

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 1002** *Resolución de 19 de diciembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Valladolid n.º 5, por la que suspende la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por don Eduardo Jiménez García, Notario de Valladolid, contra la nota de calificación extendida por la registradora de la Propiedad de Valladolid número 5, doña María José Triana Álvarez, por la que suspende la inscripción de una escritura de constitución de hipoteca.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Valladolid, don Eduardo Jiménez García, el 17 de junio de 2013, los propietarios de la finca registral número 10.077 del Registro de la Propiedad de Valladolid número 5 constituyen sobre la misma hipoteca a favor de la entidad «Iberaval, S.G.R.» para garantizar el reembolso de las cantidades que como avalista deba pagar por razón de un préstamo formalizado en la misma fecha que la escritura citada otorgado por la entidad «Caja Rural de Soria, S.C.C.», a favor de la mercantil «Hosteleros de la Fuente, 2013, S.L.».

II

Presentada la escritura en el citado Registro de la Propiedad el día 18 de junio de 2013, causando el asiento de presentación n.º 666 del Diario 81, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «(.../...) Hechos: Mediante escritura autorizada por el Notario de Valladolid, don Eduardo Jiménez García, el día 17 de junio de 2013, número 1.061 de protocolo, se constituye hipoteca en garantía de las obligaciones contraídas por Hosteleros de la Fuente 2013, S.L., con Iberaval, S.G.R., como consecuencia del afianzamiento prestado por esta sociedad, para garantizar un préstamo concedido a la primera por Caja Rural de Soria, S.C.C., con las siguientes circunstancias: 1) Por medio de una póliza de préstamo, intervenida por el citado Notario, Caja Rural de Soria, S.C.C., ha concedido un préstamo por importe de 50.000 €, a Hosteleros de la Fuente 2013, S.L., con una duración de 72 meses a contar desde la fecha de formalización. Iberaval, S.G.R. ha afianzado a la sociedad prestataria. 2) En otra póliza, de contra-garantía, también intervenida por el mismo Notario, la sociedad Hosteleros de la Fuente 2013, S.L., se obliga a devolver a Iberaval, S.G.R., cuanto ésta pudiera verse obligado a pagar a la Caja, por razón del aval prestado. 3) Finalmente en la escritura calificada, de contra-garantía hipotecaria, los cónyuges don L. F. C. y doña M. L. S. C., constituyen hipoteca sobre la vivienda en la planta segunda señalada en su puerta con la letra ... del edificio en ..., en la calle ... número ..., –en la cual según consta en la comparecencia tienen su domicilio–, para asegurar a Iberaval, S.G.R. el reembolso de todo lo que ésta pueda verse obligada a pagar a la Caja, por todos los conceptos, en caso de incumplimiento de Hosteleros de la Fuente 2013, S.L. La hipoteca se constituye entre otras con arreglo a las siguientes estipulaciones: Tercera: Duración,- La duración de esta hipoteca se establece por los mismos plazos fijados en el contrato de préstamo/crédito avalado y reseñado en la exposición de esta escritura, terminando sus efectos una vez hayan sido canceladas las obligaciones contraídas con la entidad financiera –como consecuencia del préstamo/

crédito concedido— y con Iberaval, S.G.R. como consecuencia del aval prestado. Octava: Procedimientos. Iberaval S.G.R. podrá utilizar cualquier procedimiento judicial previsto en la L.E.C. y en la Ley Hipotecaria y su Reglamento, tasando los bienes para subasta en las cantidades que figuran en la estipulación primera y después de su descripción. Iberaval, S.G.R. podrá también pedir la administración y posesión interina de las fincas hipotecadas. Para la práctica de los requerimientos y notificaciones Iberaval, S.G.R. fija como domicilio C/ Estación, ..., de Valladolid, CP 47004 (oficinas de Iberaval, S.G.R. en Valladolid), y el resto de comparecientes fijan como domicilio a esos efectos el señalado en la comparecencia de esta escritura y respecto del socio partícipe el consignado en la intervención de esta escritura. El resto de las estipulaciones se dan aquí por reproducidas. No se incorpora a la escritura Certificado de Tasación de la finca realizado conforme a la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. Fundamentos de Derecho: Conforme al artículo 12 de la Ley Hipotecaria: En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda, y en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Conforme al artículo 128 de la Ley Hipotecaria y 1.964 del Código Civil, la acción hipotecaria prescribirá a los veinte años, contados desde que pueda ser ejercitada. Distinta de la prescripción de la acción hipotecaria es la caducidad, pues nada se opone a que la hipoteca como los demás derechos reales pueda ser constituida con sujeción a un plazo de caducidad. En tal supuesto, una vez transcurrido, el plazo de duración de la hipoteca, la acción hipotecaria, ya no podrá ser ejercitada, pues lo que procederá es su cancelación por caducidad convencional. Conforme al párrafo 3 del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, introducido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo: «En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución». Y vistos además los artículos 682.2.1, 690 y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los artículos 18, 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria. Resuelvo suspender la práctica de la inscripción solicitada por observarse los siguientes defectos: 1) Hipotecándose por los cónyuges don L. F. C. y doña M. L. S. C. la vivienda en la cual además tienen su domicilio, no consta en la escritura el carácter habitual o no que pretende atribuirse a la finca que se hipoteca. El artículo 21.3 de la LH introducido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, determina que: «En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter habitual o no, que pretenda atribuirse a la finca que se hipoteque». Aunque el precepto se refiere a escrituras de préstamo hipotecario, una interpretación acorde con la finalidad pretendida por el precepto, teniendo en cuenta además lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil, lleva a exigir que esta manifestación sea precisa siempre que se hipoteque una vivienda por una persona física, ya sea deudor o hipotecante no deudor, dada la trascendencia de dicha manifestación a efectos de la ejecución hipotecaria. 2) Siendo uno de los elementos esenciales del derecho real de hipoteca, derivado del principio de determinación el señalamiento o bien del plazo de la obligación garantizada, en cuyo caso la acción hipotecaria podrá ejercitarse en tanto no haya prescrito —artículo 128 de la Ley Hipotecaria y 1.964 del Código Civil— o bien del plazo de duración de la hipoteca —caducidad del derecho real de hipoteca— en cuyo caso una vez transcurrido el plazo de duración de la hipoteca, la acción hipotecaria ya no podrá ser ejercitada, por estar extinguida la hipoteca, en el caso contemplado, no se sabe a cual de dichos plazos se refiere la cláusula tercera, por lo que debe aclararse, toda vez que por una parte se dice que la duración de esta hipoteca se establece por los mismos plazos fijados en el contrato de préstamo/crédito avalado (72 meses), lo que significa que se establece un plazo de 72 meses de duración del derecho real de hipoteca —plazo de caducidad— y por otra parte se determina que los efectos de la hipoteca terminarán una vez hayan sido canceladas la obligaciones construidas con la entidad financiera —como consecuencia del préstamo/crédito concedido— y con Iberaval, S.G.R. como consecuencia del aval prestado, lo que parece significar que en tanto no estén

canceladas tales obligaciones, la acción hipotecaria –lógicamente siempre que no haya prescrito– podrá ser ejercitada. Y resuelvo denegar: –la posibilidad de utilizar el procedimiento de ejecución regulado en los artículos 681 y siguientes de la LEC Civil, y por ende la posibilidad de pedir la posesión y administración interna de la finca –prevista en el artículo 690 de la L.E.C.– toda vez que el artículo 693 de la LEC en la redacción dada al mismo por la Ley 1/2013 de 14 de mayo dice: 1. Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha. 2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución. Y ninguna de estas circunstancias se recoge en la escritura. Y el artículo 682.2 1.º requiere para que pueda ser utilizado referido procedimiento, que en la escritura de constitución de hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981 de 25 de marzo de regulación del Mercado Hipotecario, y en el caso que nos ocupa no se sabe si este requisito se cumple, al no adjuntarse el certificado de la tasación efectuada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario. Las palabras «así como las obligaciones que el socio partícipe como avalado contrajo frente a Iberaval, S.G.R.», contenidas en la estipulación primera, y las palabras «y/o el socio partícipe adeudare cualquier otra cantidad a la S.G.R. como consecuencia del aval prestado y de la póliza de afianzamiento/contragarantía referida en el expositivo de esta escritura», contenidas en la estipulación segunda, ya que por la obligación principal solo se garantizan con la hipoteca las cantidades que la S.G.R. como avalista del préstamo pueda venir obligada a satisfacer a la entidad prestamista por todos los conceptos. Las palabras «La liquidación de la cuenta practicada por Iberaval, S.G.R. para la determinación de su saldo líquido hará fe en juicio y a ella se somete el deudor», contenidas en la estipulación séptima, porque las normas y trámites procesales son de derecho necesario y hay que estar a lo que de ellos resulte, coincida o no con lo pactado por las partes. Las estipulaciones novena, decimotercera y decimocuarta, artículo 12 de la Ley Hipotecaria y 51.6 de su Reglamento. Las palabras «entendiéndose cedidos a favor de Iberaval S.G.R. desde ahora cuantos derechos pudieran corresponder al hipotecante por el indicado seguro, consignándose en todo caso en la póliza de seguro la cláusula de cesión de la indemnización a favor de Iberaval S.G.R. quedando ésta facultada para practicar ante la entidad asegurada las gestiones necesarias a tal fin» contenidas en la cláusula cuarta –artículo 110.2 de la Ley Hipotecaria, 1859 del Código Civil y 40 a 42 de la Ley del Contrato de Seguro. La Sentencia de 30 de julio de 1999 señala que en caso de pérdida del bien hipotecado, se produce una subrogación real, en virtud de la cual la indemnización sustituye a la cosa y pasa a ser objeto de la garantía real, pero el tomador del seguro que sea acreedor hipotecario no puede pedir directamente para sí de la compañía aseguradora la atribución de la indemnización. Los dos últimos párrafos de la estipulación cuarta. Las conclusiones de la Sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, sobre la posibilidad de vencimiento anticipado por razón del arrendamiento de la finca hipotecada son las siguientes: 1) que la imposición al hipotecante del compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sean las consecuencias que pudiera acarrear la violación de la estipulación. Se trata de una

