

Una vez respetados los límites institucionales de la autonomía privada, el contenido de los contratos depende en exclusiva de la propia voluntad de las partes, quienes pueden dotar al entramado de derechos y obligaciones generados por el contrato el alcance deseado.

La autonomía privada no puede ser contemplada al margen del ordenamiento jurídico que, por cierto, le protege y ampara, sino que, a su vez, se le *limita*, siendo imposible atentar contra las normas imperativas existentes en él, las cuales dimanarían del orden público, la moral y la buena fe. Sin embargo, la generalidad de las normas legales referentes al contrato tienen carácter *dispositivo*, y, por consiguiente, son disponibles y sustituibles por las partes.

Por otro lado, la autonomía de la voluntad no se sustenta únicamente en el acuerdo de la voluntad de las partes, sino que no hay que olvidar el *sustrato* económico del contrato y en particular la nota de *patrimonialidad*.

La eficacia del contrato y su relatividad:

En base al artículo 1.258 del Código Civil, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Esto implica que, en principio, debe respetarse y observarse el contrato. Pero sobre todo, al ser el contrato un acto que genera una relación jurídica entre las partes, esto es, un conjunto de derecho y obligaciones que deben ser cumplidos y que determinan la eficacia del contrato.

En base al juego de autonomía privada y del artículo 1.257-1.º del Código Civil, los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en el caso de aquellos derechos y obligaciones que no sean transmisibles, por su naturaleza, por pacto expreso, o por la ley.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

HIPOTECA. DIVISION Y MODIFICACION DE CREDITO HIPOTECARIO.— POSIBILIDAD DE DIVISION DE LA HIPOTECA QUE LO GARANTIZA POR ACUERDO ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR, CON BASE EN LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES. (RESOLUCIÓN DE 8 DE ABRIL DE 2002. BOE DE 30 DE MAYO DE 2002.)

RESOLUCION de 8 de abril de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona, don Rafael Herrero de las Heras, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Mollet del Vallés, don Javier Madurga Rivera, a inscribir una escritura de división y modificación de préstamo con garantía hipotecaria en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. En escritura otorgada el 30 de enero de 1996, los cónyuges don Amador R. M. y doña María S. A., constituyeron a favor de la entidad «Banca Catalana, Sociedad Anónima», y sobre un inmueble de su propiedad, una hipoteca en garantía de préstamo de 6.300.000 pesetas, quedando respondiendo la finca hipotecada de dicha cantidad, de tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de 1.587.600 pesetas y de 630.000 pesetas

como crédito supletorio para costas y gastos, que se inscribió en el Registro de la Propiedad de Mollet del Vallés.

Posteriormente, en escritura otorgada ante el Notario de Barcelona, don Rafael Herrero de las Heras, el 7 de abril de 1998, los mismos interesados declaran que del préstamo garantizado queda pendiente de amortizar la suma de 5.800.780 pesetas, por lo que la entidad acreedora otorga carta de pago por la cantidad de 499.220 pesetas, consistiendo la cancelación parcial correspondiente, y que posteriormente a la obtención del préstamo y constitución de la hipoteca, la parte deudora obtuvo de la Generalitat de Catalunya la subsidiación de dicho préstamo, y no alcanzando la subsidiación de los intereses a la totalidad del préstamo, sino sólo a la cantidad de 5.040.000 pesetas, dividen el citado crédito e hipoteca en los dos siguientes: Crédito con garantía hipotecaria que tendrá el rango registral de primera hipoteca en garantía de 5.040.000 pesetas de principal, que se regirá por los pactos contenidos en la escritura de 30 de enero de 1996 con una serie de modificaciones que se introducen para adaptar la hipoteca a las disposiciones de la Generalitat, quedando la finca hipotecada respondiendo de dicho capital, de tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de 818.597 pesetas y de la suma de 504.000 pesetas como crédito supletorio para costas y gastos. Crédito con garantía hipotecaria que tendrá el rango de segunda hipoteca en garantía de 760.780 pesetas de principal, que se regirá en lo dispuesto en la escritura de 30 de enero de 1996, quedando la finca hipotecada respondiendo de dicho capital, de tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de 19.716 pesetas y de la suma de 400.000 pesetas como crédito supletorio para costas y gastos.

