

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

5239 *Resolución de 8 de febrero de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Alicante, contra la negativa del registrador de la propiedad n.º 3 de Alicante, a inscribir una escritura de hipoteca de máximo.*

En el recurso interpuesto por el Notario de Alicante, don Jesús María Izaguirre Ugarte, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Alicante número 3, don Fernando Trigo Portela, a inscribir una escritura de hipoteca de máximo.

Hechos**I**

En escritura autorizada por el Notario de Alicante, don Jesús María Izaguirre Ugarte, con fecha 7 de junio de 2010, número 2.845 de protocolo, la mercantil «Vimepia, S.L.U.» constituye hipoteca de máximo a favor del «Banco de Santander, S.A.» en garantía de deuda ajena -un préstamo documentado en póliza, cuyo testimonio se protocoliza, a favor de «S & R Jewel Shop, S.L.»

II

El día 7 de junio de 2010 se presentó telemáticamente la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Alicante número 3, causando el asiento número 1 del Diario 123. El día 11 de agosto de 2010 se presentó copia auténtica, siendo calificada por la Registradora Accidental, doña María Teresa Sáez Sanz, con fecha 26 de agosto de 2010, en los siguientes términos: «Se ha señalado como domicilio para notificaciones y requerimientos de la parte prestataria e hipotecante, el domicilio social reseñado en la intervención de la escritura, constando en la intervención únicamente la mercantil hipotecante «Vimepia, S.L.», siendo la parte prestataria la mercantil «S&R Jewel Shop, S.L.» de cuya mercantil, circunstancias personales y persona o personas que la representen no se hace referencia alguna en dicha intervención». Fundamenta dicha nota en los artículos 9, 18 y 254.2 de la Ley Hipotecaria, y 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dicha escritura fue aportada nuevamente el día 4 de noviembre de 2010 en unión de escritura de subsanación de fecha 4 de octubre de 2010 autorizada por el mismo Notario, en la que se indica que la remisión al domicilio que consta en la intervención debe entenderse referida al hipotecante, no a la entidad prestataria, que no interviene en el acto, al tratarse de «una hipoteca en garantía del contrato de préstamo formalizado en póliza y del que se protocolizó testimonio suficiente para su identificación».

El Registrador titular, don Fernando Trigo Portela, con fecha 20 de noviembre de 2010 mantuvo la nota de calificación, al entender que no se subsanaron los defectos, ya que la entidad deudora no interviene en la escritura de hipoteca ni en la de subsanación ni señala domicilio alguno para notificaciones y requerimientos. Advierte expresamente que no se prorroga el asiento de presentación y reitera la nota de recursos.

Con fecha 23 de noviembre de 2010, la escritura se vuelve a presentar en el Registro, causando el asiento 583 del Diario 125, vigente hasta el 7 de febrero de 2011. El documento fue retirado inmediatamente sin pedir nueva nota de calificación.

III

El Notario autorizante, don Jesús María Izaguirre Ugarte, interpone recurso mediante escrito de fecha 13 de diciembre de 2010, alegando: 1- Que es bien sabido que el contrato de hipoteca es un contrato accesorio de otro principal, cuya finalidad es asegurar el

cumplimiento de éste (artículo 1857 del Código Civil); 2- Que el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, en su redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, permite constituir hipoteca de máximo a favor de entidades financieras, en garantía de una o diversas obligaciones de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio. El párrafo segundo de dicho precepto establece los requisitos mínimos que habrán de servir para identificar la obligación garantizada, su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos generadores de las obligaciones garantizadas, así como los que concretan el alcance de la hipoteca, su responsabilidad máxima, su plazo y la forma de liquidar la deuda; 3- Que los intervinientes en la escritura de hipoteca, hipotecante y banco, podrían haber preferido formalizar una escritura de préstamo hipotecario en la que participaran todos a la vez, banco, prestatario, hipotecante y otra sociedad que es fiadora, pero no lo hicieron; 4- Que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en los anteriores preceptos y que los domicilios señalados para notificaciones y requerimientos quedan perfectamente establecidos en sus respectivos lugares, para el banco y el hipotecante en la escritura de hipoteca y para la prestataria y la fiadora en la póliza que se testimonia e incorpora.

