

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10992 *Resolución de 26 de octubre de 2016, 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 Balaguer, por la que suspende la inscripción de una escritura de modificación del tipo de tasación para subasta de una finca hipotecada.*

En el recurso interpuesto por doña A. M. R., abogada, en nombre y representación de la entidad «Transports Magatzematges i Servéis, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Balaguer, don Santiago Ramón Lafarga Morell, por la que suspende la inscripción de una escritura de modificación del tipo de tasación para subasta de una finca hipoteca, existiendo cargas intermedias.

Hechos

I

Por el notario de Lleida, don Pablo Gómez Clavería, se autorizó el 6 de abril de 2016, con el número 991 de protocolo, una escritura pública por la que se modifica el valor de subasta convenido en la escritura de préstamo hipotecario otorgada el día 7 de mayo de 2012 ante el mismo notario, por la que se constituyó un derecho de hipoteca a favor de la recurrente, la compañía mercantil «Transports Magatzematges i Servéis, S.L.», sobre el pleno dominio de la finca registral número 3.540 de Almenar, propiedad de doña R. T. B., en garantía de una deuda de 326.000 € de principal de la compañía mercantil «Isidro Márquez Ríos, S.L.». Se da la circunstancia de la constancia registral de cargas intermedias entre ambas escrituras.

II

Dicha escritura de modificación fue presentada telemáticamente en el Registro de la Propiedad de Balaguer y objeto de la siguiente nota de calificación: «Nota de calificación (art. 19 bis L.H.) Documento de referencia Clase: Documento Notarial Fecha: 06-04-2016 Notario autorizante: don Pablo Gómez Clavería Lugar de autorización: Lleida N° Protocolo: 991 Incidencias del procedimiento Entrada: 1543 asiento: 756 Diario: 228 Presentación: 06-04-2016 Presentante: Recibido telemáticamente Revés & Advocats Lleida Hechos: I. Por la escritura antes relacionada de subsanación, se modifica el valor de subasta convenido en la escritura de préstamo hipotecario otorgada el siete de mayo de dos mil doce, ante el Notario de Lleida, don Pablo Gómez Clavería, número 1346 de su protocolo, por la que se constituyó un derecho de hipoteca a favor de la compañía mercantil «Transports Magatzematges i Servéis, Sociedad Limitada», sobre el pleno dominio de la finca registral número 3.540 de Almenar, propiedad de la señora R. T. B., en garantía de una deuda de 326.000 € de principal de la compañía mercantil «Isidro Márquez Ríos, Sociedad Limitada». En la escritura de subsanación se manifiesta que la finca hipotecada constituye el domicilio habitual del matrimonio y que se sufrió un error involuntario en el valor de tasación de la finca. Realizada nueva valoración, la finca se tasa por entidad homologada en 210.000,00 €, fijándose un valor a efectos de subasta de 160.000,00 €. II. Según resulta de la hoja registral de la finca hipotecada, ya se manifestó por la parte hipotecante que la vivienda hipotecada constituía el domicilio habitual de su matrimonio; conviniendo en el Pacto Octavo que vencida la obligación, la parte acreedora podrá ejercitar su derecho por cualquiera de los procedimientos judiciales o extrajudiciales prevenidos en las leyes y reglamentos. Con posterioridad a la constitución de hipoteca que

