

NO CABE LA CANCELACION AUTOMATICA DE UNA HIPOTECA, CON CLAU-SULA DE CADUCIDAD PACTADA EN LA ESCRITURA, SI NO SE ACREDITA Y PRUEBA QUE EN EL PLAZO PREVISTO NO HABIA SURGIDO LA OBLI-GACION FUTURA E INCIERTA. (RESOLUCIÓN DE 17 DE OCTUBRE DE 1994, BOE DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

Hechos.—I. Por medio de instancia privada suscrita en Girona el 9 de junio de 1992, doña R. A. B., como propietaria de dos fincas sitas en el complejo turístico denominado «Embajador», sito en Platja d'Aro, término municipal de Castell d'Aro, registrales 7.279 y 7.375, solicitó del Registrador de la Propiedad de San Felú de Guíxols la cancelación de sendas inscripciones de hipoteca que gravaban ambas fincas en favor de don J. A. T. en base a lo dispuesto en los artículos 82.2.º y 103.2.º, de la Ley Hipotecaria, en relación con los 174 y 355 de su Reglamento.

De los asientos del Registro cuya cancelación se solicita resulta lo siguiente: Por el «Banco de Crédito Agrícola, Sociedad Anónima», se concedió a doña M. G. V. determinado crédito que fue afianzado por el «Banco Bilbao, Sociedad Anónima», por el plazo que vencía el 20 de agosto. En fecha 17 de noviembre de 1979 y por póliza intervenida por Corredor de Comercio Colegiado, don P. V. P. y don J. A. T. prestaron una contragarantía en favor del «Banco Bilbao, Sociedad Anónima», para responder de los perjuicios que al mismo se le causarían o que el mismo sufriera con motivo del aval o fianza prestada a doña M. G. V. Y por escritura autorizada el 6 de mayo de 1981, por el Notario de Girona don Antonio García Conesa, esta última, junto con su esposo don P. V. P., constituyeron una hipoteca de seguridad y fianza de deuda futura en favor de don J. A. T. para asegurarle los perjuicios, gastos o pagos que tuviera que hacer o soportar como consecuencia de la contragarantía por él prestada. La hipoteca constituida lo fue en garantía de 15.000.000 de pesetas por principal, intereses de tres años a razón del 11,50 por 100 anual vencidos en los términos que se dirán y la cantidad de 2.250.000 pesetas para costas y gastos, responsabilidades que se distribuyeron entre las fincas hipotecadas. Figuraban como pactos de la escritura de constitución de hipoteca, entre otros, los siguientes: «La presente operación de fianza hipotecaria, cual de una contragarantía, no devengará intereses mientras que don J. A. T. no se vea obligado o precisado a hacer frente a las responsabilidades derivadas del documento de fecha 17 de noviembre de 1979, respecto del «Banco Bilbao, Sociedad Anónima». Sin embargo, las cantidades satisfechas o que lo fueran por don J. A. T. como consecuencia de la meritada póliza de contragarantía suscrita el 17 de noviembre de 1979, devengarán el interés del 11,50 por 100 anual vencido. El plazo de duración de la presente garantía hipotecaria será el que va desde el día de la firma de la escritura que se inscribe hasta el día 20 de agosto de 1988 inclusive».

II. Presentada la solicitud en el Registro fue calificada con la siguiente nota: «No practicada la cancelación de hipoteca interesada en la precedente instancia:

Primero.—Por estar la hipoteca constituida en garantía de las responsabilidades que pudieran derivarse de una póliza, que los interesados manifestaron conocer y no se determina cuáles son.

Segundo.—La referida hipoteca asegura los perjuicios, gastos o pagos que tuviera que hacer o soportar don J. A. T. y derivados de la misma póliza.