IV

El Registrador emitió su informe el día 18 de diciembre de 2010, elevando el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1158, 1198, 1205, 1212, 1527, 1823, 1835, 1838, 1839 y 1857 del Código Civil, 138, 141, 144 y 153 bis de la Ley Hipotecaria, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de mayo de 1986, 20 de septiembre de 1989, 7 de febrero y 9 de julio de 2001, y 14 de enero de 2008, y Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1995.

1. Dos son las cuestiones que se plantean en el presente recurso: de un lado si es necesaria para la inscripción de una hipoteca en garantía de una deuda ajena –consistente en un préstamo documentado en póliza intervenida, cuyo testimonio se protocoliza– la intervención en la escritura de la entidad deudora, y en segundo lugar si es defecto que impida la inscripción de la hipoteca la omisión de alguno de los domicilios para notificaciones y requerimientos, en concreto el de la citada entidad prestataria.

2. En cuanto al primero de los defectos, consistente en la no intervención del deudor en la escritura de constitución de la hipoteca en garantía de una deuda ajena, no puede ser confirmado. Como ya indicara la Resolución de este Centro Directivo de 26 de mayo de 1986, la hipoteca como derecho real de garantía, tiene carácter accesorio, presupone una deuda ya existente o en trance de formación y, aunque en la generalidad de las hipótesis son simultáneos el acto generador del crédito y el negocio constitutivo de la hipoteca y coinciden los sujetos de uno y otro, ello no permite concluir que cuando crédito y garantía real nazcan en momentos distintos sea precisa la intervención del deudor en la constitución de ésta, ya que basta, según los casos, con que en la hipoteca se describa o identifique debidamente la obligación que se garantiza, o se precisen las circunstancias básicas de la relación jurídica de la que pueda surgir cuando sea futura, con independencia de que la obligación llegue a existir realmente, pues será en el momento de la ejecución hipotecaria, previa constancia del efectivo nacimiento de la obligación (cfr. artículos 23 y 143 de la Ley Hipotecaria, y 238 del Reglamento Hipotecario), cuando deba acreditarse la existencia, cuantía, vencimiento y demás características de la deuda, utilizando para ello los procedimientos oportunos, entre los cuales no podrá incluirse lógicamente, el título constitutivo de la hipoteca.

Y es que, como ha declarado este Centro Directivo en su Resolución de 21 de diciembre de 2007, si bien el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (cfr. artículos 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario) –lo que tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su

carácter accesorio del crédito garantizado (artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1857 del Código Civil), exige, como regla general, la precisa determinación de la obligación a la que sirve—, sin embargo, en materia de hipotecas, el principio de determinación de los derechos inscribibles se acoge con flexibilidad, a fin de facilitar el crédito, permitiéndose, en ciertos supuestos, la hipoteca sin la previa determinación registral de todos los elementos de la obligación. En este sentido, no se precisa, ciertamente, que la obligación por asegurar tenga ya, en el momento de la constitución de la hipoteca, existencia jurídica ni que ésta sea definitiva; puede constituirse también en garantía de una obligación futura o sujeta a condición (artículo 142 de la Ley Hipotecaria), aunque también en esta hipótesis será preciso identificar, al tiempo de su constitución, la relación jurídica básica de la que derive la obligación que se pretende asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento, en su caso, y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria.

