

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12443 *Resolución de 26 de julio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Las Rozas de Madrid n.º 2, por la que se deniega la inscripción de una hipoteca en garantía de afianzamiento.*

En el recurso interpuesto por doña V. C. V., en nombre y representación de «Avalmadrid, S.G.R.», contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Las Rozas de Madrid número 2, don Luis Delgado Juega, por la que se deniega la inscripción de una hipoteca en garantía de afianzamiento, a favor de una sociedad de garantía recíproca.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Federico Garayalde Niño, el 19 de diciembre de 2011, con el número 2183 de protocolo, los cónyuges don J. R. F. L. A. y doña M. L. V. M., los cónyuges don J. L. G. L. y doña M. C. M. L., doña R. C. M., doña N. E. F. R, don J. L. B. M., y don J. L. P. O., constituyeron hipoteca a favor de «Avalmadrid, S.G.R.», para garantizar los avales otorgados por ésta a favor de «Integración Agencias de Viajes, S.A.», abriéndose al afecto, una línea de avales, hasta un importe máximo de 1.233.500 euros.

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Las Rozas de Madrid número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Previo examen y calificación del documento presentado, se suspende la inscripción del mismo con arreglo a los siguientes defectos: 1.–Por tratarse de una hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones futuras e indeterminadas, hipoteca flotante, sólo admitida en nuestro sistema a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, sin que la sociedad de garantía recíproca tenga esta consideración. 2.–Por existir total indeterminación en el plazo de duración de la hipoteca. 3.–No son susceptibles de inscripción las cláusulas que se indican en los fundamentos de Derecho por los motivos en ellos expresados. De considerarse admisible la hipoteca al amparo del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria se practicaría la inscripción con arreglo a lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria. Hechos.–El precedente consistente en una escritura pública otorgada ante el notario de Madrid, don Federico Garayalde Niño el día 19 de diciembre de 2011, número 2183 de protocolo, ha sido nuevamente presentada el día 3 de abril de 2012, asiento 1433 del Diario 58. Fundamentos de Derecho.–1.–En el título presentado se constituye hipoteca a favor de una sociedad de garantía recíproca en garantía del reembolso de las cantidades que por cualquier concepto haya de satisfacer la misma frente a terceros beneficiarios de su aval por cuenta del avalado cuya vigencia se extiende hasta que la entidad avalista perciba las cantidades a cuyo pago pudiese venir obligado en virtud del los citados avales emitidos con cargo a la línea de avales, así como las derivadas del afianzamiento pactado en la escritura y como máximo veinte años a partir del día de otorgamiento de la escritura, prorrogables por periodos sucesivos de cinco años, en tanto en cuanto pervivan las obligaciones. En la cláusula novena se prevé que todas las cantidades que puedan adeudarse a Avalmadrid se adeudarán en una cuenta especial en la que también se

