

# LA NOVACIÓN, LOS *WORKOUTS* Y LAS GARANTÍAS

## PONENCIA

*Margarita García Cárdenas\**

Cuando trabajaba como notaria en un bufete de abogados del Viejo San Juan hace ya muchas décadas, tenía un compañero que insistía que el trabajo notarial era sólo cuestión de coger firmas. En una ocasión en la que yo tenía que autorizar la colateral de una transacción comercial de bastante envergadura, decidí colocarle el cascabel al gato. Preparé todos los documentos y los ubiqué en fila india en la mesa de conferencias del salón de reunión. Llamé a mi compañero desde mi oficina y le dije que no me sentía muy bien y si podía él coger las firmas del cierre. Inmediatamente contestó que sí. Enganché el teléfono y esperé. A los pocos minutos irrumpió en mi oficina pálido, alegando que era demasiado complejo. Yo expresé, inocentemente: “¿No era sólo coger firmas?”

La función notarial, tan vilipendiada muchas veces en Puerto Rico al confundir el notariado latino con el *notary public* del common law, es una tarea delicada, técnica y, sí, muy compleja. Hay que evaluar no sólo la capacidad e identidad de los otorgantes sino, la importante corrección del negocio jurídico. Hoy día, dada la situación económica del país, muchos notarios están autorizando escrituras de ampliación o modificación de hipotecas en garantías de pagarés. Estos negocios jurídicos representan un riesgo para el o la notario que no los evalúe correctamente, pues podría estar autorizando un negocio jurídico en el cual el acreedor hipotecario pierda la colateral. En esta ocasión quiero concentrar estos breves comentarios a los efectos de la novación extintiva, específicamente en el campo del derecho real de hipoteca.

La novación ha sido por tiempo inmemorial un tema de mucho trasiego en el ordenamiento jurídico. Novar es cambiar, alterar. En el Código Civil el artículo 1157 estatuye qué cambios pueden provocar una novación de la obligación.

“Las obligaciones pueden modificarse:

---

\*La autora es profesora en la Universidad Interamericana, Facultad de Derecho.

- (1) Variando su objeto o sus condiciones principales.
- (2) Sustituyendo la persona del deudor.
- (3) Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor.”<sup>1</sup>

El Jurista Manuel Medina de Lemus en su obra *Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*, da una definición que incluye la visión moderna de los dos posibles efectos para la novación.

Significa renovar o modificar, lo que, aplicado a las obligaciones, significa la posibilidad de cambiar su contenido después de contraídas. Y ello puede hacerse, bien extinguiendo la obligación originaria en su totalidad, bien cambiando parte de su contenido, permaneciendo el resto al que se incorpora lo modificado, resultando de todo ello una obligación que puede calificarse de nueva y distinta de la anterior, bien de la misma con nuevas matizaciones.<sup>2</sup>

Por su parte, Castán la define: “en su sentido tradicional, como la extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla. (...) [es] un acto jurídico de doble función que, a la vez que extingue hace nacer en lugar de ellas otra obligación nueva.”<sup>3</sup> Igualmente, reconoce Castán que actualmente: “tiene la novación un sentido más amplio, a causa de haber sido admitida por nuestra doctrina, al lado de la novación propia o extintiva, la novación modificativa, que opera simplemente la modificación de la obligación.”<sup>4</sup>

Por lo tanto, existen dos clases de novación: la extintiva y la modificativa. Para que ocurra la extintiva es necesario que exista una disparidad notable entre la obligación original y la resultante. Por lo tanto, tiene que existir incompatibilidad entre ambas obligaciones. Si la incompatibilidad es absoluta las partes han creado una nueva obligación. Si la incompatibilidad no es absoluta o no lo es en cuanto las cláusulas esenciales, entonces la obligación original subsiste. Bien estatuye el Artículo 1158 del Código Civil: “Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles”. Por lo tanto, la intención de novar la obligación tiene que existir, ya sea expresada formalmente por la partes o evidenciada por sus actuaciones. Ahora bien, como señala Puig Brutau, no basta que las partes digan que quieren crear una nueva obligación, se tienen que dar cambios importantes para que así ocurra. “Aunque manifiesten lo contrario, la novación no será extintiva cuando se limiten a introducir una variación tan insignificante que

---

<sup>1</sup> 31 L.P.R.A. § 3241 (West 2011).

<sup>2</sup> Medina de Lemus, *Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*, t. II, vol. I, 236-237 (Ed Dilex, 2004).

<sup>3</sup> Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. III, 429 (Ed Reus, 2005).

<sup>4</sup> *Id.*

no pueda pensarse que se trata de otra obligación.”<sup>5</sup> No basta, por lo tanto, con la voluntad de las partes para que por el cambio se extinga la obligación original y nazca una nueva.

A lo largo de las décadas la jurisprudencia ha aquilatado la importancia de los cambios para determinar si se trata de una novación modificativa o una extintiva. En el caso de *Constructora Bauzá v. García López*<sup>6</sup>, el Tribunal Supremo de Puerto Rico acepta la premisa inarticulada de que la intención de las partes, en abstracto, no es suficiente para que la novación se clasifique como modificativa o extintiva.

La controversia trata de un contrato de obra para una casa residencial. Ya comenzada la obra las partes se percataron de varios errores cometidos por leer mal los planos. Ante la disyuntiva de tumbar todo lo construido hasta ese momento y empezar de nuevo optaron por modificar los planos existentes, extender el término de entrega de la obra y ajustar el precio a pagar por la construcción. El contrato original firmado por las partes no fue alterado y no se otorgó un nuevo documento. Al ir finalizando la obra el dueño exigió unos arreglos de varias terminaciones para pagar las fases acabadas y entregar el dinero retenido en las certificaciones de pago anteriores. El contratista consintió a algunas y luego se negó a seguir corrigiendo. En vez, demandó el pago de la totalidad de lo adeudado. Los propietarios se ampararon en que en el contrato escrito se había acordado dejar para el final los arreglos de las llamadas terminaciones y que por tanto no tenían que pagar hasta que estas fueran finalizadas. El contratista, por su parte, argumentó que esa cláusula ya no lo obligaba. El Tribunal falló a favor del contratista.

Antes que todo, hay que reconocer que en este caso, a pesar de que las partes consideraban que tan sólo habían concretado unas enmiendas que no eliminaban el contrato original, los cambios fueron tantos y a criterios tan esenciales que en definitiva ocurrió una novación extintiva y no una modificativa. Así pues, el Tribunal Supremo de Puerto Rico contesta la interrogante que optó no contestar en el caso de *Marina Industrial Inc. v Brown Boveri Corp.*<sup>7</sup> No basta con la intención expresada por las partes. Los cambios realizados a la obligación tienen que ser cónsonos con la intención expresada. “Las partes pueden elegir entre limitarse a modificar una obligación o proceder a extinguirla para que otra la sustituya. Pero en ambos casos han de tener en cuenta que no pueden forzar la naturaleza de las cosas.”<sup>8</sup>

Anteriormente, el Tribunal Supremo había considerado otros casos de novación, tanto modificativa como extintiva. En el caso de *Caribe Lumber & Trading Co. v Marrero*<sup>9</sup> reconocen que en un contrato de compra y venta de mercancías, sin haberse pactado a término específico, un mero cambio al plazo y a los intereses no

---

<sup>5</sup> Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, vol. II, 393 (Ed Bosch, 1977).

