es decir, no podrá constar la recarga (ampliación de principal) cuando se haya iniciado ejecución de cargas posteriores, puesto que esa ampliación puede perjudicar a esos terceros posteriores. Igualmente, parece que tampoco podría extenderse la nota de novación modificativa cuando conste en el Registro la nota de emisión de certificación de dominio y cargas de ejecución de la propia hipoteca ampliada.

En cuanto a los requisitos formales de la hipoteca flotante, diremos a) que la hipoteca se inscribe a través de su correspondiente y propio asiento de inscripción, en el que debe constar lo que establece el artículo 153 bis LH, y b) y, en concreto, es necesario que conste en el propio asiento registral la forma de cálculo del saldo final resultante consecuencia de la liquidación. Aunque las obligaciones mantienen su individualidad hasta el momento de la ejecución, sí que es necesario que llegada esta se calcule el saldo final por el que sale la finca a ejecución.

La ley no dice cómo debe realizarse esta liquidación final, ni acreditarse el saldo resultante, pero concede libertad de pacto entre las partes, atribuyendo al acreedor la facultad de liquidación⁴¹. En consecuencia, en la mayoría de las ocasiones quedará al arbitrio del acreedor esta determinación, al igual que la elección de la obligación asegurada cuya realización se va a llevar a cabo, y no se exige forma alguna concreta para ello.

III. LOS PRINCIPIOS DE ACCESORIEDAD Y ESPECIALIDAD EN LAS HIPOTECAS RECARGABLES –Y EN LAS FLOTANTES–

Las grandes críticas a la hipoteca recargable y el rechazo a su admisión, tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia, han venido del hecho de que con las mismas se entienden vulnerados o alterados los principios hipotecarios de accesoria y especialidad registrales.

Defendemos desde estas líneas que la admisión de este tipo de hipoteca no vulnera dichos principios, pero sí ha sido necesario redefinir su propio ámbito y concepto, puesto que ya no pueden entenderse como antes. En ese sentido, sí podemos hablar de cierta

⁴¹ Artículo 153 bis LH, penúltimo párrafo: «Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura».

flexibilización de los mismos que, a nuestro entender, es más bien una redefinición.

No es momento ahora de desarrollar la tesis de la necesaria redefinición de estos principios⁴², pero sí conviene señalar brevemente qué significan en la actualidad la accesoriedad y la especialidad.

III.1 PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD

Tradicionalmente se ha considerado que la accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación que garantiza implica que la constitución, transmisión o pervivencia de la hipoteca se hace inviable sin la existencia del crédito cuyo cumplimiento asegura.

Sin embargo, podemos decir que en la actualidad ya no se puede considerar a la accesoriedad como un dogma absoluto. Dicho principio tiene numerosas excepciones, aceptadas por todos y que no rompen el sistema, en las que la hipoteca se separa e independiza de la obligación que garantiza.

Ejemplos de esta separación entre crédito e hipoteca son, por ejemplo, la existencia de hipotecas en garantía de obligaciones futuras o condicionales, la hipoteca de responsabilidad limitada y las hipotecas unilaterales. Por otra parte, la autonomía del crédito hipotecario se pone de manifiesto en que atribuye una facultad ejercitable *erga omnes* frente a cualquier poseedor del inmueble, atribuye preferencia en el cobro, y dota a su titular de un poder inmediato sobre la cosa. También quiebra la accesoriedad por la propia indivisibilidad de la hipoteca, pues extinguido parcialmente el crédito, la hipoteca permanece íntegra. Igualmente, la especial cancelación de la inscripción del crédito hipotecario que requiere un negocio jurídico cancelatorio del acreedor hipotecario en vez de hacerse de forma automática al extinguirse el crédito, como sería lo normal por razones de accesoriedad. Todos ellos son fisuras del principio de accesoriedad admitidas en nuestro ordenamiento, lo que demuestra que dicho principio no puede elevarse a la categoría de dogma. Luego, tampoco podemos rechazar las hipotecas flotantes o recargables por no encajar en el estrecho principio de accesoriedad; otras figuras tampoco, y sin embargo se admiten.

No se puede olvidar que la accesoriedad que une la hipoteca con la obligación es funcional, pues están unidas para cumplir la función propia de la hipoteca que es el aseguramiento de una obligación

⁴² Véase sobre este extremo, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes», en *RCDI*, n.º 701, 2007, pp. 1340-1345.

determinada, su garantía. Si ese nexo existe, hay accesoriedad; consideramos que no puede entenderse este principio de otra forma y esta es la redefinición que debe hacerse de este tradicional principio.

En concreto y en relación a las hipotecas recargables, creemos que el principio de accesoriedad, aun en su definición más tradicional, se cumple y se manifiesta de forma bastante clara, más, por ejemplo que en otras figuras de hipotecas especiales como son las flotantes. De este modo, la accesoriedad en las hipotecas recargables —que son ordinarias— se demuestra en que solo nacen con la obligación asegurada, pues inicialmente se constituye una hipoteca ordinaria en garantía del préstamo ya nacido, siendo una y existente la obligación que hay que asegurar; necesitan por tanto la existencia de una obligación que asegurar, previa y definida. Además, la hipoteca recargable se extingue con la propia obligación, ya que la extinción de la obligación garantizada por pago —o cualquier otra causa— antes de la recarga extingue definitivamente la posibilidad de ampliación del préstamo, pues al extinguirse la obligación, se extingue la hipoteca, y por tanto, esa nueva «ampliación» sería una nueva obligación que debería asegurarse con una nueva hipoteca. La extinción de la obligación extingue la posibilidad de la recarga propiamente dicha. De igual forma, para la ejecución de esta hipoteca recargable debería justificarse con anterioridad la existencia de la obligación garantizada, lo que demuestra a su estrecha vinculación de accesoriedad.

