

La Dirección General —por su parte— apoya su decisión citando las Resoluciones de 31 de julio de 1989 y 6 de febrero y 18 de mayo de 1992, califica el caso como un supuesto de hipoteca en garantía de una deuda futura e incierta que, aparte del consentimiento o la decisión judicial, permite la aplicación del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria siempre que de la Ley o del título resulte de una manera «clara, precisa e indubitada» la extinción del derecho inscrito. El principio de autonomía de la voluntad permite el juego de la fijación de un plazo «determinado», que puede tener diversos significados que habrá de analizarse concienzudamente.

El plazo que se marca en el presente caso va desde el 6 de mayo de 1981 al 20 de agosto de 1988, ambos inclusive, lo que lleva a considerar que sólo las obligaciones surgidas dentro de ese paréntesis que marcan los plazos son las que quedan garantizadas, sin que lo estén las anteriores o las posteriores que surjan. La hipoteca quedará cancelada de modo automático «si la obligación no ha surgido». Por ello, concluye la Dirección (que también argumenta con el juego de los intereses pactados), sólo cabrá la cancelación si se demuestra que la obligación no había nacido.

La idea que emana de esta solución va a repetirse —con otro argumento— en la posterior que comentamos de 22 de junio de 1995. Aquí es la falta de justificación del nacimiento de la obligación, y en el caso posterior es la falta de prueba de que el procedimiento de ejecución estaba ya iniciado. Quizá tengan más fuerza los argumentos que aquí se emplean que los utilizados en la siguiente, aparte de que da la sensación de que la Dirección no entiende el caso que plantea el artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria como de *carácter excepcional*, y me apoyo en que al mismo se refiere considerándolo dentro del principio de autonomía de la voluntad siempre que el supuesto quede lo suficientemente claro e indudable. Habría, como es natural, que haber visto y leído la cláusula de caducidad o plazo preclusivo que las partes establecen en relación con todo el contexto que se estructura en la escritura de hipoteca, cuyos pactos y cláusulas vienen «ya redactados» e impuestos por la entidad que concede el crédito.

NO ES CANCELABLE UNA HIPOTECA QUE TIENE FIJADO UN PLAZO DE VENCIMIENTO, AL AMPARO DEL ARTICULO 82.2 DE LA LEY HIPOTECARIA, SI NO SE ACREDITA QUE ANTES DE VENCER EL PLAZO NO SE HABIA INICIADO SU EJECUCION. (RESOLUCIÓN DE 22 DE JUNIO DE 1995. BOE DE 4 DE AGOSTO DE 1995.)

Hechos.—I. Por instancia privada suscrita el 22 de febrero de 1993, don J. J. R. A. y don A. M. C., en nombre de la compañía mercantil «Flores del Ejido, Sociedad Anónima», solicitaron del Registrador de la Propiedad de Roquetas de Mar la cancelación de la inscripción 4.ª de hipoteca de la finca denominada «La Reserva», en término de Félix, registral número 4.805-N, y ello al amparo de lo dispuesto en los artículos 82.2 de la Ley Hipotecaria y 174 de su Reglamento, por caducidad del derecho inscrito al haber transcurrido el plazo por el que se constituyó.

De la inscripción cuya cancelación se interesaba, fechada el 29 de junio de 1989, resulta que por escritura autorizada el 8 de septiembre de 1988 por el Notario de Madrid don José M.ª Rodríguez Poyo-Guerrero la entonces titular de la finca «Primores, Sociedad Anónima», reconoció adeudar a la entidad

mercantil holandesa «A.B.M. In-En Verkoopabureau B.V.» las siguientes cantidades: a) Un préstamo por importe de un 1.000.000 de florines holandeses, cuyo equivalente en pesetas se fijó en 58.000.000 y del que se había dispuesto totalmente el día del otorgamiento, y b) Anticipos sobre la venta de flor en el mercado holandés por un total de 580.000 florines, totalmente recibidos, cuyo equivalente en pesetas se fijó en 33.930.000. Y con el fin de garantizar las citadas deudas se constituyó hipoteca de máximo sobre una mitad indivisa de la finca reseñada hasta una cuantía máxima de 1.724.138 florines holandeses, equivalentes en 100.000.000 de pesetas, de principal, de sus intereses de tres anualidades al 5 por 100 y de un 15 por 100 más del principal indicado que como crédito supletorio se fijó para costas y gastos. Entre otros pactos del contrato de constitución de la hipoteca figura inscrito el siguiente: «Tercera: La hipoteca queda constituida por un plazo de tres años, a contar desde el otorgamiento de la escritura que se inscribe».