ahora se modifica consta anotado un embargo sobre la finca hipotecada a favor de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A, sin que la misma haya prestado consentimiento alguno a la disminución del valor de tasación. Consultado el libro de Incapacitados la sociedad «Transports Magatzematges i Servéis, Sociedad Limitada», consta declarada en situación de concurso por auto de fecha 31 de enero de 2014 habiéndose aprobado el convenio por sentencia de 22 de enero de 2015. Fundamentos legales Artículos 637, 639, 658, 659, 666, 669, 670, 672, 682 y 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; artículos 38, 129 y 130 de la Ley Hipotecaria; artículos 1209, 1210, 1212 y 1858 del Código Civil; Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1924 y 24 de marzo de 1993; Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de octubre de 1999 y 29 de octubre de 2013. La fijación en las escrituras de préstamo hipotecario de un precio en que los interesados tasan la finca hipotecada para que pueda servir de tipo para la subasta, es solo un requisito necesario para, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, pueda reclamarse su cumplimiento a través del procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados o solicitar la venta extrajudicial de la finca (art. 682 LEC y 129 LH). Cuando la transmisión por subasta se realice a través del procedimiento ejecutivo ordinario la valoración de los bienes también podrá ser acordada por el ejecutante y el ejecutado, antes o durante la ejecución (arts. 637 y 666 LEC); a falta de acuerdo será realizada por peritos en la que los acreedores posteriores podrán formular alegaciones (art. 639, 658 y 659 LEC). El valor de subasta es un requisito más procesal que real (STS 14-1-1924) y su fijación no resulta indiferente para los terceros, ya que la valoración determinará el desarrollo de la subasta. Es cierto que los acreedores posteriores siempre podrán intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito, subrogándose en los derechos del actor, pero en las mismas condiciones que ostentaba el crédito hipotecario cuando ellos anotaron su derecho en el Registro (arts. 659 y 689 LEC; art. 38 LH); pero también es cierto que no tienen la obligación de intervenir ni subrogarse. La fijación de un nuevo valor de tasación puede repercutir desfavorablemente a los acreedores posteriores si el tipo se disminuye, aunque sea para adecuarlo al valor de mercado, al no poder cubrir la totalidad del crédito y disminuir sus expectativas a un posible sobrante; será el desarrollo de la subasta el que determinará el valor. Según el artículo 38 de la Ley Hipotecaria los derechos inscritos, a todos los efectos legales, se presume que existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo, presumiendo además el artículo 1210 de Código Civil la subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, cuando un acreedor pague a un acreedor preferente, subrogación que transferirá el crédito con sus anexos. Calificación: Por los indicados hechos y fundamentos de derecho se suspende la inscripción del nuevo valor, fijado a efectos de subasta, en 160.000 €, por considerarse necesario el consentimiento de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., acreedor posterior, al poder afectar a sus derechos sobre la finca. La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1º de la Ley-Hipotecaria. Contra dicha calificación cabe: (...) Balaguer, diecinueve de mayo de dos mil dieciséis. El registrador. Este documento ha sido firmado digitalmente por el registrador: don Santiago Ramón Lafarga Morell con firma electrónica reconocida».

III

Instada calificación sustitutoria, se designó para realizar la misma por el turno del cuadro de sustituciones al registrador de la Propiedad de Cervera, don Óscar Zorrilla Blanco, el cual emitió resolución confirmatoria de fecha 28 de junio de 2016, por entender que la modificación del valor de subasta en una hipoteca, puede afectar a los derechos del acreedor posterior, siendo necesario el consentimiento del mismo.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, doña A. M. R., abogada, en nombre y representación de la entidad «Transports Magatzematges i Servéis, S.L.», interpuso