II. Presentada esta última escritura en el Registro de la Propiedad de Mollet del Vallés, fue calificada con la siguiente nota: «Denegado el despacho del precedente documento por razón de los siguientes defectos: I. Se “divide” la hipoteca, lo cual es contrario al artículo 1.860 del Código Civil. II. Se pretende que la hipoteca actual, que garantiza un total de seis millones trescientas mil pesetas de capital, tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de un millón quinientas ochenta y siete mil seiscientas pesetas y seiscientas treinta mil pesetas en concepto de costas y gastos, dé lugar a dos hipotecas: Una, con el rango de primera, que garantizará un total de cinco millones cuarenta mil pesetas de principal, ochocientos dieciocho mil quinientas noventa y siete en concepto de intereses remuneratorios y quinientas cuatro mil pesetas en concepto de costas y gastos; y otra, con el rango de segunda, que garantizará un total de seiscientas sesenta mil setecientas ochenta pesetas de principal, ciento noventa y una mil setecientas dieciséis pesetas en concepto de intereses remuneratorios y de cuatrocientas mil pesetas en concepto de costas y gastos. Y ello se hace vulnerando el artículo 122 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1.875.1 del Código Civil, pues para que la actual hipoteca inscrita quede garantizando las responsabilidades predicadas de lo que quedaría como “primera” hipoteca, se hace necesario la cancelación parcial de todas las diferencias de responsabilidades entre una y otra, tanto por principal como por intereses y costas. Y para que pueda existir una “segunda” hipoteca se hace necesario la manifestación formal y expresa que “se constituye” esta nueva hipoteca, sin que pueda admitirse (defecto I) que nazca por “división” de la hipoteca preexistente. III. Asimismo se deniega la inscripción de los siguientes extremos: por su carácter meramente personal: Del apartado “Plazo, lugar y forma de pago” del pacto Sexto I.B), los párrafos

tercero y cuarto, y desde “se cargarán en cuenta...” “hasta... de su cuenta personal”; del mismo pacto Sexto I.B), el apartado de “Comisiones”; y del apartado II del pacto Sexto, desde “si bien la letra...” “hasta...” “citado Real Decreto”. Mollet del Vallés, a veintiséis de junio de mil novecientos noventa y ocho. El Registrador». Firma ilegible.

III. El Notario autorizante de la escritura, don Rafael Herrero de las Heras, interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación en cuanto a los defectos 1.º y 2.º, y alegó: Que en contra de la divisibilidad de la hipoteca se invoca el artículo 1.860 del Código Civil, pero tal concepto contempla un caso muy particular, cual es la adquisición por los herederos del acreedor del crédito hipotecario o la asunción de éste por los herederos del deudor, pero aunque estuviéramos ante un caso de herencia, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil los herederos del acreedor o los deudores podrían dividir el crédito, lo que llevaría implícito, dada su accesoriedad, la división de la hipoteca en varias. En todo caso, el artículo 1.860 del Código Civil se limita a establecer unas normas en defensa del acreedor o acreedores que éstos pueden renunciar con base a lo dispuesto en el artículo 6.2 del mismo cuerpo legal. Que lo expuesto anteriormente es igualmente aplicable al artículo 122 de la Ley Hipotecaria, también mencionado en la nota de calificación: está hablando del caso particular en que no se pague la totalidad de la hipoteca o que desaparezcan parte de los bienes hipotecados, y aún en estos casos el acreedor podrá hacer lo que más le convenga, desde condonar el crédito y cancelar totalmente la hipoteca hasta lo que quieran él y el deudor siempre que no se vaya en concreto de ningún precepto imperativo. Que ni el acreedor ni el deudor convienen en dividir el crédito en dos, la hipoteca, como derecho accesorio, tendría que seguir al principal y, por tanto, al existir dos créditos independientes necesariamente tendrán que haber dos hipotecas, no siendo aplicable al caso el artículo 1.875.1 del Código Civil, pues no está constituyendo ninguna hipoteca sino dividiendo en dos la existente con anterioridad. Que aunque en la nota no se cite expresamente parece que no se entiende muy bien porqué se le atribuye a las dos hipotecas diferente rango, y en este punto hay que tener en cuenta que el rango hipotecario puede ser objeto de alteración por medio de negocio jurídico entra las partes y en el presente caso con mayor razón al haber un solo acreedor y un deudor, a parte que la Generalitat exige que la hipoteca que garantiza el pago del crédito subsidiario tenga el rango de primera.