prohibición de disponer convencional en acto en título oneroso, rechazada por el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, lo que hace que la prohibición absoluta de arrendar no solo no es inscribible, si no que no es válida, sobre todo porque como regla general los arrendamientos posteriores a la hipoteca quedan sometidos al principio de purga y no afectan por tanto a la misma. 2) que en consecuencia, el pacto de vencimiento anticipado únicamente es operativo cuando se trate de arrendamientos gravosos o dañosos, entendiéndose por tales los que suponen una minoración de valor de la finca en las perspectivas de la realización forzosa, bien por inexistencia de purga, por renta baja o por anticipo de rentas. El último párrafo de la estipulación séptima, porque las normas del concurso son de derecho necesario y hay que estar a lo que de ellas resulte coincida o no con lo pactado por las partes. Contra esta (...). Valladolid, a quince de julio del año dos mil trece El registrador, (firma ilegible y sello del Registro con nombre y apellidos del registrador)».

El 12 de septiembre de 2013 el título, junto con documentación complementaria, se aporta de nuevo al Registro y es objeto de una nueva calificación en los siguientes términos: «(.../...) fue calificada desfavorablemente con fecha 15 de julio de 2013, y prorrogado dicho asiento de presentación al amparo del artículo 323 de la Ley Hipotecaria por plazo de sesenta días a contar desde el día 22 de julio de 2011; retirada la copia autorizada junto con el justificante de la liquidación del impuesto y reportadas a esta oficina con fecha 5 de septiembre de 2013, en unión de testimonio expedido por el Notario de Valladolid, don Eduardo Jiménez García, el 27 de agosto de dos mil trece, en tres folios de papel exclusivo para documentos notariales serie BL número 2900413 y los dos siguientes de la diligencia subsanatoria, autorizada por citado Notario con la misma fecha, para incluir el certificado de tasación; el registrador que suscribe ha procedido a su calificación y, previo examen de los antecedentes del Registro, resuelve no practicar operación alguna, los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: Con ocasión de la presentación en este Registro el día 18 de junio de 2013, bajo el asiento 666 del Diario 81, de la escritura autorizada el día 17 de junio de 2013, por el Notario de Valladolid, don Eduardo Jiménez García, número 1.061 de protocolo, fue calificada desfavorablemente el día 15 de julio de 2013, en base a los hechos y fundamentos de Derecho que se hicieron constar en dicha nota de calificación que se da aquí por reproducidos, al encontrarse vigente el asiento de presentación 666 del Diario 81, resolviendo suspender la práctica de la inscripción por observarse los siguientes defectos: "1) Hipotecándose por los cónyuges don L. F. C. y doña M. L. S. C. la vivienda en la cual además tienen su domicilio, no consta en la escritura el carácter habitual o no que pretende atribuirse a la finca que se hipoteca. El artículo 21.3 de la LH introducido por la Ley 1/2013 de 14 de mayo determina que: 'En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter habitual o no que pretenda atribuirse a la finca que se hipoteque'. Aunque el precepto se refiere a escrituras de préstamo hipotecario, una interpretación acorde con la finalidad pretendida por el precepto, teniendo en cuenta además lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil, lleva a exigir que esta manifestación sea precisa siempre que se hipoteque una vivienda por una persona física, ya sea deudor o hipotecante no deudor, dada la trascendencia de dicha manifestación a efectos de la ejecución hipotecaria. 2) Siendo uno de los elementos esenciales del derecho real de hipoteca, derivado del principio de determinación el señalamiento o bien del plazo de la obligación garantizada, en cuyo caso la acción hipotecaria podrá ejercitarse en tanto no haya prescrito –artículo 128 de la Ley Hipotecaria y 1.964 del Código Civil– o bien del plazo de duración de la hipoteca –caducidad del derecho real de hipoteca– en cuyo caso una vez transcurrido el plazo de duración de la hipoteca, la acción hipotecaria ya no podrá ser ejercitada, por estar extinguida la hipoteca, en el caso contemplado, no se sabe a cual de dichos plazos se refiere la cláusula tercera, por lo que debe aclararse, toda vez que por una parte se dice que la duración de esta hipoteca se establece por los mismos plazos fijados en el contrato de préstamo/crédito avalado (72 meses), lo que significa que se establece un plazo de 72 meses de duración del derecho real de hipoteca –plazo de caducidad– y por otra parte se determina que los efectos de la hipoteca

terminarán una vez hayan sido canceladas las obligaciones construidas con la entidad financiera –como consecuencia del préstamo/crédito concedido– y con Iberaval, S.G.R. como consecuencia del aval prestado, lo que parece significar que en tanto no estén canceladas tales obligaciones, la acción hipotecaria –lógicamente siempre que no haya prescrito– podrá ser ejercitada”. Y resolviendo denegar: “–la posibilidad de utilizar el procedimiento de ejecución regulado en los artículos 681 y siguientes de la LEC Civil, y por ende la posibilidad de pedir la posesión y administración interna de la finca –prevista en el artículo 690 de la L.E.C.– toda vez que el artículo 693 de la LEC en la redacción dada al mismo por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, dice: 1. Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha. 2. Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución. Y ninguna de estas circunstancias se recoge en la escritura. Y el artículo 682.2 1.º requiere para que pueda ser utilizado referido procedimiento, que en la escritura de constitución de hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso al 75 por cien del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, y en el caso que nos ocupa no se sabe si este requisito se cumple, al no adjuntarse el certificado de la tasación efectuada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario. Las palabras «así como las obligaciones que el socio partícipe como avalado contrajo frente a Iberaval, S.G.R.», contenidas en la estipulación primera, y las palabras «y/o el socio partícipe adeudare cualquier otra cantidad a la S.G.R. como consecuencia del aval prestado y de la póliza de afianzamiento/contragarantía referida en el expositivo de esta escritura», contenidas en la estipulación segunda, ya que por la obligación principal solo se garantizan con la hipoteca las cantidades que la S.G.R. como avalista del préstamo pueda venir obligada a satisfacer a la entidad prestamista por todos los conceptos. Las palabras «La liquidación de la cuenta practicada por Iberaval, S.G.R. para la determinación de su saldo líquido hará fe en juicio y a ella se somete el deudor», contenidas en la estipulación séptima, porque las normas y trámites procesales son de derecho necesario y hay que estar a lo que de ellos resulte, coincida o no con lo pactado por las partes. Las estipulaciones novena, decimotercera y decimocuarta, artículo 12 de la Ley Hipotecaria y 51.6 de su Reglamento. Las palabras «entendiéndose cedidos a favor de Iberaval S.G.R. desde ahora cuantos derechos pudieran corresponder al hipotecante por el indicado seguro, consignándose en todo caso en la póliza de seguro la cláusula de cesión de la indemnización a favor de Iberaval S.G.R. quedando ésta facultada para practicar ante la entidad asegurada las gestiones necesarias a tal fin» contenidas en la cláusula cuarta –artículo 110.2 de la Ley Hipotecaria, 1859 del Código Civil y 40 a 42 de la Ley del Contrato de Seguro. La Sentencia de 30 de julio de 1999 señala que en caso de pérdida del bien hipotecado, se produce una subrogación real, en virtud de la cual la indemnización sustituye a la cosa y pasa a ser objeto de la garantía real, pero el tomador del seguro que sea acreedor hipotecario no puede pedir directamente para sí de la compañía aseguradora la atribución de la indemnización. Los dos últimos párrafos de la estipulación cuarta. Las conclusiones de la Sentencia 792/2009 de 16 de diciembre sobre la posibilidad de vencimiento anticipado