<sup>6</sup> 129 D.P.R. 579 (1991).

<sup>7</sup> 114 D.P.R. 64 (1983).

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> 78 D.P.R. 868 (1955).

es suficiente para extinguir el contrato original. Lo relevante es que el plazo y los intereses no sean factores esenciales en dicha obligación. Concluyeron que en dicha situación esos elementos no eran vitales. Igualmente ocurrió en *Warner Lambert Co. v. Tribunal Superior*<sup>10</sup>. El distribuidor alegaba que una enmienda al contrato de distribución en 1967 tuvo el efecto de dar por terminado el contrato original y crear uno nuevo. El contrato suscrito originalmente en el 1941 disponía de ocho cláusulas que cubrían en detalle toda la relación. De todas estas cláusulas sólo se modificó una: la relativa a la comisión. El Tribunal cita los criterios esbozados por Castán para evaluar si los hechos tratan de una novación extintiva o modificativa. “[D]ebe considerarse no sólo la cláusula modificada, sino también la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación.”<sup>11</sup>

Al evaluar estos criterios el Tribunal concluye que no hay incompatibilidad, ni efecto monetario mayor por el cambio en la comisión.

La incompatibilidad a que se refiere el Código es a la absoluta, a la excluyente de todo punto... Aquí, por el contrario, la modificación aumentando la comisión y el contrato de 1941 son perfectamente armonizables. Se trata propiamente de una mera alteración cuantitativa del objeto del contrato que deja íntegra la estructura misma de la obligación. La doctrina considera que la modificación al quantum debido no supone un *animus novandi*.<sup>12</sup>

Resumiendo, el criterio diferenciador entre la novación modificativa y la extintiva no es meramente la intención declarada de las partes. De igual forma, tampoco se circunscribe a un número específico de cambios. Hay que cuidadosamente analizar la naturaleza de la obligación inicial e identificar sus cláusulas principales. Para hacer este ejercicio hay que señalar la causa del contrato para cada una de las partes. Es entonces que se comparan y evalúan los cambios acordados. Para concluir la incompatibilidad entre el antes y el después habrá que sopesar cuántas de las obligaciones principales se cambiaron y por cuánto. Hasta el presente el Tribunal Supremo de Puerto Rico, en el caso más dramático, ha concluido que aun cuando las partes involucradas son las mismas y el contrato sigue siendo uno de obra, la novación fue extintiva al alterar el término, precio y diseño.

Ahora bien, el primer resultado de la novación extintiva es la desaparición de las obligaciones accesorias. Uno de los axiomas aceptado por la doctrina, es el que establece: lo principal vive sin lo accesorio pero lo accesorio no vive sin lo principal.

---

<sup>10</sup> 101 D.P.R. 378 (1973).

<sup>11</sup> *Warner Lambert Co. v. Tribunal Superior*, 101 D.P.R. 378, 391 (1973).

<sup>12</sup> *Id.* pág. 394. Ver también *a Goble & Jiménez v. Doré Rice Mill*, 108 D.P.R. 89 (1978). En esta controversia el Tribunal establece la diferencia entre un cambio cualitativo, que puede producir la novación, y uno cuantitativo que normalmente no produce novación extintiva.

Así lo reconoce y dispone el artículo 1161 del Código Civil que dictamina: “Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento.”<sup>13</sup>

¿Cuándo es una obligación principal y cuando es accesoria? El Tribunal Supremo, en el caso de *Ramírez v. Club Cala de Palmas*<sup>14</sup> define el concepto de las obligaciones accesorias. Son aquellas: “que no constituyen el verdadero motivo para celebrar el contrato y que se incorporan al mismo para completar o aclarar las estipulaciones de los contratantes”.<sup>15</sup> Así mismo opinan varios comentaristas:

La tradicional distinción entre obligaciones principales y accesorias se fundamenta en la idea de que la llamada obligación principal puede existir por sí misma; tiene independencia y autonomía. La que es accesoria carece, precisamente, de aquellas notas de independencia y autonomía; no puede existir por sí misma y su vida está subordinada y dependiente de otra llamada la obligación principal. La idea de accesoriedad, que vale tanto como decir subordinación, implica y presupone que lo que es subordinado lo es porque depende de lo principal y se justifica y funciona justamente en la medida en que lo principal vive y funciona.<sup>16</sup>

Por lo tanto, el artículo 1161 del Código Civil de Puerto Rico estatuye: “Cuando la obligación principal se extinga por efecto de la novación, sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias en cuanto aprovechan a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento.”<sup>17</sup> Es claro el reconocimiento de la subordinación de las obligaciones accesorias. Pero, ¿a qué se refiere el artículo 1161 cuando exceptúa del efecto de extinción de las obligaciones accesorias a aquellas que: “aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento”? ¿Quiénes son estos terceros? Los comentaristas consideran que: “Estos ‘terceros’ ha de entenderse que no son los acreedores del acreedor, ni sus legitimarios, ni el acreedor solidario.”<sup>18</sup> ¿Podría tratarse de un co acreedor? O sea, existiendo una obligación solidaria activa, el deudor y uno de los acreedores solidarios, sin el consentimiento del otro acreedor, nova extintivamente la obligación. La obligación tenía como garantía una fianza. Por regla general dicha fianza ya no existiría luego de la novación. Pero, la excepción a esta regla es la protección que el Código Civil le ofrece al co acreedor

---

<sup>13</sup> 31 L.P.R.A. § 3245 (West 2011).

<sup>14</sup> 123 D.P.R. 339 (1989).

<sup>15</sup> *Ramírez v Club Cala de Palmas*, 123 D.P.R. 339, 348 (1989).

<sup>16</sup> Albaladejo, Ramón López Vila, *Comentarios al Código Civil*, t. XVI, vol. I (2da. Ed. 1991), comentando el artículo español 1190.

<sup>17</sup> 31 L.P.R.A. § 3245 (West 2011).

<sup>18</sup> Albarcázar López, J.L., *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, t. IV, 595 (Trivium 1995).

que no consintió a esa extinción. Para éste la fianza subsiste a su favor. Pero, en dicho caso no se cumpliría con el requisito impuesto por el propio artículo 1161; que sea un tercero de la obligación. El co deudor no es tercero sino una de las partes de la obligación. Así pues, continúa la interrogante.