Tercero.—En la inscripción de constitución de hipoteca se dice que se constituyó con arreglo a los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria y 247 de su Reglamento, que se refieren a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes y de títulos transmisibles por endoso al portador. De acuerdo con estos antecedentes no se puede cancelar la hipoteca en la forma solicitada, por cuanto no se cumplen los requisitos del artículo 156 de la Ley Hipotecaria que se refiere a las hipotecas constituidas de acuerdo con los artículos 153 y 154, como fue la de este caso, ni tampoco han transcurrido treinta años desde su vencimiento, no siendo aplicables, en consecuencia, los artículos referidos en la instancia. Contra esta calificación se podrá interponer recurso ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y en ulterior instancia, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los términos de los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. San Felíu de Guíxols, 6 de febrero de 1993.—El Registrador.—Hay una firma ilegible».

III. La solicitante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación fundándose en que de la nota parece deducirse que tan solo son aplicables a la cancelación interesada las normas específicas para la cancelación de hipotecas voluntarias contenidas en la sección segunda del título V de la Ley Hipotecaria, y no las generales del título IV de la misma Ley. Que entre dichas normas generales se han de destacar: El artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria que permite la cancelación sin que concurren los requisitos de su número 1.º cuando la extinción del derecho inscrito o anotado resulte «del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva»; el artículo 103 de la misma Ley cuando al establecer las circunstancias formales de la cancelación exige, en su apartado 2.º, la mención del «nombre y apellidos de la persona a cuya instancia» o con cuyo consentimiento se verifique la cancelación; o el 174 del Reglamento Hipotecario al establecer que la misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción «será título suficiente para cancelarla si resulta de ella» o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado «ha caducado» o se ha extinguido. Que estando ante una hipoteca constituida por un plazo determinado, su extinción se produce de forma automática por ser efecto natural de la voluntad incorporada al título de su constitución, con lo que su cancelación podrá efectuarse con arreglo a las normas de cancelación automática, o sea, sin consentimiento del titular. Que el derecho real de hipoteca, sea legal o voluntaria, se extingue en todo caso por extinción o ineficacia de la obligación garantizada, por renuncia, por acuerdo de las partes, por pérdida de la finca, por purga derivada de la ejecución de hipoteca anterior o preferente, por confusión de derechos, por denuncia del hipotecante, por prescripción, por cancelación del asiento, por cumplimiento de condición resolutoria y, muy especialmente, por lo que ahora ocupa, «por expiración del término y caducidad», teniendo ésta lugar no sólo por el transcurso de treinta años desde su vencimiento como señala el Registrador, sino por expiración del plazo acordado en el título de su constitución.

IV. El Registrador emitió informe en defensa de su nota que basó en los siguientes fundamentos: a) Que la hipoteca, como garantía real, no puede nacer sin una obligación de la que depende y a la que refuerza y complementa. En este caso, la obligación garantizada es de una complejidad poco frecuente, pues estamos ante un crédito concedido a doña M. G. V. por el Banco de Crédito Agrícola, que es avalado por el «Banco Bilbao, Sociedad Anónima», mediante una póliza suscrita con la deudora, garantizándose, a su vez, los

