

### 1.3. Derechos reales

## Algunos problemas y cuestiones prácticas planteadas tras las reformas legales sobre protección al deudor hipotecario: la interpretación y solución de la DGRN

### *Some problems and practical issues raised after the legal reform on mortgage debtor protection: the interpretation and settlement of DGRN*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Prof. Dra. de Derecho civil  
Universidad Antonio de Nebrija*

**RESUMEN:** Vamos a examinar las cuestiones prácticas más relevantes que se han planteado en la jurisprudencia registral, tras las últimas reformas legales realizadas, sobre la protección al deudor hipotecario. Básicamente, nos fijaremos en las modificaciones que la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformada por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas ha introducido en la constitución de la hipoteca. Trataremos de exponer los problemas o cuestiones controvertidas que han surgido en torno a las mismas en la práctica, buscando una solución, a la luz de la doctrina establecida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, y de la doctrina más relevante, en dos cuestiones novedosas para la constitución de la hipoteca: la necesidad de hacer constar el carácter de vivienda habitual, y la necesidad de hacer constar de forma manuscrita la manifestación de haber sido advertido de los riesgos derivados de los términos del préstamo hipotecario.

**ABSTRACT:** *This paper examines the most relevant practical issues that have arisen in the registration law, after the latter made legal reforms, protecting the mortgagor. Basically we will build on the amendments that Law 1/2013 protection mortgagor has introduced in the mortgage constitution, to expose some problems or controversial issues that have arisen in practice. It will try to give an answer to them, basing on the doctrine established by the Dirección General de los Registros y del Notariado.*

**PALABRAS CLAVE:** Deudor hipotecario. Registro. Hipoteca. Vivienda habitual. Manifestación manuscrita

**KEY WORDS:** *Mortgagor. Land register. Mortgage. Habitual residence. Hand-written declaration*

**SUMARIO:** I. LAS REFORMAS DE LA LEY 1/2013 DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO.—II. LA CONSTANCIA DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL EN LA ESCRITURA E INSCRIPCIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. 1. VIVIENDA HABITUAL: CONCEPTO Y RÉGIMEN ESPECIAL. 2. REQUISITOS DE LA CONSTANCIA DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL. a) Préstamo hipotecario. Ámbito objetivo. b) Deudor persona física, ¿y las jurídicas? Ámbito subjetivo.—III. LA MANIFESTACIÓN MANUSCRITA DE LA ACEPTACIÓN DE LOS RIESGOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA

## **I. LAS REFORMAS DE LA LEY 1/2013 DE PROTECCIÓN AL DEUDOR HIPOTECARIO**

La Ley 1/2013, de 14 de mayo de protección de deudores hipotecarios, restructuración de deuda y alquiler social, ha supuesto un sinnúmero de novedades en distintas leyes y cuerpos legislativos, y que han modificado, en consecuencia, una forma de proceder común hasta la fecha.

En este trabajo no pretendemos analizar todas y cada una de esas reformas, sino, principalmente las previstas en el capítulo II de la Ley, y dentro de estas, solo aquellas que afectan a la inscripción y constitución de la hipoteca, y que de una forma u otra se han revelado como no claras, a juzgar por las preguntas y cuestiones planteadas por los agentes hipotecarios, plasmadas muchas de ellas en las correspondientes resoluciones de la DGRN, en este último año y medio.

En concreto, vamos a centrarnos en la necesidad de hacer constar el carácter de vivienda habitual en la inscripción de préstamo hipotecario, y en la necesidad de hacer constar la manifestación manuscrita de las condiciones y riesgos del préstamo hipotecario para confirmar la comprensión del conocimiento y consentimiento a las mismas.

Partamos, entonces, por poner de relieve las modificaciones que se van a someter a examen posterior:

### **1. Capítulo II sobre Medidas de mejora del mercado hipotecario, de la Ley 1/2013.**

Este capítulo II modifica la LH en los siguientes aspectos:

- a) Se modifica el artículo 21 LH, añadiendo un nuevo párrafo tercero, de forma que, a partir de ahora, debe recogerse en la escritura e inscripción de hipoteca si el inmueble sobre el que recae la garantía es la vivienda habitual o no del deudor persona física<sup>1</sup>.
- b) Al artículo 114 LH se le añade un nuevo párrafo en el que se hace constar que los intereses moratorios garantizados con hipoteca no podrán superar 3 veces el interés legal del dinero cuando se trate de la vivienda habitual del deudor<sup>2</sup>.
- c) Modificación del artículo 129 LH: modificando todo lo relativo a la ejecución extrajudicial hipotecaria.
- d) En el artículo 6 de esta Ley se introduce una novedad relativa a la necesidad de que los deudores hipotecarios firmen de forma manuscrita los préstamos hipotecarios que contratan, manifestando que han sido advertidos de los posibles riesgos que entrañan<sup>3</sup>.

Nos centraremos en este estudio únicamente en aquellas cuestiones novedosas que afectan a la constitución de la hipoteca: en concreto, la necesidad de hacer constar en la escritura e inscripción el carácter de vivienda habitual del inmueble hipotecado, así como la última, en la que se hace necesario igualmente la aceptación manuscrita del deudor en el préstamo hipotecario

Hemos elegido estas cuestiones porque han generado variadas resoluciones de la DGRN por lo que podemos entender que su aplicación ha ocasionado dudas que han tenido que ser resueltas por el Centro Directivo, y que por tanto, conviene considerar, aclarar y resumir.

## II. LA CONSTANCIA DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL EN LA ESCRITURA E INSCRIPCIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Como ya hemos dicho, se reforma el artículo 21 LH para añadir un nuevo párrafo tercero, en el que se establece la obligatoriedad de hacer constar en la escritura de préstamo hipotecario si el inmueble que se ofrece en garantía es la vivienda habitual del deudor persona física.