por razón del arrendamiento de la finca hipotecada son las siguientes: 1) que la imposición al hipotecante del compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sean las consecuencias que pudiera acarrear la violación de la estipulación. Se trata de una prohibición de disponer convencional en acto en título oneroso, rechazada por el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, lo que hace que la prohibición absoluta de arrendar no solo no es inscribible, si no que no es válida, sobre todo porque como regla general los arrendamientos posteriores a la hipoteca quedan sometidos al principio de purga y no afectan por tanto a la misma. 2) que en consecuencia, el pacto de vencimiento anticipado únicamente es operativo cuando se trate de arrendamientos gravosos o dañosos, entendiéndose por tales los que suponen una minoración de valor de la finca en las perspectivas de la realización forzosa, bien por inexistencia de purga, por renta baja o por anticipo de rentas. El último párrafo de la estipulación séptima, porque las normas del concurso son de derecho necesario y hay que estar a lo que de ellas resulte coincida o no con lo pactado por las partes.» Se aporta con fecha 5 de septiembre de 2013, «testimonio expedido por el Notario de Valladolid, don Eduardo Jiménez García, el 27 de agosto de dos mil trece, en tres folios de papel exclusivo para documentos notariales serie BL número 2900413 y los dos siguientes de la diligencia subsanatoria, autorizada por citado Notario con la misma fecha, para incluir el certificado de tasación. Dicho certificado de tasación, fue emitido por Técnicos de Tasación, S.A., el 17 de junio de 2013, cuya fecha límite de validez es el 16 de diciembre de 2013, y del mismo resulta un valor de tasación y un valor hipotecario para la finca objeto del título calificado de 117.229,40 euros. Consta en el título calificado que se tasa la finca para subasta en la cantidad de 68.250 euros. Fundamentos de Derecho: Vistos la nota de calificación de fecha 15 de julio de 2013, los artículos 18, 19 bis, 322 y 323 de la Ley Hipotecaria y la Resolución de la D.G.R.N. de 29 de marzo de 2007. Resuelvo: Suspender la práctica de la inscripción solicitada, toda vez que los defectos advertidos bajo los números 1 y 2 de la nota de calificación de fecha 15 de julio de 2013, que motivaron la suspensión de la inscripción, no han sido subsanados. Seguir manteniendo la denegación respecto de la posibilidad de utilizar el procedimiento de ejecución regulado en los artículo 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil: a) Porque el defecto advertido en la nota de calificación de fecha 15 de julio de 2013, relativo a que no se recogía en la escritura ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 693.1 y 693.2 de la LEC no ha sido subsanado. b) Porque el defecto advertido en la nota de calificación de fecha 15 de julio de 2013, relativo a que conforme al artículo 682.2.1. de la LEC, para que pueda ser utilizado referido procedimiento se requiere que el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, no sea inferior en ningún caso al 75% del valor señalado en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981 de 25 de marzo de regulación del Mercado Hipotecario, circunstancias que no se sabía si se cumplía, al no adjuntarse el certificado de tasación, efectuado conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, no ha sido subsanado, pues si bien se ha aportado el certificado de tasación, del mismo resulta un valor de tasación para la finca hipotecada de 117.229,41 euros, y siendo el valor de tasación asignado a la finca a efectos de subasta en el título calificado el de 68.250 euros, dicho valor es inferior al 75% del asignado a la finca en la tasación realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario. Y seguir manteniendo la denegación del resto de las estipulaciones o parte de ellas, que en la nota de calificación de fecha 15 de julio de 2013, se dijo que eran objeto de denegación, por los motivos expuestos en dicha nota de calificación. Se mantiene la vigencia de la anterior calificación, plazo para recurrir y prórroga del asiento de presentación por razón de la misma. Valladolid, doce de septiembre del año dos mil trece. El registrador (firma ilegible y sello del Registro con nombre y apellidos del registrador).»

III

La anterior nota de calificación fue recurrida ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por el Notario autorizante de la escritura calificada, don Eduardo Jiménez

García, mediante escrito de 23 de septiembre de 2013, con arreglo a las siguientes alegaciones: «(...) Fundamentos: Uno. Los supuestos defectos, apreciados por la registradora, respecto de los que interpongo el recurso son los siguientes: 1. Defectos que impiden la inscripción de la hipoteca: a) Falta de determinación en la duración de la hipoteca. b) Falta de indicación de si la vivienda hipotecada es o no la vivienda habitual de sus hipotecantes. 2. Defecto que no impide la inscripción, pero supone la denegación del acceso al Registro de la posibilidad de emplear el procedimiento de ejecución de los artículos 681 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por no recogerse las circunstancias del artículo 693 de la misma, según redacción dada al mismo por la Ley 1/2013. Dos. En cuanto a la falta de determinación de la duración de la hipoteca, la registradora encuentra una contradicción dentro de la estipulación tercera, «Duración» de la escritura de contra-garantía, ya que se dice, afirma, por una parte, que la duración de la hipoteca «se establece por los mismos plazos fijados en el contrato de préstamo/crédito avalado (72 meses)», y por otro lado que «los efectos de la hipoteca terminarán una vez hayan sido canceladas las obligaciones construidas (sic) con la entidad financiera –como consecuencia del préstamo/crédito concedido– y con Iberaval, S.G.R. como consecuencia del aval prestado». Sin embargo, en la referida cláusula tercera no aparece la expresión «(72 meses)», que la registradora incluye, sino que se limita a decir que la duración será por los mismos plazos pactados en el contrato de préstamo, sin especificar ese plazo límite de 72 meses. La suspensión acordada por la registradora es consecuencia de la confusión entre dos plazos: El plazo pactado para el pago. El plazo de duración del préstamo. Ambos plazos, idealmente, deberían coincidir, pero en la práctica no necesariamente coinciden, ya que: A veces, la duración del préstamo es inferior al plazo pactado para el pago, como consecuencia de una amortización anticipada [prevista en el artículo 1.126 del Código Civil (CC)]. Y otras veces, el plazo pactado para el pago es inferior al de la duración del préstamo, porque el prestatario no cumple su deber de pagar dentro del plazo pactado. La duración real del contrato de préstamo no viene determinada por el plazo pactado para la devolución de lo prestado, sino que viene determinada, típicamente, por la diferencia temporal entre dos hechos: a) La entrega de lo prestado. Al ser un contrato real, quien presta ha de entregar el objeto prestado para que nazca la obligación del prestatario. b) La completa devolución, por el prestatario al prestamista, de otro tanto de la misma especie y calidad que lo que recibió [arts. 1.740 y 1.753 del Código Civil (CC)]. Cuando se pacta un plazo para el cumplimiento, ese plazo no determina la duración máxima del contrato de préstamo, salvo que expresamente se convenga que su mero transcurso determine la extinción del contrato, sino que fija, únicamente, el momento en que nace la acción para que el acreedor pueda exigir el pago (art. 1.125 CC). En el contrato de préstamo que nos ocupa, el plazo de 72 meses pactado no es un plazo de duración del préstamo, sino el plazo en el que el prestatario se obliga a pagar. La duración real del préstamo vino o vendrá determinada por el momento de su efectivo y material pago, y no por ese pacto. Salvo pacto expreso, el solo transcurso del plazo, sin haberse hecho el pago, no determina la extinción de la obligación –ni del contrato–. El artículo 1.157 del CC establece que «No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía». En el préstamo que nos ocupa, no existe un pacto expreso que establezca que el préstamo se extingue, per se, por su solo transcurso, por lo que, faltando plazo de duración pactada para el préstamo (aunque sí lo haya para su pago) y con arreglo a la Ley, ha de entenderse que el préstamo durará hasta que la obligación del prestatario quede completamente cumplida. Esto entendido, es evidente que la contradicción que aprecia la registradora no existe. El plazo fijado en el contrato de préstamo que nos ocupa (72 meses), no es un plazo extintivo o de duración del préstamo mismo, sino el plazo en que la parte prestataria se obligó a pagar. En este contrato de préstamo no existe un plazo pactado para su duración, por lo que hay que estar, para determinar esa duración, a las normas generales acerca de la extinción de las obligaciones. Y a falta de tal pacto extintivo, carece de virtualidad práctica el primer inciso de la cláusula tercera «duración por el plazo pactado», cobrando pleno sentido lo establecido en el segundo inciso, único