perjuicios que a dicho Banco se causaran como consecuencia del aval prestado, con una garantía prestada por don P. V. P. y don J. A. T., siendo los perjuicios, gastos y pagos que para este último se derivaran como consecuencia de la garantía por él prestada los que se garantizan con la hipoteca. *b)* Que estamos, pues, ante una hipoteca en garantía de una deuda condicional y futura hasta una cantidad máxima, lo que hace que resalte, aún más, su accesoriedad respecto de la obligación garantizada. La hipoteca cuya cancelación se pretende depende del resultado de los créditos enlazados y su repercusión sobre el fiador garantizado. Si se analizan los hechos ha de llegarse a la conclusión de que el plazo señalado en la escritura de constitución de la garantía hipotecaria, el 20 de agosto de 1988, no puede considerarse aislado de las obligaciones garantizadas de que dependía; y si para saber las responsabilidades de la póliza mediante la que el «Banco Bilbao, Sociedad Anónima», avaló el crédito inicial habría de esperarse al 20 de agosto de 1988, y ese mismo día caducaba, como pretende el recurrente, la hipoteca, cabe preguntarse cómo y cuándo pudo ejercitarse la acción derivada de la misma. Si se quiere mantener la hipoteca nacida con todos los requisitos no puede aislarse del crédito, y si éste no puede determinarse hasta el día en que también vence la hipoteca, habría de considerarse a ésta inútil a menos que se pretendiese tan sólo aparentar una garantía. *c)* Que la cancelación automática solicitada es en nuestro sistema una excepción a la regla general. La regla 2.ª del artículo 82 de la Ley Hipotecaria es desarrollada por el artículo 175 de su Reglamento que contempla seis supuestos concretos, con requisitos específicos en cada caso, a los que pudieran añadirse otros admitidos por decisiones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pero que como toda excepción ha de ser interpretada restrictivamente, al punto de que puede decirse que tales excepciones están sujetas a un régimen de *numerus clausus*. De la situación de hecho contemplada ha de deducirse que no brilla la claridad, lo que unido a la accesoriedad de la hipoteca y la coincidencia de fechas entre el vencimiento de la obligación garantizada y la duración de la hipoteca ha de deducirse que no cabe la cancelación automática solicitada, que tan sólo sería admisible justificando fehacientemente que no existió responsabilidad por las obligaciones futuras derivadas de la póliza de garantía que tuviera que abonar el titular de la garantía hipotecaria o prestando éste, también de modo fehaciente, su consentimiento. Rectifica, no obstante su nota en cuanto a la referencia en ella contenida el artículo 156 de la Ley Hipotecaria, motivada por la incomprensible inclusión en la escritura de constitución de hipoteca del artículo 154 de la misma Ley, que por errónea debe de tenerse por no puesta.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó Auto desestimando el recurso en base a que si la hipoteca es accesorio del crédito que garantiza, mal puede cancelarse sin conocer el resultado de las obligaciones garantizadas o sin que conste el consentimiento del acreedor, pues frente a la regla general del artículo 82 de la Ley Hipotecaria las excepciones del párrafo segundo no amparan la solicitud de la recurrente y únicamente podrían admitirse la cancelación si se demostrara de modo fehaciente que no existió responsabilidad por las obligaciones futuras que tuviera que abonar don J. A., o bien prestando éste de igual forma su consentimiento.

VI. La recurrente apeló el Auto presidencial fundándose en que: 1.º. Debe distinguirse entre la obligación garantizada y el derecho real que la garantiza, dando sustantividad a éste de suerte que cabe que el garante lo limite en el

tiempo como sucede a diario en el tráfico mercantil, y más concretamente con los avales bancarios que generalmente se conceden con eficacia temporal limitada; 2.º Que el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria reconoce la sustantividad del derecho real de garantía al establecer como una de las causas de cancelación de las inscripciones que el derecho inscrito (en este caso la hipoteca, no el crédito con ella garantizado) quede extinguido por una causa que resulte del propio título en cuya virtud se practicó la inscripción; y 3.º Que la doctrina científica así lo admite al reconocer que los derechos reales de garantía pueden extinguirse por las causas comunes a los demás derechos reales como el término final o la condición resolutoria.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1, 38, 40, 82.2 y 142 de la Ley Hipotecaria; Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1903, 24 de noviembre de 1982 y 28 de octubre de 1992, y las Resoluciones de esta Dirección General de 31 de julio de 1989 y 6 de febrero y 18 de mayo de 1992.

1. En el presente recurso se plantea la procedencia de cancelar, al amparo de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, determinadas inscripciones de hipoteca constituida en garantía de una deuda futura e incierta, sobre la base de haber vencido el plazo por el que se constituyó la garantía.