recurso el día 1 de agosto de 2016 en el que alega lo siguiente: «Alegaciones Previa.–(...) Primera.–(...) Segunda.–La cuestión planteada pues en el presente recurso, y motivada por la decisión del Registrador, hace referencia a las consecuencias que pueda tener la modificación posterior del valor de tasación de la finca hipotecada cuando según el Registro existen derechos reales o cargas posteriores. Pues bien, en primer lugar debemos remitirnos a lo dispuesto en los dos nuevos números al artículo 4 de la Ley de Subrogación y Novación, introducidos por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre. Así, el número 2o del reseñado artículo señala que: “...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; i i) 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.”. Por su parte el número 3º señala que: “...las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso una alteración o pérdida de 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 registra/mente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.”. Vemos pues, que el primero de los dos nuevos párrafos se limita a desarrollar legalmente en materia de préstamos hipotecarios el artículo 1204 CC, definiendo cuándo hay novación modificativa y cuando no. La propia exposición de motivos señala expresamente que ésta es la finalidad del precepto, tratando de superar «interpretaciones restrictivas» del concepto de novación. Por su parte el nuevo apartado 3ª del artículo 4 de la Ley de Subrogación y Novación considera «ex lege» que sólo en dos casos la novación implica una pérdida de rango: en el caso de incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria y en el de la ampliación del plazo y sólo por ese incremento o ampliación. Lo anterior significa bajo criterio de esta parte, en primer lugar que ni Notarios ni Registradores deben enjuiciar en las novaciones si, por ejemplo, la alteración del tipo de interés, la del valor a efectos de subasta, de la forma de amortización o la liberación de los fiadores implican una mejora o no para el deudor y para terceros posteriores (acreedores hipotecarios posteriores, acreedores con anotaciones de embargo, etc...), lo que no significa, en opinión de esta parte, que los terceros no puedan ejercer judicialmente la defensa de sus créditos ante el perjuicio ocasionado por la novación. De hecho el precepto habla de “pérdida de rango registral” de la hipoteca y no de perjuicio para el crédito garantizado. En segundo lugar, consecuente con lo anterior, sólo el incremento de responsabilidad hipotecaria y/o del tiempo implica según el precepto una pérdida de rango hipotecario, lo que resulta obvio, ya que la finalidad del precepto no es tanto afirmar que en esos casos existe el mismo sino justamente declarar que en todos los demás casos del párrafo 2º no existe perjuicio para el rango hipotecario. Y en tercer lugar, el párrafo 3º viene a señalar en qué medida el incremento de la responsabilidad hipotecaria o la ampliación del tiempo implican un perjuicio para la hipoteca novada, y lo es sólo en la medida del incremento de la primera o de la ampliación del segundo, descartando con ello la interpretación de que de existir créditos inscritos o anotados posteriores, de no dar éstos su consentimiento la novación implicaba que la totalidad de la hipoteca perdía de rango. Por tanto, conforme al citado artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en la modificación introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre la modificación de un préstamo con garantía hipotecaria no determina, con carácter general, la alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, insistimos, excepto cuando implique un aumento de la responsabilidad hipotecaria o “la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación”. En estos dos casos, y solo en estos, se requerirá la aceptación de los titulares de derechos inscritos con rango posterior a la hipoteca, para que se pueda mantenerse el rango. Resulta pues de todo ello que,