Con esta medida, si se hace constar tal extremo, y solo en los casos que describe, se protege al deudor hipotecario persona física, puesto que el carácter de «vivienda habitual» lleva aparejado una serie de ventajas conducentes a tratar de evitar que pierda la vivienda el deudor, o facilitarle el pago de la deuda pendiente. Es lógico que se trate de favorecer al deudor hipotecario que ve en riesgo la pérdida de su casa, donde vive y desarrolla su vida familiar, y se trate de evitar o aminorar las consecuencias de una ejecución hipotecaria sobre la misma, pues esto significaría su lanzamiento de la vivienda, y la pérdida del ámbito donde desarrollar sus funciones familiares y personales.

Esas ventajas derivadas del carácter de vivienda habitual de un inmueble son varias, y en principio parece que deberían interpretarse de forma restringida y solo aplicarse al supuesto concreto descrito por el 21.3 LH: vivienda habitual, en garantía de un préstamo hipotecario, y de una persona física. Esto ha originado varias dudas en la práctica que conviene poner de relieve para tratar de dar una respuesta uniforme que sirva a la hora de calificar.

Pero, antes de nada, nos paramos un momento a reflexionar sobre qué es la vivienda habitual.

### 1. VIVIENDA HABITUAL: CONCEPTO Y RÉGIMEN ESPECIAL

La vivienda habitual es el lugar en el que se satisface el interés básico del alojamiento de una persona, el inmueble en el que se reside con continuidad y permanencia, en el que una persona tiene normalmente su lugar de residencia, y en el que ejercita y desarrolla su convivencia y funciones y relaciones personales.

La vivienda habitual puede coincidir con la vivienda familiar cuando sirva para el alojamiento de una familia, y no solo de una persona, siendo entonces considerada como el lugar donde se desarrolla la vida familiar, el lugar de residencia habitual de los miembros de la unidad familiar en la que se ejercen las funciones y derechos y deberes propios e inherentes a la familia<sup>4</sup>. Esta vivienda familiar es el lugar clave y necesario para el mantenimiento familiar y de la prole, donde todos los integrantes de la unidad familiar, y sobre todo los menores, deben alcanzar su plenitud como personas. Se convierte así, en el marco indispensable para el correcto desenvolvimiento de la familia.

Además, la vivienda habitual suele tener un elevado valor económico, lo que la convierte en el bien patrimonial, probablemente más importante de la persona física, lo que hace que junto con las funciones propias de alojamiento que se acaban de mencionar, sea necesario proteger de alguna forma dicho inmueble<sup>5</sup>.

De este modo, cuando un inmueble es vivienda habitual se ve sometido a un régimen distinto al de otros inmuebles que no gocen de tal carácter, que se manifiesta en los siguientes aspectos:

- a) El artículo 593 LEC establece una peculiaridad con respecto al embargo de la vivienda habitual, y por tanto, también la familiar, ya que se permite que en el plazo de 5 días las partes afectadas por el embargo de dicha vivienda puedan manifestar su conformidad en que no se practique el embargo sobre ella, debiendo el juez abstenerse de acordar dicho embargo. Además y cuando la vivienda familiar embargada pertenezca en exclusiva a alguno de los cónyuges, y del Registro resulte el carácter de vivienda habitual del bien embargado, el Registrador suspenderá la práctica del asiento hasta que no se le acredite que no se trata de la vivienda familiar o que se ha producido la notificación del embargo al cónyuge no titular, conforme al artículo 144.5 RH (RRDGRN de 13 de junio de 1998, 25 de febrero de 2000, 29 de febrero de 2000 y 9 de marzo de 2000).
- b) El RD-Ley 8/2011 de 7 de julio de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios establece en su artículo 1 que, ejecutada la vivienda habitual conforme al artículo 129 LH, y cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por ciento y además en otro 30 por ciento del salario mínimo interprofesional. Suponiendo, por tanto, un régimen diferenciado entre la vivienda habitual que, en este caso, es equivalente a la familiar, pues se ligan ambos conceptos claramente, y la que no lo es.
- c) También, en el RD 6/2012 de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, se establecen medidas especiales en relación con la vivienda habitual. De este modo, en el artículo 12 del RD, se reforma el proceso de ejecución extrajudicial de bienes hipotecados del 129 LH cuando estos sean la vivienda habitual del deudor, equiparando el procedimiento al de ejecución judicial, y solo para ese tipo de vivienda. Y en el anexo del RD que recoge el Código de Buenas Prácticas al que pueden adherirse las entidades financieras, se permite la dación en pago solo cuando esta sea la vivienda habitual del deudor, y se encuentre en situación de umbral de exclusión y cumpla el resto de requisitos descritos en el RD.
- d) Por último la Ley 1/2013 modifica el procedimiento de ejecución de la vivienda habitual, recogido en la LEC, de forma que si la vivienda que se ejecuta es vivienda habitual, y el remate no cubre la deuda, no se suspende la ejecución, pero el deudor podrá liberarse si paga el 65% del remanente en 5 años, o si paga el 80% del mismo en un plazo de 10 años (art. 579 LEC). Igualmente, si es vivienda habitual y no hay postores en la subasta, el acreedor se adjudica el inmueble por el 70% de su valor, en vez del 50% si no lo es (art. 671 LEC). De igual forma, las costas exigibles al deudor ejecutado, cuando se trate de la vivienda habitual no podrá superar el 5% de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva (art. 575.1 bis LEC). Asimismo, si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor

- podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el propio artículo 693 LEC.
- e) La propia Ley 1/2013 también modifica la LH, en concreto el artículo 114, en el que limita el tipo de interés de demora pactado, en caso de ser vivienda habitual, a un máximo de 3 veces el interés legal del dinero, siendo considerado como abusivo un interés superior, y no pudiendo capitalizarse los mismos.
  - f) Todo ello sin olvidarnos de que la vivienda habitual, como ya hemos dicho, es muchas veces familiar, cuando conviven en ella una familia, estableciéndose entonces sobre ella una serie de limitaciones en su disposición, tanto constante matrimonio, como también después de la disolución del mismo, como recoge el CC en los artículos 1320 y 96, entre otros, con relación a los artículos 91 RH<sup>6</sup>.