IV. El Registrador de la Propiedad de Mollet del Vallés, en defensa de la nota, informó: Que el artículo 1.860 del Código Civil, al indicar que la hipoteca es indivisible, se está refiriendo a la imposibilidad de exigir y obtener cancelaciones formales de las mismas como consecuencia de los distintos pagos parciales hechos al acreedor de la obligación asegurada, y a que cuando el acreedor hipotecario transmite su derecho a dos o más personas la hipoteca no ve transformada su capacidad de afectación sobre toda la finca y por el total importe asegurado. El pactar la divisibilidad o renunciar a la indivisibilidad no significa practicar tantas nuevas inscripciones de hipoteca como acreedores hipotecarios existan, sino tan sólo consentir esas cancelaciones parciales. Que el artículo 124 de la Ley Hipotecaria se refiere a la «división» de una hipoteca en el sentido de distribuir la responsabilidad hipotecaria cuando, por razón de un crédito son varias las fincas hipotecadas, y en este sentido, la «división» es admisible (incluso obligatoria: art. 119 de la Ley Hipotecaria), pero no en el presente caso, entendida la división en el sentido de partir en

dos una hipoteca, de tal modo que lo que era una hipoteca sobre una finca pase a convertirse en dos sobre la misma finca, tanto por el carácter formal de la constitución y cancelación de la hipoteca como por el carácter accesorio de la misma respecto de la obligación garantizada, sin que quepa alegar el principio de la autonomía de la voluntad, pues tal posibilidad sería contraria al artículo 1.857.1 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria: las partes «dividen» el crédito originario de tal modo que surgen dos, uno de ellos coincide, salvo en lo que respecta a la cuantía del capital, que disminuye, con el crédito original, y otro que se diferencia no sólo en la cuantía del capital sino también en los intereses, plazo de vencimiento y en el específico régimen aplicable, de forma que con el método de división del préstamo y de la hipoteca originaria quiebra la accesoriedad esencial de la hipoteca ya que la cobertura hipotecaria propia de una obligación pasa a garantizar a otra obligación distinta (entre otras, Resolución de 23 de diciembre de 1987). Que al admitir la posibilidad de tal «división» se alterna de modo voluntario el imperante orden de preferencias y prioridades impuesto por los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil: en el caso que las dos hipotecas nazcan por división material de otra previamente existente, la fecha que determinaría la preferencia sería la de la inscripción de la primera hipoteca, pero en el supuesto que las dos hipotecas tengan su origen en la inscripción de las mismas, previa cancelación total o parcial de la hipoteca previamente inscrita, la fecha que determinaría su preferencia sería la de las inscripciones correspondientes. En el primer caso se estaría, por tanto, admitiendo una reserva implícita de rango a favor de las obligaciones futuras y totalmente indeterminadas, lo cual ha sido rechazado por la Resolución de 17 de enero de 1994. Que de los artículos 38, 76, 80.2 y 122 de la Ley Hipotecaria, se desprende la necesidad formal de practicar un asiento de cancelación parcial si se pretende que la hipoteca garantice una cuantía inferior a la primitivamente garantizada. En el presente caso se produce una novación del primitivo contrato, no modificativa, sino extintiva, pues las partes no se han limitado a variar de forma beneficiosa los intereses del préstamo primitivo sino que han mantenido parcialmente el primitivo préstamo y han creado otro con un régimen jurídico distinto y por tanto una novación de este tipo da lugar a una cancelación, total o parcial, al amparo del artículo 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento, y al acto formal de constitución de la nueva o de las nuevas hipotecas.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota del Registrador fundándose en las alegaciones contenidas en el informe de éste.