existiendo titulares registrales posteriores, si se recarga el préstamo, amplía el plazo y aumenta la responsabilidad hipotecaria, y se consigue la aceptación de dichos titulares registrales, se mantendrá la hipoteca originaria con su rango, con la nueva cifra de responsabilidad, en garantía del crédito recargado y con su nuevo plazo. Por el contrario, si no se consigue la aceptación, se mantendrá la hipoteca originaria con el rango y responsabilidades originarios, por el crédito recargado (incluso aunque fuera mayor que la responsabilidad hipotecaria existente) y con su nuevo plazo, y surgirá por la ampliación de la responsabilidad una hipoteca de rango posterior al de los titulares que denegaron el consentimiento. Pues bien, una vez analizado el citado precepto y sus consecuencias, resulta que en el caso que nos ocupa, resulta obvio que no nos encontramos en ninguno de los supuestos de novación o modificación hipotecaria que suponga según la ley un cambio o degradación de rango registral, pues no se pacta ni una ampliación del plazo, ni un incremento de responsabilidad hipotecaria, sino que únicamente con una modificación del valor de la finca hipotecada a efectos de subasta para adaptar dicho valor a la realidad social actual –mediante su aproximación al valor de mercado–, por lo que entendemos que, no afectando dicha alteración al rango registral, la modificación no requiere del consentimiento de los titulares registrales posteriores. Y en este mismo sentido se ha pronunciado el centro Directivo al que nos dirigimos en un supuesto análogo al presente. Así, la reciente Resolución de fecha 29 de febrero de 2016 apuntaba en este sentido que: “La cuestión así planteada es de gran trascendencia por cuanto, como ya afirmara la Resolución de 14 de mayo de 2014, de acuerdo a la previsión del artículo 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y con el artículo 129 de la Ley Hipotecaria en lo que a este expediente se refiere), el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta constituye –junto con el domicilio fijado por el deudor para la práctica de requerimientos y notificaciones– uno de los requisitos esenciales que han de constar en la escritura de constitución de hipoteca para que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada puedan seguirse las particularidades del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados recogidas en los artículos 681 y siguientes de la Ley Procesal (y en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria). Siendo la inscripción de la hipoteca uno de los pilares básicos de la ejecución hipotecaria (cfr. artículo 130 de la Ley Hipotecaria), la fijación de la tasación constituye un elemento esencial sobre el que gira la licitación, confiriendo distintos derechos al postor, al ejecutado y al ejecutante en función del porcentaje que la postura obtenida en la puja represente respecto del valor, en los términos recogidos por los artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo determinante dicho precio para la evaluación acerca de si el valor de lo adjudicado ha sido igual o inferior al Importe total del crédito del actor y de la existencia y eventual destino del sobrante, extremos éstos expresamente calificables por el registrador al amparo de lo dispuesto en el artículo 132.4.º de la Ley Hipotecaria. De aquí que quepa plantearse, como hace el registrador, si la modificación del valor de la finca hipotecada llevado a cabo con posterioridad a su constitución puede perjudicar a los titulares de cargas intermedias, especialmente cuando como en el caso del expediente, la modificación es a la baja, disminuyendo así las expectativas de existencia de sobrante con el que resarcirse (cfr. artículo 670.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al artículo 129.2. h de la Ley Hipotecaria). En opinión de esta Dirección General, no puede afirmarse que la modificación de la tasación incida sobre el rango hipotecario, porque la tasación y el domicilio son requisitos de carácter procesal esenciales para poder acudir al procedimiento de ejecución directo hipotecario y a la venta extrajudicial (cfr. artículos 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la Ley Hipotecaria), mientras que el rango opera respecto del derecho real de hipoteca y la configuración del préstamo o crédito al que sirve de garantía y contribuye a su determinación (artículos 12 de la Ley Hipotecaria y 4 Ley 2/1994. de 30 de marzo), como se infiere de que su omisión no impide que el acreedor pueda acudir al procedimiento de ejecución ordinaria, con el rango que le corresponde por la inscripción de la hipoteca, y en el seno del mismo llevar a cabo la tasación de la finca (...). Por tanto, esos titulares de derechos posteriores que se sientan perjudicadas por el nuevo asiento de tasación, deberían haber solicitado judicialmente su rectificación por el procedimiento declarativo correspondiente (artículo 40 de la Ley Hipotecaria)”. Y es evidente que si la alteración del

valor de la finca a efectos de subasta no determina la pérdida de rango registral conforme a la normativa vigente, –y conforme a su interpretación efectuada por este centro Directivo–, por no estar contemplado el supuesto entre aquellos en los que el legislador ha anudado dicho efecto, eso determina la innecesariedad de contar con el consentimiento de los acreedores posteriores en tal supuesto, salvo que, insistimos, la alteración vaya acompañada de un aumento de la responsabilidad hipotecaria. Ante tales circunstancias, es por lo que consideramos que la calificación negativa del Registrador de Balaguer no atiende a la realidad social en la que la norma ha de ser aplicada, puesto que si la finalidad y el espíritu de ésta claramente tienden a facilitar la novación modificativa, la exigencia del consentimiento de los acreedores posteriores en los casos en los que no está previsto, supone sin duda alguna remar contracorriente. Tercera.–Colofón final. Todo cuanto hemos expuesto en este escrito, entendemos que conduce ineludiblemente a la estimación del presente recurso, pues reiteramos que la alteración del valor de tasación de la finca a efectos de subasta no puede ser considerada una novación o modificación que suponga pérdida de rango registral y por ende que exija el consentimiento de los acreedores posteriores. Por todo lo expuesto, Solicito a la Dirección General del Registro y del Notariado: Tenga por presentado este escrito y documentos acompañados en tiempo y forma hábil, lo admita, y teniendo por efectuadas las anteriores alegaciones, resuelva en el sentido de estimar el presente recurso, revocando la nota de calificación negativa emitida por el registrador del Registro de la Propiedad de Balaguer».