aplicable, con arreglo al cual, la duración de la hipoteca se extiende hasta el completo pago a la entidad financiera o a Iberaval, en su caso. En consecuencia, la causa de suspensión de la inscripción, por este motivo, carece en mi opinión, de fundamento jurídico que la ampare, por lo que solicito la revocación de la calificación en cuanto a ella. Tres. En cuanto a la falta de indicación de si la vivienda hipotecada es o no la vivienda habitual de sus hipotecantes, la registradora explica que, aun cuando el artículo 21, apartado 3, de la Ley Hipotecaria (introducido por Ley 1/2013, de 23 de mayo), establece ciertas reglas especiales a cumplir por las escrituras de «préstamo hipotecario sobre vivienda», tales reglas son analógicamente aplicables a otros negocios jurídicos –distintos del préstamo– si lo que se hipoteca es una vivienda por una persona física. La aplicación analógica de las normas y su interpretación son procesos de razonamiento jurídico muy distintos. La aplicación analógica supone extender las normas a supuestos diferentes de los previstos por ellas, cuando se aprecia «identidad de razón» (art. 4.1 del CC). La interpretación de la norma implica dar un sentido, o atribuir una eficacia o extensión a una norma, dentro de los supuestos que la misma contempla, y está regulada en el artículo 3 del CC. La interpretación de las normas ha de hacerla, para su aplicación, cualquier operador jurídico y, desde luego, y de forma muy cualificada, en su ámbito de competencias, el registrador de la Propiedad. La aplicación analógica de una norma, sin embargo, es de mucha mayor trascendencia jurídica, puesto que participa en cierta medida de la función legislativa, ya que implica aplicar la norma a supuestos diferentes de aquéllos que la misma contempla o, lo que es lo mismo, implica regular lo no regulado. Así lo establece el Tribunal Constitucional, en sentencia de 14 de julio de 1988, y el Supremo, en multitud de Sentencias (sirva como ejemplo la de 28 de noviembre de 1999), resuelve que, dada su trascendencia, la aplicación analógica de las normas prohibitivas, por analogía, ha de hacerse de forma restrictiva. Por tal razón, la aplicación analógica de la norma no puede justificarse de la escuetísima manera que lo hace la registradora de la Propiedad, limitándose a afirmar que la regla especial impuesta por la norma que nos ocupa ha de aplicarse «siempre que se hipoteque una vivienda por una persona física (...) dada la trascendencia (...) a efectos de la ejecución hipotecaria». Si la interpretación de una norma para su aplicación exige una motivación bastante, ¿cuánto más no la precisará su aplicación analógica?. Y la falta de una motivación tal, en la calificación que nos ocupa, debería ser, a mi juicio, causa bastante para estimar la revocación de la calificación, que pido. La motivación supondría explicar con detalle por qué, entre el supuesto previsto por el artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria (LH) y el supuesto de hecho que supone la hipoteca que nos ocupa existe la «identidad de razón» del artículo 4.1 del CC. Y para ello, lo primero que es preciso hacer es buscar una «razón» para el artículo 21.3 de la LH. Y esa razón la ofrece el propio legislador, que afirma que «La atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en la que numerosas personas que contrataron un préstamo para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, exige la adopción de medidas que contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios» (Exposición de motivos, párrafo 1). La Ley, en definitiva, y al parecer, pretende proteger a quien ha garantizado con hipoteca la financiación que ha obtenido para adquirir su vivienda habitual. No se trata de defender, indiscriminadamente, a toda aquella persona física que hipoteca su vivienda, cualquiera que sea la finalidad o destino de los fondos recibidos (no se trataría de defender al jugador, que hipoteca su vivienda para seguir jugando, o a quien lo hace para comprar un coche que no necesita y del que se ha encaprichado, etc.), sino a quien lo hace para financiar su vivienda habitual, financiación que, salvo contadas excepciones, se hace por medio de un préstamo, razón más que probable por la que el legislador se refiere precisamente a éstos, y no a otros negocios jurídico-financieros, en el repetido artículo 21.3 de la LH. Pues bien, en el caso que nos ocupa, la hipoteca: –No garantiza un préstamo, ni siquiera un crédito, sino el reembolso de lo pagado por una Sociedad de Garantía Recíproca, como consecuencia de la concesión de un aval. –Garantiza obligaciones de una persona jurídica de carácter mercantil, no de una persona física. –Garantiza obligaciones que nada tienen que ver con

la adquisición de la vivienda que se hipoteca. En definitiva, el supuesto de hecho al que se pretende aplicar la norma difiere sensiblemente, del previsto por la letra de la norma, y difiere, en extremo, del supuesto que la Ley pretende regular, según su exposición de motivos. En esta situación, faltando la «identidad de razón» aplicar de forma analógica la norma del artículo 21.3 de la LH contraría la Ley, por lo que a mi juicio, el defecto debe ser revocado. En todo caso, sirva, si no, este recurso, para que la Dirección General aclare, con eficacia para todo registrador de la Propiedad o Notario, el ámbito de aplicación de la regla del artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria. Así lo pido. Y finalmente, en cuanto al defecto que no impide la inscripción, pero supone la denegación del acceso al Registro de la posibilidad de emplear el procedimiento de ejecución de los artículos 681 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), por no recogerse las circunstancias del artículo 693 de la misma, según redacción dada al mismo por la Ley 1/2013, discrepo también de la calificación de la registradora. El capítulo en el que se encuadra el precepto regula, con carácter general, el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados o pignorados, en garantía de las obligaciones que la hipoteca o la prenda aseguren. Este capítulo, por lo tanto, regula un procedimiento que puede emplearse tanto si la garantía real es pignoratícia, como si es hipotecaria, y tanto si la obligación asegurada dimana de un préstamo como si nace de cualquier otro contrato. Así, cabría asegurar con hipoteca el pago de una renta, el pago de una pensión compensatoria entre cónyuges, el pago del coste de una obra, etc. El artículo 693, apartados 1 y 2 regulan un caso especial, dentro del ámbito general, amplísimo de posible aplicación del procedimiento, caso especial que se delimita de manera muy precisa, porque refiere, solo, a la ejecución de la hipoteca (o prenda) constituida en garantía de obligaciones a cumplir a plazos cuando «deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse a plazos», condicionando en estos casos, y no en otros, la posibilidad de hacer uso del procedimiento, a que «vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses...», y obligando a que en la escritura de constitución de la garantía se haga constar tal limitación. Pues bien, la hipoteca que nos ocupa está englobada en el caso general –siéndole por tanto de aplicación el procedimiento– y no en el especial, porque la obligación que asegura no prevé, en modo alguno, el pago mediante plazos, razón por la que no cabe exigir la constancia –que sería absurda– de la limitación, en la escritura por medio de la que se formaliza. Nuevamente, la calificación de la registradora puede tener su origen en la confusión entre un contrato, el de préstamo con garantía de afianzamiento, instrumentado por medio de una póliza que aparece reproducida en la escritura, y otro, de contragarantía hipotecaria, que es el formalizado por medio de la escritura. Iberaval, como Sociedad de Garantía Recíproca, tiene vedado el financiar directamente a sus socios, pero tiene la función de facilitar el que esos socios puedan obtener financiación de terceros, avalándolos o afianzándolos, de tal manera que quienes proporcionen la financiación vean reducido el riesgo que la operación comporta. En el caso que nos ocupa, una entidad financiera otorga un préstamo a una compañía, a devolver mediante cuotas mensuales. Iberaval garantiza, como fiadora, ese préstamo. Acto seguido, la compañía prestataria e Iberaval suscriben otro contrato –igualmente intervenido e incorporado por medio de testimonio a la escritura que nos ocupa– por medio del cual esa compañía, y varias personas físicas, como fiadores, se comprometen a reembolsar a Iberaval, de manera inmediata (sin concesión de plazo alguno), cuanto ésta pueda venir obligada a satisfacer a la entidad de crédito en el hipotético caso de que la compañía prestataria incumpla el contrato de préstamo. Asimismo, y a continuación, las mismas obligaciones de reembolso le son aseguradas a Iberaval por medio de la hipoteca, que se formaliza por medio de la escritura. En consecuencia, los garantes hipotecarios no se obligan a pagar a Iberaval cantidad alguna «a plazos», sino que le aseguran, por medio de la hipoteca, el reembolso, de manera inmediata, y de una vez, de la totalidad de lo que Iberaval pueda tener que pagar al banco, si la prestataria incumple. Y no dándose el

presupuesto de hecho, no es de aplicación la regla especial, y sí el resto del capítulo en el que se encuadra la misma. (.../...). Valladolid, veintitrés de septiembre de dos mil trece.»

IV

El registrador emitió informe el día 30 de septiembre de 2013, ratificándose íntegramente en el contenido de la nota de calificación impugnada y remitió el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1857 y 1860 del Código Civil; 12, 21.3, 104, 114 y 129 de la Ley Hipotecaria; 670, 671, 693 y disposición adicional sexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil; Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 y 29 de octubre de 2013, 25 de noviembre de 2013 (1.^a) y 17 de diciembre de 2013 (2.^a).

1. Como cuestión previa de carácter procedimental es preciso abordar la eventual inadmisibilidad del recurso que sostiene la registradora en su preceptivo informe al considerar que se ha presentado extemporáneamente, al considerar que el cómputo del plazo para recurrir ha de comenzar en la fecha de la notificación al recurrente de la primera calificación, lo que tuvo lugar el 18 de julio de 2013, y no de la segunda que era una reiteración de la primera al no estimar subsanados los defectos advertidos en virtud de la documentación complementaria posteriormente aportada, por lo que el recurso interpuesto el 24 de septiembre de 2013 resulta extemporáneo.

A la vista de tales circunstancias resulta necesario recordar la doctrina de este Centro Directivo en relación con la reiteración de calificaciones anteriores y el diferente tratamiento procedimental que les corresponde según que tengan lugar por la aportación, durante la vigencia del inicial asiento de presentación, de la misma documentación ya calificada sin documentación subsanatoria alguna, o bien con documentación complementaria o subsanatoria que, sin embargo, a juicio del registrador, no sea suficiente para levantar el obstáculo registral señalado en la calificación inicial. Pues bien, como ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 30 de octubre de 2012), en un supuesto en que la registradora alegaba que el recurso se había interpuesto fuera de plazo, en tal caso el recurso debería inadmitirse (si hubiera transcurrido el plazo legal de interposición computado desde la fecha de la notificación de la primera calificación, pero no desde la segunda) si del expediente no resultase que la nota reiterativa trae causa no en una nueva aportación del documento calificado en su día, sino de éste junto con. Es decir, debería inadmitirse si la nota fuese efectivamente la misma pero no es así. La segunda nota de calificación no podía ser la misma: primero, por cuanto declara en distinta fecha no subsanados los defectos a la vista de la nueva documentación aportada; pero sobre todo, y segundo, porque la contención versa ahora no ya sobre la existencia del defecto antiguo sino sobre la habilidad del nuevo documento presentado para subsanar el apreciado en la primera nota. La subsanación, en efecto, por hipótesis, implica el reconocimiento de la procedencia del defecto apreciado cuya subsanación se intenta; lo que en buena lógica impide ya recurrirlo salvo el caso que se utilice el cauce previsto en el artículo 325 in fine de La Ley Hipotecaria y siempre previo cumplimiento escrupuloso de todas las condiciones en él previstas (como supuesto excepcional que es y por tanto de interpretación restrictiva).