VI. El Notario autorizante apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió que en el presente caso no se trata de dos obligaciones diferentes, sino de una misma obligación que se divide en otras dos, siendo el mismo deudor y acreedor del préstamo, la misma finca hipotecada sigue respondiendo del capital y del interés pactado inicialmente y la cuenta de cargo de las amortizaciones también es la misma, y precisamente al dividirse el mismo crédito en dos, igual suerte ha de seguir la hipoteca que lo garantiza, por el principio de accesoriedad, tratándose pues de una novación modificativa y no constitutiva de la obligación primitiva. Tampoco se altera el sistema de prelación de créditos que establecen los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil, ya que no hay terceros perjudicados y puede aplicarse el artículo 1.255 del mismo cuerpo legal.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.255 y 1.860 del Código Civil, 122 y 144 de la Ley Hipotecaria.

1. En el caso objeto de este recurso concurre las siguientes circunstancias de hecho: *a)* Conforme a lo pactado en escritura de 30 de enero de 1996, en su día se inscribió la hipoteca constituida sobre determinada finca en garantía de un préstamo de 6.300.000 pesetas; quedando en la actualidad pendiente de amortizar la suma de 5.800.780 pesetas, por lo que la entidad acreedora da carta de pago por la suma de 499.220 pesetas y consiente la cancelación parcial correspondiente. *b)* Posteriormente a la obtención del préstamo y constitución de la hipoteca dicha, la parte deudora consiguió de la Generalitat de Catalunya la subsidiación de dicho préstamo, y no alcanzando la subsidiación de interés a la totalidad del préstamo hipotecario antes mencionado sino sólo a la cantidad de 5.040.000 pesetas, mediante escritura de 7 de abril de 1998, cuya inscripción se solicita ahora, las partes intervinientes dividen el citado crédito e hipoteca en los dos siguientes: Crédito con garantía hipotecaria que tendrá el rango registral de primera hipoteca en garantía de 5.040.000 pesetas, y se regirá por los pactos contenidos en la escritura de 30 de enero de 1996 con las modificaciones que ahora se introducen, quedando la finca hipotecada respondiendo por razón de este crédito de 5.040.000 pesetas de principal, tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de 818.597 pesetas y la suma de 504.000 pesetas como crédito supletorio para costas y gastos. Crédito con garantía hipotecaria que tendrá el rango de segunda hipoteca en garantía de 760.780 pesetas de principal, y que se regirá por lo dispuesto en la escritura de 30 de enero de 1996, quedando la finca hipotecada respondiendo por razón de este crédito de la cantidad de 760.780 pesetas de principal, de tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de 191.716 pesetas y de la suma de 400.000 pesetas como crédito supletorio para costas y gastos. *c)* El Registrador deniega la inscripción de dicha escritura por diferentes motivos, de los que sólo son objeto de este recurso los siguientes: I. Se «divide» la hipoteca, lo cual es contrario al artículo 1.860 del Código Civil. II. Se pretende que la hipoteca actual, que garantiza un total de seis millones trescientas mil pesetas de capital, tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de un millón quinientas ochenta y siete mil seiscientas pesetas y seiscientas treinta mil pesetas en concepto de costas y gastos, dé lugar a dos hipotecas: una, con el rango de primera, que garantiza un total de cinco millones cuarenta mil pesetas de principal, ochocientas dieciocho mil quinientas noventa y siete pesetas en concepto de intereses remuneratorios y quinientas cuatro mil pesetas en concepto de costas y gastos; y otra, con el rango de segunda, que garantizará un total de setecientas sesenta mil setecientas ochenta pesetas de principal, ciento noventa y una mil setecientas dieciséis pesetas en concepto de intereses remuneratorios y de cuatrocientas mil pesetas en concepto de costas y gastos. Y ello se hace vulnerando el artículo 122 de la Ley Hipotecaria y el artículo 1.875.1 del Código Civil, pues para que la actual hipoteca inscrita quede garantizando las responsabilidades predicadas de la que quedaría como «primera» hipoteca, se hace necesario la cancelación parcial de todas las diferencias de responsabilidades entre una y otra, tanto por principal como por intereses y costas. Y para que pueda existir una «segunda» hipoteca se hace necesario la manifestación formal y expresa de que «se constituye» esta nueva hipoteca, sin que pueda admitirse (defecto I) que nazca de la «división» de hipoteca preexistente.