Podemos pensar que la hipoteca recargable, inicialmente ordinaria, tras las sucesivas recargas se «convirtiera» en hipoteca de seguridad en garantía de obligaciones futuras, de cuantía indeterminada, pues se puede «recargar» o ampliar el préstamo sucesivas veces por diferentes importes, lo que separaría la hipoteca de una concreta y determinada obligación ya existente. En estos casos, nos encontraríamos ante un supuesto similar a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, donde indudablemente el principio de accesoriedad quiebra, pero que es comúnmente admitido. Esta posibilidad ya ha sido rechazada antes, pues la hipoteca recargable no es nunca una hipoteca de seguridad, al existir desde su inicio una sola obligación garantizada, pero aunque así se defendiera, creemos que, incluso, y a semejanza de algunas hipotecas de seguridad como las flotantes, bastaría determinar las relaciones jurídicas básicas de las que surgirán esas «obligaciones», y esa relación jurídica básica, al tratarse las recargas de una novación modificativa, siempre estará determinada, pues la relación jurídica básica es el préstamo ya establecido inicialmente, del que deriva una única obligación que cambia. La accesoriedad se cumple.

Ahondando en la comparativa entre hipotecas recargables y flotantes, y respecto a estas últimas, hay que decir que, en ellas, parece que el principio de accesoriedad es más frágil o se vulnera más que con respecto a las recargables. Sin embargo, si concretamos bien el contenido de este principio, podemos subsanar esa inicial divergencia. Como dice Pau Pedrón⁴³, la accesoriedad entre el derecho real y la obligación no exige que la relación entre ellos corresponda al axioma: una obligación-una hipoteca, porque la misma relación que puede implicar la accesoriedad puede darse entre tres obligaciones y una hipoteca; es decir, no es el número, sino la relación, lo que determinaría esa accesoriedad y dependencia entre la obligación y la hipoteca. Además y en todo caso, consideramos que para la admisión de las hipotecas flotantes será requisito indispensable la mayor determinación posible de esas obligaciones garantizadas, como vestigio de la accesoriedad si se quiere, pero, a nuestro entender, como reafirmación del principio de causalidad, separándonos, de este modo, nítidamente, de una hipoteca independiente y abstracta. No creo que debiéramos admitir una hipoteca flotante en la que la indeterminación de las obligaciones fuera total. Eso, desde mi punto de vista, sí quebraría esa accesoriedad funcional -que yo defiendo-, pues es claro que la hipoteca no es tal sino garantiza obligaciones, sino cumple con su función de aseguramiento. Las obligaciones deben ser determinables, al menos en sus líneas básicas, o a través de la fijación de criterios que lo hagan, y lo que me parece fundamental es que exista esa relación unitaria y causal con la hipoteca. Esto ya lo exige el artículo 153 bis LH, cuando afirma que será necesario que se haga constar en la escritura «la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas». Determinados esos actos jurídicos básicos, se está estableciendo, a mi juicio de forma suficiente, la determinabilidad de las obligaciones que se van a asegurar con hipoteca. De este modo, la función de garantía queda definida, y las exigencias de la accesoriedad funcional que las une, cumplida.

III.2 ESPECIALIDAD

Podemos describir el principio de especialidad registral como el principio que exige la absoluta determinación o especificación

⁴³ En conversaciones mantenidas con él, en el Seminario de Derecho Inmobiliario Registral de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, tras la ponencia «Las llamadas hipotecas flotantes», en enero 2007, que estuvo a cargo de María Goñi Rodríguez de Almeida.

de los distintos elementos de la relación jurídico registral⁴⁴. El principio de especialidad, que para la hipoteca recibe el nombre de determinación, se puede describir con relación a este derecho como la necesidad de individualizar o determinar los elementos integrantes de ese crédito hipotecario: la finca o derecho sobre el que recae, la obligación que garantiza, los sujetos intervinientes, y, como no, la responsabilidad hipotecaria (o importe asegurado con la hipoteca, del que responde la finca con independencia de la obligación).

Pues bien, hay que redefinir el ámbito de este principio, y creemos que este debe reducirse de forma que solo será necesario concretar en el Registro todo aquello que deba ser oponible *erga omnes*, y solo aquello (situación jurídico-registral) debe quedar perfectamente determinado, concretado o especificado; quedando fuera del mismo el resto de circunstancias, datos, hechos o expresiones que, formando parte de la inscripción, del asiento, no deban ser oponibles frente a terceros.

Por tanto, no es necesario, para cumplir con este principio, la perfecta determinación de circunstancias que aun constando en el asiento de inscripción no se vean reflejadas en el acta de inscripción, que es lo verdaderamente oponible. Y en el caso del crédito hipotecario, no olvidemos que lo que debe oponerse es, precisamente, el derecho real.

Por eso, entendemos que, si el derecho real de hipoteca queda perfectamente determinado fundamentalmente en cuanto a la responsabilidad hipotecaria, y se facilita así la ejecución, determinando, eso sí, la cuantía y plazo de la obligación, se cumple con el principio de especialidad. Esto es así porque es la garantía real la que va a producir los efectos frente a terceros, y la que se necesita concretar perfectamente a efectos de ejecución; eso es lo verdaderamente relevante.