Este especial régimen de la vivienda habitual queda corroborado por la RDGRN de 26 de noviembre de 2013 que recoge el alcance, efectos y consecuencias jurídicas de la constancia del carácter de vivienda habitual en la escritura de préstamo hipotecario, aclarando a qué aspectos esenciales afecta tal carácter y que son básicamente los que se acaban de exponer:

En este sentido, esta resolución afirma lo siguiente: «Es trascendente esta circunstancia —la constancia de la vivienda habitual— porque la inscripción de tal carácter, 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.* art. 91 del Reglamento Hipotecario en relación a 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 (art. 90 del Código Civil en relación a 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 (*Vid.* el art. 7. Cuatro por el que se añade el apartado 1 bis al art. 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 7. Cinco de reforma del art. 579, el art. 7. Diez de reforma del art. 671 y el art. 7. Trece de reforma del 693 de la Ley de procedimiento)».

Todo ello lleva a justificar y considerar como muy favorable la modificación introducida en el artículo 21.3 LH, sobre la obligatoriedad de hacer constar ese carácter en la escritura de préstamo hipotecario y en la inscripción, pues solo conociendo tal carácter podrá aplicarse con seguridad su especial régimen.

## 2. REQUISITOS DE LA CONSTANCIA DEL CARÁCTER DE VIVIENDA HABITUAL

La necesidad e idoneidad de esta reforma esta clara, ¿Cómo y a qué y quién debe aplicarse?

Parece que la constancia del carácter de vivienda habitual solo es preciso:

- a) En las escrituras de préstamo hipotecario.
- b) En cuando el deudor persona física, ¿y las jurídicas?

### a) Préstamo hipotecario. *Ámbito objetivo*

La redacción del nuevo párrafo 3.º del artículo 21 LH dice que solo deberá hacerse constar el carácter de vivienda habitual en las escrituras de préstamo

hipotecario, para la adquisición de vivienda, limitando, de este modo, su aplicación únicamente a este tipo de negocio jurídico.

Nos planteamos, entonces, dos cuestiones: i) si solo se refiere a los préstamos destinados a la adquisición de la propia vivienda que se hipoteca, y ii) si también podría extenderse a los créditos hipotecarios, u otras obligaciones garantizadas con hipoteca, o solo a aquellos.

Hay que tener en cuenta que la finalidad de esta reforma es proteger al deudor hipotecario persona física, y las medidas especiales, como hemos dicho, son para evitar o disminuir los efectos que un impago puede producir respecto de su vivienda habitual, dejándole sin casa. Teniendo esto en cuenta, lo más frecuente es que el deudor persona física que hipoteca su casa, lo hace para garantizar el préstamo que se le ha concedido para su adquisición, y por eso, parece que esta es la obligación normal.

1. Y con respecto a la primera cuestión, parece que es razonable sostener que hay que hacer constar el carácter de vivienda habitual en los préstamos concedidos para la propia adquisición de esa vivienda habitual, pues solo esa obligación garantizada con esa concreta vivienda es la que va a gozar de un régimen especial, sobre todo por el tenor de la Ley.

Así se establece de forma clara, por ejemplo en el artículo 114 LH que ha sido modificado por la Ley 1/2013 donde, de forma expresa, se dice que la limitación de los intereses de demora solo se aplica a los préstamos para la adquisición de la vivienda habitual. Si este artículo lo dice expresamente, y va en perfecta sintonía con el resto de medidas adoptadas para «salvaguardar» la vivienda habitual, ha de entenderse que todas esas medidas se refieren al mismo supuesto: préstamo para adquisición de la vivienda habitual.

Solo si el préstamo es para la adquisición de esa especial vivienda es cuando goza de prerrogativas, tal y como se deduce de la propia Exposición de Motivos de la Ley, que deja claro la excepcionalidad de este tipo de vivienda, como confirma la RDGRN 26 de noviembre de 2013, al mantener los siguientes: «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.

QUINTO. Junto a estas medidas paliativas de situaciones de presente, la Ley introduce una serie de modificaciones de futuro que se recogen en los capí-

tulos II y III y que tienen por objeto la mejora del mercado hipotecario y de los procedimientos de ejecución hipotecaria...

La introducción de un párrafo final en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria se enmarca en este conjunto de medidas introduciendo una importantísima limitación en la cuantía y devengo de los intereses de demora, limitación que el precepto acota con precisión a los préstamos y créditos de adquisición de la propia vivienda habitual con garantía hipotecaria. Como tal limitación, no puede ser extrapolada a supuestos no contemplados en la norma ni ser objeto de una interpretación que desborde los términos en que está formulada (*Vid.* art. 4 del Código Civil y Resolución de 10 de diciembre de 2007).

La modificación añadida al artículo 114 de la Ley Hipotecaria extiende a todas las operaciones de financiación hipotecaria de adquisición de vivienda habitual la medida de limitación que el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, introdujo y que expresamente ciñó la limitación de devengo de los intereses moratorios exigibles a los contratos amparados en su ámbito; es decir a los préstamos o créditos hipotecarios de adquisición de vivienda siempre que el deudor se encuentre dentro del denominado umbral de exclusión (arts. 3.1 y 3.2.b del propio Real Decreto-ley). Ciertamente el contenido de la limitación no es el mismo en uno u otro caso pero sí lo es el hecho de que se concreta en la financiación de adquisición de la vivienda habitual del deudor hipotecario.

Es cierto que la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 afirma que: «Especialmente relevante es el hecho de que, para las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, se limitarán los intereses de demora que pueden exigir las entidades de crédito a tres veces el interés legal del dinero».

