

**III. OTRAS DISPOSICIONES****MINISTERIO DE JUSTICIA**

**15307** *Resolución de 22 de noviembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Lugo n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de novación.*

En el recurso interpuesto por don Germán Aguilera Cristóbal, notario de Lugo, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Lugo número 1, don Antonio Manuel Fernandez Sarmiento, por la que se suspende la inscripción de una escritura de novación.

**Hechos****I**

Mediante escritura autorizada por don Germán Aguilera Cristóbal, el día 4 de mayo de 2012, número 659 de protocolo, don M. V. P. en nombre y representación de la sociedad «Construcciones Pedrouzo, S.L.» como persona física designada por el administrador único, procedió a la novación del préstamo formalizado con anterioridad con «NCG, Banco, S.A.».

**II**

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad Lugo número 1 dicho documento fue calificado con la siguiente nota: «Presentado telemáticamente el documento bajo el número 761, del Diario 139, el día cinco de mayo de dos mil doce, aplazada su calificación el mismo día de su presentación, hasta acreditarse el pago de los impuestos correspondiente, e ingresado el día quince de Junio de dos mil doce, primera copia autorizada en formato papel, junto con carta de pago acreditativa del cumplimiento de las obligaciones fiscales que habían motivado dicho aplazamiento y calificado dentro del plazo legal, previo examen de los antecedentes del Registro queda modificado el derecho real de la hipoteca que fue constituida mediante escritura autorizada por el Notario de Oleiros, don Rafael Benzo Saina, en fecha veintinueve de marzo de dos mil diez, número 1.191, que grava las fincas descritas en el título que se inscribe, excepto en cuanto a la finca registral número 10.911 de la cual se deniega su inscripción, por los motivos que luego se dirán, a favor de Caja de Ahorros de Galicia, hoy NCG Banco, S.A.... Y sobre la finca registral número 104911, se ha denegado su inscripción por encontrarse gravada con la anotación preventiva de embargo letra A, a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social y ser necesario para poder realizar la novación de hipoteca sobre dicha finca, el consentimiento o asentimiento de dicha Tesorería, como se indica en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y en la Ley de Impulso a la Productividad de 2007, no han tenido acceso al Registro –sin que ello implique, dado el contenido registrado, inscripción parcial del título que se inscribe de aquellas cláusulas que las disposiciones legales y reglamentarias, consideran ajenas a la competencia objetiva a la función publicitaria del Registro de la propiedad español (art.420 del R.H.) Al margen de las inscripciones se ha hecho constar nota de afección al pago del Impuesto... Lugo, a veintiséis de junio de dos mil doce. El registrador (firma ilegible y sello del Registro).»

## III

El notario autorizante solicitó calificación sustitutoria, que conforme al cuadro de sustituciones aprobado de conformidad con el Real Decreto 1039/03, correspondió emitir a doña María Cristina González Pereda, registradora de la Propiedad de Becerreá, la cual literalmente es la siguiente: «Recibido el día 18 de julio de 2012, número de entrada 584, la solicitud de calificación sustitutoria en paliación del cuadro de sustituciones conforme al R.D 1039/03, relativo a la escritura de novación de préstamo sin ampliación de contenido otorgada el día cuatro de mayo de dos mil doce, ante el Notario de Lugo, don Germán Aguilera Cristóbal, número 659 de protocolo, en relación con la finca número 104.911 del Registro de la Propiedad número 1 de Lugo, que tuvo calificación negativa por parte del Registrador titular de Lugo número 1 firmada el día 26 de junio de 2012, y solicitado historial registral, remitido junto con los asientos de presentación; a la fecha la registradora que suscribe confirma la calificación del Registrador de Lugo número 1 desestimando la pretensión solicitada. Se solicita la ampliación del plazo de la hipoteca inscrita, existiendo una anotación de embargo a favor de la T.G.S.S., cuyo consentimiento exige el Registrador de la Propiedad n.º 1 de Lugo y que por la presente confirmo: La anotación de embargo a favor de la T.G.S.S. implica no solo la posibilidad de repetir contra finca para su cobro sino también anteponer la garantía de que el crédito (TGSS) goza a cualquier otra carga inscrita o anotada sobre el inmueble inscrito. Véanse créditos salariales preferentes conforme al art. 1.924 Código Civil y concordantes. La ampliación del plazo no puede perjudicar a las anotaciones intermedias. El acreedor intermedio (TGSS) vera incrementado, sin su consentimiento, el plazo de la hipoteca anteriormente inscrita con las consecuencias que ello conlleva. El prestatario se obligó a devolver el capital en una única entrega el uno de Abril de dos mil doce y las partes elevan a público el cuatro de mayo de dos mil doce, por la escritura que por la presente se califica el acuerdo, que antes del vencimiento habían acordado. Desde que acuerdan modificar las condiciones hasta que lo elevan a público las circunstancias han cambiado, hay una anotación de embargo practicado el 17-3-2012, por lo que parece razonable exigir el consentimiento de la TGSS. Y en sus fundamentos de Derecho: Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y en la Ley de Impulso a la Productividad de 2007 y Art. 1924 y siguientes del Código Civil y concordantes. En Becerreá, 23 de julio de 2012 (firma ilegible y sello del Registro) Fdo. María-Cristina González Pereda».