En cuanto a las hipotecas recargables, de nuevo, parece que el principio de especialidad se relaja, aunque en menor medida que en las flotantes. Sin embargo, cabría aplicar exactamente lo que ya se ha dicho: basta determinar aquello que es oponible a terceros para que se cumpla este principio. Por eso, es necesario hacer constar la responsabilidad hipotecaria, si esta se incrementa o altera, como bien dice el artículo 4 LSMPH, se hará constar igualmente en el registro, y traerá como consecuencia la pérdida de rango por la parte ampliada que no podrá perjudicar a terceros intermedios. De todo ello queda constancia en el Registro cumpliéndose el principio de especialidad. Pero, es más, aunque no se modificara la

⁴⁴ El nombre de principio de determinación, con relación a la hipoteca se debe a Berges, y ha sido aceptado por el resto de la doctrina hipotecaria.

responsabilidad hipotecaria, pero se ampliara préstamo, circunstancia en principio de carácter personal que no afecta a terceros, también de ello se deja constancia en el Registro a través de nota marginal concreta. Es decir, se supera incluso lo dispuesto con carácter general en el artículo 144 LH que ordena dejar constancia en el Registro de todas las modificaciones que puedan afectar a la obligación asegurada con hipoteca.

Por otra parte, y como ya hemos dicho, corroboran la existencia de los principios de especialidad y accesoriedad en la hipoteca recargable, aun en su versión tradicional, el hecho que hemos defendido en estas líneas de que no puede ampliarse plazo y préstamo sin pérdida de rango. Se trata de un límite a la hipoteca recargable para evitar que sea considerada como una hipoteca de propietario y mera reserva de rango. Pues lo contrario, si existiera hipoteca recargable propiamente dicha al aumentar el plazo + el capital, sí que se vulneraría el principio de especialidad, accesoriedad e indivisibilidad de la hipoteca, alterando el principio de prioridad, por cuanto el rango de los posteriores podría verse perjudicado⁴⁵. Por tanto el principio de especialidad, se cumple, con creces en estas hipotecas.

En las hipotecas flotantes, aunque de forma menos clara, tampoco quiebra el principio de especialidad. No creemos, como ya hemos dicho, que 1 obligación = 1 hipoteca sea tampoco un axioma irrefutable, como expresión de la determinación: si son varias las obligaciones garantizadas pero están determinadas, también se cumplen los dictámenes de dicho principio, pues lo realmente oponible es la hipoteca y ésta sí aparece perfectamente identificada (también en cuanto a su causa que es la obligación/es). Basta por tanto con quede determinada la responsabilidad hipotecaria frente a terceros y cualquier modificación de la misma, para dar cumplimiento a este principio.

Todo lo que acabamos de exponer es de aplicación a las hipotecas flotantes: en ellas debe determinarse, como exige el artículo 153 bis, «la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas», y además, el máximo de responsabilidad hipotecaria, y el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final garantizado. Todo aquello que deba ser oponible a terceros queda perfectamente concretado en la inscripción de hipoteca, luego el principio de especialidad no resulta alterado.

⁴⁵ SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», *ob. cit.*, pp. 204-205.

Después de estas consideraciones, creemos que tanto la hipoteca flotante como la hipoteca recargable respetan, o al menos no vulneran, los principios de especialidad y accesoriedad, así entendidos. Si bien, es posible que la flexibilización de los mismos se ponga de manifiesto con más contundencia respecto a la hipoteca flotante que respecto de la recargable, pues no se puede obviar que aquella ha sido considerada como el exponente máximo de su flexibilización.

IV. LAS HIPOTECAS RECARGABLES EN LA ACTUALIDAD: SU JUSTIFICACIÓN Y UTILIDAD. INSTRUMENTO DE REFINANCIACIÓN JUNTO CON LAS HIPOTECAS FLOTANTES

Como ya hemos dicho, estas hipotecas nacen a la luz de la Ley 41/2007, con la misma finalidad e intención de hacer frente a las necesidades de la flexibilización del mercado hipotecario que en ese momento exigía productos más acordes a los negocios bancarios, en pleno rendimiento y auge. Las mismas razones justificaron el reconocimiento de las hipotecas flotantes, siendo en este punto, en su justificación o finalidad donde ambas hipotecas coinciden. Por eso, vamos a analizar ambos tipos de hipotecas con respecto a su justificación y finalidad actual.

Hoy en día, la situación económica ha cambiado de forma radical. La crisis económica parte de una crisis financiera que repercute en el mercado hipotecario.

Los devastadores efectos de la crisis son conocidos por todos: crisis inmobiliaria, descenso del valor de los inmuebles, en consecuencia disminución de las garantías hipotecarias basadas en los mismos, que conducen a una disminución del crédito territorial, pues el acreedor no ve asegurado el cobro de sus créditos y disminuye la colocación de los capitales, lo que induce a una retracción en la económica real, y en consecuencia a unos menores ingresos de los deudores hipotecarios, que se colocan en una situación de sobreendeudamiento.

En este terrible panorama ¿Qué papel juegan estas hipotecas que nacieron como consecuencia de la bonanza económica y del crecimiento sin límite del crédito territorial? ¿Tienen hoy sentido? ¿Sirven para la nueva situación?

Sin lugar a dudas, sí. Las hipotecas flotantes y recargables que surgieron como instrumentos para facilitar el aumento del crédito territorial, hoy son instrumentos claves en la refinanciación del deudor que, agobiado por sus deudas, busca una salida, una nueva fuente de financiación con la que hacer frente a sus obligaciones anteriores.