Para Sancho Rebullida el artículo se presenta como:

Una regla general y una excepción: regla general: la *sequitur principale*; si no hay consentimiento de sus titulares, las relaciones accesorias se extinguen automáticamente con la principal. Excepción: la de que estas relaciones accesorias aprovechen a terceros que no hayan consentido. El cuadro resultante de la extinción de la obligación principal sería, por tanto, para las accesorias el siguiente: subsisten las gravosas para los terceros que las hubiesen prestado y que consientan su subsistencia en cuanto a la *nova obligatio principal*; se extinguen las gravosas cuyos terceros titulares no hubiesen consentido la novación en cuanto a la subsistencia de su garantía; se extinguen las que aprovechan a terceros que hubiesen consentido la novación de la obligación principal y, con ella, la extinción de su provecho y subsisten las que aprovechan a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento a la extinción de su obligación accesoria arrastrada por la novación de la principal.<sup>19</sup>

La gran mayoría de los comentaristas españoles, incluyendo a Sancho Rebullida, citan la Sentencia de 11 de junio de 1947 de España como ejemplo del efecto del artículo 1161 del Código Civil de Puerto Rico, al tercero. En dicha controversia judicial se discutió la situación de un mediador en un contrato de suministro. En el contrato original de suministro de madera se acordó que el mediador cobraría el 7% del valor total del suministro de 300 metros cúbicos de madera de roble al precio de 1,200 pesetas cada uno según se iba recibiendo el pago de las entregas. El suplidor y el comprador posteriormente y sin el consentimiento del mediador, acordaron sustituir la madera de roble por una de inferior calidad y pagar menos por esta. El Tribunal Supremo de España consideró que el pago del porcentaje al mediador era una obligación accesoria de la principal novada extintivamente. Concluyó que el mediador tenía derecho a su porcentaje a base de las cuantías originales dado que era el tercero protegido por el artículo 1161 del Código Civil. Si bien algunos autores cuestionan si la obligación al mediador era o no una obligación accesoria, aceptan la justicia del fallo.<sup>20</sup>

Por tanto, utilizando los hechos medulares de dicha sentencia española, el tercero aludido en el artículo 1161 del Código Civil es, primero, un tercero del

---

<sup>19</sup> Albaladejo, M., Díaz Alabart, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVI, vol. I, (Editorial Revista de Derecho Privado, 1991).

<sup>20</sup> Albaladejo, *supra* n. 16, pág. 757.

contrato. No es una de las partes del contrato que sufre la novación extintiva. Ese tercero es parte de otro contrato subsidiario al contrato novado. A base del contrato original, ese tercero tenía unos beneficios que el Código Civil protege cuando las partes del contrato original lo novan extintivamente sin su consentimiento. En otras palabras, permitir que el tercero pueda cobrar su ‘comisión’ a base del contrato original novado extintivamente, es una forma de evitar que las partes involucradas en el contrato original comentan fraude contra el tercero. Pero es importante hacer énfasis que el artículo 1161, en su excepción en cuanto a terceros, no contempla las garantías hipotecarias ofrecidas por un tercero a favor del acreedor original. Es vital tener claro que la excepción del susodicho artículo lo que protege son los derechos que aprovechan a un tercero, no los gravámenes que éste haya asumido.

Una considerable mayoría de los comentaristas sí está de acuerdo que este artículo 1161 del Código Civil de Puerto Rico en particular, es de dudosa y desafortunada redacción. De fecha más reciente, Sáenz de Jubera Higuero, en su libro, *Relación entre el Crédito y la Hipoteca: Alcance del Principio de Accesoriedad*, comenta: “Es éste un precepto de difícil interpretación pues su tenor literal no permite determinar con claridad aspectos como su finalidad, quienes son esos terceros a que alude o a qué consentimiento se refiere.”<sup>21</sup> Para Manresa:

La excepción que el art. 1207 establece, al decir que sólo podrán subsistir las obligaciones accesorias, en cuanto aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento, necesita, no obstante su claridad y fundamento de justicia, alguna explicación. Se refiere, a no dudar, el precepto al caso en que la obligación principal se hallara constituida a favor de alguna persona, y en provecho de otra distinta hubiera alguna estipulación, que si bien subordinada a aquélla, tuviese utilidad propia que pudiera hacerse efectiva por separado. Si en vez de suceder esto, la obligación principal y la accesoría son inseparables, entonces, afectando ambas al tercero, o será nula la novación, incluso respecto de la primera, o si es válida en cuanto a ésta, porque en relación a ella hubiese consentimiento de aquél, también quedará extinguida la obligación accesoría, que sin la otra no tendría ya fundamento.<sup>22</sup>

Pero, aun cuando el artículo 1161 no propone ni propugna la subsistencia de las garantías a la obligación original, luego de la novación extintiva, es válido evaluar la siguiente interrogante: ¿Es posible evitar la extinción de las obligaciones

---

<sup>21</sup> Sáenz de Jubera Higuero, B., *Relación entre el Crédito y la Hipoteca: Alcance del Principio de Accesoriedad*, Centro de Estudios, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 464 (2008).

<sup>22</sup> Manresa y Navarro, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, t. VIII, vol. I, 795 (Instituto Editorial Reus, 1990).

accesorias? ¿Pueden las partes de una obligación pactar la novación extintiva pero acordar la subsistencia de las obligaciones accesorias? Algunos comentaristas aluden a que Sancho Rebullida piensa que se puede hacer. Pero al revisar el texto de la *Novación de las Obligaciones* del citado autor, éste no está a favor de la subsistencia de las garantías post novación extintiva. Al considerar el pacto de subsistencia de las garantías por todas las partes involucradas expresa:

En principio, tal pacto será válido siempre que concurra el consentimiento de todos los interesados. Ahora bien, este requisito -que los autores cuidan de salvar expresamente- da la idea de que no se trata de un efecto normal y dispositivo, sino de una ficción, de una imitación. En el fondo, lo que hay es **que nacen unos derechos accesorios de igual contenido y estructura**, y la convención de que ‘se entiendan’ los mismos. Por eso se exige el consentimiento de todos los interesados, porque tales relaciones nacen de nuevo.<sup>23</sup>

Por lo tanto, el llamado pacto de subsistencia no es de subsistencia sino de crear las mismas colaterales para la nueva obligación. Esto tiene consecuencias, según se discutirá más adelante, en el caso de las hipotecas que son de inscripción constitutiva y con las disposiciones del Código de Quiebra, de ocurrir una.

¿Se ha considerado en Puerto Rico la subsistencia de las garantías posterior a una novación extintiva? En *Warner Lambert v. Tribunal Superior*, antes citado, al considerar si un contrato de distribución había sido o no novado, el Tribunal alude al efecto de la novación extintiva en las garantías. “Debe tenerse presente que la extinción de la obligación conlleva la extinción de las garantías y demás derechos accesorios.” Art. 1161 del Código Civil.<sup>24</sup> Por otro lado, en *Teacher’s Annuity v. Candelario*<sup>25</sup> el Tribunal Supremo, al discutir el concepto de la novación y la doctrina de la asunción de deuda, reitera el efecto usual de la novación extintiva.

No puede ser objeto de suposiciones ni de presunciones puesto que su efecto jurídico es radical, extingue la deuda y desliga al deudor primitivo de toda obligación con el acreedor y crea un nuevo vínculo obligacional con el deudor sustituto. Más aún, la extinción de la deuda lleva consigo la extinción de las garantías y demás derechos accesorios conforme las disposiciones del art. 1161 del Código Civil.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Sancho Rebullida, F. A., *La Novación de las Obligaciones*, 367 (Ed. Nauta, 1964)(Énfasis añadido).

<sup>24</sup> *Warner Lambert Co.*, 101 D.P.R. pág. 391.

<sup>25</sup> 115 D.P.R. 277 (1984).

<sup>26</sup> *Teacher’s Annuity*, 115 D.P.R. pág. 382.