## IV

La anterior nota de calificación es recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el 29 de agosto de 2012, por el notario autorizante, en base a los siguientes argumentos: «Primero.—A mí entender, la nota de calificación expedida por el Registrador Número Uno de Lugo, no puede ser mantenida, ya que el mismo, entre otras cita la Ley 41/2007 de Reforma del Sistema Hipotecario, estando la escritura calificada fuera de los supuestos contenidos en la misma. En concreto el artículo 13 apartado 2 de la citada Ley 41/2007, que modifica el artículo 4 de la Ley 2/1994 de 30 de marzo de Subrogación y Modificación de Prestamos Hipotecarios que deja redactado el párrafo 3 del citado artículo en lo que aquí interesa en la forma siguiente: «...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 se necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango....» En la escritura calificada únicamente se pacta una ampliación en el plazo de duración de la hipoteca y la modificación del tipo de interés, no resultando de la misma incremento en la cifra de responsabilidad hipotecaria o ampliación del plazo por este incremento o ampliación. Por tanto, no sería necesaria la aceptación de los titulares de derechos inscritos con rango posterior (en este caso la Tesorería General de la Seguridad Social) para que la hipoteca inicial conserve su rango. De la redacción

del párrafo 3.º del artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, se infiere que este exceptúa de la regla general de conservación de rango de la hipoteca inscrita, solamente en los casos de incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o de ampliación de plazo del préstamo por este incremento o ampliación. Por tanto, la escritura calificada no puede entenderse comprendida dentro del supuesto previsto en dicho párrafo, ya que únicamente se pacta ampliación en el plazo de duración, pero no derivado del incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria. La mera ampliación del plazo del préstamo no supone pérdida de rango. No cabe duda de que la redacción del tantas veces repetido párrafo 3º del artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, no es demasiado afortunada, ya que regula como dos supuestos diferentes lo que en realidad es solo uno solo, que es la pérdida del rango hipotecario de una hipoteca inscrita en el supuesto de que se amplíe la responsabilidad hipotecaria de la misma. A ello nos lleva la adecuada interpretación gramática, contextual y lógica de dicho precepto legal. Por otra parte, dicho precepto legal entiendo que ha de ser interpretado restrictivamente, no pudiendo ser ampliado a casos no comprendidos en el mismo, ya que, el principio general es el de la conservación del rango hipotecario, pudiendo perderse este únicamente en los casos que taxativamente establezca la Legislación vigente, es decir, si el principio general en nuestro Derecho es el de la conservación del rango hipotecario, las excepciones a dicho principio deben estar expresamente previstas en el Ordenamiento Jurídico. Segundo.–Tampoco creo oportuna la invocación que hace, en su calificación sustitutoria, la registradora de la Propiedad de Becerrea al artículo 1.924 y concordantes del Código Civil, ya que fundamenta su aplicación al hecho de que al ser la anotación preventiva de embargo dimanante de un crédito a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, este gozaría la preferencia sobre cualquier otra carga inscrita o anotada sobre el inmueble inscrito, lo cual no puede mantenerse puesto que daría igual que, si existiese esa supuesta preferencia, la notación de embargo constare en el Registro de la propiedad, ya que si dicha preferencia lo es por Ley, no haría falta para gozar de la misma que el embargo hubiese sido anotado preventivamente en el Registro de la Propiedad. Conforme a los argumentos anteriores se solicita la admisión de este recurso y, en su caso, que se inscriba la escritura calificada en el Registro de la propiedad con relación a la finca registral 104.911. (*sic*)».

