

LA CONSTANCIA DEL CARÁCTER DE HABITUAL O NO DE LA VIVIENDA QUE SE HIPOTECA

ESTUDIO DEL NUEVO ARTÍCULO 21-3 DE LA LEY HIPOTECARIA REFORMADO POR LA LEY 1/2013 DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL¹.

Ángel Valero Fernández-Reyes

Registrador de la Propiedad

ARTÍCULO 21 APARTADO 3 DE LA LEY HIPOTECARIA. La constancia del carácter de habitual o no de la vivienda que se hipoteca.

El artículo 21-3 de la Ley Hipotecaria, conforme a la nueva regulación introducida por la [Ley](#) 1/2013, establece que *“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”*.

Por su parte el artículo 129-2-b) de la misma Ley Hipotecaria, en el mismo sentido, dispone que *“La estipulación en virtud de la cual los otorgantes pacten la sujeción al procedimiento de venta extrajudicial de la hipoteca deberá constar separadamente de las restantes estipulaciones de la escritura y deberá señalar expresamente el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la venta extrajudicial el inmueble es vivienda habitual si así se hubiera hecho constar en la escritura de constitución”*.

a) Finalidad y ámbito del artículo. La introducción de estos dos nuevos párrafos tiene por finalidad constituir un principio de prueba a los efectos de aplicar a un tipo de préstamos hipotecarios, caracterizados fundamentalmente por su objeto, todas las medidas legales que ésta y otras leyes, más o menos coetáneas, establecen en favor de la vivienda habitual de las personas físicas, entendida como domicilio familiar, en relación a las condiciones de transparencia informativa, limitaciones de las cláusulas financieras –en especial de los intereses moratorios-, las medidas alternativas a la ejecución hipotecaria y los resultados de la propia ejecución.

En cuanto al ámbito de aplicación de estos artículos se plantean dos cuestiones principales, la primera si el mismo se extiende a los créditos hipotecarios dado que el artículo 21-3 sólo habla de “escrituras de préstamo hipotecario”, y la segunda si son aplicables en el supuesto que el titular de vivienda hipotecada sea una persona jurídica

¹ Este comentario tiene como base el informe que sobre la Ley 1/2013 elaboró la Comisión Técnica de Hipotecas del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad del que el autor fue ponente.

dado que este carácter del titular se aviene mal con el concepto de domicilio familiar que se trata de proteger.

Para dar una solución a estas cuestiones entiendo que deben primar los criterios de la interpretación teleológica y sistemática frente a la literalidad de la norma y así, respecto de la primera, me inclino por la aplicación de los citados párrafos tanto a los préstamos como a los créditos hipotecarios porque tanto el nuevo artículo 114-3 de la LH – limitación de intereses moratorios-, que es complementario del artículo 21-3, como el artículo 1-3-d) de la Ley 1/2013 –requisitos para la suspensión del lanzamiento- recogen ambas expresiones, porque las consecuencias del procedimiento de ejecución hipotecaria asociadas al carácter habitual de la vivienda gravada no distinguen en cuanto al origen de la hipoteca, y porque no encuentro razón alguna que justifique un trato diferenciado.

En relación a la segunda cuestión, entiendo que este nuevo requisito sólo es aplicable a los préstamos o créditos suscritos por personas físicas, por cuanto el concepto vivienda habitual o familiar únicamente es predicable respecto a las mismas, porque a los particulares que utilizan personas jurídicas interpuestas para obtener un régimen económico –fiscal o de otro tipo- más ventajoso en la adquisición de su vivienda, se les debe presumir suficientemente informados de las posibles consecuencias adversas de esa decisión, y porque así se deduce de los artículos 1-3-d) y 6-2 de la Ley 1/2013 que exigen el carácter de persona física del prestatario o deudor para la suspensión del lanzamiento y para fortalecer su posición respecto de las cláusulas suelo respectivamente. En la hipótesis que en la escritura de hipoteca se hiciera una manifestación expresa del propósito de atribuir a la vivienda hipotecada el carácter de habitual de alguna persona física –socio o administrador- de la entidad adquirente, las únicas consecuencias posibles se circunscribirían al ámbito de la ejecución en el que habría que estar a la decisión del respectivo juez.