2. Como ya dijera la Resolución de este Centro Directivo de 31 de julio de 1989, cuya doctrina confirmaron otras posteriores (vid. Resoluciones de 6 de febrero y 18 de mayo de 1992), es regla general de nuestro ordenamiento hipotecario la de que la rectificación del Registro, de la que la cancelación no es sino una modalidad, precisa del consentimiento del titular registral o bien de resolución judicial firme dictada en el juicio declarativo correspondiente (arts. 1, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria); la hipótesis contemplada en el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria precisa, en consecuencia, para su operatividad, que la extinción del derecho inscrito, según la Ley o el título, resulte de manera clara, precisa e indubitada.

3. La hipoteca voluntaria, como fruto que es de la autonomía de la voluntad plasmada en un negocio jurídico, puede constituirse por plazo determinado al igual que puede quedar sujeta a una condición. Ahora bien, el plazo fijado para aquélla puede tener, según los casos, un distinto significado que habrá de analizarse atendiendo a los concretos términos en que aparezca constituida.

En el presente caso, en que se ha pactado que el plazo de duración de la garantía hipotecaria será el que va desde el 6 de mayo de 1981 hasta el 20 de agosto de 1988, ambos inclusive, ha de entenderse, por un lado, que las obligaciones garantizadas tan sólo son las que, derivando de la relación jurídica predeterminada, hayan podido surgir durante ese lapso de tiempo, no las que existiesen antes ni las nacidas con posterioridad; y por otro, que de no haber surgido responsabilidad alguna de aquella relación jurídica cuyas consecuencias se garantizan durante ese período de tiempo, la hipoteca habrá caducado. Además, en el presente caso esta interpretación es la única que permite conciliar la identidad del plazo establecido para el nacimiento de la obligación y el de duración de la garantía hipotecaria, ya que de otro modo ésta quedaría inoperante al no disponer el acreedor del mínimo margen temporal para hacerla efectiva. Y finalmente, da sentido al pacto contractual por el que se garantiza

el pago de intereses de la deuda principal, cubiertos por la hipoteca hasta tres años frente a tercero, y que bien pudieran ser devengados por la suma adeudada a partir del momento señalado como de vencimiento para la obligación.

Procede, por tanto, confirmar la nota de calificación y el Auto apelado que consideran que no se está en el presente caso ante un supuesto de extinción del derecho inscrito por una causa que resulte del propio título en cuya virtud se practicó la inscripción, admitiendo, no obstante, la posibilidad de su cancelación, aun sin el consentimiento del titular registral, si se acredita fehacientemente que en la fecha fijada como término para la garantía hipotecaria no había nacido la obligación en garantía de la que se constituyó.

Esta Dirección General acuerda desestimar el recurso interpuesto, confirmando el Auto apelado.

COMENTARIOS CRÍTICOS

Por un error —en este caso excusable— he comentado antes del texto de esta Resolución la de 22 de junio de 1995, que en el fondo viene a coincidir con la doctrina que en ésta se mantiene. La cosa resulta algo anacrónica, pero el lector sabrá superar las referencias que haga en esta Resolución de otra que es posterior en fecha. El tema central es de si cabe o no aplicar la doctrina que emana del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria en base de un pacto incluido en la escritura de constitución de hipoteca, por el que la hipoteca se entenderá vencida en el plazo que se señala. A diferencia del supuesto de la Resolución que lleva por fecha el 22 de junio de 1995, aquí los hechos son más complicados y hay, ciertamente, una gran dificultad que pesa incluso sobre la inicial decisión del Registrador.