V

El registrador elevó el expediente a esta Dirección General el 3 de septiembre de 2012, ratificándose en su nota de calificación.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1207 y 1924 del Código Civil; 13.2 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre por el que se modifica la ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; el apartado 3 del artículo 4 de dicha Ley de subrogación y modificación; 82, 128 y 144 de Ley Hipotecaria y 241 del Reglamento Hipotecario; 613.1, 657, 666, 668.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 24 de noviembre de 2009, 12 de mayo de 2011 y 18 septiembre de 2012.

1. Se plantea en este expediente si la modificación, por novación, de la ampliación del plazo de vencimiento de un préstamo hipotecario concertado en 2010 entre una entidad financiera española y una sociedad, sin modificación de la responsabilidad hipotecaria que la grava, en la que se da la circunstancia de figurar anotado, al tiempo de la formalización de la novación, un embargo a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social, requiere o no del consentimiento de la anotante para la constancia registral de la ampliación del plazo del préstamo hipotecario inscrito antes que la anotación.

2. Para dar solución a la cuestión planteada, es necesario resolver dos problemas previos acerca de la interpretación del apartado 3 del artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30

de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, según la redacción dada por el artículo 13.2 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

3. El primer problema que plantea la interpretación del apartado 3 del citado artículo 4 es el de si dicho precepto contempla dos supuestos distintos, que son el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y la ampliación del plazo de duración, o si hay un solo supuesto, que sería el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, sea o no conjuntamente con la ampliación de plazo.

En relación con este problema, el apartado 3 del artículo 4 dice que «las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación».

No cabe duda de que el legislador utilice un lenguaje en el que pretende transmitir que se trata de dos supuestos distintos, uno el de incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y otro el de ampliación del plazo del préstamo. Las referencias en los párrafos sucesivos del mismo apartado a «estos casos» y a «ambos supuestos», significa que el legislador contempla dos supuestos distintos y no uno solo, pues, además, si se contemplase únicamente el «incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria» bastaría aludir a la misma sin referirse a continuación a «la ampliación de plazo», pues esta ampliación unida a un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria ya estaría incluida, al igual que otras modificaciones, en el supuesto de «incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria». Al aludir el legislador en forma disyuntiva a la «ampliación de plazo», el supuesto no puede ser el de una ampliación de plazo unida al incremento de cifra de responsabilidad, pues sería un supuesto redundante, como también lo sería aludir al «incremento de la cifra» junto con cualquiera otra de las modificaciones del apartado 2, por lo que, en definitiva, no se explicaría por qué el legislador da un tratamiento específico a efectos de rango, a la ampliación de plazo.

La única explicación es que el legislador trata de diferenciar, a efectos del rango, los supuestos de incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y de ampliación de plazo del préstamo de las demás modificaciones del apartado 2 del artículo 4.

La expresión «por este incremento o ampliación» puesta en la parte final del párrafo de que se trata, constituye un complemento circunstancial que no complementa a la ampliación del plazo, como si quisiera decir: «producida por» este incremento o ampliación, sino a la posible «alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita» «por, en cuanto a, por razón de» este incremento o ampliación.

En primer lugar, el legislador utiliza en el mismo párrafo u oración los conceptos de «incremento o ampliación» con un determinado significado, que son los de «incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria» para el primero y el de «ampliación del plazo» para el segundo, y ello es así aunque no se emplee la expresión «respectivamente» en la parte final de la frase, pues la utilización de dos palabras distintas relacionadas con dos significados distintos nominalmente señalados conduce a la significación diferente de cada una de esas palabras. Además, tendría que haber dicho «por aquel incremento o ampliación» para referirse exclusivamente al incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria unido a la ampliación de plazo, y no es así.