V

El registrador, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 10 de agosto de 2016, manteniendo su calificación suspensiva, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del mismo resulta que, notificado el notario autorizante, no realizó alegaciones.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1, 20, 32, 38, 40, 115, 117, 129, 130, 132 y 144 de la Ley Hipotecaria; 234 y 240 del Reglamento Hipotecario; 637, 639, 640, 641, 658, 659, 666, 669, 670, 671, 672, 681, 682, 688, 689 y 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 1129, 1203, 1204, 1209, 1210, 1212 y 1858 del Código Civil; 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1924, 11 de abril de 1961 y 24 de marzo de 1993, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de octubre de 1983, 8 de febrero y 20 de octubre de 1999, 12 de abril de 2000, 6 de julio de 2001, 23 de septiembre y 20 de diciembre de 2002, 7 de marzo y 8 de noviembre de 2012, 30 de agosto y 29 de octubre de 2013, 11 de marzo, 14 de junio, 31 de julio y 30 de septiembre de 2014, 14 de mayo de 2015 y 29 de febrero de 2016.

1. La única cuestión planteada en el presente recurso consiste en dilucidar las consecuencias registrales del pacto de la modificación o subsanación del precio en que los interesados tasan la finca hipotecada para que sirva de tipo en la subasta, cuando la hipoteca a la que se refiere se encuentra ya inscrita y según el Registro de la Propiedad existen derechos reales o cargas posteriores a la misma y anteriores a la escritura de modificación presentada.

La concreta situación registral la finca en el presente supuesto es la siguiente: a) mediante escritura otorgada ante el notario de Lleida, don Pablo Gómez Clavería, el día 7 de mayo de 2012, número 1.346 de protocolo, se otorgó una escritura de reconocimiento de una deuda de 326.000 euros realizado por la sociedad «Isidro Márquez Ríos, S.L.» a favor de la sociedad «Transports Magatzematges i Servéis, S.L.» que se garantizó con una hipoteca sobre la finca registral número 3.540 de ciudad de Almenar, titularidad de doña R. T. B., fijándose un tipo a efectos de subasta de 326.000 euros; b) posteriormente sobre la citada finca se anotó el embargo letra B a favor de la entidad «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.», y c) ahora se presenta la escritura objeto de este expediente que recoge

la subsanación por error involuntario (no consta en el expediente cuál sea ese error) o modificación del tipo de subasta de la finca hipotecada, que se deja fijado en 160.000 euros, ascendiendo la tasación de la finca efectuada por entidad homologada a 210.000 euros; y sin que en la misma haya prestado su consentimiento a la disminución del tipo de subasta «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.».

En primer lugar, se estima por esta Dirección General, con la generalidad de la doctrina, que el precio en que los interesados han tasado la finca en la escritura de constitución de hipoteca, para que sirva de tipo a la subasta, puede ser objeto de modificación posterior por acuerdo entre el acreedor y el deudor (y el hipotecante no deudor, en su caso). No se consideran razones suficientes para negar esa posibilidad la ausencia de la regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil de esa modificación (al contrario de lo que ocurre en el artículo 683 con el cambio de domicilio), ni la calificación, «obiter dicta» y sin motivación jurídica, de la «inmodificabilidad» del precio de salida recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1993, porque en materia contractual, como regla, rige el principio de autonomía de la voluntad y porque en la normativa hipotecaria, la constitución de derechos reales, ya lo sean de garantía o de otro tipo, no limita, en modo alguno, las facultades dispositivas del titular registral y, por tanto, el mismo conserva tanto la facultad de transmitir la finca, como la de constituir nuevos derechos reales de garantía o de modificar los existentes en los términos y con extensión permitidos por la Ley.

Pero para resolver la cuestión planteada en este recurso, la necesidad de la aceptación de los titulares posteriores de derechos reales o cargas inscritos o anotados, es preciso determinar previamente la naturaleza y alcance de tal modificación, es decir, si la reducción del tipo de subasta es de tal carácter que afecta al rango registral de la hipoteca inscrita o, en todo caso, si por implicar la constancia de tal valor en la inscripción de la hipoteca, la atribución de algún derecho a los titulares de derechos reales o cargas posteriores, se hace necesario su consentimiento para su rectificación o novación.