La hipoteca recargable, por su propia esencia y como ya hemos dicho, supone la posibilidad de ampliar el capital prestado, con una nueva inyección pecuniaria, manteniendo el rango de la hipoteca inicial. Sin lugar a dudas, su función es claramente refinanciadora. Por otra parte, la hipoteca flotante permite garantizar con la hipoteca inicialmente constituida nuevas y distintas obligaciones (nuevos aportes pecuniarios), lo que, en definitiva, y al igual que la recargable, supone una refinanciación del deudor, que acuerda con su acreedor un nuevo ingreso que le facilite hacer frente a sus deudas anteriores.

Este tipo de hipotecas que permiten la refinanciación de los deudores, difícilmente podrían calificarse como hipotecas rescindibles en una situación de concurso por parte del deudor, porque no encajan en el supuesto del art. 71.3 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de presunción del perjuicio patrimonial, ya que no se trata de la constitución de nuevas garantías, pues la hipoteca ya existía antes de su recarga, o antes de que una nueva obligación prevista quede protegida bajo el «paraguas de la flotante». Luego, en estos casos, creo que se podría dar solución a una posible refinanciación del deudor sin que sea posible su rescisión en virtud del artículo 71 LC, incluso antes de lo aprobado por la Ley de reforma Concursal de 2011, donde el panorama resulta mucho más claro y favorece los acuerdos de refinanciación, como explicamos a continuación.

En efecto, a ambos tipos de hipotecas de clara vocación refinanciadora se les puede aplicar lo contemplado en el nuevo artículo 71.6 Ley concursal, redactado en virtud de la reciente Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma concursal, que deja fuera del alcance de las acciones de reintegración a la masa, los acuerdos de refinanciación, cambiando lo dispuesto hasta entonces por la propia Ley Concursal, y que tantos perjuicios causaba⁴⁶.

En efecto, con el nuevo artículo 71.6 Ley Concursal, se potencian los escudos protectores para los acuerdos de refinanciación, tanto generales como particulares. Según establece dicho artículo 71.6: «No podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respon-

⁴⁶ En este sentido, sobre las dificultades que generaba el hecho de que los acuerdos de refinanciación quedasen sin «escudos protectores» y sometidos a las acciones de reintegración a la masa, PULGAR EZQUERRA, J.: «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», en *Diario La Ley*, n.º 7097, 21 enero 2009, pp. 1-8.

dan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso». Es decir, los acuerdos de refinanciación a los que llegue el deudor hipotecario con su acreedor/es, no podrán ser rescindidos, y escapan a las acciones de reintegración a la masa concursal, incluso cuando se constituyan nuevas hipotecas para conseguir dicha refinanciación. Siendo, por tanto, aplicable esto mismo cuando el acuerdo de refinanciación no incluya nueva constitución de garantías, sino utilización para ello de las anteriores ya constituidas, las flotantes o recargables.

Como precisamente, tanto la recargable como la flotante encuentran su justificación actual en ser medios de refinanciación, se revalorizan sin lugar a dudas, pues permiten que los créditos inicialmente garantizados con ellas, o que se hayan asegurado con posterioridad queden fuera de la rescisión. Eso sí, siempre que se cumpla lo establecido en la propia Ley Concursal, y se hayan homologados dichos acuerdos de refinanciación⁴⁷.

⁴⁷ Artículo 71 Ley Concursal:

6. No podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso:

1. El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.

2. El acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el párrafo primero y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.

3. El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Disposición adicional cuarta. Homologación de los acuerdos de refinanciación:

1. Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones del artículo 71.6 y haya sido suscrito por acreedores que representen al menos el setenta y cinco % del pasivo titularidad de entidades financieras en el momento de la adopción del acuerdo. Por la homologación judicial los efectos de la espera pactada para las enti-

De este modo, creemos que ambas hipotecas tienen, en la actualidad, una importancia destacada dentro del proceso de sobreendeudamiento del deudor.

dades financieras que lo hayan suscrito se extienden a las restantes entidades financieras acreedoras no participantes o disidentes cuyos créditos no estén dotados de garantía real.

2. La competencia para conocer de esta homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso.

La solicitud deberá ser formulada por el deudor y se acompañará del acuerdo de refinanciación adoptado y del informe evacuado por el experto. En la misma solicitud se podrá interesar la paralización de ejecuciones singulares.

El secretario judicial, examinada la solicitud de homologación, dictará decreto admitiéndola a trámite y, caso de ser solicitada, declarando la paralización de las ejecuciones singulares hasta la homologación y en todo caso por plazo máximo de un mes. No obstante, dará cuenta al juez para que resuelva sobre la admisión cuando estime la falta de competencia o la existencia de un defecto formal y no se hubiese subsanado por el promotor en el plazo concedido para ello, que no podrá exceder de un mes. El secretario judicial ordenará la publicación del decreto en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen al deudor, el juez competente, el número de expediente registral de nombramiento de experto y del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de la espera que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el Registro Mercantil competente donde se hubiere depositado para su publicidad, incluso telemática de su contenido.

3. El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero y no suponga un sacrificio desproporcionado para las entidades financieras acreedoras que no lo suscribieron.

En la homologación el juez, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, podrá declarar subsistente la paralización de ejecuciones promovidas por las entidades financieras acreedoras durante el plazo de espera previsto en el acuerdo de refinanciación, que no podrá superar los tres años.