b) Consecuencias registrales. Centrándonos en las consecuencias registrales de esta nueva norma, la mención o constancia en las escrituras de formalización de los préstamos o créditos hipotecarios del carácter de vivienda habitual de la finca gravada que recogen estos párrafos se encuadra, por su colocación sistemática, como una de las circunstancias que necesariamente deben contener ese tipo de escrituras públicas, junto con las demás menciones obligatorias que resultan del propio artículo 21 de la Ley Hipotecaria, así como del artículo 12 de la misma Ley y los demás artículos concordantes –153, 153 bis, 154, 157, etc. de la LH-, que regulan los distintos supuestos especiales de hipoteca.

En consecuencia, no podrá inscribirse ninguna hipoteca afectante a personas físicas que grave una vivienda sin que se realice una manifestación expresa acerca de del carácter o no de vivienda habitual de la finca gravada que exige este artículo, ya lo sea del deudor o, en su caso, del hipotecante no deudor, ya que en ambos casos puede tener transcendencia dicha manifestación, pues este requisito no se asocia exclusivamente a que el préstamo tenga como destino la adquisición de la vivienda habitual sino la protección de la misma en caso de ejecución hipotecaria, que se manifiesta, entre otros efectos, en la posibilidad de suspensión de los lanzamientos recogida en el artículo 1 de la Ley 1/2013, en las limitaciones de la responsabilidad del deudor después de la adjudicación del artículo 579 de la LEC, o en la determinación de los valores de adjudicación del art. 671 de la LEC. Refuerza este criterio el párrafo segundo del

artículo 2 del RDL 6/2012 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 –habla de “avalistas hipotecarios”- respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario.

Ahora bien, a pesar de la dicción literal del artículo, a efectos registrales, esta manifestación debe ser doble, debiendo señalarse también que el préstamo o crédito tiene como destino o finalidad la adquisición de la vivienda habitual que se hipoteca, ya que, no obstante no exigirla el artículo de referencia, la considero también necesaria, porque la falta de la misma impediría la aplicación vía calificación de determinados artículos de la reforma por faltar los datos necesarios para ello –ej. el límite de los intereses moratorios (art. 114.3 de la LH), los requisitos informativos en caso de existir cláusulas suelo (art. 6 de la Ley 1/2013), etc.-. No obstante, en casos evidentes, como el de escrituras de compra e hipoteca otorgadas sucesivamente en que se indique que el piso, apartamento o chalet se dedicará a vivienda habitual, podrá prescindirse de esta segunda manifestación.

En la práctica registral se pueden encontrar supuestos especiales en que se plantee la cuestión de la necesidad o no de la mención del requisito de que tratamos, de la forma de su cumplimiento o de sus efectos, entre los que se me ocurren los siguientes:

1) En el caso de hipoteca constituida por persona casada en régimen de separación de bienes o en otros supuestos en que la vivienda fuera privativa de la misma, considero, por aplicación del artículo 91-1 del RH, que es suficiente su sola manifestación, como único disponente titular registral, de que la finca gravada no tiene el carácter de vivienda habitual, sin exigir la manifestación del cónyuge, igual que ocurre en caso de venta de la misma en relación con el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1320 del Código Civil.

2) En el caso de constitución de hipoteca inversa, la necesidad de la manifestación de que la finca hipotecada es la vivienda habitual del acreditado, es un requisito estructural de este tipo de hipoteca según dispone la disposición adicional 1ª de la Ley 41/2007 (la finca hipotecada deberá ser la vivienda habitual del prestatario-hipotecante y estar totalmente pagada y libre de cargas), por lo que deberá constar en la escritura, pero los efectos de esa declaración en el ámbito de la protección de los consumidores difieren de los propios de la hipoteca ordinaria.