2. Ambos defectos en realidad se reconducen a uno solo, éste es, si es inscribible la modificación de un crédito hipotecario por la que el primitivo crédito e hipoteca se divide en dos, pasando la finca hipotecada a estar gravada con una primera y otra segunda hipoteca en garantía del principal, intereses y costas que corresponden por cada uno de los respectivos créditos. Ciertamente el artículo 1.860 del Código Civil y el 122 de la Ley Hipotecaria, establecen la indivisibilidad de la hipoteca, pese a la división del crédito o la deuda, más es evidente que dicho precepto contempla la hipótesis en que tal división se produce sin intervención del propietario del predio gravado o de quienes pudieran ser afectados por la modificación de la garantía real; sin que exista obstáculo alguno al acuerdo entre deudor hipotecante y acreedor hipotecario, cuando no hay gravámenes posteriores sobre el bien afecto, para que convenga el fraccionamiento del crédito y de la propia garantía, de modo que quepa la exigibilidad separada de cada una de las partes resultantes, tanto si se ejercita la mera acción personal, como si se pretende ejercitar la respectiva acción hipotecaria, sin necesidad de cancelar parcialmente la hipoteca preexistente por el exceso entre la primitiva responsabilidad garantizada y una de las fracciones resultantes, y constituir nueva hipoteca en favor de la otra; si la garantía constituida en su día garantizaba todo el crédito del actor, cualquiera de las partes independientes en que éste se fraccione debe seguir garantizado hipotecariamente, con la única particularidad de que ahora las respectivas coberturas reales podrán ser actuadas separadamente.

Fallo.—Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto.

Madrid, 8 de abril de 2002.—La Directora General, *Ana López-Monts Gallego*.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

COMENTARIO

Un crédito garantizado con hipoteca (y así inscrito) se divide en dos créditos distintos, y la hipoteca que lo garantiza se divide, asimismo, en dos nuevas hipotecas de rangos, 1 y 2 respectivamente, que recaen sobre la misma finca hipotecada. ¿Es posible inscribir esta modificación?

Este es el problema que se plantea en esta Resolución, y la DGRN entiende que sí que es posible llevar a cabo esta división, a pesar de la indivisibilidad de la hipoteca, basándose en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Si ambos (acreedor y deudor hipotecante) así lo quieren, y no existiendo terceros que pudieran verse perjudicados por esa división y correspondiente alteración de rangos, el Centro Directivo considera posible esta división, pues las garantías hipotecarias son suficientes.

El primer obstáculo que nos encontramos al analizar esta Resolución, y que en principio nos llevaría a mantener una postura contraria a la de la DGRN es la indivisibilidad de la hipoteca. En efecto, la hipoteca, como en general los derechos reales de garantía, es indivisible, así lo consagran los artículos 1.860 del Código Civil y 122 LH (1), al afirmar que aunque se reduz-

(1) Artículo 1.860.1 del Código Civil: «La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o acreedor».

ca el crédito garantizado o se divida el inmueble sobre el que recae la hipoteca, ésta permanece íntegra y no puede dividirse.

La indivisibilidad de la hipoteca, confirmada en nuestra legislación, proviene de la tradición romana, consagrada por el Derecho intermedio y en la codificación, tomando como modelo el Código Civil francés que se basó en el tradicional axioma *est tota in toto et tota in qualibet parte*. Posteriormente, también el Proyecto del Código Civil de GARCÍA GOYENA de 1851 (2) recogió esta idea, que se mantuvo hasta que ha llegado a nuestros días a través de los artículos citados. Igualmente la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 ya se hizo eco de esta idea (3), y se consolidó a través de las posteriores leyes hipotecarias hasta llegar a la vigente LH en sus artículos 122, 123, 124 y 125.

Pues bien, la indivisibilidad de la hipoteca tiene como consecuencia que permanece intacta e íntegra aunque se divida la finca hipotecada o se reduzca la obligación que garantiza. La razón de ser de esta indivisibilidad es precisamente otorgar mayor garantía y seguridad al propio acreedor hipotecario que sabe que va a poder cobrar su crédito más fácilmente, pues la responsabilidad o garantía hipotecaria permanece inalterable, única, y no disminuye aunque lo hiciera esa obligación o bien dado en garantía. Se trata de conseguir mayor confianza y aumento del crédito territorial y evitar la dificultad que, a veces, supone dividir la cosa gravada en proporción al crédito (4).