Con fecha 18 de diciembre de 1990 se tomó anotación preventiva, señalada con la letra N, del embargo trabado en favor del «Banco Urquijo, Sociedad Anónima», sobre el crédito hipotecario constituido por la inscripción 4.ª en favor de «A.B.M. In-En Verkoopabureau B.V.» sobre la mitad indivisa de la finca, acordado en los autos de juicio de menor cuantía seguido con el número 888/90 ante el Juzgado de Primera Instancia número 44 de los de Madrid.

Por la inscripción 5.ª, de fecha 16 de julio de 1992, se inscribió el dominio de la finca a favor de «Flores del Ejido, Sociedad Anónima», por título de compra en virtud de adjudicación, previa cesión de remate, en los autos de juicio ejecutivo seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Almería, con el número 571/89, en los que se había acordado el embargo de la finca con posterioridad a la constitución de aquella hipoteca. Y por la inscripción 6.ª, de fecha 14 de enero de 1993, se inscribió también en favor de «Flores del Ejido, Sociedad Anónima», el crédito hipotecario objeto de la inscripción 4.ª por cesión que a la misma hizo el Administrador judicial de la quiebra de «A.B.M. In-En Verkoopabureau B.V.», del crédito contra «Primeres, Sociedad Anónima», que está vencido y no satisfecho, así como del derecho real de hipoteca constituido en su garantía, cesión formalizada en escritura autorizada el 14 de diciembre de 1992 por el Notario de Almería don Ramón Alonso Fernández.

II. La solicitud de cancelación de la hipoteca fue calificada con la siguiente nota puesta al pie de la instancia: «Presentada a las diez horas del 5 de marzo de 1993, asiento número 1.117 del diario 14 en unión de los documentos acreditativos de la representación de los que la suscriben: Escritura de 24 de mayo de 1988 ante el señor Ruiz de Castañeda y de 29 de junio de 1992 ante el señor Alonso Fernández, Notarios de El Ejido y Almería, respectivamente, con las correspondientes notas de inscripción en el Registro Mercantil, se deniega la cancelación solicitada en la instancia adjunta por el defecto de confundirse el momento en que surge el ejercicio de la acción hipotecaria con su caducidad, sin que del Registro resulte nada que lo contradiga salvo que la hipoteca se encuentra sujeta a una anotación preventiva de embargo vigente. El defecto se califica de insubsanable sin que quepa tomar anotación de suspensión que, por otra parte, no ha sido solicitada. Contra la presente nota cabe interponer recurso gubernativo ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Autónoma de Andalucía en el plazo de cuatro meses. Roquetas de Mar, 8 de marzo de 1993.—El Registrador, Ricardo Seco Gómez.

III. El Procurador de los Tribunales don José Gabriel García Lirola, en nombre de la sociedad «Flores del Ejido, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo frente a la anterior calificación alegando: Que se trata de una hipoteca constituida para garantizar unas deudas ya contraídas con anterioridad, siendo independiente en cuanto a plazos y condiciones de los créditos garantizados; que se está ante una hipoteca constituida a término resolutorio por expresa voluntad de las partes, de los documentos anexos a la escritura de constitución de la hipoteca, aunque haya de reconocer que no los ha tenido a la vista el Registrador, resulta que las fechas de vencimiento de los créditos garantizados son distintas de la que se fija como de duración de la hipoteca, debiendo hacerse unos pagos antes y otros después de los tres años fijados como de duración de aquella; se trata, en definitiva, de ofrecer una garantía al acreedor por un cierto plazo en previsión de una situación de suspensión de pagos; que por todo ello ha de entenderse que el plazo señalado en la estipulación tercera de la escritura de constitución de hipoteca lo es de caducidad de la misma y no de inicio de la acción hipotecaria como sostiene el Registrador, y que el derecho que sobre la hipoteca pudiera ostentar en virtud del embargo de que fue objeto el «Banco Urquijo, Sociedad Anónima», no puede ir más allá del que ostentaba el embargado. Sobre la base del criterio hermenéutico contenido en el artículo 1.281 del Código Civil, entiende que es perfectamente aplicable en el presente caso el principio consagrado en los artículos 79.2 y 82.2 de la Ley Hipotecaria y 174 de su Reglamento, así como la doctrina de las Resoluciones de 24 de abril de 1936, de 23 de septiembre de 1987 y 31 de julio de 1989.