Procede por tanto en tales hipótesis resolver la impugnación planteada en el recurso interpuesto contra la nueva nota de calificación que rechaza la subsanación; y no sólo porque en estos casos (en que la prueba aportada es distinta) la calificación no tendría por qué ser forzosamente la misma sino sobre todo porque, como se afirmaba en la citada Resolución de 30 de octubre de 2012, y ha reiterado la Resolución de 25 de noviembre de 2013 (1.^a), mientras no quede definitivamente resuelta la cuestión mediante una

sentencia judicial firme y definitiva, el derecho sigue vivo. Por ello la parte, con independencia de las responsabilidades civiles y de otro tenor en que pueda incurrir si su conducta se demostrase contraria a la buena fe (es decir, dolosa, obstruccionista o abusiva), si aporta documentos subsanatorios tiene derecho a impugnar la nueva nota ya que en estos casos la pretensión del recurrente, como sucede aquí, versa no sobre la existencia del defecto cuya subsanación intenta –ya que, al hacerlo, está reconociendo implícitamente que existe–, sino sobre la legalidad y procedencia de la subsanación intentada y rechazada.

Contra esto de nada sirve alegar el artículo 323.2 de la Ley Hipotecaria cuya aplicación debe limitarse al caso de nueva aportación («no presentación») del mismo documento «durante la vigencia del asiento de presentación sin haberse producido ninguna subsanación». Ya que, en otro caso, de intentarse la subsanación y aportar, por tanto, nuevos documentos, el registrador tendrá que realizar nueva calificación del documento antiguo y los nuevos complementarios con que se pretendan subsanar los defectos, aunque limitada exclusivamente a la procedencia de la subsanación. Calificación que, de ser negativa en todo o en parte, dará lugar a nueva prórroga del asiento de presentación con notificación y plazo para recurso, pero sólo por lo que se refiere a la nueva calificación relativa a la subsanación, manteniendo en su caso la vigencia de la anterior, así como la notificación, plazo de recurso y prórroga por razón de la misma. Conforme a esta doctrina, procede admitir, tramitar y resolver el recurso objeto del presente expediente.

2. Entrando en las cuestiones de fondo planteadas en el recurso, si circunscrito éste al primero de los defectos señalados en la calificación –al aceptar el recurrente los relativos a la denegación de la inscripción de diversas causas de vencimiento anticipado y otras estipulaciones diversas–, a aquél debe ceñirse la presente Resolución (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria). Se trata, en síntesis, de dirimir si es posible, inscribir una escritura de constitución de hipoteca de contra-aval, en la que concurren las siguientes circunstancias: una entidad financiera otorga un préstamo a una sociedad mercantil, a devolver mediante setenta y dos cuotas mensuales, préstamo que se instrumenta mediante una póliza que se incorpora por medio de testimonio a la escritura de constitución de hipoteca. La Sociedad de Garantía Recíproca Iberaval garantiza, como fiadora, ese préstamo. A continuación la compañía prestataria e Iberaval suscriben otro contrato de afianzamiento –igualmente intervenido e incorporado por medio de testimonio a la escritura calificada–, por medio del cual dicha compañía, y varias personas físicas, como fiadores, se comprometen a reembolsar a Iberaval cuanto ésta pueda venir obligada a satisfacer a la entidad de crédito en el caso de que la prestataria incumpla las obligaciones derivadas del contrato de préstamo. Asimismo, y a continuación, las mismas obligaciones de reembolso le son aseguradas a Iberaval por medio de la hipoteca, que se formaliza por medio de la escritura calificada.

La registradora, a parte de otros defectos no recurridos, suspende la inscripción por la concurrencia de tres defectos que, expuestos por el orden en que se recurren, son los siguientes: 1.º por falta de claridad en la determinación del plazo de duración de la hipoteca; 2.º por falta de manifestación sobre el carácter de vivienda habitual o no de la finca hipotecada, conforme al artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria; y 3.º en relación con los pactos de ejecución, por no adaptarse la cláusula de vencimiento anticipado a las exigencias impuestas por el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que condiciona el vencimiento anticipado al incumplimiento de las obligaciones de pago correspondientes a tres meses. Dada la distinta naturaleza de los tres motivos de suspensión, han de ser analizados separadamente.

3. En cuanto a la primera cuestión, relativa a la duración del derecho de hipoteca, formula el defecto la registradora en los siguientes concretos términos: «Siendo uno de los elementos esenciales del derecho real de hipoteca, derivado del principio de determinación el señalamiento o bien del plazo de la obligación garantizada, en cuyo caso la acción hipotecaria podrá ejercitarse en tanto no haya prescrito –artículo 128 de la

Ley Hipotecaria y 1.964 del Código Civil– o bien del plazo de duración de la hipoteca –caducidad del derecho real de hipoteca– en cuyo caso una vez transcurrido el plazo de duración de la hipoteca, la acción hipotecaria ya no podrá ser ejercitada, por estar extinguida la hipoteca, en el caso contemplado, no se sabe a cual de dichos plazos se refiere la cláusula tercera, por lo que debe aclararse, toda vez que por una parte se dice que la duración de esta hipoteca se establece por los mismos plazos fijados en el contrato de préstamo/crédito avalado (72 meses), lo que significa que se establece un plazo de 72 meses de duración del derecho real de hipoteca –plazo de caducidad– y por otra parte se determina que los efectos de la hipoteca terminarán una vez hayan sido canceladas la obligaciones construidas (sic) con la entidad financiera –como consecuencia del préstamo/crédito concedido– y con Iberaval, S.G.R. como consecuencia del aval prestado, lo que parece significar que en tanto no estén canceladas tales obligaciones, la acción hipotecaria –lógicamente siempre que no haya prescrito– podrá ser ejercitada». Este defecto ha de ser confirmado.

En efecto, es cierto que, como ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 21 de diciembre de 2007 y 8 de junio de 2011), en nuestro Ordenamiento el propietario puede disponer de sus bienes, y, por ende, constituir gravámenes sobre ellos, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (artículo 348 del Código Civil). No sólo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto (cfr. artículos 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria) sujetarlos a condición, término o modo. Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia «erga omnes» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, y 4 de marzo de 1993). Estos límites alcanzan especial significación en relación con la hipoteca, pues se imponen en defensa del deudor y en aras de la facilidad de tráfico jurídico inmobiliario, del crédito territorial y, en definitiva, del orden público económico.

Precisamente el principio de especialidad que impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (cfr. artículos 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario), es el que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado (cfr. artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1857 del Código Civil), exige, como regla general, la precisa determinación de la obligación a la que sirve. Y por ello el artículo 12 de la Ley Hipotecaria establece en su párrafo primero que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará –además de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, a que se refiere el párrafo segundo– «el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración». Por tanto, la duración de la obligación garantizada es uno de los elementos que integran el que se puede denominar como contenido natural de la inscripción de la garantía hipotecaria. Ahora bien, en materia de hipotecas, el principio de determinación de los derechos inscribibles se acoge con flexibilidad, a fin de facilitar el crédito, permitiéndose, en ciertos supuestos, la hipoteca sin la previa determinación registral de todos los elementos de la obligación. En este sentido, no se precisa, ciertamente, que la obligación por asegurar tenga ya, en el momento de la constitución de la hipoteca, existencia jurídica ni que ésta sea definitiva; puede constituirse también en garantía de una obligación futura o sujeta a condición (artículo 142 de la Ley Hipotecaria), aunque también en esta hipótesis será preciso identificar, al tiempo de su constitución, la relación jurídica básica de la que derive la obligación que se pretende asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento,

en su caso, y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria (cfr. Resolución de 8 de febrero de 2011). En tales hipótesis igualmente será necesario determinar el plazo máximo en que la obligación habrá de nacer o la condición habrá de cumplirse. Así mismo, en las hipótesis de las hipotecas flotantes reguladas por el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria (introducido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre), la indeterminación relativa de las obligaciones, presentes o futuras, garantizadas aparece compensada, en cuanto al plazo, por la exigencia de que en la escritura de constitución de la hipoteca se haga constar «el plazo de duración de la hipoteca».

Pero incluso en los supuestos ordinarios en que el plazo de la obligación garantizada esté perfectamente definido, nada se opone a que concurrentemente la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (vid. artículos 513.2, 529, 546.4 y 1.843.3 del Código Civil), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa. Lógicamente la accesoriedad del derecho real de la hipoteca respecto del crédito garantizado (1.875 del Código Civil y 134 de la Ley Hipotecaria), supondrá, en vía de principios, que en estas hipótesis de constitución de la hipoteca por un plazo determinado, el vencimiento de ésta sea posterior al de la obligación asegurada y que esta regla se traduzca en que el día inicial del plazo de la hipoteca sea el del vencimiento de la obligación garantizada. Si por hipótesis la fecha de vencimiento de la obligación garantizada fuera posterior a la fecha en que quedara extinguido el derecho real de garantía por haber expirado su plazo de vigencia, lo único que ocurrirá es que la hipoteca no llegaría respecto a tales créditos a cumplir ordinariamente con plenitud (salvo vencimiento anticipado de la obligación) su específica finalidad de garantía, pero de ahí no se sigue que por la posibilidad de tal hipótesis y para evitar ese resultado, deba ponerse en entredicho la categórica previsión negocial sobre la duración y momento extintivo de la garantía configurada. Admitida tal hipótesis negocial, «a fortiori» tampoco cabrá rechazar aquella otra en que las respectivas fechas de vencimiento de la obligación y de la garantía coincidan.