2. La respuesta a la primera pregunta, si la reducción del tipo de subasta es de tal carácter que afecta al rango registral de la hipoteca inscrita, debe partir de la consideración, en el sistema español, del rango como una cualidad jurídica o posición inherente a los derechos reales inscritos y, por tanto, sin perjuicio de su negociabilidad, susceptible de oposición, en la forma que las leyes determinen en cada caso, únicamente cuando se altera el contenido propio del derecho real de que se trate.

En lo tocante a la hipoteca, el contenido del derecho real viene constituido, en esencia y sin perjuicio del específico de algún tipo especial, por la extensión objetiva de la misma en cuanto a la finca y sus accesorios, por la responsabilidad hipotecaria en sus diferentes conceptos y, por último, por la determinación de la relación jurídica garantizada, singularmente en los préstamos hipotecarios por sus condiciones financieras y de vencimiento anticipado (artículo 12 de la Ley Hipotecaria), en cuanto delimita el contenido de la reclamación hipotecaria o fija los requisitos necesarios para que ésta se ponga en marcha. Los pactos relativos a las acciones ejecutivas especiales, en la medida que la ejecución es posible por otros procedimientos y no son impuestos como requisito obligatorio para la constitución de la hipoteca, sino que constituyen un convenio voluntario de naturaleza procesal, no forman parte del contenido esencial del derecho real de hipoteca (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 1924 y Resolución de 29 de febrero de 2016), sin perjuicio de que puedan afectar a terceros en cuanto tienen transcendencia real y forman parte del contenido de la hipoteca entendido en un sentido amplio.

Es por ello que el artículo 4 de la Ley 2/1994, sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios, tras la reforma de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, al tratar sobre la repercusión que las novaciones del préstamo hipotecario pueden tener en relación con el rango de la hipoteca, en su número 2 dispone que: «...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 inicia/mente 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»; y, por su parte, el número 3 señala

que: «...las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso una alteración o pérdida de 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 registra/mente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores». Es decir, no se hace alusión alguna a los pactos específicos de los procedimientos de ejecución hipotecaria a que se refieren los artículos 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la Ley Hipotecaria, entre ellos al tipo o valor de la finca gravada a efectos de la subasta, precisamente por esa naturaleza procesal del pacto y ajena al rango hipotecario.

Estos párrafos del artículo 4 de la Ley 2/1994 no son más que un desarrollo en el ámbito de los préstamos hipotecarios de los artículos 1203 y 1204 del Código Civil, según los cuales las obligaciones pueden modificarse por «la variación de su objeto o condiciones principales» (en este caso las recogidas en el apartado segundo del citado artículo 4), lo que implicaría una mera novación modificativa, y sólo existirá una novación extintiva cuando «así se declara expresamente por las partes, o la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles», incompatibilidad que en el marco de los préstamos hipotecarios viene determinada, en caso de existir terceros registrales posteriores a la hipoteca cuyo préstamo garantizado es objeto de la modificación, por la eficacia erga omnes del contenido del derecho real inscrito (artículo 38, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria) y por el principio registral de que la novación de cualquier derecho real (en este caso de la obligación hipotecaria) no surte efectos contra terceros que hayan inscrito o anotado sus derechos con anterioridad (artículos 32, 115 y 144 de la Ley Hipotecaria).

Pero esta incompatibilidad ha sido precisada legalmente, en el ámbito de los préstamos hipotecarios en que nos movemos, por el nuevo apartado 3 del artículo 4 de la Ley 2/1994 antes citado, el cual considera que sólo en dos supuestos la novación del préstamo hipotecario implica una pérdida de rango de la hipoteca inscrita y los términos concretos de esa pérdida. La determinación de cuáles son exactamente estos dos supuestos de novación no meramente modificativa y sus efectos sobre el rango hipotecario ha generado una viva discusión doctrinal e incluso vacilaciones en la doctrina de este Centro Directivo, aunque hoy debe considerarse consolidado el criterio sentado en la Resolución de 14 de mayo de 2015 que los concreta al supuesto de «ampliación del capital cuando, además, implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o exista una ampliación del plazo del préstamo» (simultánea, previa o posterior), y los efectos de la pérdida de rango «al incremento de la responsabilidad hipotecaria (descontada la recarga) o a la total ampliación del capital, respectivamente».