IV. El Registrador informó en defensa de su nota, tras señalar que por imperativo del artículo 117 del Reglamento Hipotecario no podían ser objeto de consideración documentos o alegaciones distintos a los que tuvo a la vista al tiempo de calificar, que el problema se centra en determinar si puede cancelarse por caducidad una hipoteca que tenga plazo señalado para su vencimiento una vez cumplido dicho término. Que en este caso la hipoteca tiene, como ha de tenerlo en todos por imperativo del principio de especialidad, un plazo, con independencia de que durante el mismo se convenga o no el pago de cantidades a cuenta o amortizaciones parciales de la deuda. Que el supuesto contemplado en la Resolución de 31 de julio de 1989 era distinto, pues allí se garantizaba una deuda exigible ya desde el mismo momento de la constitución de la garantía para la que se establecía un plazo concreto de vigencia, en tanto que en el presente se limita a establecer un plazo de duración para la hipoteca como imprescindible en todo derecho real de garantía. Que en este caso la hipoteca se encuentra gravada con una anotación preventiva de embargo en favor de tercero que no puede verse perjudicado por la pasividad del acreedor ni por la confusión de derechos en virtud de mecanismos legales que no son del caso examinar. Y que de prosperar la tesis del recurrente se condenaría a la inoperancia la hipoteca, pues bastaría que al día siguiente a su vencimiento o plazo se solicitara la cancelación antes de que el acreedor tuviera tiempo de iniciar la ejecución o de que se consignase en el Registro algún dato de la iniciada y en el curso para que quedase liberado el deudor con la cancelación practicada, resultado que no ha podido ser querido por el legislador, que, además, parece establecer para los derechos reales plazos de prescripción y no de caducidad.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictó auto desestimando el recurso, fundado en que resulta claro que con la cancelación

solicitada se pretende la del embargo trabado sobre el crédito hipotecario y que el plazo señalado como de vigencia de la misma no puede interpretarse en el sentido que le da el recurrente, que la hipoteca se entienda extinguida a todos los efectos transcurridos tres años, habida cuenta que de los documentos aportados resulta que el préstamo garantizado había de amortizarse en dos plazos, a los treinta y seis y cuarenta y dos meses desde su disponibilidad, por lo que no resulta aplicable el artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria.

VI. El recurrente apeló dicho auto reiterando su tesis de que el plazo fijado como de duración de la hipoteca ha de entenderse como de caducidad.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1, 38, 40 y 82.2 de la Ley Hipotecaria; 117 de su Reglamento y las Resoluciones de esta Dirección General de 24 de abril de 1936, 31 de julio de 1989, 6 de febrero y 18 de mayo de 1993 y 17 de octubre de 1994.

1. Se plantea en el presente recurso la procedencia de cancelar una inscripción de hipoteca a solicitud del titular registral de la finca gravada, que lo es a la vez del crédito garantizado con la hipoteca, no por confusión de derechos cuya posibilidad aparece vedada por el hecho de estar dicho crédito gravado con una anotación preventiva de embargo, sino por extinción del derecho real de garantía una vez transcurrido el plazo por el que se constituyó, lo que se solicita al amparo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

2. Nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (vid. arts. 513.2, 529, 546.4 y 1.843.3 CC), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercida 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 (arts. 1.875 CC y 134 LH), exigirá que en estas hipótesis de constitución de la hipoteca por un plazo determinado el vencimiento de ésta debe ser posterior al de la obligación asegurada, y lo usual, aunque no inexcusable, es que esta exigencia se traduzca en que el día inicial del plazo de la hipoteca sea el del vencimiento de la obligación garantizada.

3. 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, aun cuando ya hubiere vencido aquel (vid. Resolución de 17 de octubre de 1994).

4. En el presente caso, en el que la hipoteca queda constituida por un plazo de tres años a contar desde el día de hoy (día del otorgamiento de la escritura constitutiva que es el 8 de septiembre de 1988), es evidente que estamos ante un claro supuesto de fijación de un plazo de vigencia del derecho real de garantía, de modo que éste ha quedado extinguido el 8 de septiembre de 1991 si en ese instante no se había iniciado su ejecución; y este resultado no puede ser desconocido por el hecho de que en el título constitutivo de la hipoteca no se hubiere reflejado la fecha de vencimiento de la propia obligación asegurada; si por hipótesis esta última fecha, en cuanto a alguno de los

créditos garantizados, fuera posterior a ese 8 de septiembre de 1991, lo único que ocurrirá es que la hipoteca no llegaría respecto a ellos a cumplir ordinariamente con plenitud 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.