No obstante lo anterior, no siempre es fácil decidir si en el caso concreto, el plazo señalado es efectivamente de duración de la hipoteca misma con el alcance anteriormente señalado, o si se trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca, en cuyo caso, una vez nacida la obligación en dicho plazo, la acción hipotecaria podrá ejercitarse mientras no haya prescrito, aún cuando ya hubiere vencido aquél (vid. Resoluciones de 17 de octubre de 1994, 22 de junio de 1995 y 29 de septiembre de 2009). En el presente caso a tal dificultad se añade el hecho de la confusión, cuando no abierta contradicción, que se observa en la redacción de la cláusula de la escritura calificada (estipulación tercera), conforme a la cual «La duración de esta hipoteca se establece por los mismos plazos fijados en el contrato de préstamo/crédito avalado y reseñado en la exposición de esta escritura» (contrato en el que se fija un plazo de amortización de setenta y dos cuotas mensuales), añadiendo a continuación en clara descoordinación con los términos anteriores que «terminando sus efectos una vez hayan sido canceladas las obligaciones contraídas con la entidad financiera –como consecuencia del préstamo/crédito concedido– y con Iberaval, S.G.R. como consecuencia del aval prestado». La primera parte de la estipulación parece fijar un plazo de duración o vigencia del derecho real de hipoteca, plazo de caducidad convencional, transcurrido el cual se extinguiría la garantía, en tanto que la segunda parte de dicha estipulación extiende los efectos de la garantía real hasta la completa satisfacción de las obligaciones garantizadas (incluso de las no garantizadas, pues la obligación asegurada es la que surge por razón de la eventual reclamación del reembolso de las cantidades pagadas por razón de la fianza, y no por el incumplimiento de las derivadas del préstamo, que pueden o no ser reclamadas por la entidad financiera

a la sociedad avalista). A la vista de tal confusión hay que concluir que los términos en que está redactada la transcrita cláusula no satisfacen las exigencias de claridad que debe presidir la redacción de los asientos del Registro de la Propiedad impuestas por el principio de especialidad hipotecaria. Sólo si los datos que deben constar en el asiento registral respectivo constan de modo indubitado en el título presentado podrá practicarse aquél. Como reiteradamente ha afirmado este Centro Directivo (vide, por todas, las Resoluciones de 19 de julio de 2006 y 15 de junio de 2010), la claridad en la redacción de los títulos presentados a inscripción es un presupuesto de su fiel reflejo registral lo cual, a su vez, es presupuesto de los fuertes efectos jurídicos derivados de la inscripción. En consecuencia, el recurso no puede ser estimado en este extremo.

4. En cuanto al segundo defecto señalado en la calificación recurrida, entiende la registradora que hipotecándose por los cónyuges don L. F. C. y doña M. L. S. C. la vivienda, en la cual además tienen su domicilio, constituye un obstáculo para la inscripción el hecho de que no consta en la escritura el carácter habitual o no que pretende atribuirse a la finca que se hipoteca, exigencia que deriva del artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, conforme al cual «En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter habitual o no, que pretenda atribuirse a la finca que se hipoteque». Razona al respecto la registradora que aunque el precepto se refiere a escrituras de préstamo hipotecario, una interpretación acorde con la finalidad pretendida por el precepto, teniendo en cuenta además lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil, lleva a exigir que esta manifestación sea precisa siempre que se hipoteque una vivienda por una persona física, ya sea deudor o hipotecante no deudor, dada la trascendencia de dicha manifestación a efectos de la ejecución hipotecaria.

El recurrente opone a dicha calificación dos motivos por los que estima debe ser revocada. El primero de carácter formal consiste en la afirmación de la insuficiencia de la motivación invocada como fundamento de la misma. Esta alegación no puede estimarse. De un análisis de la nota de calificación se comprueba que ha quedado claramente señalado el defecto de que, a juicio de la registradora, adolece la escritura, los fundamentos en los que se apoya para esa calificación –que podrán o no ser acertados– y las circunstancias que con arreglo a esos defectos y fundamentos impiden la inscripción. Además señala la registradora los medios que, a su juicio, se pueden emplear para la subsanación del defecto señalado. En consecuencia, existe una motivación suficiente y se ha de desestimar este punto del recurso.

5. El segundo motivo de impugnación en cuanto a este defecto se basa en la literalidad del artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria que predica su exigencia expresamente respecto de las operaciones de préstamos hipotecarios. Procede, pues, realizar una exégesis de dicho precepto a fin de determinar el sentido y alcance preciso en que deber ser entendido y aplicado, y en particular fijar su ámbito tanto subjetivo como objetivo. En el primer aspecto las dudas se han centrado en si el precepto se aplica no sólo a los casos en que el titular de la vivienda hipotecada sea una persona física, sino también en aquellos otros en que lo sea una persona jurídica. Esta duda ha sido resuelta en un sentido negativo en la reciente Resolución de este Centro Directivo de 17 de diciembre de 2013 (2.^a). En cuanto al ámbito objetivo de la norma, las vacilaciones se han centrado en torno a la delimitación de la naturaleza de las obligaciones garantizadas, visto que el precepto habla de «préstamo hipotecario», cuestión que es precisamente la que se debate en el presente expediente. Desentrañar esta cuestión obliga a realizar un análisis hermenéutico completo de la norma, no sólo de carácter literal, sino también teleológico y sistemático, conforme a su espíritu y finalidad (cfr. artículo 3 del Código Civil).

Pues bien, la Ley 1/2013 tiene por objeto dar respuesta a una situación económica singular de la que se han derivado consecuencias patrimoniales adversas para los ciudadanos que han desembocado o pueden desembocar en la pérdida de su vivienda habitual. Esta desgraciada situación, que recoge la Exposición de Motivos desde sus primeras palabras, se combate en el articulado mediante dos tipos de medidas: por un

lado, medidas de carácter temporal absolutamente excepcionales y que vienen recogidas en el primer capítulo relativo a la suspensión de lanzamientos por un plazo de dos años de aquellos desahucios en curso y que afecten a familias en situación de especial riesgo de exclusión. La medida se aplica solamente a las personas o familias que acrediten su situación y exclusivamente cuando la ejecución de la que resulte el lanzamiento venga derivada del préstamo por el que se adquirió la vivienda habitual, pues como resulta de la Exposición de Motivos se trata de dar solución a los deudores que como consecuencia de la alteración de su situación económica no han podido atender a los pagos derivados del préstamo de adquisición. Así resulta de lo establecido en el artículo 1.3.d y en el artículo 2.c.2.º de la propia Ley 1/2013, que de este modo complementa la regulación establecida en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo que, como aquella, tiene la finalidad concreta y determinada de ofrecer soluciones legales a quienes se encuentran en una situación igualmente concreta.

Junto a estas medidas paliativas de situaciones de presente, la Ley introduce una serie de modificaciones de futuro que se recogen en los capítulos II y III y que tienen por objeto la mejora del mercado hipotecario y de los procedimientos de ejecución hipotecaria. El capítulo segundo reforma la Ley Hipotecaria en tres de sus artículos, en concreto el artículo 21, el artículo 114 y el artículo 129. El artículo 21 de la Ley Hipotecaria dice ahora en su nuevo párrafo final lo siguiente: «En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución». De esta exigencia –reiterada en relación al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria en el artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria–, se hacen depender en la nueva regulación consecuencias de distinta índole, que van desde la eventual suspensión de lanzamientos en los términos del artículo 1 de la Ley 1/2013, ya citada, hasta la limitación en la exigibilidad de intereses de demora conforme a lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, pasando por la fijación de un especial valor de adjudicación del bien hipotecado a favor del acreedor en el caso de subasta sin ningún postor de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o las especialidades previstas para la ejecución en caso de que el remate fuese insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante según lo dispuesto en el artículo 579.2 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

6. Como señala expresamente el preámbulo de la Ley 1/2013 la nueva normativa de protección a los deudores hipotecarios contenida en ella responde a «la atención a las circunstancias excepcionales que atraviesa nuestro país, motivadas por la crisis económica y financiera, en las que numerosas personas que contrataron un préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual se encuentran en dificultades para hacer frente a sus obligaciones, que exige la adopción de medidas que, en diferentes formas, contribuyan a aliviar la situación de los deudores hipotecarios».

El especial régimen establecido cuando la finca hipotecada constituye la vivienda habitual, tiene como precedente el párrafo segundo del número tres del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ya desde su entrada en vigor el 8 de enero de 2001 permitió al deudor, si el bien hipotecado fuese la «vivienda familiar», liberar el bien mediante la consignación de las cantidades debidas aún sin consentimiento del acreedor. También fue un concepto utilizado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, al introducir la disposición adicional sexta a la Ley de Enjuiciamiento Civil, discriminando por vez primera el valor de adjudicación al acreedor en caso de subasta desierta por un determinado porcentaje del valor de tasación, distinto según se tratase o no de vivienda habitual.