Así, no es aplicable a este tipo de hipoteca la limitación de intereses moratorios a que se refiere el artículo 114-3 de la LH que analizamos posteriormente, porque este artículo presupone que el préstamo o crédito se concede para la adquisición de la vivienda habitual y, en la hipoteca inversa la vivienda tiene que haberse adquirido con anterioridad y estar totalmente pagada en el momento de su constitución. Tampoco serán aplicables, en principio, a la hipoteca inversa los efectos procesales ejecutivos derivados de la reforma porque en esta hipoteca el préstamo no debe reembolsarse hasta que el prestatario o el último de los beneficiarios fallezca, reembolso que será efectuado por los herederos del propietario-prestatario respecto de los cuales la finca gravada no tendrá el carácter de vivienda habitual, salvo que en la partición de la herencia se adjudique la finca a un concreto heredero y éste le atribuya ese carácter.

Por otra parte, la circunstancia de tratarse la finca gravada la vivienda habitual del deudor o del hipotecante no deudor, aunque el art. 21-3 de la LH sólo exige que se incluya en la escritura de hipoteca, se debe hacer constar también expresamente, a los efectos que se dirán, en la inscripción registral de la hipoteca, pero considero que no debe mencionarse ese carácter en la publicidad formal ordinaria por cuanto el domicilio es un dato que goza de una especial protección según la LOPD. Únicamente deberá publicitarse este dato y, además, con carácter obligatorio, ya que condicionará las decisiones que deba adoptar el juez o secretario judicial en el procedimiento, en las certificaciones de dominio y cargas que se expidan a efectos de la ejecución hipotecaria.

Igualmente estimo la conveniencia, aunque formalmente no sea necesario, de hacer constar este carácter habitual de la vivienda en las escrituras de novación de hipoteca y en las de subrogación activa en los préstamos hipotecarios, por las repercusiones que esa circunstancia de la habitualidad tiene en el procedimiento de ejecución y por las presunciones que a estos efectos establece el artículo 21-3 de la LH. Así, por un lado, el otorgamiento de estas escrituras constituye un momento adecuado para la constancia registral del carácter de la vivienda si el mismo no figura en la respectiva inscripción por ser la escritura de constitución anterior a la reforma y, por otro lado, porque aun constando ese carácter o no de vivienda habitual de la finca gravada, si éste se hubiere alterado en la práctica, su actualización registral afectaría a la presunción legal si, como digo, en las citadas escrituras de novación o subrogación se modificara el carácter de la vivienda en uno u otro sentido.

c) La presunción legal de habitualidad. Por todo lo expuesto hasta aquí, entiendo que el artículo 21-3 de la LH citado incurre en una grave incorrección técnica ya que la presunción del carácter habitual de la finca gravada a efectos de ejecución hipotecaria deriva, en realidad, no de la constancia de dicho carácter en la escritura de constitución de hipoteca, sino en la correspondiente inscripción registral, y ello por aplicación del artículo 130 de la LH, según el cual la ejecución directa sólo podrá basarse sobre aquellos extremos del título que se hayan recogido en la inscripción, y por la eficacia que la certificación registral de dominio y cargas a que se refiere el artículo 688 de la LEC tiene en el ámbito de la ejecución.

Además, como ya se he indicado, debe tenerse en cuenta que el carácter o no de vivienda habitual puede ser modificado en una escritura posterior de novación o confeccionada expresamente para ello por las mismas partes, o indicado expresamente por un tercer adquirente en la escritura de compra de la finca al subrogarse pasivamente en la hipoteca, o señalado por el propio deudor y un nuevo acreedor (que no dispone de la escritura de constitución y que no debe aportarla en caso de ejecución conforme el artículo 6 de la Ley 2/1994) en la escritura de subrogación activa en el préstamo hipotecario, etc. Es decir, sólo la constancia registral del indicado carácter habitual reflejado, a su vez, en la correspondiente certificación de dominio y cargas puede tener desde la lógica jurídica ese efecto presuntivo, ya que siempre constituirá prueba en contrario, a los efectos de la ejecución, de lo que se indique en la escritura de formalización de la hipoteca.

Ángel Valero Fernández-Reyes
Madrid a 3 de noviembre de 2013