Pero, en segundo lugar, la expresión «por este incremento o ampliación» debe relacionarse con «la alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita» a que se refiere inicialmente el propio apartado 3 del artículo 4 y con la referencia en el inciso siguiente a la posibilidad de «mantener el rango». Sería completamente excesivo e incluso absurdo, que por el hecho de aumentar unas cifras de responsabilidad o ampliar el plazo se produjera la pérdida del rango de la hipoteca inscrita, cuando se trata de simples aditamentos a la responsabilidad y al plazo de una hipoteca que salvo en cuanto a esos aditamentos, ya figura con rango ganado por el hecho de haberse practicado en su día la inscripción. Es más coherente interpretar atendiendo a la finalidad y al contexto del precepto, que «la alteración o pérdida del rango» y el «mantenimiento, en su caso, del rango» lo son sólo en relación con los supuestos de «incremento de la cifra de

responsabilidad hipotecaria» y de «ampliación del plazo del préstamo» de la hipoteca inscrita, y no que se trate de una alteración del rango de la hipoteca ya inscrita, pues supondría una sanción excesiva para un derecho real ya adquirido, que por el mero hecho de realizarse unas novaciones modificativas darían al traste con un rango ya adquirido. Lo lógico es sancionar la alteración de rango de la hipoteca inscrita sólo en cuanto al incremento de la cifra o en cuanto a la ampliación del plazo si no se obtiene el consentimiento de los titulares de derechos inscritos, pues en otro caso, éstos obtendrían un enriquecimiento injusto y no sería coherente el acto realizado con el resultado producido. Y para llegar a este resultado lógico, la expresión «por este incremento o ampliación» resulta decisiva, pues significa que la alteración o pérdida del rango es «por», «en cuanto a», «en lo relativo a» los referidos incremento o ampliación, es decir, el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo. En otro caso, el precepto quedaría sin una explicación coherente en cuanto a los extremos indicados de alteración, pérdida o mantenimiento del rango.

4. Ahora bien, aunque se interprete, tal como se indica en el fundamento anterior, que el legislador ha querido comprender dos supuestos distintos a efectos del rango, que son el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, por un lado, y la ampliación del plazo, por otro, todavía queda por resolver otro problema de interpretación del precepto, y es el del inciso siguiente del mismo apartado 3 del artículo 4 de la Ley de subrogación y modificación, cuando dice: «En estos casos (los de incremento de la cifra o ampliación del plazo) necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria».

Ahora la cuestión consiste en determinar si el consentimiento se exige para «los titulares de derechos inscritos» o también para «los titulares de derechos anotados». En este punto, sí que procede diferenciar a ambas clases de titulares según los supuestos.

Cuando se trata del supuesto de «incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria» es evidente que el consentimiento de los titulares intermedios es aplicable tanto a los de «derechos inscritos» como a los de «derechos anotados», no sólo porque la expresión «derechos inscritos» tiene también un sentido amplio, sino porque, aunque se interpretara en sentido limitado, sería aplicable por analogía, «de conformidad con la normativa hipotecaria» a las anotaciones de embargo. Y se confirma porque en el inciso último del apartado 3 del propio artículo 4, se excluye «cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores», en que el supuesto normal es el de las anotaciones de embargo, pues es en el juicio relativo a las mismas en que está prevista la norma del artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y además, entre las «cargas posteriores» están no sólo los derechos inscritos sino también los derechos anotados.

5. Siguiendo con los supuestos posibles de consentimiento de titulares de derechos inscritos con posterioridad, se plantea también si en el caso de «ampliación de plazo del préstamo» es necesario el consentimiento de los titulares de derechos inscritos y también el de derechos anotados o sólo el de los primeros. Parecería que la solución tendría que ser la misma que en el caso de incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria a la que el legislador añade la de «ampliación de plazo» y que ello exigiría el consentimiento de los titulares de derechos inscritos y anotados y no sólo el de los derechos inscritos, pero si se examina con mayor detenimiento la cuestión, habría que llegar a la conclusión de que en el caso de «ampliación de plazo del préstamo» no es necesario el consentimiento de los titulares de derechos anotados con posterioridad, sencillamente porque no les afecta ni les perjudica.

Los titulares de derechos reales inscritos con posterioridad a la hipoteca cuyo plazo de préstamo se amplía son derechos reales de constitución voluntaria que se contraen y consienten partiendo de los datos o elementos que constan en el Registro, entre los cuales está el plazo de vencimiento del préstamo de la hipoteca anterior en el rango, que como elemento esencial afecta a la propia constitución de la hipoteca (cfr. artículo 12.1 de la Ley Hipotecaria). En las hipotecas, como derechos reales de garantía existe siempre la fase de garantía o de seguridad y en caso de incumplimiento existirá otra fase que es la