Es igualmente cierto que la disposición transitoria segunda de la propia Ley 1/2013 dice así: «La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior».

El hecho de que la Exposición de Motivos y la disposición transitoria se refieran genéricamente a las hipotecas en garantía de operaciones sobre vivienda habitual, sin especificar que se refieren a operaciones de adquisición, no puede enmendar el claro y determinante mandato contenido en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria que por su carácter concreto y específico debe prevalecer según las reglas de la recta interpretación».

Según lo que se acaba de exponer, queda claro que no puede, por tanto, extrapolarse o aplicarse las medidas a favor de la vivienda habitual a aquellos préstamos que no se destinaron a su propia adquisición.

Sin embargo, en la RDGRN 19 de diciembre de 2013, el Centro Directivo sostiene la postura contraria al entender que no es preciso que el préstamo garantizado con hipoteca que recae sobre la vivienda de una persona física, esté destinado a la adquisición de la misma, pues este dato no es el relevante; sino

que debe prevalecer la necesidad de proteger tal vivienda habitual de la persona física que puede perder su casa por la ejecución hipotecaria, sea deudor o no; luego, cabe y es necesario que se haga contar ese carácter de vivienda habitual siempre que sea de persona física, aunque el préstamo garantizado con la misma, no sea destinado a su propia adquisición.

Aclara en este sentido la Dirección General: «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.».

No es en absoluto descabellado este argumento de la Dirección General ya que atendiendo a la finalidad de la norma, y a una interpretación teleológica, y, añadido yo, lógica, si lo que se quiere es proteger a ese deudor que hipoteca su vivienda, su lugar de residencia, con el riesgo de perderla en ejecución hipotecaria, lo mismo se le debe proteger si la obligación garantizada con la hipoteca se destinaba a la adquisición de la misma, como si no.

2. Sin embargo, y cuestión distinta de si es preciso que el préstamo se destine a la adquisición de la vivienda habitual, es el hecho de la naturaleza de la obligación que se garantiza. Es decir, si esa obligación garantizada con la vivienda habitual debe ser solo un préstamo, o podría ser también un crédito.

Consideramos que nada impide que se pudiera extender a los créditos, pues el deudor persona física ha podido dar en garantía también su casa para asegurarlos, con los mismos riesgos de perderla que en el caso anterior, sin tener que considerar que solo es factible en aquellas operaciones que se hicieron a través de un préstamo.

Además, y como recoge MERINO ESCARTÍN<sup>7</sup>, a lo largo del cuerpo legislativo existe cierta indefinición o confusión en cuanto a la aplicación de determinados preceptos solo a los préstamos hipotecarios, o también a otros créditos garantizados con hipoteca. De este modo, el artículo 129 LH exige que conste el carácter de vivienda habitual para utilizar el procedimiento de ejecución extrajudicial, sin que se diferencie si se trata de préstamos o créditos, y aunque el artículo 114 LH sí que recoge expresamente ambos conceptos (créditos y préstamos hipotecarios), no creemos, al igual que MERINO ESCARTÍN, que sea motivo suficiente para tratar de eludir las ventajas de la vivienda habitual en los créditos hipotecarios, pues debe primar la aplicación analógica y finalística, pues la finalidad que se persigue es la misma con ambos tipos de obligaciones.

La DGRN se ha manifestado en este sentido en la resolución de 19 de diciembre de 2013, afirmando que lo importante de la constancia del carácter habitual de un inmueble es proteger a la persona física que hipoteca un inmueble que es su vivienda habitual, y no tanto la obligación concreta que se está garantizando.



El supuesto de hecho es el siguiente: se hipoteca por un matrimonio un inmueble de su propiedad en garantía de un contra aval. La entidad financiera otorga un préstamo a una sociedad mercantil. Dicho préstamo queda garantizado con un aval por una Sociedad de Garantía recíproca, Iberaval, cuyas obligaciones de reembolso se aseguran a su vez por varias personas físicas con la hipoteca que recae sobre el inmueble en cuestión en caso de incumplir la obligación por el prestatario. La registradora rechaza la inscripción por no constar en el inmueble el carácter de vivienda habitual siendo los hipotecantes personas físicas, pues entiende que si se hipoteca una vivienda por una persona física (deudora o no), debe cumplirse el requisito del nuevo 21.3 LH, haciéndose constar si es la vivienda habitual, por las importantes consecuencias que va a tener esta circunstancia en la posible ejecución.

La registradora considera que «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».

Resuelve el Centro Directivo afirmando que «debe realizarse una completa interpretación del artículo 21.3 LH: 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 solo de carácter literal, sino también teleológico y sistemático, conforme a su espíritu y finalidad (cfr. art. 3 del Código Civil)». A continuación, repite los argumentos sobre la finalidad de la Ley 1/2013 recogidos en su Exposición de Motivos, que ya estableció en la RDGRN de 26 de noviembre de 2013 que hemos expuesto antes, y subraya que «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». Y a continuación desgrana y enumera todas las medidas que se han adoptado para paliar la situación de la vivienda habitual del deudor hipotecario, concluyendo lo siguiente: «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 (art. 682.2.1.º de la misma Ley); b) En un segundo nivel de protección, la norma se aplica solo 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 solo 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 de diciembre [*RTC* 1981, 41]), a través de la prueba presuntiva de su constancia en el Registro de la Propiedad, y ello no solo 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».

A continuación, añade o subraya otros argumentos que le llevan a concluir en la necesidad de hacer constar el carácter de vivienda habitual en toda vivienda de personas físicas que se da en garantía, sea de un préstamo o de otra obligación, puesto que no es ese dato el relevante, sino la posibilidad de que esa vivienda de persona física deba protegerse y someterse a su régimen especial.