De la misma forma la Ley 1/2013 establece una serie de medidas dirigidas a la protección del deudor hipotecario, que podemos sistematizar en dos grupos en función de que la finalidad del préstamo u obligación garantizada sea la de financiar o no la adquisición de la vivienda habitual. Así, en cuanto al primer grupo, además de las medidas temporales ya citadas sobre suspensión de lanzamientos por un plazo de dos años de aquellos desahucios en curso, se deben citar las siguientes: los intereses de demora no

podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero (cfr. artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por el artículo 3.2 de la Ley 1/2013 de 15 de mayo); no cabe pacto de anatocismo en los intereses es decir, que los intereses se acumulen al capital para devengar nuevos intereses de demora, con la excepción de que sí se pueden pactar en el supuesto de insuficiencia del precio de remate para pagar el crédito del acreedor conforme al 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por el artículo 3.2 de la Ley 1/2013 de 15 de mayo); el plazo de amortización de la hipoteca no puede ser superior a treinta años, cuando está destinado a financiar la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda habitual (artículo 5.2 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, modificado por el artículo 4.6 de la Ley 1/2013 de 15 de mayo); el importe del principal no puede exceder si el bien hipotecado está destinado a financiar la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda habitual del 80 por ciento de dicho valor de tasación (artículo 5.2 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, modificado por el artículo 4.6 de la Ley 1/2013 de 15 de mayo).

En cuanto al segundo grupo de normas protectoras de la vivienda habitual, con independencia de que la obligación garantizada esté o no destinada a su adquisición hay que citar las siguientes: no cabe en las subastas sin ningún postor la adjudicación al acreedor, si se tratara de vivienda habitual del deudor, por valor inferior al 70 por ciento del valor de tasación a efectos de subasta o si la cantidad debida por todos los conceptos es inferior a dicho porcentaje, por el 60 por ciento (artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la nueva redacción dada por el artículo 7.10); en caso de vencimiento anticipado de la totalidad de lo adeudado por falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales, si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá pedir, aún sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviese vencida en la fecha de la presentación de la demanda (artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado por el artículo 7.13 de la Ley 1/2013 de 14 de mayo); para poder inscribir préstamos hipotecarios a personas físicas sobre vivienda o solares con cláusulas que establezcan un límite mínimo a la variabilidad de los tipos de interés, del tipo de cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; o en que se contrate al mismo tiempo un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés o que se conceda en divisas debe constar expresión manuscrita en la escritura por la que el prestatario reconozca que se le ha advertido los riesgos derivados del contrato (artículo 6 Ley 1/2013, de 14 de mayo).

Por tanto, la Ley 1/2013 despliega un sistema de protección de los deudores hipotecarios de carácter gradual, estableciendo distintos grados de protección a través de diversas medidas (de diferente intensidad) para diferentes supuestos: a) En un primer nivel de protección, la norma protectora es de carácter universal (con independencia de que la finca gravada sea o no una vivienda): por ejemplo, en la nueva regulación del vencimiento anticipado por impago de tres mensualidades del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o en el caso de la imposición del límite mínimo del 75% de la tasación para el tipo de subasta (artículo 682.2.1.º de la misma Ley); b) En un segundo nivel de protección, la norma se aplica sólo si la finca hipotecada es la vivienda habitual (con independencia de la finalidad del préstamo). Por ejemplo, los supuestos de los artículos 21.3 de la Ley Hipotecaria, y 575 y 671 de la ley procesal civil. c) Finalmente, en un tercer nivel de protección, la norma exige no sólo que la finca hipotecada sea la vivienda habitual del deudor, sino que además el préstamo o crédito garantizado debe tener como destino o finalidad financiar la adquisición de la misma vivienda habitual hipotecada. Este es el caso del artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria (límite de los intereses de demora), y de los demás citados anteriormente. Por tanto, en el caso de estos dos últimos grupos de medidas tuitivas, especialmente en el caso de las centradas en la ejecución procesal de la hipoteca, resulta esencial para su efectividad que el presupuesto previo de su aplicación (el carácter de vivienda habitual) pueda ser apreciado en dicho ámbito directamente, sin necesidad de abrir una fase probatoria extraña a este procedimiento caracterizado por su sumariedad (vid. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18

diciembre), a través de la prueba presuntiva de su constancia en el Registro de la Propiedad, y ello no sólo cuando se trate de supuestos en que se financió su adquisición mediante el préstamo garantizado, sino también cuando la obligación garantizada fue ajena a tal finalidad. En este sentido se puede considerar que el nuevo apartado 3 del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, introducido por la Ley 1/2013, tiene por finalidad establecer una presunción legal destinada a dispensar de toda otra prueba sobre el carácter habitual de la vivienda a los efectos de permitir aplicar en el ámbito de la ejecución hipotecaria las medidas protectoras del deudor hipotecario introducidas en la nueva ley, sin necesidad de adicionar trámite alguno al procedimiento. Lo esencial de tales medidas tuitivas en dicho ámbito viene definido por el objeto sobre el que se proyectan, la vivienda habitual del deudor, y no tanto por la naturaleza y modalidad del contrato fuente de las obligaciones garantizadas, cuyo eventual incumplimiento desencadena la ejecución, de cuyas consecuencias para el ejecutado constituyen paliativo tales medidas.

7. Estas conclusiones quedan confirmadas si se tienen en cuenta, además, las siguientes consideraciones:

a) que la ubicación sistemática de la norma en el apartado 3 del artículo 21 de la Ley Hipotecaria, precepto dedicado de forma genérica a determinar el contenido esencial de los documentos relativos a actos y contratos que deban inscribirse en el Registro de la Propiedad, y no en el artículo 12 de la misma Ley destinado a precisar en particular las circunstancias específicas de la inscripción del derecho real de hipoteca, obligan a interpretar la expresión «préstamo hipotecario» en un sentido amplio como equivalente «gravamen hipotecario» (en el sentido que a esta expresión dio la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2007: «el crédito hipotecario constituye una carga o gravamen del inmueble o derecho real de igual naturaleza que la hipoteca»), pues, como ha señalado la reciente Resolución de este Centro Directivo de 26 de noviembre de 2013 (2.^a), la constancia de esta circunstancia (carácter habitual de la vivienda) en la inscripción, que desde ese momento está protegida por la legitimación registral, determinará de futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda. Así ocurrirá en el supuesto de disposición de derechos sobre la vivienda (vid. artículo 91 del Reglamento Hipotecario en relación con las Resoluciones de 27 de junio de 1994, 25 de abril de 2005 y 28 de septiembre de 2010), en caso de liquidación del régimen económico matrimonial (artículo 90 del Código Civil en relación con la Resolución de este Centro Directivo de 7 de julio de 2012), o en caso de embargo y ejecución subsiguiente pues la Ley 1/2013 introduce importantes novedades al respecto, como se ha señalado (vid. el artículo 7.4 por el que se añade el apartado 1 bis al artículo 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 7.5 de reforma del artículo 579, el artículo 7.10 de reforma del artículo 671 y el artículo 7.13 de reforma del 693 de la Ley de procedimiento);

b) que el artículo 129.2.b) de la Ley Hipotecaria, redactado por la misma Ley 1/2013, reitera de forma casi literal la norma contenida en el artículo 21.3 objeto de análisis, con la diferencia, relevante a los efectos que ahora interesan, de que se omite toda referencia a la figura del «préstamo hipotecario», al disponer que «La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque»;

c) reafirma este criterio el párrafo segundo del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de los deudores hipotecarios sin recursos, modificado por la Ley 1/2013, que extiende su ámbito de aplicación a los hipotecantes no deudores («avalistas hipotecarios» dice la norma) respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario, al establecer que «Las medidas previstas en este Real Decreto-ley se aplicarán igualmente a los avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario», siendo así que

en estos casos la norma no se restringe a los préstamos hipotecarios (además de que en tales supuestos la hipoteca no garantiza directamente ningún préstamo hipotecario, sino sólo de forma subsidiario a través de la carga que surge de la fianza real en que consiste la hipoteca en garantía de deuda ajena);

d) finalmente hay que tener en cuenta que la constancia registral del carácter habitual o no de la vivienda, dadas las reseñadas especialidades del procedimiento de ejecución hipotecaria en el primer caso, resulta necesaria y congruente con la previsión legal del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo: vid. en este sentido la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 diciembre (confirmada por las de 17 de mayo de 1985 y 30 de junio de 1993, entre otras), afirmando en cuanto a las garantías registrales del procedimiento que «...7. La hipoteca voluntaria... se inscribe en el Registro, con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurren los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título». Estas garantías registrales, en relación con las medidas de protección señaladas, exigen para su eficacia la previa constancia del carácter de la vivienda en el Registro.

8. Todo lo dicho conduce a considerar que, conforme al sentido teleológico de la norma, no podrá inscribirse ninguna hipoteca constituida por persona física que grave una vivienda sin que se realice una manifestación expresa acerca del carácter o no de vivienda habitual de la finca gravada que exige el artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria, ya lo sea del deudor o, en su caso, del hipotecante no deudor, puesto que en ambos supuestos puede tener transcendencia dicha manifestación, y dado que dicho requisito no se vincula únicamente a la circunstancia de que el préstamo tenga como destino la adquisición de la vivienda habitual, sino que está destinado a la protección de la misma en caso de ejecución hipotecaria, protección que se manifiesta, entre otros efectos, en la posibilidad de suspensión de los lanzamientos prevista en el artículo 1 de la Ley 1/2013, en la determinación de los valores de adjudicación del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o en las limitaciones de la responsabilidad remanente del deudor después de la adjudicación conforme a lo previsto en el artículo 579 de la misma Ley, etc.