Por la misma razón y en ese ámbito de aplicación flexible del principio de determinación hipotecaria, se ha admitido también (cfr. Resolución citada de 26 de mayo de 1986) que pueda constituirse hipoteca en garantía de deuda ajena sin que sea precisa la intervención del sujeto pasivo de ésta. Y así lo corrobora la regulación civil sobre los requisitos y condiciones de la negociabilidad del crédito con independencia del deudor (artículos 1198, 1205, 1527 del Código Civil), la posibilidad de afianzamiento sin su intervención (artículos 1823 y 1838 del Código Civil), la admisión del pago por otro ignorándolo el deudor (artículo 1158), o la posibilidad de la hipoteca unilateral (artículo 141 de la Ley Hipotecaria), aun cuando en tales hipótesis es indudable que la posición jurídica del obligado no podrá resultar agravada, cualquiera que sea el contenido de los acuerdos entre el acreedor y el cesionario, fiador o hipotecante no deudor, etc. (artículos 1198, 1212, 1835, 1839 y 1158 del Código Civil).

3. En cuanto al segundo defecto, consistente en la falta de consignación en la escritura de un domicilio del deudor, tampoco puede ser mantenido. Ciertamente, el artículo 682.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que el deudor -y, en su caso, el hipotecante no deudor- fije en la escritura un domicilio para la práctica de notificaciones y requerimientos. La fijación del domicilio a efectos del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados tiene la doble finalidad de asegurar al acreedor frente a dilaciones indebidas por cambios de residencia o mala fe del deudor, por un lado, y por otro, garantizar al deudor el exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas. En cuanto a lo primero, se trata en definitiva, como ha señalado la doctrina, de prevenir que la defensa de los derechos del deudor se funde en su propia torpeza y mala fe, dotando de certeza a la actuación del acreedor y del Juzgado y de fuerza jurídica las notificaciones y requerimientos que se dirijan al domicilio señalado. Y en cuanto a lo segundo, el régimen sobre las notificaciones personales del deudor en el domicilio señalado constituye un trámite esencial, que no puede ser suplido por ningún otro medio de comunicación, y cuya infracción determina no sólo la nulidad del trámite, sino la de todo el procedimiento y, con él, la propia adjudicación (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1994 y 1 de junio de 1995), ya que está vinculado al respecto del principio constitucional de tutela judicial efectiva. Se garantiza con ello que el deudor pueda satisfacer el importe de lo adeudado con anterioridad a la ejecución, intervenir para oponerse a cualquier irregularidad del procedimiento, personarse en la subasta para pujar o para provocar la subida de la puja, y contribuir en definitiva a realizar mejor el crédito del acreedor, lo que aminorará la responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil del deudor.

Pero, con todo, como ya ha señalado en otras ocasiones este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 7 de febrero y 9 de julio de 2001, y 14 de enero de 2008), la omisión o, en su caso, la defectuosa designación del domicilio realizada por el deudor a efectos del citado procedimiento de ejecución directa o del extrajudicial de ejecución de la hipoteca, producirá el efecto de que no puedan utilizarse dichos procedimientos —de carácter potestativo—, imposibilidad que no queda salvada por el hecho de que en la póliza que documenta la obligación garantizada se consigne un domicilio del deudor, ni por el hecho de que sí figure en la escritura el domicilio del hipotecante no deudor (que no puede sobreentenderse que sea común para aquél y para el deudor si no se expresó así claramente).

Ahora bien, lo anterior no comporta, al no existir precepto alguno que así lo disponga, la ineficacia de la hipoteca ni constituye obstáculo para la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de la obligada exclusión de los pactos relativos al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados y sobre ejecución extrajudicial. Ello supone que el «ius vendendi» o «ius distrahendi» insito en la hipoteca (cfr. artículo 1858 del Código Civil) no podrá desenvolverse en tales casos a través de los citados procedimientos al no constar el domicilio del deudor ni los citados pactos de ejecución en el Registro (cfr. artículo 130 de la Ley Hipotecaria), perdiendo con ello una de sus más importantes ventajas, pero no el resto de sus facultades que, no obstante, para nacer al mundo jurídico, dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca (cfr. artículos 1875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria), precisan de su constatación tabular, la cual no debe ser impedida por el motivo indicado en la calificación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de Derecho.

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

Madrid, 8 de febrero de 2011.—La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.