La resolución por la que se apruebe la homologación del acuerdo de refinanciación se adoptará mediante trámite de urgencia en el más breve plazo posible y se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el Boletín Oficial del Estado, por medio de un extracto que contendrá los datos previstos en el párrafo tercero del apartado dos anterior.

4. Dentro de los quince días siguientes a la publicación, los acreedores afectados por la homologación judicial que no hubieran prestado su consentimiento podrán impugnarla. Los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia del porcentaje exigido para la homologación y a la valoración de la desproporción del sacrificio exigido. Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal, y se dará traslado de todas ellas al deudor y al resto de los acreedores que son parte en el acuerdo de refinanciación para que puedan oponerse a la impugnación. La sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de homologación.

5. Los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente en que se publique la sentencia en el Boletín Oficial del Estado. En todo caso, las entidades financieras acreedoras afectadas por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos.

6. En caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma.

Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso o iniciar las ejecuciones singulares. La sentencia que resuelva el incidente no será susceptible de recurso de apelación.

7. Solicitada una homologación no podrá solicitarse otra por el mismo deudor en el plazo de un año.

Por otra parte, y en concreto respecto de las hipotecas flotantes, como dice Azofra⁴⁸, dos son las grandes ventajas de esta figura –y mas si se admite la posibilidad de las hipotecas flotantes en mano común–: a) suponen un abaratamiento de costes y tramitación, «pues se consigue mediante una única hipoteca asegurar un conjunto de créditos, extrayendo la máxima capacidad de apalancamiento de un inmueble (estirando el crédito territorial a las últimas consecuencias), evitando la necesidad de constituir y/o cancelar distintas hipotecas y permitiendo al acreedor o acreedores realizar la hipoteca respecto de cualquiera de los créditos garantizados vencidos»; y b) permite asegurar un conjunto de obligaciones muy diversas y de distintos acreedores, «de forma que la totalidad del valor del bien o bienes dados en garantía sirva o cubra cualquiera de las obligaciones garantizadas, permitiéndose la creación de una comunidad de destino en favor de todos o la inmensa mayoría de los acreedores de una determinada sociedad».

Estas características, en las actuales circunstancias de crisis económica, se convierten en ventajas para las operaciones de refinanciación empresarial, de las que desgraciadamente estamos siendo testigos en los últimos años. La hipoteca flotante ha realizado, de este modo, como dice Azofra⁴⁹, «una notable contribución para permitir la superación de difíciles escenarios de crisis empresarial, evitándose la generalización de procesos concursales, con los colaterales efectos de pérdida masiva de puestos de trabajo, y en general, de daño mayúsculo a la economía del país».

En definitiva, la hipoteca flotante de origen discutido, de tardía admisión legal, pensada para agilizar el tráfico jurídico y el crédito territorial, en la actualidad, con las modificaciones y matizaciones que jurisprudencialmente se le han añadido, sigue teniendo una importancia indudable, y se está configurando como una de las bases más sólidas que contribuyen a la refinanciación de los deudores hipotecarios, ayudándoles a superar los duros momentos de crisis económica en los que nos encontramos.

La realidad demuestra que en los cinco escasos años desde su admisión legal han sido una garantía utilizada con cierta frecuencia en la práctica, como lo demuestra el hecho de que existen varias resoluciones posteriores a la Ley 421/2007 sobre la

⁴⁸ AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M., Y ALONSO LAPORTA, J.L.: «Hipoteca en mano común», *ob. cit.*, p. 1307.

⁴⁹ AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M., Y ALONSO LAPORTA, J.L.: «Hipoteca en mano común», *ob. cit.*, p. 1308.

hipoteca flotante, aunque no en su más pura esencia⁵⁰. El mayor exponente de su utilidad es la RDGRN 8 de junio de 2011, en la que se da una nueva vuelta de tuerca a la flotante, admitiéndose la posibilidad de esta forma de garantía en mano común. Y es que, ante la crisis, hay que agudizar el ingenio. No obstante, este instrumento de refinanciación puede verse un tanto relegado si se aprueba la nueva Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo sobre contratos de crédito para bienes inmueble de uso residencial COM (2011) 142, pues entre los requisitos que exigen los artículos 8 y 9 de la misma, relativos a la información previa que debe facilitarse sobre el contrato de crédito, se va a exigir la determinación del importe total del crédito (art. 8.2.d), y la descripción de los tipos de crédito disponibles (art. 9.1.e), lo que choca precisamente con la cierta indeterminación de las obligaciones garantizadas con la hipoteca flotante, *ab initio*.

La hipoteca recargable, ya hemos dicho, también sirve a la refinanciación, pues permite a los deudores hipotecarios que hubieran amortizado parte del préstamo inicial obtener una nueva cantidad de dinero, hasta el máximo de lo ya amortizado. No obstante, en la práctica se ha utilizado mucho menos. No hay ninguna resolución de la DGRN sobre la hipoteca recargable en estos últimos años. Sí que existe una sobre ampliación de plazo en el préstamo hipotecario pero sin que implique un aumento de capital, sin constituir, por tanto, una verdadera hipoteca recargable⁵¹; además, encontramos alguna otra resolución sobre ampliación de capital con aumento de la responsabilidad, sin que suponga tampoco un supuesto de recargable propiamente dicha⁵², puesto que el Centro Directivo aboga por

⁵⁰ Aunque en varias de ellas, todavía, se refieren a las hipotecas denominadas semi-flotantes, es decir, aquellas en las que se permite garantizar con una misma hipoteca diversas obligaciones que tengan entre ellas un nexo causal, o incluso, como en el caso de la RDGRN 18 de marzo 2008, cuando se trate de la misma relación obligatoria (el mismo préstamo, pues es una ampliación del mismo). En el mismo sentido, véase RRDGRN 17, 19 marzo 2008, 24 y 25 abril 2008.