Es en *García v. Commonwealth Ins. Co.*,<sup>27</sup> el Tribunal por primera vez se acerca a la controversia de la subsistencia de las garantías luego de una novación extintiva. Discuten: “en qué circunstancias los efectos novatorios de una transacción relevan a un fiador judicial”<sup>28</sup> Utilizando el artículo 1726 del Código Civil de Puerto Rico el Tribunal concluye que el fiador quedó liberado por el efecto extintivo de los acuerdos.<sup>29</sup> Posteriormente, en *Constructora Bauzá v. García*<sup>30</sup>, al discutir los efectos de la novación extintiva en un contrato de obra, el Tribunal vuelve y cita a *Warner Lambert v. Tribunal Superior*: las garantías mueren con el contrato. Así sucesivamente, el más alto foro judicial continúa repitiendo el efecto máximo de las novaciones extintivas en relación a las garantías de la obligación original. Ninguno de los casos anteriormente aludidos considera o discute si, por acuerdo de las partes, pueden subsistir las garantías a una novación extintiva.

Hay que enfatizar que las garantías a una obligación jamás, por su propia particularidad, son independientes de la obligación principal. El propio Código Civil de Puerto Rico en sus artículos 1756 y 1721 reconocen la naturaleza subsidiaria de los contratos de fianza, prenda e hipoteca. Esta característica de subordinación a una obligación principal impone su dependencia a la existencia de la otra obligación. El artículo 1721 decreta: “por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo éste.”<sup>31</sup> Por otro lado, el artículo 1756, en su parte pertinente dispone: “Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: “Que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.”<sup>32</sup> ¿Cómo algo que por su propia naturaleza es dependiente de otra obligación principal va a subsistir por sí solo? ¿Acaso la autonomía de la voluntad puede cambiar la naturaleza de un contrato? ¿Es lo mismo que las partes designen una cláusula como principal a que conviertan una obligación de garantía en una obligación independiente? ¿Puede la autonomía de la voluntad convertir una compraventa en un arrendamiento?

Al evaluar la subsistencia de las obligaciones accesorias por acuerdo de las partes o consentimiento de los terceros garantes no se puede obviar los intereses o derechos adquiridos de otros terceros a dicha obligación novada. Si en el contrato de préstamo existente entre Acreedor y Deudor se constituyó como garantía una hipoteca, ¿es posible su subsistencia, post novación extintiva en el mismo rango registral de la obligación original? ¿Qué de los derechos de los acreedores posteriores?

En particular, en el caso de las hipotecas, su característica de inscripción constitutiva y el principio hipotecario de rango registral, chocan con la opinión

---

<sup>27</sup> 118 D.P.R. 380 (1987).

<sup>28</sup> *García*, 118 D.P.R. pág. 386.

<sup>29</sup> El Artículo 1726 del Código Civil dispone: “La fianza no se presume y no puede extenderse a más de lo contenido en ella...”, 31 L.P.R.A. § 4876. (West 2011).

<sup>30</sup> 129 D.P.R. 579 (1991).

<sup>31</sup> Artículo 1721 del Código Civil, 31 L.P.R.A. § 4871 (West 2011).

<sup>32</sup> Artículo 1756 del Código Civil, 31 L.P.R.A § 5001 (West 2011).

de aquellos que apoyan la subsistencia de las obligaciones accesorias posterior a una novación extintiva. La hipoteca es el derecho real de garantía *sine qua non*. El artículo 155 de la Ley Hipotecaria, entre otros, reconoce esta característica al establecer: “La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes y derechos sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor o titular, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida.”<sup>33</sup> Además, es requisito indispensable su inscripción en el registro de la propiedad.

Sancho Rebullida cita las expresiones de García Goyena en cuanto a los acreedores hipotecarios posteriores ante la subsistencia de la hipoteca luego de la novación extintiva de la obligación original.

[L]a posición de los otros acreedores hipotecarios queda siempre la misma de modo que no tienen motivo para quejarse (...) más para esta traslación y preferencia de la hipoteca es menester que el deudor continúe siendo el mismo, pues no se podría remontar la hipoteca sobre bienes de un nuevo deudor con fecha anterior a la novación sin exponerse a perjudicar a los otros acreedores del mismo deudor.<sup>34</sup>

Considera Sancho Rebullida válida esta preocupación de García Goyena y presenta un ejemplo: (1) Existe entre acreedor y deudor un préstamo garantizado con hipoteca otorgado por un tercero en 1970. (2) En 1971 el tercero otorga segunda hipoteca a favor de X. (3) En 1975 ocurre novación extintiva por cambio de deudor con aprobación del acreedor y consentimiento del tercero de subsistencia de la hipoteca. ¿Es válido, que se cuestione que la hipoteca de 1971 quede postergada ante una novación ocurrida en 1975?

Mientras estuvo vigente el préstamo garantizado, la publicidad del Registro de la Propiedad le informó a los acreedores posteriores el principal, intereses, vencimiento, etc. del contrato garantizado con la hipoteca preferente. A base de esa información los demás acreedores evaluaron el riesgo de aceptar un gravamen posterior en dicha propiedad. ¿Dónde está la justicia de que a estas personas unilateralmente le alteren el valor económico de sus garantías? ¿De qué valen los principios hipotecarios? El artículo 187 de la Ley Hipotecaria, en su parte pertinente, dispone:

Todo hecho o convenio entre las partes, que pudiera modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera o prórroga, el pacto o promesa de no pedir la

---

<sup>33</sup> Artículo 155, Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad, 30 L.P.R.A. § 2551 (West 2011).

<sup>34</sup> La opinión de García Goyena versa sobre el artículo 1149 del proyecto isabelino del Código Civil. La contrapartida del 1140 en el Código Civil español aprobado es el artículo 1207. Sancho Rebullida considera que no hay, en esencia, gran diferencia entre ambos artículos.

novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota según los casos.

**Si el hecho o convenio entre las partes produce la novación total o parcial del contrato inscrito, se extenderá una nueva inscripción y se cancelará la precedente.**<sup>35</sup>

El Reglamento Hipotecario en su artículo 164.1 repite la disposición de la ley palabra por palabra y sólo añade: “También podrá hacerse constar por nota al margen de la inscripción hipotecaria el pago de parte de la deuda cuando no proceda la cancelación parcial.” Esa nueva inscripción, necesaria por la naturaleza constitutiva de la hipoteca, ha de ocupar el rango registral disponible al momento de su presentación en el Registro. No siempre retendrá el rango preferente en el cual estaba la garantía de la obligación principal extinta.

Roca Sastre define el principio registral de la prioridad o rango como:

[E]l principio hipotecario en virtud del cual el acto registrable que primeramente ingrese en el Registro de la Propiedad se antepone con preferencia excluyente o superioridad de rango a cualquier otro acto registrable que, siéndole incompatible o perjudicial, no hubiere sido presentado al Registro o lo hubiere sido con posterioridad, aunque dicho acto fuese de fecha anterior.<sup>36</sup>

Por su parte, el artículo 53 de la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad ordena:

Los títulos inscritos surtirán efecto en cuanto a terceros desde la fecha de su inscripción. Se considerará como fecha de inscripción para todos los efectos que ésta debe producir, aun para determinar el plazo necesario para la cancelación de los asientos, la fecha de presentación que deberá constar en la inscripción misma.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Artículo 183, Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad, 30 L.P.R.A. § 2606. (Énfasis añadido).