Ahora bien, lo anterior no implica que en el caso debatido, una vez vencido el plazo estipulado, deba aplicarse inequívocamente el régimen cancelatorio previsto en el artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria para los supuestos en que la extinción del derecho resulta del propio título inscrito, toda vez que restaría por acreditar que no se ha iniciado la ejecución hipotecaria en dicho plazo; y aunque es cierto que dicha ejecución debe reflejarse registralmente (ya a través de la nota de los arts. 131.4 LH y 236.6 RH, ya por medio de la anotación de embargo y posterior nota previstas en los arts. 1.447 y 1.489 LEC y 143 RH), no lo es menos que entre el inicio de la ejecución *stricto sensu* y su reflejo registral hay un lapso temporal de duración indeterminada (vid. arts. 131, reglas 2.ª y 4.ª LH; 236.a) y b) RH y 1.439 y siguientes LEC), de modo que de la inexistencia del reflejo registral no puede deducirse la no iniciación de la ejecución hipotecaria. Es más, podría incluso ocurrir que la ejecución hipotecaria se desarrollara íntegramente sin el adecuado reflejo registral y no por ello quedaría excluida necesariamente su validez ni habría de rechazarse inexcusablemente la inscripción del remate alcanzado. Por ello sería conveniente, a fin de facilitar la cancelación, que al tiempo de fijar el plazo de duración de la hipoteca se estipulase igualmente un margen temporal, a contar desde el término de aquél, para el reflejo registral de inicio de la ejecución, de modo que una vez transcurrido éste sin que dicho reflejo se hubiera producido, pudiera cancelarse la hipoteca por simple solicitud del propietario gravado.

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto en los términos que resultan de los anteriores considerandos.

COMENTARIOS CRÍTICOS

Los problemas que suscitan los hechos básicos de esta Resolución giran en torno a la aplicación o no del párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria y del artículo 174 de su Reglamento. Es decir, que estamos ante la solicitud de una cancelación sobre la base de un derecho extinguido cuya extinción emana del título que sirvió para la práctica de la inscripción de dicho derecho. Prescindiendo aquí de si este medio es o supone una *excepción* a la regla general de que las inscripciones sólo se cancelan por decisión judicial o consentimiento del titular de ellas, pues no creo que tenga gran trascendencia el que se califique de tal, ya que la interpretación restrictiva de toda excepción supone previamente saber si el supuesto encaja o no en la letra y espíritu del precepto.

Sin embargo, entiendo que es más importante deslindar una serie de figuras que podrían aportar alguna luz a la decisión final del problema. Me estoy refiriendo a las figuras de la «caducidad», «prescripción», «plazo preclusivo», el «no uso», la «prescripción inmemorial», etc. Mientras que la prescripción supone —al decir de CASTÁN— o lleva consigo la finalidad de dar por extinguido un derecho que por no haber sido ejercitado debe considerarse abandonado, la caducidad es la fijación del tiempo durante el cual el derecho puede ser ejercitado útilmente; el plazo preclusivo es prácticamente semejante a la figura

de la caducidad, aunque no faltan autores que consideran que la caducidad se aplica a derechos que han llegado a nacer y tener vida, mientras que el plazo preclusivo supone la frustración de un derecho que no ha llegado a nacer. El «no uso» se refiere a la falta de aprovechamiento del valor económico de algo que el Derecho nos autoriza a aprovechar. Margino la prescripción inmemorial que en el supuesto no entra en juego.