⁵¹ Véase RDGRN 6 mayo 2010 que recoge un supuesto de aumento del plazo de un préstamo hipotecario sin ampliación del principal del préstamo, donde lo que se discute es si es posible si transcurrido el plazo de duración del préstamo puede hacerse constar en el Registro la prórroga de dicho plazo pactada mediante escritura pública de fecha posterior al vencimiento, pero por la que se eleva a público un documento privado de fecha anterior al mismo. El Centro Directivo concluye que sí es posible porque se pactó *inter partes* la ampliación antes del vencimiento, y que en cualquier caso el vencimiento de la obligación no la extingue y que la ampliación del plazo del préstamo es una novación modificativa, según lo previsto en la Ley 41/2007.

⁵² Véase, en este sentido la RDGRN 12 mayo 2011 en la que se produce una ampliación de préstamo hipotecario que implica el incremento de responsabilidad hipotecaria, lo que conduce a considerar, respecto de la ampliación y frente a terceros, al nuevo tramo como una nueva hipoteca, manteniendo la originaria su rango, tal y como se admitía con anterioridad a la Ley 41/2007, sin que esto suponga un supuesto de verdadera recarga, pues como ya se explicó con anterioridad, la ampliación de la responsabilidad hipotecaria,

establecer dos tramos de hipoteca diferenciados para la parte inicial y ampliada, tal y como se mantenía antes de la aprobación de la Ley 41/2007. Por último, las recientes resoluciones de 14 de febrero y 4 de marzo de 2013 analizan los supuestos de ampliación de plazo, sin ampliar capital, y con titulares de cargas posteriores que no dan su consentimiento a dicha ampliación. En estas resoluciones, el Centro Directivo opina que esa ampliación de plazo sin consentimiento de los titulares posteriores supone una alteración del rango, debiendo postergarse a los ya inscritos, la parte ampliada. Tampoco aquí se aborda un supuesto típico de recarga, por no existir aumento del principal.

Además, la práctica habitual de los registros así lo constata, pues a ellos no llegan escrituras en las que se solicite la recarga de una hipoteca. Creemos que es una pena esta falta de utilización, ya que en estos momentos supone una fuente fácil de refinanciación para el deudor. Los motivos de su utilización escasa pueden encontrarse, por una parte, en lo limitado de su objeto –los préstamos hipotecarios–, y por otra, en la incertidumbre que todavía existe en torno a esta figura pues la difícil y dudosa redacción de la Ley no deja rotundamente clara su posibilidad, ni su contenido, ni su objeto, ni cómo llevarse a cabo en la práctica, abundada esta incertidumbre por el hecho de que la DGRN tampoco parece tener un criterio unívoco en cuanto a la posibilidad de recarga, todo lo cual se traduce en una inseguridad jurídica enorme, de forma que las entidades financieras prefieren no utilizarla.

No estaría de más que el legislador, o la DGRN, aprovecharán para perfilar y definir de manera clara y expresa la posibilidad de recarga en nuestro ordenamiento, es decir, cuándo y en qué casos, puede novarse la obligación garantizada y aumentarse el principal sin que suponga pérdida de rango.

No obstante, y dicho lo cual, parece que con el reciente Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, encontramos, como ya hemos señalado antes, un nuevo apoyo legal al reconocimiento de la posibilidad de ampliación de plazo, manteniendo el rango. Si bien este supuesto no es propiamente recarga, pues no se contempla el aumento de principal, sino solo la reestructuración de la deuda a través, entre otras cosas, de la ampliación de plazo, sí que clarifica una de las cuestiones controvertidas en cuanto a la aplicación de la LSMPH, lo que permite, en estos momentos críticos para el deudor, alargar el plazo de amortización de su deuda sin que eso

siempre supone pérdida de rango registral para la parte ampliada si existieran terceros intermedios.

le suponga pérdida del rango de su garantía⁵³. Aunque no sea un reconocimiento expreso a la hipoteca que admite recarga, sí que impulsa las nuevas modalidades de novaciones modificativas como elementos a tener en cuenta en la reestructuración de la deuda hipotecaria.

En definitiva, creemos que estos dos tipos de hipoteca, en la actualidad, son valiosos instrumentos financieros que deben reconocerse como tales, y seguir sirviendo a las necesidades de refinanciación de los deudores hipotecarios actuales; hay que romper una lanza en su favor y su defensa, sin perjuicio de los inconvenientes que se han puesto de relieve.

Si hoy en día la situación económica exige trabajar en la reestructuración de deudas, no pueden olvidarse estos dos tipos de hipotecas para llevarlo a cabo.

V. CONCLUSIONES

1. En la actualidad, tras la Ley 41/2007, se admite la hipoteca recargable, aunque con ciertas dudas acerca de su admisibilidad como un tipo especial de hipoteca; si bien, consideramos que al menos la posibilidad de recarga, o como quiera que la llamemos, debe admitirse en nuestro ordenamiento a raíz de dicha ley. No ocurre lo mismo con la hipoteca flotante, cuya admisión y regulación en el nuevo artículo 153 bis de LH, es indubitada.