Artículo 122 LH: «La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada y sobre cualquier parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido; pero sin perjuicio de lo que se dispone en los siguientes artículos».

(2) Artículo 1.798 del Proyecto del Código Civil 185, en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, tomo I, vol. I, ed. Castalia, Madrid, 1989, pág. 96: «La hipoteca es indivisible y como tal subsiste toda sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de las partes».

(3) Exposición de Motivos de la LH de 1861, véase en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*, tomo I, vol. I, ed. Castalia, Madrid, 1989, págs. 277-278: «el derecho de hipoteca ha sido siempre y es hoy indivisible entre nosotros, como lo fue entre los romanos. Este principio secular, admitido en todas las naciones, no puede ser objeto de disputa. Existiendo la hipoteca sobre todos los bienes gravados, sobre cada uno de ellos y sobre cada una de sus partes subsistirá íntegra mientras no se cancele, aunque se reduzca la obligación garantizada y permanecerá íntegramente sobre la parte de bienes que quede en el caso de que otra parte haya desaparecido. Consecuencia de la indivisibilidad de la hipoteca es también que, cuando una finca hipotecada se divida, subsista la hipoteca también íntegramente sobre cada una de las nuevas fincas, a no ser que el acreedor y el deudor voluntariamente estipulen que se distribuya entre ellas la hipoteca. Cuando en estos términos se hace la distribución, la antigua hipoteca queda extinguida y nacen en su lugar tantas hipotecas independientes cuantas son las fincas afectas al pago del crédito primitivo. Por esto, pagada la parte del crédito con que está gravada alguna de ellas, queda ésta libre; y por el contrario, cuando es una sola la finca hipotecada, o cuando siendo varias no está distribuida entre ellas la hipoteca, ni señalada la parte a que quede afecta cada una, no podrá el dueño exigir que se libere ninguno de los bienes hipotecados ni una parte de ellos, por grande que sea la cantidad que haya pagado, mientras no haya sido satisfecha toda la deuda».

(4) Véase, en este sentido, a ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo VII, ed. Bosch, Barcelona, 1998, pág. 190; GUILARTE ZAPATERO, V., en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXIII, EDESA, Madrid, 1979, pág. 373; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, vol. II, Editorial Revista Derecho Privado, Madrid, 1951, págs. 54 y 55.

Además, para la mayoría de los autores (5), la nota o el carácter de indivisible de la hipoteca no es de esencia o de la propia estructura coyuntural del derecho real de hipoteca, sino más bien, una característica más de la hipoteca, pero que puede tener sus excepciones, y no cumplirse siempre, sin que ello repercuta en la esencia misma del derecho de garantía. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto del artículo 123 LH, que permite, si así lo quieren acreedor y deudor, dividir la garantía hipotecaria, cuando la finca dada en garantía de un crédito se dividiera en dos o más porciones.

Como lógica consecuencia de todo esto, parece que si el acreedor quisiera, podría, o bien pactar con el deudor, o bien renunciar a ese carácter de indivisible de la hipoteca, porque en ese supuesto le conviniera más. Pues si sólo se constituye en su favor, no hay ningún impedimento en aceptar esa modificación. Como muy bien señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (6), «La hipoteca es indivisible. Quiere decirse que, *mientras el acreedor no consienta su modificación*, la hipoteca persiste entera e idéntica»; de donde, es la voluntad o consentimiento del acreedor la que, en definitiva, otorga tal carácter a la hipoteca. De igual forma, PUIG PEÑA (7) mantiene que «la doctrina y la legislación autorizan la renuncia al principio de la indivisibilidad, estableciendo el pacto en contrario, por cuya virtud se tenga derecho a exigir la cancelación parcial proporcionalmente al pago fraccionado del crédito. Aparte de esta declaración formal de renuncia a la indivisibilidad, puede la misma tener lugar de un modo unilateral *a posteriori*, como si el acreedor consiente un pago parcial con la consiguiente liberación de parte de la hipoteca».

De esta forma, no veo inconveniente alguno en que el acreedor y deudor decidan, prestando sus consentimientos a ello (y sobre todo el acreedor, que es el que va a perder las ventajas de una garantía hipotecaria indivisible), que tras dividir el crédito garantizado con hipoteca, decidan dividir igualmente la garantía hipotecaria, pasando ahora a existir «tantas hipotecas como créditos», y en cada uno de ellos sí que será indivisible.