<sup>36</sup> Roca Sastre, R., M., Roca-Sastre Muncunill, L., Xirgo, J., B., I., *Derecho Hipotecario*, t. II. vol. I., 333 (9a. Ed., Bosch, 2008).

<sup>37</sup> Artículo 53 de la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad de Puerto Rico, 30 L.P.R.A. 2256. Ver también Artículo 34 primer párrafo: “El Registro llevará un libro o sistema de ordenamiento diario donde se hará constar la presentación de los documentos por orden cronológico, fecha, hora exacta, número de presentación y demás particularidades en el breve asiento destinado a cada documento presentado, según se disponga en el reglamento, otorgando recibo que exprese la fecha y número por cada asiento practicado.”

Este principio registral, en el ordenamiento jurídico puertorriqueño se conceptúa como un sistema de rango flexible. ¿Qué significa esto? Los gravámenes intercambian de rango automáticamente al ocurrir una cancelación. En otras palabras: si una propiedad está gravada con una hipoteca y un arrendamiento y la primera hipoteca se cancela el arrendamiento se convierte de inmediato en primer gravamen. Así pues, aquellos que están en segundo o tercer rango, por ejemplo, saben que han asumido el riesgo de ser cancelados si los de rangos preferentes ejecutan sus gravámenes. Pero también saben que tienen el beneficio de subir de rango si aquellos en rango preferente cancelan sus derechos. Esto es un derecho adquirido que amerita protección. Es un derecho adquirido pues es la norma jurídica que rige en nuestro ordenamiento registral y además, es un derecho oneroso ya que tiene un valor económico en el mercado y han pagado aranceles registrales para poder tener acceso al Registro.<sup>38</sup>

Por todo lo antes dicho, cuando se nova extintivamente un préstamo hipotecario, la garantía se extingue automáticamente y hay que presentar al Registro una nueva escritura de hipoteca. ¿Afecta a este análisis la naturaleza jurídica particular de las hipotecas en garantía de instrumentos negociables? No. Hace treinta años el Tribunal Supremo, en el caso de *Liechty v. Descartes*<sup>39</sup>, reconoció, admitió y reiteró la característica accesoria de las hipotecas en garantías de instrumentos negociables. “No se concibe una hipoteca sin obligación garantizada” y citando del Profesor Vázquez Bote expresan: “Extinguido el crédito, se extingue la hipoteca: la nulidad o ineficacia del crédito, provoca la nulidad o ineficacia de la hipoteca.”<sup>40</sup> Así mismo se reitera en el caso de *Federal Deposit Ins. v. Registrador*<sup>41</sup>.

Pero ocurre que por virtud de la ley de instrumentos negociables puede surgir una situación especial con la confusión de derechos. Si el pagaré vuelve a manos del deudor emitente, normalmente se extingue la obligación, pero con los instrumentos negociables, puede que no. La hipoteca es un derecho real de garantía; su existencia depende directamente de la existencia de una obligación principal válida. Así lo reconoce y estatuye la propia Ley Hipotecaria en su artículo 155. Los artículos 195 y 196 disponen los requisitos para la hipoteca en garantía de instrumentos negociables. Por lo tanto, y en virtud de la Ley de Instrumentos Negociables, una vez el pagaré es negociado nace a la vida jurídica y entonces, también nace la hipoteca debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad. Como la hipoteca es un derecho accesorio y la obligación principal, el instrumento negociable tiene su propia ley especial, cuando este se negocia se traspasa a la vez que la garantía. “Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar títulos transferibles por endoso o al portador, el derecho hipotecario se entenderá transferido con el

<sup>38</sup> Ver también al respecto Roca Sastre, *supra* n. 36, pág. 398.

<sup>39</sup> 109 D.P.R. 496 (1980).

<sup>40</sup> *Liechty v Descartes*, 109 D.P.R. 496, 502 (1980), Ver también *Carreras v Am. Colonial Bank*, 35 D.P.R. 90, 94-96 (2007).

<sup>41</sup> 111 D.P.R. 602 (1981).

título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni hacerse constar la transferencia en el Registro.”<sup>42</sup>

Pero, ¿qué ocurre al ser devuelto el pagaré al deudor sin haber sido endosado para su cancelación? ¿Se extingue por confusión de derechos la hipoteca? Depende. ¿La posesión del instrumento negociable ha de ser momentánea? ¿Tiene fecha de vencimiento? ¿Está vencido? En estas circunstancias se da una excepción a la confusión de derechos automática. La excepción ocurre por la naturaleza y legislación especial del instrumento negociable. En *Calo Rivera v. Reyes*<sup>43</sup>, entre la alegaciones estaba una de confusión de derechos.

El recurrido alega que en cierto momento el titular registral adquirió el pagaré emitido por Reyes, mediante pago a un tenedor de apellido Viera y que luego lo renegó a un tercero, acto ineficaz por haberse extinguido la obligación por confusión de derechos al reunirse en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor. Art. 1146 C.C. El argumento se desvanece ante la realidad de que el pagaré no pierde su negociabilidad por un episodio temporero de confusión de derechos. Puesto en circulación nuevamente por el deudor Jusino, con su reingreso al cauce de corriente crediticia, el pagaré recuperó toda su validez y su valor de garantía de la obligación asegurada.

Con más detenimiento el Tribunal Supremo volvió a discutir esta excepción en el caso de *R. & G. Premier Bank of P. R. v. Registradora*<sup>44</sup>. En este caso el matrimonio propietario hipotecó la casa. Años después, y posterior a haber gravado nuevamente la propiedad a otra institución crediticia, los propietarios readquirieron antes de su vencimiento, el pagaré garantizado por la primera hipoteca. La solicitud a la Registradora por los propietarios, mientras tenían posesión del dicho pagaré, fue de un cambio de rango. Ésta se negó pues entendió que había ocurrido una confusión de derechos. El Tribunal no estuvo de acuerdo. Jurisprudencialmente se ha establecido una excepción a la regla de la confusión de derechos mediante la cual queda extinguida una obligación desde que se reúnen en una misma persona el acreedor y el deudor.

En la hipoteca en garantía de título al portador, cuando el librador del pagaré lo recupera, no se produce la cancelación del crédito por confusión de derechos si éste opta por ponerlo nuevamente en circulación. ... Ello es así, puesto que la confusión de los derechos de acreedor y deudor, en los casos de hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al

---

<sup>42</sup> Artículo 195, Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad, 30 L.P.R.A. § 2614. (West 2011).

<sup>43</sup> 115 D.P.R. 123 (1984).