de realización de valor o ejecución, no siendo indiferente para el titular de una segunda hipoteca inscrita que los constituyentes de la primera amplíen el plazo del préstamo, pues dado el sistema de avance de puestos, la expectativa de mejorar el rango, que es fundamental en la constitución de una segunda hipoteca, quedaría mermada o eliminada. Y a ello se une que en las hipotecas la fase de garantía se refiere al cumplimiento de las obligaciones, en que el titular de la segunda hipoteca puede tener interés en que la hipoteca primera se cumpla dentro del plazo pactado para la misma y así, una vez pagada dentro de plazo y extinguida sin necesidad de la fase de ejecución, la segunda hipoteca pasaría a ocupar el rango de primera. Al menos esa posibilidad exige que, cuando se amplía el plazo de una primera hipoteca, se exija el consentimiento de los titulares de segundas o posteriores hipotecas para que den su consentimiento a esa ampliación de plazo que les puede privar de una expectativa de mejorar el rango en tiempo oportuno, y para que valoren si la ampliación de plazo de la primera les representa un perjuicio o un beneficio.

6. Distintos efectos produce la ampliación de plazo de una hipoteca primeramente inscrita respecto a los titulares de anotaciones de embargo posteriores, pues éstas, a diferencia de las segundas hipotecas, son de constitución forzosa, garantías provisionales y de carácter procesal o procedimental vinculadas a un determinado procedimiento en el que la finalidad esencial del mismo es la realización del valor del inmueble embargado (cfr. artículo 613.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), a cuyo efecto, la ampliación del plazo de la hipoteca preferente, lo que produce es la facilitación del procedimiento de ejecución de la anotación de embargo posterior, sobre todo cuando, como aquí ocurre, el plazo del préstamo de la primera hipoteca ya está vencido cuando se amplía, ya que, a falta de dicha ampliación de plazo, se precipitaría la ejecución de la hipoteca anterior y quedaría desvanecida la posibilidad de que la ejecución de la anotación de embargo pudiera cumplir su cometido adecuadamente. Por ello, a diferencia de las distintas vicisitudes de una hipoteca segunda o posterior, tanto respecto al pago voluntario de la primera hipoteca en los plazos inicialmente previstos como en la posibilidad de enajenación de ese derecho real de hipoteca segunda y de sus expectativas, la ampliación de plazo de la primera hipoteca para las anotaciones de embargo no puede considerarse sino beneficiosa a efectos de la finalidad del procedimiento al que dicha anotación se refiere. Y se confirma porque, a diferencia del incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, el artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, revela la importancia que para la anotación de embargo tiene la cifra de responsabilidad de la hipoteca anterior, hasta el punto de que afecta a la valoración que saldrá a subasta (cfr. artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y sin embargo, nada importa a esos efectos la ampliación del plazo de vencimiento de la primera hipoteca, pues, además, los postores de la subasta saben que se subrogan en las responsabilidades de la hipoteca anterior y cuyo importe ya aparece descontado por el secretario en el valor inicial de la subasta (artículo 657 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y podrán perfectamente cancelar dicha hipoteca anterior, sea cual fuere su plazo de duración, si pagan las cantidades de que responde la hipoteca primera en cuya responsabilidad real se subrogan (Cfr. artículo 668.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por tanto, exigir un consentimiento de un titular de derecho anotado al que no le afecta la ampliación de plazo sería un contrasentido en la interpretación de la norma y podría dificultar enormemente la obtención de ese consentimiento frente a la necesidad de contar con un mayor plazo para la hipoteca primera, de cuya ejecución dependen las anotaciones de embargo posteriores, que además, es una de las finalidades de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

7. En consecuencia, la existencia de la anotación preventiva de embargo, posterior al préstamo concertado y anterior a la novación, no impone, por su mera existencia, que deba este organismo consentir la modificación contractual y, por ende, que su falta de consentimiento conduzca a una alteración o pérdida del rango inicial del derecho real de hipoteca. En el caso concreto, tampoco consta registralmente la petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.

8. Finalmente, que sea la anotante la Tesorería General de la Seguridad Social no altera la solución dada por la norma. La posibilidad establecida en el artículo 1924 del Código Civil, y sus concordantes a la que alude la segunda calificación, es un efecto legal nacido de la naturaleza especialmente privilegiada del crédito y que por tanto se produce en sus estrictos términos y su posición en nada queda afectada por la novación formalizada.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota calificadora en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 22 de noviembre de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.