⁵³ Véase lo dicho en el apartado II.2.1 Concepto de la hipoteca recargable, y lo dispuesto en artículo 5.5 RD Ley 6/2012 en relación con el Anexo del Código de Buenas Prácticas:

Artículo 5. Sujeción al Código de Buenas Prácticas

5. La novación del contrato tendrá los efectos previstos en el artículo 4.3 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, con respecto a los préstamo y créditos novados.

Anexo: Código de buenas prácticas:

1. Medidas previas a la ejecución hipotecaria: reestructuración de deudas hipotecarias.

b) En el plazo de un mes desde la presentación de la solicitud anterior junto con la documentación a que se refiere la letra anterior, la entidad deberá notificar y ofrecer al deudor un plan de reestructuración en el que se concreten la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor de la aplicación conjunta de las siguientes medidas:

i. Carencia en la amortización de capital de cuatro años.

ii. Ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.

iii. Reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por cien durante el plazo de carencia.

Adicionalmente, las entidades podrán reunificar el conjunto de las deudas contraídas por el deudor.

2. La hipoteca recargable tiene su origen en el impulso o demanda de los agentes intervinientes en el tráfico inmobiliario y su justificación en la necesidad de flexibilizar el mercado hipotecario, la mejora de las garantías para el acreedor en una época de bonanza económica, donde el negocio bancario basado en el crédito territorial crecía. Esto mismo puede aplicarse a la hipoteca flotante; por eso hay que preguntarse si ambas son instrumentos valiosos para superar algunas de las dificultades derivadas la crisis financiera actual.

3. Además de su origen, y finalidad tienen en común varias cosas, entre ellas los sujetos activo y pasivo, la cierta indeterminación de las mismas, si bien las diferencias entre ellas son notables, comenzando por su diferente naturaleza jurídica, lo que conviene poner de relieve para distinguir nítidamente ambas figuras:

a) Admisión legal: para las recargables, como hemos dicho, no es expresa y es discutida, mientras que para las flotantes es expresa y clara.

b) Naturaleza jurídica: La hipoteca recargable, o la que admite recarga, es una hipoteca ordinaria o de tráfico, en garantía de una obligación ya nacida y determinada. Las hipotecas flotantes son hipotecas de máximo, de seguridad, en las que se establece un máximo de responsabilidad hipotecaria que garantiza una pluralidad de obligaciones sin determinar. Esta diferente naturaleza jurídica influye en sus diferentes requisitos.

c) Sujetos: ambas tienen el mismo sujeto activo principal: las entidades de crédito, sin embargo, no creemos aplicable a las recargables la posibilidad de que en ellas los distintos acreedores actúen en mano común por distintos créditos, en ellas tampoco cabe que sean acreedores hipotecarios las administraciones públicas.

d) Objeto: En la hipoteca recargable la obligación garantizada es una –la de devolver la cantidad prestada–, existente y determinada; además, *a priori* y en principio, solo pueden asegurar préstamos hipotecarios o figuras asimilables a los mismos. Por el contrario, las hipotecas flotantes se establecen en garantía de cualquier tipo de obligación, pudiendo ser varias e incluso futuras y no del todo determinadas.

e) Plazo: La recargable, por su propia naturaleza, no está sometida a plazo, la hipoteca flotante como hipoteca de seguridad y máximo tiene un plazo de duración previsto.

f) **Requisitos inscripción:** La recarga se hace costar mediante una nota marginal, eso sí referenciada a la inscripción principal de la hipoteca que se recarga. La hipoteca flotante llega al registro a través de su asiento propio de inscripción.

g) **Ejecución,** es bien distinta: En la hipoteca flotante la responsabilidad hipotecaria permanece inalterada, y aunque las obligaciones mantienen su individualidad hasta el momento de la ejecución, sí que es necesario que llegada esta se calcule el saldo final por el que sale la finca a ejecución; mientras que en la hipoteca recargable no es necesario nada de esto al ser una única obligación la asegurada.

4. Creemos que la hipoteca recargable no altera sustancialmente los principios de accesoriedad y especialidad, ya que estos deben ser redefinidos con respecto a las exigencias y nuevas tendencias doctrinales derivadas de la realidad. Probablemente, la hipoteca recargable sea más acorde a ellos que la flotante, y parece que contradice en menor medida que aquella dichos principios, incluso en su vertiente más tradicional.

5. Superados los obstáculos que sobre ambos tipos de hipotecas se han planteado para su admisión legal –pues las reconoce la propia ley–, y para su admisión doctrinal –al superar los inconvenientes derivados de los principios de especialidad y accesoriedad–, debemos plantearnos su utilidad y necesidad actual. En este sentido, hemos de concluir que las dos modalidades de hipoteca sí son necesarias en la actualidad, pues se han convertido en instrumentos válidos y útiles en este contexto de crisis económica, al suponer grandes ventajas para la refinanciación del deudor. A través de las mismas, ante el impago y la mora en el cumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor, el acreedor hipotecario debe buscar nuevas formas de hacer posible el cumplimiento, y se convierten de este modo en importantes medios que facilitan el negocio bancario actual.

6. Ambas modalidades sirven para favorecer acuerdos de refinanciación que queden fuera de las acciones rescisorias concursales, otorgando mayores y mejores garantías para los acreedores.