Esta opción se puede extraer por analogía con el propio artículo 123 LH, que permite, como excepción, que tras la división de la única finca hipotecada en garantía de un único crédito, acreedor y deudor puedan dividir la responsabilidad hipotecaria entre esas nuevas fincas resultantes, de forma que habrá

(5) Véase a ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo VII, *ob. cit.*, págs. 188 y 189: «La indivisibilidad, con todo, no es característica institucional de la hipoteca, sino producto de creación de la Ley; por ello admite pacto en contrario y sus beneficios pueden ser renunciados o no utilizados por el acreedor»; GUILARTE ZAPATERO, V., en AA.VV., «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», *ob. cit.*, pág. 373: «Ciertamente, la indivisibilidad de la garantía real que se proyecta sobre el crédito y sobre la cosa, ni deriva de principios lógicos inderogables, ni es una nota de carácter institucional, por lo que no debe considerarse como esencial la prenda e hipoteca, sino simplemente natural»; PUIG PEÑA, F., «Tratado de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 54: «Esta característica —la indivisibilidad— no es esencialísima al Derecho real de hipoteca, sino simplemente natural al mismo, y, por tanto, como veremos más adelante, puede ser suprimida por las partes cuando convenga a sus intereses»; CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 1291: «Sin embargo, la indivisibilidad no es de esencia en la hipoteca, como lo es en las servidumbres. Es un carácter de la misma que puede tener sus excepciones».

(6) Véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tomo II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pág. 118.

(7) Véase PUIG PEÑA, F., «Tratado de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 58.

tantas hipotecas como fincas, y cada una recaerá con exclusividad e indivisibilidad sobre la porción resultante que se hubiera pactado.

La doctrina establecida en la Resolución de 12 de julio de 1945 resume muy bien todo lo que se defiende en estas líneas, ya que sostiene que: «Considerando que el principio de indivisibilidad de la hipoteca, consagrado en nuestra legislación hipotecaria, puede sufrir atenuaciones al permitir a las partes el artículo 123 de la Ley que renuncien a las consecuencias que del mismo se derivan, y como en todo momento, es facultad del acreedor limitar objetivamente su garantía a la finca o fincas resultantes de la división, su voluntad claramente manifestada en este sentido no debe encontrar obstáculos y sí producir sus naturales efectos y consecuencias, sobre todo cuando por la inexistencia de terceros hipotecarios se eliminan los graves riesgos que puede entrañar la conducta del acreedor al centrar toda la responsabilidad dimanante de la hipoteca en un solo trozo de finca, sobre el que pudieran existir otros gravámenes hipotecarios que se verían notoriamente afectados por tal determinación».

Pues bien, creo que esto mismo puede ocurrir en el supuesto no contemplado por el del Código Civil de división del crédito garantizado. Si las partes quieren voluntariamente dividir ese crédito en dos créditos nuevos y distintos, no hay obstáculo para que *a posteriori*, y siempre con el consentimiento del acreedor «perjudicado», pueda dividirse la responsabilidad hipotecaria entre ambos créditos.

Es más, el principio de especialidad y accesoriedad hipotecaria más bien lo impondría, ya que si existen dos partes diferenciadas, dos créditos, deben existir dos hipotecas que los garanticen, pues no puede garantizarse con una sola hipoteca dos o más obligaciones, como exige el viejo axioma hipotecario: 1 hipoteca = 1 crédito. Y es normal que el rango sea distinto al tratarse de dos hipotecas diferentes, y el orden ha sido pactado por las partes, tal y como se permite en los supuestos de posposición y reserva de rango hipotecario, que siempre han sido objeto de negocio jurídico.

Todo esto sin olvidarnos, por supuesto, de que es posible, pues no existen terceros que pudieran resultar perjudicados por tales alteraciones, ya que si fuera así, sería imposible llevar a cabo estos cambios, sin alterar o contravenir el principio de prioridad registral, pues esa constitución de nuevos rangos podría tener como consecuencia un retraso en los puestos de terceros, y eso sí que no sería posible.