La alteración del tipo o del valor a efectos de subasta de la finca hipotecada, por tanto, no es que no genere en sí misma una alteración del rango de la hipoteca a la que se refiera, por no estar incluida en los dos supuestos citados, es que ni siquiera tiene la consideración de circunstancia susceptible de provocar una novación de la obligación garantizada porque opera en el ámbito meramente procesal. Por tanto, en términos de estricto rango hipotecario, la modificación del tipo de la finca hipotecada a efectos de subasta, para adaptarlo al valor de mercado, no requeriría del consentimiento de los titulares registrales posteriores.

3. En cuanto a la respuesta a la segunda pregunta que antes se formulaba, si la constancia del tipo de subasta en la inscripción de la hipoteca implica la atribución de algún derecho a los titulares de derechos reales o cargas posteriores que haga necesario su consentimiento para su rectificación o novación del mismo, en los términos a que se refieren los artículos 40 y 144 de la Ley Hipotecaria; se hace necesario distinguir según el carácter de esos terceros titulares de derechos reales o cargas posteriores a la hipoteca objeto de la modificación del tipo de subasta.

Es indudable que si la finca se ha transmitido a un tercero, se haya subrogado o no en la obligación garantizada, será necesaria siempre su intervención o consentimiento para

poder modificar la valoración de la finca a los efectos de la subasta o para poder convenir «ex novo» los procedimientos especiales de ejecución hipotecaria no pactados en la constitución (Resolución de 20 de octubre de 1999), pero no porque exista la presunta atribución de un derecho o porque de alguna manera le afecte tal modificación, sino porque siendo principios básicos de nuestro sistema registral el de tracto sucesivo y el de legitimación, no podrán inscribirse o anotarse títulos, de la clase que fueran, que no aparezcan otorgados por el titular registral o en que éste haya sido demandado, y que pretenda acceder al Registro con posterioridad al momento en que lo haya hecho esa adquisición dominical.

Tratándose de titulares de derechos inscritos o cargas de rango posterior, la doctrina se encuentra dividida, así algunos autores –fundamentalmente procesalistas y civilistas– consideran necesario también el consentimiento de los mismos por cuanto no les es indiferente la valoración que a efectos de subasta se pretenda hacer constar en el Registro a posteriori, pues dados los términos legales, dicha valoración determinará el desarrollo de la subasta, al servir de base para la aplicación de los porcentajes necesarios para la aprobación del remate, o para determinar el importe de la adjudicación de la finca al acreedor–ejecutante en caso de falta de postores o de insuficiencia de los remates ofrecidos (artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En consecuencia, como la reducción del tipo de subasta disminuye la posibilidad de existencia de sobrante que pueda destinarse al pago de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado (artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), entienden estos autores, que ese consentimiento es necesario, porque la constancia registral de un tipo de subasta atribuye a esos titulares registrales, desde la fecha de su inscripción o anotación, el derecho al sobrante que resulte de la aplicación de la normativa procesal al precio de salida inscrito en el momento de practicarse aquellas.

Esta opinión parecería confirmarse con la dicción de los artículos 639.4, 640.3 y 641.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primero de los cuales, respecto al procedimiento ejecutivo ordinario, concede a los titulares de derechos reales y cargas posteriores la posibilidad de presentar informes a la valoración de la finca hipotecada realizada, al iniciarse el procedimiento, por el perito tasador designado por el letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución. Los otros dos artículos, comunes al procedimiento ejecutivo ordinario y al directo hipotecario, exigen la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito o anotado sus derechos en el Registro con posterioridad al gravamen que se ejecuta, para la aprobación del «convenio de realización» acordado entre ejecutante y ejecutado, o de la venta realizada por persona o entidad especializada, cuando la enajenación se materialice por un precio inferior al 70% del valor que se haya fijado como precio del inmuebles para la subasta.