Planteadas así las premisas del caso, se hace necesario saber las diferentes posturas adoptadas por las dos partes —recurrente y Registrador— intervinientes, para luego desembocar en el criterio mantenido por el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia y de la Dirección General. Ello nos lleva a las siguientes distinciones:

A) POSICIÓN REGISTRAL

El Registrador en su nota no puede ser más preciso: en la escritura existe una confusión «entre el momento en que surge el ejercicio de la acción hipotecaria y su caducidad». En las alegaciones que hace frente al recurrente se plantea el tema de si puede cancelarse por caducidad una hipoteca que tenía señalado un plazo para su vencimiento. Es claro que, en base de principio de especialidad, se necesita la fijación de un plazo de duración para la hipoteca como imprescindible para todo derecho real de garantía. Muy distinto era el caso de la Resolución de 31 de julio de 1989, en el que se garantizaba una deuda exigible desde el momento de la constitución de la garantía, para la que se establecía un plazo de vigencia, mientras que aquí se limitan las partes a fijar un plazo de duración de la hipoteca como imprescindible en todo derecho real.

Además de esos lógicos razonamientos añade otros forzado por la situación de los hechos, de los que resulta que la hipoteca estaba embargada a favor de un tercero que no puede verse perjudicado por la pasividad del acreedor. Concluye que el legislador parece establecer para los derechos reales la institución de la «prescripción» más que la de la «caducidad».

B) POSICIÓN DEL RECURRENTE

Para el recurrente la figura que se pacta en la escritura es la de «una hipoteca a término resolutorio», aunque reconoce que de ciertos documentos —no tenidos en cuenta en la calificación por no haberse presentado en su momento oportuno— resulta que unos créditos resultaban vencidos antes de la fecha puesta para la vida de la hipoteca y otros después del plazo. Su tesis es que el plazo fijado en la escritura es de «caducidad» y no de «iniciación» de la acción hipotecaria. La brevedad con la que se nos ofrecen los argumentos de esta parte recurrente no permite mayores comentarios, pues consecuente con la idea expuesta es evidente que el que embarga la hipoteca debe quedar sometido a las condiciones establecidas para la misma, caso de que la configuración del supuesto fuera la sostenida por el recurrente.

C) POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

El auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia —con un loable criterio— entiende que no puede admitirse la tesis del recurrente y no parece

aplicable la doctrina que se deduce del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria. Admitir la cancelación de la hipoteca con crédito pendiente de pago haría inevitable cancelar la del embargo y dejar sin eficacia el mismo.

La Dirección General alude a la dificultad para interpretar el señalamiento del plazo, ya que puede ser un plazo de duración de la hipoteca misma con el alcance de que vencido el mismo queda totalmente extinguido el derecho real de hipoteca o si se trata de señalar el margen temporal en que debe surgir la obligación para que quede garantizado con la hipoteca, lo cual permite el ejercicio de la acción hipotecaria una vez nacida la obligación, salvo que hubiera prescrito, aun cuando haya vencido aquél.

Para el Centro Directivo el caso que contempla la escritura es «un plazo de vigencia del derecho real de garantía», de modo que llegado el momento fijado queda extinguida la hipoteca «salvo que en ese momento no se hubiese iniciado el ejercicio de la acción hipotecaria o su ejecución. Es evidente que respecto de los créditos posteriores en fecha de vencimiento la hipoteca no llegaría a cumplir ordinariamente con plenitud su específica finalidad de garantía.

Ante la imposibilidad de saber y acreditar si estaba en marcha el procedimiento de ejecución, aunque dicha ejecución deba reflejarse registralmente, es evidente que puede existir sin ese reflejo y ello impide deducir la inexistencia de la ejecución. Por todo ello, y algún otro argumento más, la Dirección General niega la aplicación del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria, aunque advierte que para solventar esos dudosos casos sería conveniente que en la escritura se fijase un plazo para que pudiera reflejarse registralmente la iniciación del procedimiento, de modo que una vez transcurrido el mismo sin que dicho reflejo se hubiese realizado, pudiera cancelarse la hipoteca por simple solicitud del propietario gravado.

Aunque la Dirección General da la razón al Registrador, no resuelve, sin embargo, si se trata de un plazo de caducidad o de prescripción y si la hipoteca puede constituirse sobre una obligación con vencimiento posterior a la fecha que señala su vigencia. Entiendo que habría que haber precisado los requisitos imprescindibles para que pueda constituirse una hipoteca en garantía de una obligación si ésta es futura, si debe ser o no exigible, etc. Ni que decir tiene que la solución de fijar un plazo para hacer constar en el Registro la iniciación de la ejecución va contra la letra y el espíritu del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que limita la voluntad de los interesados en orden a los trámites señalados por la Ley. La autonomía de la voluntad es un principio que siempre queda sometido a que no se pacte nada contrario a la Ley o prohibido por ella.

J. M.^a CH. O.