Los hechos están salpicados de incidencias de garantías y distinciones, así como de pactos especiales sobre intereses y fechas de devengo. El Banco de Crédito Agrícola concede a doña M. G. V. un crédito. Este crédito lo afianza el Banco de Bilbao hasta la fecha de 20 de agosto de 1988. Dos personas más en el año 1979 y por póliza intervenida por Corredor de Comercio constituyen una «contragarantía» a favor del Banco de Bilbao. Metidos en el año 1981 la primitiva deudora y su esposo constituyen hipoteca de «seguridad y firmeza de deuda futura» en favor de una de las dos personas que constituyeron la «contragarantía». Luego viene la cláusula de intereses y, por fin, se señala el «plazo de duración» de la hipoteca, que se cuenta desde el día de la firma de la escritura hasta el 20 de agosto de 1988, fecha que, como hemos visto, es la misma que la de la fianza prestada por el Banco de Bilbao. Frente a todo ello, las posturas de los que intervienen en la Resolución son las siguientes:

A) LA DEL REGISTRADOR Y SU CALIFICACIÓN

Como en la escritura donde se pacta la hipoteca, para ser inscrita y quedar plenamente constituida, se dice que la misma se hace conforme a la normativa establecida en los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria, el Registrador considera que al tratarse de una hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito y de títulos transmisibles por endoso o al portador no cabe su cancelación más que en la forma y con los medios que señala el artículo 156 de la Ley Hipotecaria. Esta postura, sin embargo, es rectificada posteriormente por

el Registrador al considerar que, en base de lo dispuesto en la escritura de hipoteca, se hacía referencia al artículo 154 de la Ley Hipotecaria, y ello le obligó a citar el artículo 156 de la Ley Hipotecaria como el único camino para lograr la cancelación. Por ello, entiende que debe tenerse por «no puesta» la referencia.

Sin perjuicio de que en otro lugar abordemos la validez o no de la alteración de los términos de calificación, a cuyo efecto habría que tener en cuenta el artículo 116.1 del Reglamento Hipotecario en donde se habla de que se «podrá rectificar ésta en todo o en parte», y también el artículo 127 del mismo Reglamento donde se impone al Registrador «incluir en la calificación todos los motivos por los cuales proceda la suspensión o denegación del asiento solicitado». Los hechos demuestran que es viable el «cambio de motivo», pero habría que estudiar con detenimiento las Resoluciones de 9 de agosto y 16 de diciembre de 1955 y 10 de octubre de 1972, así como las que se refieren a la llamada «nota de calificación adicional» (Resoluciones de 16 de abril de 1989 y 12 del mismo mes y año).

La argumentación que el Registrador utiliza en el informe, rectificando su criterio de la nota, es sumamente correcta, pues el carácter accesorio de la hipoteca no puede surgir sin la existencia de una obligación principal. El caso que se contempla es el de una hipoteca en garantía de una obligación condicional y futura hasta una cantidad máxima, lo que hace que resalte aún más su accesoriedad respecto a la obligación garantizada. El plazo señalado en la escritura de hipoteca no puede considerarse aislado, ya que ese mismo día caducaba la hipoteca. La fecha tope para que surja el crédito coincide con la fecha de caducidad de la hipoteca. En relación con la aplicación o no del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria, el Registrador se manifiesta contrario a ello, pues al tratarse de un supuesto excepcional su interpretación debe entenderse restrictiva.

B) POSICIÓN DEL RECURRENTE

El resumen que ofrece el *BOE* permite pocas agarraderas y de él se deduce que la esencia de la motivación del recurso es que a los hechos que sirven de base al mismo no puede aplicarse para la cancelación de la hipoteca voluntaria las causas que se señalan en el título V de la Ley Hipotecaria, sino las generales que figuran en el título IV, entre las que figura el artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria, en donde cabe la que señala la misma escritura de hipoteca al hablar de que la hipoteca se extingue «por expiración del término y caducidad», teniendo ésta lugar no sólo por la prescripción, sino por expiración del plazo señalado. En el comentario que hacemos a la Resolución de 22 de junio de 1955 deslindamos una serie de figuras para evitar esta confusión del recurrente.

C) LA DIRECCIÓN GENERAL Y EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entiende que en este caso hubiese sido preciso prestar el consentimiento por parte del titular de la hipoteca, pues mal puede cancelarse éste por el cauce del artículo 82.2 de la Ley Hipotecaria sin conocerse el resultado de las obligaciones garantizadas.

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.