<sup>44</sup> 162 D.P.R. 602 (2004).

portador, puede ser de carácter temporal de manera de que cuando cese o se revoque la confusión, deben cesar los efectos extintivos que supone y, en consecuencia, la obligación cancelada por razón de la confusión renace en los mismos términos y forma en que se hallaba al ocurrir dicha confusión.<sup>45</sup>

Específicamente, en el normativo *Srio. de Hacienda v. Tribunal Superior*, en ocasión de evaluar las características inherentes de todo instrumento negociable como lo son los pagarés al portador;

[R]esolvimos que un pagaré hipotecario librado a la orden de determinada persona, pagadero a la presentación, y la hipoteca que lo garantizó no perdieron su valor y eficacia por confusión de derechos al endosarse el instrumento negociable a su librador, quien lo retuvo por un tiempo breve -un día- y luego lo volvió a poner en circulación antes de su vencimiento al darlo en prenda al Secretario de Hacienda, no obstante que con posterioridad a su libramiento y a la inscripción de la hipoteca, pero con anterioridad a haber sido dado en prenda al Secretario de Hacienda, se embargó el inmueble así gravado en aseguramiento de sentencia en acción de daños y perjuicios en contra del librador, y dicho inmueble fue subsiguientemente adjudicado al embargante que fue favorecido por dicha sentencia.<sup>46</sup>

La extinción de la obligación por confusión opera de forma automática. Ya para el 1938 el Tribunal Supremo así lo había reconocido en el caso de *Sucn. Cesaní v. Registrador*<sup>47</sup>. Ocurrió una dación en pago de una propiedad hipotecada con los miembros de una sucesión del acreedor hipotecario. Una de las herederas era menor de edad y el Registrador se negó a inscribir la escritura de traspaso de titularidad y cancelación de la hipoteca. El demandante alegó:

Que el registrador debió inscribir el documento en cuanto a la adjudicación en pago, dejando vigentes las hipotecas. Esta contención carece de méritos. El adjudicatario de un inmueble no puede ser a un mismo tiempo dueño de la finca y acreedor hipotecario. Al hacerse la adjudicación, la hipoteca queda extinguida por confusión de derechos, por ministerio de la ley y sin necesidad de acto alguno de las partes. No puede el registrador inscribir la adjudicación en favor del acreedor y dejar vivos en el registro sus derechos como tal acreedor hipotecario. Su deber es inscribir la

---

<sup>45</sup> *Srio. de Hacienda*, 95 D.P.R. pág. 443.

<sup>46</sup> *R. & G. Premier Bank of P. R. v Registradora*, 162 D.P.R. 602, 603-604 (2004).

<sup>47</sup> 52 D.P.R. 579 (1938).

adjudicación y cancelar el gravamen que ha sido extinguido como consecuencia de tal adjudicación, para que el registro de la propiedad sea siempre y, por encima de todo, un fiel reflejo del verdadero estado de la propiedad. La adjudicación en pago de un gravamen y la extinción de éste son inseparables y ni el registrador ni las partes contratantes pueden evitar las consecuencias legales de la adjudicación, inscribiendo ésta y dejando de inscribir la cancelación de la hipoteca.<sup>48</sup>

Estas hipotecas en garantías de instrumentos negociables requieren para su extinción la cancelación de los mismos. La Ley Hipotecaria dispone principalmente de dos artículos: el 133 y el 138. Ambos contemplan que el tenedor del instrumento negociable otorgue una escritura pública solicitando la cancelación de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. O sea, cuando el instrumento negociable ya no tiene negociabilidad, entonces la hipoteca que es su garantía ya no tiene existencia pues depende de éste para vivir.

La motivación de este breve estudio es la problemática de las instituciones financieras con hipotecas en garantía de instrumentos negociables cuando surgen dificultades económicas. Por los pasados años, muchas instituciones han tratado de disimular, a conciencia o sin saberlo, una novación extintiva por una modificativa. Los notarios autorizantes asumen, a veces sin saberlo, la grave responsabilidad de la pérdida de la colateral del acreedor. Asumen esa responsabilidad cuando tratan la novación extintiva de la obligación original como una simple enmienda o un *workout*, como se denomina el acuerdo en Estados Unidos. A muchas de estas negociaciones las titulan ampliación de hipoteca y las presentan en el Registro de la Propiedad para que se enmiende la escritura inscrita en el mismo rango.

La ampliación de hipoteca verdadera es una novación modificativa y no extintiva. El problema es la práctica de disimular, a conciencia o sin saberlo, una novación extintiva por una modificativa. Si los cambios no son esenciales (novación modificativa), entonces la garantía hipotecaria subsiste sin cambio en el rango registral. Pero si los cambios son esenciales no se trata de una ampliación, sino de una novación extintiva y se cae la garantía hipotecaria. Existe también otra dificultad en el tema de la ampliación hipotecaria y esta es la propia Ley Hipotecaria.

Esta ley limita el concepto de ampliar la hipoteca a una situación particular: asegurar intereses vencidos.

Para asegurar los intereses vencidos y no satisfechos que no estuvieren garantizados conforme a la sección anterior el acreedor podrá exigir del deudor ampliación de la hipoteca sobre los mismos bienes hipotecados. Esta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella. Si la finca hipotecada no perteneciere al

---

<sup>48</sup> *Sucn. Cesaní v Registrador*, 52 D.P.R. 579, 581-582 (1938).

deudor no podrá el acreedor exigir que se constituya sobre ella la referida ampliación, pero podrá ejercitar igual derecho respecto de cualquiera otros bienes inmuebles o derechos del deudor que puedan ser hipotecados.”<sup>49</sup> También es pertinente, para la discusión de la supervivencia de las garantías y su preferencia registral, discutir el artículo 156.1 del Reglamento Hipotecario. “En cualquier caso la ampliación de hipoteca se hará constar la misma mediante nueva inscripción.

Existen pues, varias controversias: si la ampliación de la hipoteca –según considerada en la Ley– es la ampliación a la cual se refieren los abogados en la práctica, si las llamadas ampliaciones de hipotecas son novaciones modificativas o extintivas o si la ampliación puede o no preservar el rango registral de la hipoteca original. Primeramente, hay que enfatizar que lo que en la práctica se denomina ampliación de hipoteca no es lo que la Ley contempla como ampliación. El artículo 167 de la Ley no puede ser más preciso; ampliar una hipoteca no es más que aumentar la cuantía de la garantía para cubrir intereses devengados por el préstamo garantizado y que han quedado al descubierto. No se trata de la enmienda del préstamo original para capitalizar intereses vencidos no pagados, aumentar el plazo de vencimiento o cambiar el interés de lo adeudado. De lo que trata la ampliación reconocida por la ley es una situación que no ocurre muy a menudo en la vida diaria. Una acreedora tiene un deudor hipotecario que no está al día en el pago de los intereses del préstamo hipotecario. Tal es el atraso, o tan mal se concibió el préstamo original, que la garantía existente se quedó corta en valor. Ante esta situación la acreedora, en vez de declarar vencida la totalidad de la deuda y ejecutar la hipoteca, sólo la amplía para cubrir el desbalance en garantía. No se trata de una novación extintiva, sino modificativa pues el principal, el plazo y el por ciento al cual se computan los intereses no cambian.

Por añadidura, existe la complicación del requisito de la nueva inscripción que impone el artículo 156.1, anteriormente citado. Como apropiadamente comenta el Profesor Rivera Rivera: “cabe la posibilidad de que entre la inscripción original y la nueva puedan haberse constituido otras intermedias.”<sup>50</sup> Pues bien, ante la problemática de unos intereses vencidos y no satisfechos y una garantía que se ha quedado corta en cuanto a su valor, el acreedor hipotecario puede exigir una ampliación de la hipoteca. Pero este derecho que la Ley le otorga no puede ser en menoscabo de los derechos de los demás acreedores del deudor. Es necesario el consentimiento de éstos para una ampliación en el mismo rango.