7. Si bien, la incertidumbre todavía existente sobre muchos de los aspectos de la hipoteca recargable, o de la posibilidad de recarga, hace que no se haya utilizado en la práctica bancaria para lo que en principio es su finalidad: la reestructuración de un préstamo hipotecario, por lo que abogamos, desde estas líneas, convencidos de su utilidad, para que el legislador clarifique las dudas existentes en torno a las mismas, las cuales hemos tratado de poner de relieve en este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- AZOFRA VEGAS, F., OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M., ALONSO LAPORTA, J.L.: «Hipotecas en mano común», en *RCDI*, núm. 725, pp. 1285-1323.
- AZOFRA, F.: «La hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango en la recarga», en *Diario La Ley*, núm. 7167, 5 mayo 2009, año XXX, pp. 1-9.
- «La hipoteca recargable: realidad o mito», en *Diario La Ley*, núm. 7162, 27 abril 2009, año XXX, pp. 1-9.
- «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pp. 1179-1242.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: «Hipoteca flotante», en *RCDI*, núm. 685, 2004, pp. 2510-2526.
- CABANAS TRAJO, R. Y BONARDELL LENZANO, R.: «Hipotecas que flotan y dogmas que se hunden», en *Diario La Ley*, núm. 7044, 29 octubre 2008, pp. 1-14.
- CANALS BRAGE, F.: «La inscripción de la hipoteca. Art. 12 LH reformado por la Ley 41/2007. Su lectura por la DGRN y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca más un apéndice con notas a la RDGRN de 24 julio de 2008», en *RCDI*, núm. 711, 2009, pp. 143-213.
- «La ampliación del derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado. Algunas observaciones a la doctrina de la DGRN», en *RCDI*, núm. 678, 2003, pp. 2255- 2296.
- CARRASCO PERERA, A. Y CORDERO LOBATO, E.: «El doble filo de la hipoteca global: caveat creditor!», en *Diario La Ley*, núm. 6988, 14 de julio 2008, año XXIX, pp. 1-7.
- CHAVES RIVAS, A.: «Ampliación de plazo y rango», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 26, julio-agosto, 2009, disponible en <http://www.elnotario.com>, pp. 1-7.
- DEL VALLE, J.L.: «La hipoteca recargable», ponencia defendida en el Congreso sobre Garantías Reales y Crisis, de la Universidad de Barcelona, octubre 2011.
- DÍAZ FRAILE, J.M.: «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 6727, año XXVIII, 4 junio 2007, pp. 1-17.
- FERNÁNDEZ LOZANO, J.L.: «Breves notas sobre la Ley 41/2007 por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria», disponible en www.notariosregistradores.org, pp. 1-10.
- GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Código de la Legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, 6.ª edición, Ed. Thomson, 2009.
- GARCÍA MAS, F.J.: «Comentarios a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 624, septiembre-octubre 1994, pp. 1947-1966.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 701, 2007, pp. 1340-1345.
- «El devenir de la hipoteca flotante», en *RCDI*, núm. 731, 2012, pp. 1646-1660.
- HERNÁNDEZ ANTOLÍN, J.M.: «Breve análisis de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 622, mayo-junio, 1994, pp.1199-1248.

- LLOPIS GINER, J.M.: «Las modificaciones del crédito hipotecario: las innovaciones de la Ley 41/2007 respecto de la subrogación», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 152, pp. 2710-2734.
- LÓPEZ LIZ, J.: *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (Análisis práctico de la Ley 2/1994 de 30 marzo)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1955.
- MONTÁNCHÉZ RAMOS, M.: «Especial referencia en la hipoteca flotante», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, pp. 39-56.
- NIETO CAROL, U.: «Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Instituciones del mercado financiero*, vol. 2 (MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. Y ALONSO UREBA, A., coords.), Sopec, 1999, pp. 615-656.
- OLIVA BRAÑAS, P.: «La ampliación del capital del préstamo según la hipoteca sea anterior o posterior a la Ley 41/2007: la recarga», en *Jornadas sobre la Hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, pp. 145-166.
- PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y el mantenimiento del rango» en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 23, ene-feb, 2009, disponible en <http://www.elnotario.com>, pp. 1- 5.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias», en *Diario La Ley*, núm. 7097, 21 enero 2009, pp. 1-8.
- ROJAS MARTÍNEZ DE MÁRMOL, L.: «La novación de préstamos hipotecarios. La hipoteca recargable», en *Hacia un nuevo derecho hipotecario: Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, (PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., coord.), Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 289-306.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M. Y UREÑA MARTÍNEZ, M.: «Aspectos civiles de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios», en *Actualidad Civil*, núm. 38, octubre, 1994, pp. 786-809.
- SÁENZ DE JUBERA, B.: «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma de mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, pp. 1246-1274.
- SEDA HERMOSÍN, M.A.: «El procedimiento de subrogación hipotecaria» en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, (PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., coord.) Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pp. 268-288.
- SERRANO, J.R.: «Reflexiones sobre las modificaciones en materia de subrogaciones de préstamos», disponible en www.notariosyregistradores.com, 18 enero 2008, pp. 1-9.
- SIEIRA GIL, J.: «La ampliación del plazo del préstamo hipotecario y su régimen legal tras la Ley 41/2007», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis*, CER, Madrid, 2009, pp. 167-207.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A.: «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada Hipoteca recargable», en *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 148, 2009, pp. 1771- 1790.
- VATTIER FUENZALIDA, C.: «La subrogación y la modificación de los préstamos hipotecarios, según la ley 2/1994, de 30 de marzo», en *Actualidad Civil*, núm. 3, 1994, pp. 601-607.
- VENTOSO ESCRIBANO, A.: «Subrogación hipotecaria» en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, pp. 243-326.