Los argumentos que da para ello, son los siguientes:

«a) 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 [*RJ* 2007, 8913]: «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.<sup>a</sup>), la constancia de esta circunstancia (carácter habitual de la vivienda) en la inscripción, que desde ese momento está protegida por la legitimación re-

gistrar, determinará de futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda. Así ocurrirá en el supuesto de disposición de derechos sobre la vivienda (*Vid.* art. 91 del Reglamento Hipotecario en relación con las Resoluciones de 27 de junio de 1994 [*RJ* 1994, 4921], 25 de abril de 2005 y 28 de septiembre de 2010 [*RJ* 2010, 5143]), en caso de liquidación del régimen económico matrimonial (art. 90 del Código Civil en relación con la Resolución de este Centro Directivo de 7 de julio de 2012 [*RJ* 2012, 8841]), o en caso de embargo y ejecución subsiguiente pues la Ley 1/2013 introduce importantes novedades al respecto, como se ha señalado (*Vid.* el art. 7.4 por el que se añade el apartado 1 bis al art. 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 7.5 de reforma del art. 579, el art. 7.10 de reforma del art. 671 y el art. 7.13 de reforma del 693 de la Ley de procedimiento);

b) 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 hipoteca»;

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 solo de forma subsidiaria 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 solo 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 (*RTC* 1981, 41) (confirmada por las de 17 de mayo de 1985 [*RTC* 1985, 64] y 30 de junio de 1993 [*RTC* 1993, 217], 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».

Y concluye en el sentido indicado añadiendo que: «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».

Cabe destacar que en esta resolución el Centro Directivo, modifica su consideración acerca de si el préstamo —o crédito— garantizado debe destinarse exclusivamente a la adquisición de la vivienda como se puso de manifiesto en la anteriormente citada RDGRN de 26 de noviembre de 2013, inclinándose en este caso por la solución contraria. Es decir, no es relevante que el préstamo se destine o no a la adquisición de vivienda para hacer constar el carácter de vivienda habitual en el inmueble que se da en garantía.

#### *b) Deudor persona física, ¿y las jurídicas? Ámbito subjetivo*

En principio, el nuevo artículo 21.3 LH parece que está destinado solo a proteger la vivienda habitual de un deudor persona física pues es quien ejerce realmente el derecho-deber de alojamiento, desarrolla sus funciones vitales y personales, y, además, a quien expresamente se dirige la Ley como consta en su Exposición de Motivos.

A pesar de eso, nos planteamos, si en el inmueble que fuera la sede, el domicilio de una persona jurídica, una sociedad, por ejemplo, debería hacerse constar su carácter de vivienda habitual. A bote pronto, la respuesta será negativa, pues está claro que si lo que se pretende en definitiva con esta ley es aminorar o eliminar las terribles consecuencias que puede tener para el deudor la pérdida de su vivienda dada en garantía, estas no se producen de igual forma cuando sea la sede o domicilio de la persona jurídica, que no habita ni se aloja ni desarrolla sus funciones vitales y personales en ella.

Si la vivienda fuera de una sociedad patrimonial, y en ella viviera su administrador, parece que tampoco cabría sostener que es la vivienda habitual, pues se ha elegido la forma societaria por otros motivos, suponemos que fiscales o financieros, y por lo tanto, este régimen debe ser aplicado en todas sus consecuencias<sup>9</sup>.

La RDGRN de 17 de diciembre de 2014 ha resuelto esta cuestión, en el sentido indicado, manifestando que no debe hacerse constar el carácter de vivienda habitual en un inmueble perteneciente a una sociedad mercantil. En concreto, el caso es el siguiente:

Se presenta a inscripción una escritura de préstamo hipotecario concedido a dos personas físicas y una sociedad mercantil y garantizado con una hipoteca sobre un apartamento perteneciente a la sociedad mercantil deudora. Se discute si debe hacerse constar o no el no carácter de vivienda habitual del apartamento de ninguno de los deudores.

La DGRN después de analizar las consecuencias en la ejecución de una vivienda habitual, y la finalidad de la norma 1/2013 de protección de deudores en un momento de crisis especial, concluye afirmando que no debe hacerse constar tal carácter cuando el inmueble pertenezca a una sociedad mercantil, porque no se trata de una vivienda habitual. En concreto, la doctrina que establece es la siguiente:

«De acuerdo con lo expuesto, ni la propia finalidad de la Ley 1/2013, que está dirigida a deudores hipotecarios personas físicas, ni el propio concepto de vivienda habitual, ajeno por completo al ámbito societario y que no ofrece relación alguna con su domicilio, ni los precedentes normativos, permiten sostener que cuando se hipoteca una vivienda perteneciente a una sociedad mercantil deba realizarse manifestación alguna en relación a su eventual carácter “habitual”.

Tampoco cabe admitir en este ámbito la hipótesis de que el deudor persona física tuviera en la vivienda perteneciente a la sociedad hipotecante su residencia habitual pues, de tenerla, lo sería a causa de un título que no habría accedido pertinente y previamente al Registro, inoponible frente a tercero conforme a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y sus concordantes y que no puede tomarse en consideración a efectos de calificación.

SEXTO. 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 trata la Ley de paliar con los mecanismos señalados, de manera que ninguna manifestación expresa se requiere acerca de si la vivienda es o no la habitual cuando la hipoteca recae sobre un apartamento perteneciente a una sociedad mercantil.»

Esta postura es reiterada por la posterior RDGRN de 19 de diciembre de 2013, que confirma la no necesidad de hacer constar el carácter de vivienda habitual de un inmueble que pertenece a una persona jurídica.

### III. LA MANIFESTACIÓN MANUSCRITA DE LA ACEPTACIÓN DE LOS RIESGOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

El artículo 6 de la Ley 1/2013<sup>10</sup> establece una nueva obligación en la contratación de préstamos hipotecarios que recaen sobre la vivienda habitual de las personas físicas. Esta nueva obligación es la de hacer constar en la escritura de préstamo hipotecario la manifestación manuscrita afirmando que ha sido advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, y ello cuando se produzcan limitaciones a las variaciones de interés (tipo cláusulas suelo-techo), cuando lleve

asociado un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o cuando se conceda en divisas<sup>11</sup>.