Pero, como opinan otros autores –fundamentalmente hipotecaristas–, la constancia registral del tipo o precio a efectos de la subasta de la finca hipotecada no atribuye a los acreedores intermedios más que una mera expectativa a que la adjudicación al ejecutante se efectúe por un importe determinado mínimo, expectativa que se materializará si la ejecución se insta por el procedimiento directo hipotecario (artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o por la venta extrajudicial notarial (artículos 129 de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento Hipotecario), y que decaerá si el ejecutante opta por la vía de la ejecución ordinaria o del juicio declarativo, dado que en ambos supuestos, en el segundo en su fase ejecutiva, deberá procederse a un nuevo avalúo del bien hipotecado.

Por tanto, concluyen estos autores, que el consentimiento para la modificación del tipo de subasta por parte de los titulares registrales de cargas posteriores, durante la fase de seguridad de la hipoteca, es innecesario, ya que la inscripción del valor de tasación no atribuye por sí misma derecho alguno a esos titulares hasta la utilización de los correspondientes procedimientos, pues, hasta ese momento, el ejecutante puede desvirtuar esa expectativa acudiendo a otros procedimientos distintos para llevar a cabo la ejecución. Todo ello sin perjuicio que de «lege ferenda» sea conveniente regular expresamente esta modificación posterior del tipo de subasta.

Además, tales terceros no se encuentran en situación de indefensión en cuanto para proteger su posición pueden intervenir en la ejecución, aprovechándose del tipo bajo de la subasta, si consideraran que la segunda tasación no se ajusta por defecto al valor del mercado, o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca (artículos 689 y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), quedando subrogados en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho. Y finalmente, también pueden los terceros posteriores a la hipoteca, en caso que se sientan perjudicadas por el nuevo asiento de tasación, solicitar judicialmente su rectificación por el procedimiento declarativo correspondiente (artículo 40 de la Ley Hipotecaria).

4. Por último, señalar dos aspectos que inciden en la innecesidad del repetido consentimiento de los titulares registrales de cargas posteriores. El primero radica en la circunstancia de que esa modificación del tipo de subasta responde a una causa adecuada (semejante a la causa de la acción de devastación) consistente en la necesidad o conveniencia de ajustar dicho tipo de subasta al valor de mercado de la finca hipotecada en un momento posterior a la constitución de la hipoteca cuando, por motivo de la larga duración del préstamo o crédito garantizado, se ha deteriorado o depreciado de tal manera la misma, que se ha producido una variación sustancial de su valor. Se trataría de un derecho del acreedor a la ampliación de la hipoteca, ante el eventual quebranto de la garantía hipotecaria, que encuentra su apoyo legal en el artículo 1129.3 del Código Civil, y que tiene su reflejo negocial en la habitual estipulación de vencimiento anticipado del crédito hipotecario, a menos que se amplíe la garantía en la cantidad necesaria, por el hecho de disminuir, por cualquier motivo, el valor del bien hipotecado, de tal manera que no alcance a cubrir la suma garantizada.

La validez de este tipo de estipulación, cuya constancia registral sería oponible a los terceros titulares de cargas posteriores, ha sido admitida por esta Dirección General (Resoluciones de 3 de abril y 20 de mayo de 2000, 22 de marzo de 2001 y 2 de septiembre de 2005, entre otras) siempre que se cumplan una serie de requisitos que hagan que el vencimientos sea objetivo e imparcial, entre los que se encuentran la previsión de un porcentaje de disminución del valor y la aportación de una tasación que acredite la realidad de esa disminución, realizada por entidad especializada e imparcial, de tal manera que la resolución no quede sujeta a la voluntad del acreedor.

El segundo aspecto consiste en que esa nueva tasación del inmueble hipotecado, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, «no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario» (artículos 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la Ley Hipotecaria), es decir, tasación realizada por entidad homologada, con una antigüedad no superior a seis meses, y ajustada al método regulado por la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, del Ministerio de Economía, en su redacción del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril; lo que garantiza una valoración objetiva y que la modificación del tipo no se producirá en fraude de los terceros interesados.

Procede en consecuencia la estimación del recurso interpuesto y la revocación de la calificación registral.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador.

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, 26 de octubre de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.