---

<sup>49</sup> Artículo 167, Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad, 30 L.P.R.A. § 2563. De igual forma hay que considerar los artículos 154.1, 155.1 y 156.1 del Reglamento Hipotecario. En específico el artículo 154.1 claramente provee: “Para que la cantidad máxima de intereses esté hipotecariamente asegurada en contra de terceros adquirentes, es necesario que figure inscrita la estipulación de intereses y su monto.”

<sup>50</sup> Rivera Rivera, L.R., *Derecho Hipotecario*, 554 (Jurídica Editores, 2002).

Por el contrario, lo que es uso y costumbre en la práctica bancaria hipotecaria de los desarrollos urbanos, en especial en los momentos de dificultad económica, es capitalizar los intereses, extender el plazo del préstamo y negociar el porcentaje de interés. A ésta práctica los norteamericanos la titulan en inglés, el *workout agreement*.

A ‘workout’ is a loan which is on the verge or is in default, and has failed to meet the lender’s debt service or other covenants, and the lender and the borrower agree to a consensual resolution of the loan default. ... lender and the borrower agree in a workout to restructure the debt or enter into forbearance agreements rather than to pursue remedies against a borrower through judicial or non judicial foreclosure. A loan modification means any change to the terms of an existing loan, whether or not the loan is in default.<sup>51</sup>

La autora citada comenta que un paso importante antes de comenzar los cambios del *workout* es obtener del deudor un compromiso escrito de que los cambios no constituyen un relevo de la garantía. Lo que es más, se advierte en el escrito, que hay que tener cuidado de no perder la preferencia crediticia que tenía la garantía original. “[C]are should be taken not to disrupt or inadvertently subordinate the lender’s existing priority of its lien on the property. The modification documents should be just that – modification of the existing mortgage.”<sup>52</sup>

En Estados Unidos no se discute el problema de la novación extintiva desde la misma perspectiva que en los países civilistas. No hay discusiones o evaluaciones de si las enmiendas eliminan el contrato original con sus garantías o si estas pueden, por mutuo acuerdo de las partes, sobrevivir la transformación. El análisis es uno pragmático: el propósito de los cambios es ‘salvar’ el préstamo, entre otras razones para no afectar los balances de las reservas de la institución, y se quiere, es necesario preservar las garantías con su prioridad crediticia. Por lo tanto, según surge del texto anteriormente citado, sí existe la preocupación de la subsistencia de las garantías y su prelación crediticia.

In any loan modification, care should be taken not to disturb or inadvertently subordinate the lender’s existing priority of its lien on the property. The modification documents should be just that– modifications of the existing mortgage. Once an existing mortgage is cancelled or released, the new mortgage could end up behind junior mortgages. The

---

<sup>51</sup> Newman, L. Before you pull the trigger: strategies for loan workout, Ninth Annual, Commercial Real Estate Institute, Co chairs Hurwitz, E. L., Mallory, R. C., Sarasek, P., A., Practising Law Institute, 851 (2011).

<sup>52</sup> *Id.* pág. 857.

modifications documents should refer to the existing mortgage and not create a new mortgage.<sup>53</sup>

La casuística norteamericana, se centra en analizar si las modificaciones al préstamo son de tal naturaleza como para perjudicar al acreedor posterior en rango. El criterio no es si se trata de un mismo préstamo o de uno nuevo, el razonamiento es: ¿cuán oneroso son los cambios para los acreedores posteriores? Por regla general, los tribunales estadounidenses consideran que la mera extensión del término de vencimiento no es perjudicial para los acreedores posteriores. Esto, dado que de dicha forma, y al no tener que satisfacer la totalidad del préstamo original, no aumenta para los posteriores el riesgo de un incumplimiento en el préstamo garantizado con la hipoteca preferente. Por el contrario, la gran mayoría de los tribunales consideran que un aumento en el interés a cobrar o en la cantidad sí resulta muy perjudicial. En los casos en que la enmienda se considera injusta para el acreedor posterior se ha aplicado una regla salomónica. El primer acreedor hipotecario, al momento de la ejecución del gravamen mantiene su prioridad en cuanto a los términos originales del contrato. En cuanto a aquellos nocivos para acreedores posteriores, se subordina el rango a favor de éstos.

The basic common law rule seems well established that a senior lienholder can make such modifications in the loan agreement to which it and its borrower agree without concern about loss of priority to the extent that such modifications do not result in significant prejudice to the interests of junior lienholders. A few states have statutes that might alter this result. Where junior lienholders would be prejudiced, however, their stake in the priority position as it existed at the time they took their lien is entitled to protection. Normally the remedy is simply a reversal of priority with respect to the claims that are in excess of those that existed under the original mortgage. Occasionally, due to special equitable considerations, courts have in fact granted a complete reversal of priority.<sup>54</sup>

Estas citas hay que interpretarlas abase de las siguientes premisas inarticuladas: (1) el sistema hipotecario de Estados Unidos no es igual al sistema hipotecario puertorriqueño; (2) No contemplan que existan más de dos acreedores por propiedades, permitiendo esto que cobre el primer acreedor en lo que estaba garantizado originalmente y luego cobre el segundo acreedor, dejando lo que sobre –si algo– para que vuelva a cobrar el primer acreedor postergado; (3) No se cuestiona el derecho del propietario a coger dicho sobrante dado que lo que se

---

<sup>53</sup> Newman, L., *Troubled Mortgage Loans and Workouts Before Acceleration*, pág. 12.

<sup>54</sup> Randolph, P. A., *Mortgage Modification and Alteration of Priorities between Junior and Senior Lienholders*, 513 *PLI/ Real* 187, 199-200.

postergó del primero no tenía su preferencia garantizada en particular y (4) En el derecho común de Estados Unidos no está bien elaborada la figura de la novación extintiva, con su efecto automático, ni el la extinción –también automática– de la garantía hipotecaria.

La dificultad radica en los muchos cambios que normalmente ocurren cuando se está tratando de “salvar” el préstamo. Por esta razón muchas veces lo que ocurre es una novación extintiva de la obligación original provocando la extinción de las garantías. En el caso de la hipoteca, al ser ésta de inscripción constitutiva, la escritura de “modificación de hipoteca” no ha de surtir efecto en cuanto al gravamen de la propiedad ni siquiera entre las partes a menos que se inscriba en el Registro de al propiedad. En otras ocasiones las modificaciones se limitan a extender el plazo de vencimiento o los intereses. En estas ocasiones, hay deudores que alegan que se dio la novación extintiva mientras que los acreedores, *contrario sensu*, consideran efectuado sólo una novación modificativa. También es cierto que la mayoría de la jurisprudencia aquí citada apoya la novación modificativa en aquellos casos de cambio de vencimiento e intereses.

En España han optado, principalmente, por evitar la discusión. La Ley 2 de 1994 de 30 de marzo titulada Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, contempla las enmiendas a los préstamos hipotecarios debido a la cesión del crédito o lo que a veces se denomina refinanciación. Principalmente la Ley de 1994 lo que contemplaba era la posibilidad de un deudor cambiar de acreedor hipotecario sin tener que otorgar una nueva colateral. Así pues, en su exposición de motivos expresa:

El descenso generalizado en los tipos de interés experimentado en los últimos meses ha repercutido, como es lógico, en los préstamos hipotecarios, y parece razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso. Pero, por otra parte, la situación de estos prestatarios se ve agravada por la concurrencia de una doble circunstancia, que determina la inviabilidad económica del cambio de hipoteca, la fuerte comisión por amortización anticipada, impuesta por las entidades crediticias al tiempo de otorgar el contrato y la duplicación de gastos que implican la cancelación de un crédito hipotecario y la Constitución de otro nuevo.