Pero en este caso concreto no veo problema para que pueda llevarse a cabo esa división y distribución de responsabilidad hipotecaria, pues la indivisibilidad de la hipoteca no es de esencia de la misma, favorece al acreedor y por tanto puede suprimirse con su consentimiento, y aquí está claro que esa es precisamente la voluntad del acreedor hipotecario, pues sólo en esas condiciones de división y de rango 1 y 2 le interesa la operación, que de otra forma no hubiera consentido, pues la Generalitat exige que la hipoteca que garantiza el pago del crédito subsidiario tenga el rango de primera.

Coincido en este caso con la DGRN, en todos estos planteamientos, sin embargo, discrepo de la opinión del Centro Directivo, y me acerco más a la del Registrador, en cuanto que a pesar de ser factible y posible esa división, esa renuncia a la indivisibilidad, etc., considero que sería mucho más acertado con nuestro sistema y principios registrales, que dicha modificación llegara al Registro a través de lo establecido en los artículos 144 LH y 240 RH, que prevén, precisamente, la necesidad de la constancia registral de las modificaciones que puedan sufrir las obligaciones hipotecarias.

Por lo tanto, y desde mi punto de vista: sí se acepta la división del crédito hipotecario; también la división de esa responsabilidad hipotecaria por convenio de las partes; pero, creo que la constancia registral de esos cambios (novaciones), y la existencia de dos nuevos créditos con sus respectivas garantías hipotecarias debería hacerse a través de las cancelaciones y nuevas inscripciones exigidas en los artículos citados.

Por otra parte, echo de menos una referencia más explícita a los problemas que se derivarían de la existencia de terceros o titulares de cargas intermedias, que desde luego, de existir, considero que impedirían definitivamente esta operación.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. NOVACION Y AMPLIACION DE CREDITO.—NO ES POSIBLE QUE LA GARANTIA HIPOTECARIA INICIAL PASE A GARANTIZAR ESA NUEVA AMPLIACION. (RESOLUCIÓN DE 30 ABRIL DE 2002. BOE DE 26 DE JUNIO DE 2002.)

RESOLUCION de 30 de abril de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por los Notarios de Madrid don Ignacio Maldonado Ramos y don Roberto Blanquer Uberos frente a la negativa del Registrador de la Propiedad de Leganés, número 2, don Fernando Muñoz Cariñanos, a inscribir una escritura de novación y ampliación de préstamo hipotecario en virtud de apelación de los recurrentes.

Hechos.—I. Por escritura que autorizó el Notario de Madrid don Ignacio Maldonado Ramos, como sustituto, por imposibilidad accidental de su compañero don Roberto Blanquer Uberos y para el protocolo de éste, el 12 de junio de 1997, el «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», y los cónyuges don J. F. S. y doña A. C. U. procedieron a la que se denominó ampliación y novación de préstamo hipotecario; en ella, las partes reconocen que un préstamo con garantía hipotecaria sobre determinada finca que el primero había concedido a los segundos en escritura de 3 de noviembre de 1994, por importe de diez millones de pesetas, arrojaba un saldo después del último vencimiento el 3 de junio de 1997, de siete millones seiscientos ochenta y cinco mil cuatrocientas veintitrés pesetas y que han decidido su novación modificativa aumentando la cantidad prestada y pendiente de devolución en dos millones doscientas catorce mil quinientas setenta y siete pesetas, recibidas por la parte prestataria, pasado a ser lo adeudado por razón del préstamo ampliado de nueve millones novecientas mil pesetas; y tras introducir ciertas modificaciones en el tipo de interés y el plazo de amortización, se convino que: «La hipoteca constituida se conserva para seguir garantizando el préstamo novado con la sola modificación de la ampliación del plazo de su vida y sin que a la garantía hipotecaria se atribuya variación alguna en ninguno de sus conceptos por considerarse innecesario, dado el importe actual de las obligaciones a garantizar. Ambas partes posponen cualquier operación cancelatoria a un momento posterior a hoy y prorrogan la vigencia de la hipoteca por el tiempo de prórroga del préstamo». En el Disponendo Segundo se convino: «Si la parte prestataria incurriese en mora, quedará obligada a satisfacer al Banco, sin necesidad