En definitiva es la situación de la persona o personas naturales propietarios o titulares de un derecho que implique uso de una vivienda habitual, y que pueden perder a causa de un procedimiento hipotecario, la que se trata de paliar en la ley con los mecanismos señalados. Lo que conduce a la desestimación del recurso en este extremo.

9. Por lo que se refiere al tercero de los defectos señalados en la nota de calificación, el recurso ha de ser igualmente desestimado. En efecto, como señaló este Centro Directivo en sus Resoluciones de 17 de enero de 1994 y de 11 de enero de 1995, en materia de hipoteca el principio de determinación de los derechos inscribibles se ha de acoger, en cuanto a los datos relativos a la obligación garantizada, con cierta flexibilidad a fin de facilitar el crédito, si bien no hasta el punto de admitir la constitución de hipoteca en garantía de una masa indiferenciada de obligaciones ya existentes ni tampoco garantizar con hipoteca las obligaciones totalmente futuras.

Ahora bien, como ya aclaró este Centro Directivo en la Resolución antes citada de 17 de enero de 1994, y han confirmado las más recientes de 2 y 3 de enero de 2013, sí resulta admisible la inscripción de aquellas hipotecas que se constituyen en aseguramiento de un crédito que, si bien por el momento es inexistente, ha de provenir necesariamente de una

relación jurídica ya existente entre las partes al tiempo de la constitución de la hipoteca. Y esto es lo que ocurre en el caso planteado en el presente expediente en que las obligaciones futuras que se quieren garantizar no son las que puedan derivar como vicisitud eventual de una relación jurídica todavía inexistente, que sólo surgiría en un futuro como constituidas «ex novo» por libre decisión individualizada acreedor y deudor, sino las que se puedan derivar del desenvolvimiento propio de la fianza que fue ya formalizada (en la póliza reseñada en la escritura calificada) por el beneficiario de la hipoteca ahora discutida, en funciones de contragarantía, a favor de la sociedad prestataria. De forma que en caso de ejecución de dicha fianza, por incumplimiento de la sociedad avalada, surgirá a favor del fiador que pague el derecho a reclamar de dicha sociedad el reembolso de lo pagado, siendo esta obligación futura a cargo de la sociedad avalada y a favor del fiador (sociedad de garantía recíproca) la ahora garantizada mediante hipoteca, constituida, a su vez, en garantía de deuda ajena (cfr. artículo 1838 del Código Civil).

A estos efectos, es procedente recordar que cabe la «fianza en garantía de deudas futuras» conforme al artículo 1825 del Código Civil, al establecer que «puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida». La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002, con cita de la de 23 de febrero de 2000, admite que estos afianzamientos han sido reconocidos «tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, como aquellos afianzamientos que se contraen para asegurar el cumplimiento de obligaciones no nacidas en el momento de constituirse el contrato de fianza, pero sí son previsibles o determinables en el momento de constituirse el contrato, haciendo innecesario a raíz del nacimiento de la deuda, un nuevo contrato de fianza, concretándose esa determinación en que estén fijadas las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan y el importe máximo de las mismas». La Sentencia de 30 de octubre de 2006 también recuerda que «la jurisprudencia ha exigido, además y de acuerdo con el propio artículo 1825 del Código Civil, que la obligación futura quede determinada en este acto o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre fiador y quien con él hubiere contratado».

Estando, en consecuencia, admitida en el Código Civil, la fianza en garantía de deudas futuras, es admisible que la propia obligación de fianza resultante de un contrato de afianzamiento, pueda ser objeto de hipoteca en garantía de obligación futura, conforme a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria. Y centrándonos en la hipoteca en garantía de obligación futura, dentro de ella cabe la que se constituye en garantía del fiador o avalista, pues se trata de la obligación futura de reembolsar al fiador lo que éste haya pagado en virtud del contrato de afianzamiento o aval.

10. Aclarado este extremo relativo a la naturaleza de la hipoteca constituida, procede ahora determinar si esa concreta obligación de reembolso entra o no dentro del ámbito de aplicación del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a cuyo apartado 1 «Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses», añadiendo en su apartado 2 que «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución», precepto que la registradora considera infringido en el presente caso por no subordinar dicha facultad de vencimiento anticipado al incumplimiento de la obligación garantizada por un plazo de tres meses, imputación que el recurrente rechaza bajo el argumento de que la obligación de reembolso no está sujeta

a plazo, por lo que no es aplicable el citado precepto a este supuesto. La resolución de esta cuestión requiere precisar el concreto alcance de la citada obligación de reembolso.

En la doctrina española clásica ha sido común configurar la posición jurídica del fiador como la de un deudor subsidiario de la obligación del deudor principal, de forma que existiría una única relación obligatoria con dos deudores, el principal y subsidiario o fiador. Modernamente, sin embargo, esta tesis ha hecho crisis a favor de la que afirma la existencia de dos relaciones obligatorias, la existente entre el acreedor y el deudor, por un lado, y la que media entre fiador y acreedor, por otro, lo que da lugar a la distinción entre la obligación garantizada y la obligación de garantía, respectivamente. Pero se trata de obligaciones íntimamente relacionadas entre sí al punto de que, como ha señalado la doctrina, la relación obligatoria existente entre acreedor y fiador se define en su contenido por remisión respecto de la obligación garantizada, de forma que aquélla es accesoria y subsidiaria respecto de ésta. En este sentido la fianza queda comprendida en el grupo de las obligaciones accesorias (cfr. artículo 1207 del Código Civil).

Esta accesoriedad implica que su existencia se subordina a la propia existencia de la obligación garantizada, y que las vicisitudes (cesión, extinción, etc.) de ésta afectan a aquélla. No sólo eso, además el propio contenido de la obligación principal se proyecta, se mimetiza, sobre el objeto de la fianza, de forma que el fiador queda obligado a ejecutar, con el carácter subsidiario apuntado, en provecho del acreedor una prestación idéntica a aquella a que está obligado el deudor principal (sin perjuicio de la posibilidad de pactar límites cuantitativos o términos o condiciones a la obligación del fiador, cfr. artículo 1826 del Código Civil). En este sentido, por ejemplo, como ha destacado la doctrina más autorizada, no se puede afirmar con rigor que la fianza de una obligación condicional es una obligación de carácter puro, pues la obligación principal proyecta en la obligación de garantía la situación de pendencia que es propia de la condición suspensiva. Del mismo modo ocurre con el término de la obligación principal, de forma que si la obligación era a plazo y el fiador pagó antes de su vencimiento, no puede exigir el reembolso del deudor hasta que el plazo venza (cfr. artículo 1841 del Código Civil).

Todo lo cual, a su vez, condiciona la relación jurídica existente entre el deudor y el fiador a través de la obligación de indemnización o reembolso del primero respecto del segundo, cuando el fiador haya pagado al acreedor lo debido por el deudor. En concreto, nuestro Código Civil contempla dos posibles acciones o derechos a favor del fiador que paga. Por un lado, el artículo 1838 dispone que «el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste», para lo que aquél cuenta con la denominada acción de reembolso (obligación que en este caso se reafirma en el propio contrato de afianzamiento); y, por otro lado, el artículo 1839 establece que «el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor». Al margen de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales sobre si se trata de una única acción, o si son dos distintas, acumuladas o alternativas (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1988), en cualquier caso, y por lo que ahora interesa, lo cierto es que la indemnización que el deudor debe satisfacer al fiador comprende (al margen de otros conceptos, como intereses, gastos o perjuicios) lo efectivamente pagado por éste, con independencia de que su monto coincida o no con el total de deuda pendiente del deudor, pues parte de la deuda puede no ser exigible (si la deuda era a plazo y el fiador pagó antes de su vencimiento, no podrá exigir el reembolso del deudor hasta que el plazo venza ex artículo 1841 del Código Civil), o puede haberse pactado un límite cuantitativo a la obligación del fiador en el propio contrato de fianza (cfr. artículo 1826 del Código Civil).

Por ello la obligación de reembolso que se asegura con la hipoteca de contragarantía será exigible a medida en que se produzca el pago indemnizable por el fiador, pago que, por razón de la aludida accesoriedad y subsidiariedad, no procede en tanto no sea exigible la propia obligación del deudor principal, obligación que en el caso de los préstamos de amortización, como el documentado en la escritura calificada, responde a un sistema de amortización mediante cuotas sucesivas de vencimientos temporales (mensuales en este caso). Por ello, la obligación garantizada por la hipoteca constituida en la escritura calificada entra dentro del supuesto de hecho a que se refiere el artículo

693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su apartado primero aclara que «Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses». En consecuencia, no cabe ejercitar la acción de ejecución directa sobre los bienes hipotecados sin que el incumplimiento de la obligación de reembolso del deudor afianzado corresponda a un plazo equivalente, al menos, a tres meses, por lo que procede confirmar igualmente este defecto.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota de calificación recurrida en los términos que resultan de los anteriores fundamentos.

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

Madrid, 19 de diciembre de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.