Este nuevo requisito es un paso mas en orden a conseguir la debida información al deudor hipotecario, insertado en el deber propio de transparencia e información al que se someten las entidades financieras cuando contratan con consumidores. Si el deudor manifiesta que ha sido informado de los riesgos que conlleva su contratación, se está asegurando que se ha cumplido el deber de información y transparencia, que exige nuestra legislación, para la protección del consumidor.

Se pretende con el mismo evitar situaciones «raras» de contratación de productos complejos, más o menos «inducidas» por la entidad sin que el consumidor final alcance plenamente a comprender los riesgos derivados de la misma.

Pues bien, esta manifestación es obligatoria, y debe hacerse constar cuando así concurren los requisitos establecidos en la Ley o, como veremos a continuación, siempre que pueda entenderse que es mejor para el deudor-consumidor y su protección.

La Ley exige que se haga constar en la escritura pública esa manifestación manuscrita cuando se trate de:

- a) un préstamo hipotecario.
- b) suscrito por una persona física.
- c) garantizado sobre la vivienda habitual del mismo.
- d) o cuya finalidad sea adquirir propiedad o derechos reales sobre terrenos o edificios.
- e) Siempre que concorra una de estas circunstancias: limitación en la variación de intereses, exista asociado un instrumento de cobertura del riesgo, y que se conceda en una o varias divisas.

Estos son los requisitos literales que establece la Ley, sin embargo, siguiendo en este punto a MERINO ESCARTÍN<sup>12</sup>, creemos que, al igual que ocurre con la constancia del carácter de vivienda habitual, y considerando que esta medida se basa en los mismos fundamentos que aquella, de protección al deudor persona física y la vivienda habitual, la obligatoriedad de la manifestación deberá aplicarse también a los créditos hipotecarios por analogía, y no solo a los préstamos, aunque ese sea el tenor literal del precepto.

De igual forma, no es preciso que el préstamo hipotecario se destine solo a la adquisición de la vivienda, y no solo se aplica a la vivienda habitual, si no que hay que remarcar su ámbito objetivo más amplio, pues también es necesario en préstamos destinados a la adquisición de propiedad o derechos reales sobre otros terrenos o edificios.

En cuanto a la necesidad de que exista algún factor de riesgo (limitación de la variación de intereses, cobertura de riesgo, divisas), basta con que exista uno de ellos, para que sea exigible la manifestación manuscrita, y no es preciso que se den los tres a la vez. Incluso, como veremos a continuación, si existen otras situaciones que pueden suponer un riesgo en la contratación que no sean estrictamente las expresadas en el artículo 6, siguiendo una interpretación teleológica, considero que en estos casos también es conveniente, y por tanto exigible, la manifestación manuscrita de que ha sido advertido del riesgo, puesto que lo fundamental es la información del deudor hipotecario para su protección.

La manifestación manuscrita debe recogerse en la matriz de la escritura y en la forma que determine el Banco de España, y considero que el Registrador

debe apreciar y calificar su falta en el título que se presenta a inscripción, tal y como ha confirmado la DGRN en su Resolución de 5 de febrero de 2014, siempre que sea exigible según los requisitos que se han explicado.

Las razones para mantener esta opinión son que el registrador tiene una misión fundamental en la seguridad jurídica preventiva, y el hecho de la constancia manuscrita de la manifestación, ayuda o contribuye a la misma, pues solo así, se puede asegurar que el deudor ha sido debidamente informado. En contra, se puede pensar que se trata de un deber del notario, y no del registrador, el hacer constar esa manifestación, y que además la misma no tiene eficacia real alguna, y por tanto, no debe inscribirse ni calificarse. Sin embargo, considero acertados los argumentos que sostiene la DGRN para defender que el registrador debe entrar a calificar si consta o no dicha manifestación manuscrita, tal y como se expone a continuación.

La necesidad de la constancia de la aceptación manuscrita como requisito de la inscripción registral de la hipoteca se ha puesto de relieve en la RDGRN de 5 de febrero de 2014.

En la misma, la registradora suspende la inscripción de la hipoteca por cuanto estableciéndose una bonificación al tipo de interés para el caso de que se tenga contratado con el Banco de Santander, S.A., o Sociedad de su grupo un Cap hipotecario por un importe mayor al 70% del saldo pendiente, entiende necesario el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que exige para tales supuestos cuando el prestatario es una persona física y la hipoteca recae sobre una vivienda que la escritura pública incluya junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. Y si bien, el contenido de la expresión manuscrita será el que establezca el Banco de España, a juicio de la registradora, hasta que este organismo la regule, la expresión manuscrita es igualmente exigible, en los términos que el notario considere adecuado, por aplicación de los criterios de transparencia e información contractual fijados por el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013, en relación con la cláusula suelo, ya que esa expresión manuscrita constituye la forma que el legislador ha elegido para asegurarse el conocimiento por parte de los consumidores de los productos bancarios que enumera el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, del riesgo financiero que los mismos comportan. El recurrente, por el contrario, entiende que no concurren en el presente supuesto los presupuestos de hecho que definen el ámbito de aplicación del citado precepto legal.

La DGRN confirma la calificación del registrador, y entiende que es necesario en el caso que se describe tal constancia manuscrita, pues lo contrario resultaría perjudicial y se pondría en riesgo la protección del deudor tan defendida por la Ley 1/2013, las Directivas europeas, resoluciones y normas aprobadas en los últimos dos años con tal fin de protección.