La ley permitió el cambio de acreedor motivado por el deudor, sin tener que cancelar la hipoteca y volver a otorgar una nueva e inscribirla. Dicha legislación limitó varios de los cambios a cuando la subrogación era con ciertas instituciones identificadas en la propia ley. Por otra parte, el 7 de diciembre de 2007 se aprobó en España la Ley 41/2007 por la que se modificó la Ley 2/1981 de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y

financiero de regulación de hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. Entre las legislaciones enmendadas por esta, está la Ley 2 de 1994 de 30 de marzo, antes aludida. En su preámbulo establece, que uno de los problemas atendidos por la legislación es alrededor de la novación hipotecaria.

Por otra parte, la novación de los préstamos hipotecarios en beneficio del deudor se ve dificultada por la interpretación restrictiva que del concepto de novación modificativa hacía la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación de préstamos hipotecarios. Lo que ahora se adopta es una interpretación más amplia de cuándo existe novación modificativa, de manera que se considera que existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva en los siguientes supuestos: ampliación o reducción de capital, la prestación o modificación de las garantías personales, alteración de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; alteración del plazo, del método o sistema de amortización y de cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo.

Por ende, en su capítulo 7 artículo 13 se dispone:

”En la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo, o ambas. 2. Cuando el prestam]ista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:

1. la ampliación o reducción de capital;
2. la alteración del plazo;
3. las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente;
4. el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; la prestación o modificación de las garantías personales.”

Es muy importante enfatizar que el subinciso 3 estatuye que estos cambios no han de provocar la cancelación de las garantías originales:

Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad

hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores.

La totalidad de las enmiendas llevadas a cabo por esta disposición del 2007 en España han provocado multiplicidad de discusiones sobre las hipotecas llamadas recargables y globales, entre otras. Un estudio de estas interesantes figuras no tiene cabida en este trabajo pero sí reflejan el interés que existe en tratar de crear normas jurídicas que permitan el tráfico económico con la estabilidad de las garantías hipotecarias. Cómo se hace, se respetan o desarrollan las normas jurídicas es la gran interrogante.

En Puerto Rico no existe actualmente legislación que valide la subsistencia de las garantías hipotecarias cuando ocurre una novación extintiva. La autonomía de la voluntad existe y rige en nuestro ordenamiento jurídico avalado por el artículo 1207 del Código Civil. Por lo tanto, la ampliación de la hipoteca en garantía de instrumentos negociables podría utilizarse para reflejar algún otro cambio menor en la relación contractual. Pero lo que algunas instituciones hacen de capitalizar los intereses, extender el plazo del préstamo, negociar el porcentaje de interés y luego llamarlo ampliación de hipoteca no es una novación modificativa. Estos *workout agreements*<sup>55</sup> dan al traste con la colateral del préstamo original.

Por esta razón es tan importante la función notarial de analizar el contenido y corrección del instrumento público.

---

<sup>55</sup> Newman, L. Before you pull the trigger: strategies for loan workout, Ninth Annual, Commercial Real Estate Institute, Co chairs Hurwitz, E. L., Mallory, R. C., Sarasek, P., A., Practising Law Institute, pág. 851.

### Bibliografía

- Albacar López, J.L., *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, t. IV (Trivium, 1995).
- Albaladejo, M., Díaz Alabart, S., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVI, vol. I (Editorial Revista de Derecho Privado, 1991).
- Albaladejo, Ramón López Vila. *Comentarios al Código Civil*, T. XVI, Vol. I. (2da. Ed., 1991).
- Botía Valverde, A., *Hipoteca Recargable y Novación* disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/mecadohipotecario/>.
- Bundy, D., *Investors Rights: Modifying Securitized Loans*.
- Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. III (Reus, 2005)
- García Gil, F. J., García Gil, M., García Gil, J.L., *La Compraventa de Vivienda con Préstamo Hipotecario*, (2da. Ed. DAPP Publicaciones Jurídicas, 2008).
- Giesena, R. P., *Routine Mortgage Modifications, Lenders Beware*, 17 Real Est. L.J. 221 (1989).
- Gomá Lanzón, F., *Un Principio General de Interpretación para el Acta Notarial Regulada en el Artículo 2º de la Ley 2/1994 de Subrogaciones y Novaciones* disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/mecadohipotecario/>.
- Greenfield, J., *Loan Modification* (Rosedale CLE, Feb. 1 2012).
- Thomas S. Hemmendinger, *Hillman on Commercial Loan Documentation* (5ta. Ed., P.L.I. 2011).
- Manresa y Navarro, J. M., *Comentarios al Código Civil Español*, t. VIII, vol. I (Instituto Editorial Reus).
- Medina de Lemus, *Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*, t. II, vol. I. (Ed Dilex, 2004).
- Newman L., Coburn, T. *Troubled Mortgage Loans and Workouts Before Acceleration*.
- Newman, L. *Before you pull the trigger: strategies for loan workout*, Ninth Annual, Commercial Real Estate Institute, Co chairs Hurwitz, E. L., Mallory, R. C., Sarasek, P., A., Practicing Law Institute.
- Ominskya, H., *Modified Mortgage May Not Stand Up Against a Junior Mortgage*, 17 APR Prob. & Prop. 38.
- Pérez de Madrid Carreras, V., Coord., *Hacia un Nuevo Derecho Hipotecario, Estudios Sobre la Ley 41/2007, de Reforma del Mercado Hipotecario*, (Acad. Sevillana del Notariado, Con. Gen del Notariado, 2008).
- Puig Brutau, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, vol. II (Bosch, 1985).
- Randolph, P., *Mortgage Modifications and Alterations of Priorities Between Junior and Senior Lienholders*, 513 P.L.I. Real 187.

Rivera Rivera, L. *Derecho Hipotecario* (Jurídica Editores, 2002).

Roca Sastre, R., M., Roca-Sastre Muncunill, L., Xirgo, J., B., I., *Derecho Hipotecario*, t. II., vol. I. (9a. Ed., Bosch, 2008).

Sáenz de Jubera Higuero, B., *Relación entre el Crédito y la Hipoteca: Alcance del Principio de Accesoriedad* (Centro de Estudios, Colegio de Registradores de l Propiedad y Mercantiles de España, 2008).

Sancho Rebullida, F. A., *La Novación de las Obligaciones* (Ed. Nauta, 1964).

Sarasek, P. A., Stein, J., *Commercial Real Estate Financing 2011: Turning the Corner?*, P.L.I.,

Whites. A. *Rewriting Contracts, Wholesale: Data on Voluntary Mortgage Modifications From 2007 and 2008 Remittance Reports*, 36 Fordham Urb. Law Journal, 509.

*Jurisprudencia Estados Unidos*

*Sackadorf v JLM Group Limited Part.*, 462 S.E. 2d. 64 (1995).

*Shultis v Woodstock Land Developmente Ass.*, 594 N.Y.S.2<sup>d</sup>. 890 (1993).