En concreto, el Centro Directivo basa su decisión en el hecho de que el registrador está obligado al control de transparencia de estas operaciones (además del de control de cláusulas abusivas nulas, como bien se encarga de manifestar la Dirección General también en esta resolución) y como consecuencia de esa función de carácter preventivo, considera que debe rechazarse la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario sobre vivienda habitual sin aceptación manuscrita.

Esto lo argumenta de la siguiente forma: «La importancia de este segundo control de transparencia en relación con las cláusulas no negociadas indivi-

dualmente relativas al objeto principal del contrato se pone de manifiesto en la conclusión alcanzada por el Alto Tribunal: «215. ... a) el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC (RCL 1998, 960) para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Y es a la luz de estos claros criterios jurisprudenciales que se debe realizar la valoración del defecto opuesto en la calificación impugnada, pues la omisión de la expresión manuscrita a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (RCL 2013, 718), se pone por la registradora calificante en relación con los criterios de transparencia e información contractual fijados por el Tribunal Supremo en la reiterada Sentencia de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088)».

Y una vez afirmado esto, la DGRN examina si se cumplen los requisitos legales para exigir la manifestación manuscrita, en la que considera que es posible el control registral, y termina confirmando su posibilidad, diciendo: «pues bien, es este control previo y doble de incorporación y transparencia el que se ha visto reforzado por el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo (RCL 2013, 718), cuya interpretación se ha de hacer partiendo del contexto legal y jurisprudencial, nacional y comunitario, que por extenso ha quedado expuesto en los precedentes fundamentos, y que en función del mismo y de la finalidad a que responde, y de las consideraciones antes realizadas, no puede sino conducir a la desestimación del recurso. En efecto, la finalidad eminentemente tuitiva de la norma debe conducir a rechazar interpretaciones que permitan la posibilidad de su elusión total o parcial o la imposibilidad de su aplicación plena en determinados casos. En el presente supuesto no existen dudas sobre la concurrencia de los requisitos que definen el ámbito subjetivo del citado precepto legal (los prestatarios son personas físicas) y objetivos (la hipoteca recae sobre la vivienda habitual de aquellos). Tampoco existe duda alguna en relación con la modalidad del contrato del que puedan derivar los riesgos de los que debe haber sido adecuadamente advertido el prestatario (un préstamo hipotecario)».

Pero, en el examen de los requisitos, el Centro Directivo, entiende que «la controversia se centra en una de las tres circunstancias del citado contrato cuya presencia completa la definición del supuesto de hecho de la norma, en particular la referida a que se trate de préstamos hipotecarios «que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés».

Este es el aspecto más discutido, pues el préstamo hipotecario contiene un «cap» hipotecario, que es una de las modalidades de cobertura, junto con el «swap» o permuta financiera de tipos de interés, que supone un cambio temporal del tipo de interés variable contratado por otro fijo, que protege contra la subida del tipo de interés por encima de un determinado límite máximo y durante un concreto periodo de tiempo. Pues bien, se discute si este elemento de cobertura de riesgo ha sido impuesto en la contratación, tal y como dice el artículo 6, o no, en cuyo caso, no debería ser obligada la manifestación manuscrita. En palabras de la Dilección General: «El recurrente, basando su tesis impugnativa en una interpretación meramente literal del artículo 6 de la Ley 1/2013, entiende que en el caso objeto del presente expediente no concurre la circunstancia de que el préstamo hipotecario escriturado «lleve asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo del tipo de interés».



Sin embargo, la DGRN concluye diciendo que es preferible proteger al deudor hipotecario, ya que esta es la finalidad principal de la norma, antes que realizar una interpretación literal que le perjudique. Por eso, considera que aunque estrictamente el instrumento de cobertura no fuera impuesto al deudor, sí que era más o menos insertado en el contrato, lo que debe implicar la necesidad de su advertencia al mismo, y por lo tanto, la exigencia de su manifestación manuscrita de haber sido advertido.

Las palabras exactas de la DGRN son: «Sin embargo, frente a dicha interpretación literal debe prevalecer otra que, conjugando todos los elementos de una hermenéutica completa de la norma, responda a su verdadera finalidad que, como se ha dicho, es eminentemente tuitiva y protectora del prestatario frente al riesgo del incremento de los costes financieros de la operación que pueden generar un peligro de insolvencia e impago que, a su vez, determine la ejecución y la pérdida de la propia vivienda.

En este sentido, si bien en la citada cláusula no existe una «imposición del contrato» en el sentido de «obligar a contratar», sí existe lo que la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088) denomina «imposición del contenido». «Y termina afirmando que: «En definitiva, ante la disyuntiva de tener que optar por un nivel inferior o por otro superior de protección al deudor hipotecario, en relación con la interpretación y aplicación del estudiado artículo 6 de la Ley 1/2013, resulta evidente que el conjunto de las consideraciones realizadas a lo largo de los precedentes fundamentos jurídicos en relación al espíritu y finalidad de la norma conducen a la segunda alternativa, lo que aboca necesariamente a la desestimación del recurso».

En conclusión, la constancia de la manifestación manuscrita de haber sido advertido de los riesgos existentes en un contrato de préstamo hipotecario debe ser ampliamente interpretada y exigida en aras de una mayor protección al deudor hipotecario; para cumplir con los deberes de información y transparencia que se le deben. Esta es la finalidad de la norma que contiene esta exigencia, y eso es lo que debe prevalecer.

#### IV. CONCLUSIONES

I. La finalidad de la Ley 1/2013 de 14 de mayo de protección al deudor hipotecario, es protegerle y ayudarle a paliar las terribles consecuencias que la ejecución hipotecaria puede tener para su vivienda habitual: «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».

II. Con base en esta finalidad, el legislador introduce novedades en la constitución de la hipoteca, así como en su ejecución. Las novedades relativas a su constitución son dos: a) necesidad de la constancia del carácter de vivienda habitual en la escritura de préstamo hipotecario, b) necesidad de hacer constar la manifestación manuscrita del deudor hipotecario de que ha sido advertido de los posibles riesgos de su préstamo hipotecario.

III. De este modo, y sin perder nunca la finalidad de la Ley, hay que concluir que, a pesar de que la excepcionalidad de las circunstancias y medidas debería conducir a una interpretación restrictiva, ambos requisitos son interpretados ampliamente.

IV. De este modo, la constancia de la vivienda habitual ha de hacerse en cualquier escritura de préstamo o crédito hipotecario de persona física. Sea para la adquisición o no de su vivienda habitual, siempre que esta sea el inmueble que se ofrece en garantía, pues lo que importa 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».

V. De igual forma, la obligación de la exigencia de manifestación manuscrita se hará también en préstamos o créditos hipotecarios sean para la adquisición o no de la vivienda habitual o de otros derechos reales en otros edificios, siempre que exista un riesgo en el préstamo hipotecario. Pero, una vez más, este debe interpretarse de forma no literal, pues parece que no hay que ajustarse a los riesgos que estrictamente marca la ley, en aras de una mayor protección del deudor persona física y su vivienda, siempre que sean situaciones análogas.

VI. Por último, el registrador debe jugar un importante papel en este tema, y debe poder entrar a calificar la falta o no de esa manifestación manuscrita y por supuesto del carácter de vivienda habitual, siempre que se cumplan los requisitos que exige la ley, dando cumplimiento la función de control preventivo de seguridad, y garantizar el deber de transparencia y el derecho a la información del deudor persona física.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### RESOLUCIONES DE LA DGRN:

- 27 de junio de 1994
- 13 de junio de 1998
- 25 de febrero de 2000
- 29 de febrero de 2000
- 9 de marzo de 2000
- 25 de abril de 2005
- 25 de abril de 2005
- 10 de diciembre de 2007
- 28 de septiembre de 2010
- 7 de julio de 2012
- 26 de noviembre de 2013
- 17 de diciembre de 2013
- 19 de diciembre de 2013
- 5 de febrero de 2014

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

- 9 de mayo de 2013
- 10 de diciembre de 2007

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- 18 de diciembre de 1981
- 17 de mayo de 1985
- 30 de junio de 1993

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2012). La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común. *RCDI*, núm. 734, 3435-3666.
- CUENA CASAS, M. (2012). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Izquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, tomo III, Pamplona: Thomson-Reuters, pp. 273-439.
- DÍAZ FRAILE, J. M. (2014). Doctrina de la DGRN sobre la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Primera parte: La constitución de la hipoteca. Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com>. (última visita 20 de diciembre de 2014), pp. 1-29.
- ESPIAU ESPIAU, S. (1992). *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*. Barcelona: PPU.
- FERNÁNDEZ MALDONADO, M. A. (2014). A vueltas con la expresión manuscrita. Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com>. (última visita 8 de enero de 2015).
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro. *RCDI*, núm. 710, 2518-2524.
- MERINO ESCARTÍN, J. F. (2013). Resumen de la Ley 1/2013 de protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com>. (ultima visita 8 enero 2015), pp. 1-10.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2001). La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Revista Xuridica Galega*, núm. 33, 91-119.

## NOTAS

<sup>1</sup> Nuevo artículo 21 LH: «1. Los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos.

2. Las escrituras públicas relativas a actos o contratos por los que se declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, cuando la contraprestación consistiera, en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, deberán expresar, además de las circunstancias previstas en el apartado anterior, la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862.

3. 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».

<sup>2</sup> Artículo 114 LH: «Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

<sup>3</sup> Artículo 6: Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios.

«1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el

prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;

b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;

c) que se concedan en una o varias divisas»

<sup>4</sup> Sobre el concepto de vivienda habitual y familiar, véase MORALEJO IMBERNÓN, N. (2001). La vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. *Revista Xuridica Galega*, núm. 33, 91-119; BERROCAL LANZAROT, A. I. (2012). La vivienda familiar y la acción de división de la cosa común. *RCDI*, núm. 734, 3435-3666; ESPIAU ESPIAU, S. (1992). *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*. Barcelona: PPU; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro. *RCDI*, núm. 710, 2518-2524.

<sup>5</sup> Véase sobre este aspecto: CUENA CASAS, M. (2012). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Izquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas (dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, tomo III, Pamplona: Thomson-Reuters, pp. 273-439.

<sup>6</sup> Artículo 1320 CC: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial.

La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

Artículo 96 CC: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial».

<sup>7</sup> MERINO ESCARTÍN, J. F. (2013). Resumen de la Ley 1/2013 de protección de deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com>. (última visita 8 de enero de 2015), pp. 1-10.

<sup>8</sup> Cabe destacar que en esta resolución el Centro Directivo, modifica su consideración acerca de si el préstamo —o crédito— garantizado debe destinarse exclusivamente a la adquisición de la vivienda como se puso de manifiesto en la anteriormente citada RDGRN de 26 de noviembre de 2013, inclinándose en este caso por la solución contraria. Es decir, no es relevante que el préstamo se destine o no a la adquisición de vivienda para hacer constar el carácter de vivienda habitual en el inmueble que se da en garantía

<sup>9</sup> En este sentido se manifiesta MERINO ESCARTÍN, J. F. (2013). *op. cit.*, p. 2.

<sup>10</sup> Artículo 6. Ley 1/2013: Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios.

1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda

o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;

b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;

c) que se concedan en una o varias divisas.

<sup>11</sup> Sobre la manifestación manuscrita, véase: FERNÁNDEZ MALDONADO, M. A. (2014). A vueltas con la expresión manuscrita. Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com>; DÍAZ FRAILE, J. M. (2014). Doctrina de la DGRN sobre la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Primera parte: La constitución de la hipoteca. Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com>.

<sup>12</sup> MERINO ESCARTÍN, J. F. (2013). *op. cit.*