abonarán las cantidades satisfechas por el deudor. La Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre se refiere a las hipotecas flotantes en los siguientes términos: «En el capítulo IV se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente flotantes. La accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquellas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria. Lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas. La hipoteca de máximo permitirá admitir nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados» En este contexto, el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria admite esta clase de hipotecas a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas; o, a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos. El artículo 153 de la Ley Hipotecaria, relativo a la hipoteca en garantía de cuenta corriente, no experimenta ninguna clase de modificación; más al contrario, el artículo 153 bis, refuerza en una interpretación «a sensu contrario» la doctrina tradicional de la Dirección General en esta clase de hipotecas en cuanto a la necesidad del pacto novatorio. La reforma no puede considerarse, en modo alguno, que haya pretendido alterar, con vocación expansiva, los principios tradicionales que en nuestro sistema rigen la hipoteca en relación a la obligación garantizada, las palabras de la Exposición de Motivos son claras al respecto. Es doctrina reiterada de la Dirección General de Registros y Notariado (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 3 de noviembre de 2000, 10 de julio de 2001, 12 de septiembre de 2003 y 11 de octubre de 2004, entre otras) que el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (cfr. artículos 9.2.º de la Ley Hipotecaria y 51.6.º del Reglamento Hipotecario), lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen circunstanciadamente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.); y aunque -con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito- se permite en ciertos supuestos la hipoteca sin la previa determinación registral de todos sus elementos, siempre se imponen algunas exigencias mínimas, para impedir que tal derecho constituya, en realidad, una mera reserva de rango registral o una especie de hipoteca «flotante», en la que, si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del acreedor determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes, totales o parciales, de obligaciones ya existentes o con el importe de otras obligaciones que en el futuro pueda contraer el mismo deudor en favor del acreedor. Por ello, no es posible inscribir en el Registro una sola hipoteca que garantice todas aquellas obligaciones, existentes y futuras, que haya o pudiera haber entre acreedor y deudor, de suerte que la hipoteca «flote» sobre las diversas obligaciones garantizadas para, en el momento en que el acreedor desee ejecutar alguna, algunas o todas las que, siendo vencidas, líquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, se deje caer la hipoteca sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee que estén cubiertas con la garantía hipotecaria y ejecutar ésta con la preferencia que respecto de otros acreedores deba tener el acreedor a consecuencia de la naturaleza del derecho real y la fecha de la inscripción en el Registro. Esta doctrina se aplicó en las Resoluciones de 11 de octubre de 2004 y 25 de abril de 2005 a hipotecas en garantía de obligaciones derivadas de un contrato de suministro. La posición mantenida por la Dirección General, partiendo de los artículos 9, 12, 104, 153 de la Ley Hipotecaria, 1256

y 1273 del Código Civil, en relación a las hipotecas en garantía de cuenta de crédito (vid Resoluciones de 27 de julio y 6 de noviembre de 1999, 10 de julio de 2001 y 12 de septiembre de 2003, 11 de octubre de 2004 y 23 de julio de 2005), es que son exigibles para su admisión: 1.-La determinación en sus líneas generales de las obligaciones a cargar o asegurar; 2.-El no arbitrio del acreedor respecto de la inclusión de las partidas en cuenta; 3.-Y, finalmente, que se pacte el efecto novatorio de las obligaciones cargadas en cuenta, sin que se trate de una mera reunión contable. El citado artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en la redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (la misma que introdujo el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria), recogiendo la relación del artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986 de adaptación del Derecho vigente en materia de entidades de crédito al de la Comunidades Europeas -en su redacción dada por la Ley 44/2002 mantenida por la Ley 21/2011-, enumera entre otras como entidades de crédito a «d) los establecimientos financiero de crédito». Asimismo la disposición final primera de la Ley 3/1994 por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, en la redacción dada por la Ley 16/2009, bajo la rúbrica de «establecimientos financieros de crédito», establece que «Tendrán la consideración de establecimientos financieros de crédito aquellas entidades que no sean entidad de crédito y cuya actividad principal consista en ejercer, en los términos que reglamentariamente se determinen, una o varias de las siguientes actividades: a) La de préstamos y créditos, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y financiación de transacciones comerciales. b) La de «factoring», con o sin recurso. c) La de arrendamiento financiero, con inclusión de las actividades complementarias previstas en el párrafo 8 de la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. d) La de emisión y gestión de tarjetas de crédito. e) La de concesión de avales y garantías, y suscripción de compromisos similares.» Que, no obstante lo anterior, lo cierto es que los establecimientos financieros de crédito se regulan por el RD 692/1996 de 26 de abril, cuyo artículo 1º ratifica que podrán serlo aquellas entidades que se dediquen exclusivamente a la concesión de avales y garantías similares, y deben según su artículo 5 adoptar la forma de sociedad anónima y otros requisitos específicos entre ellos el de un capital mínimo, según su artículo 4 inscribirse en el Registro Mercantil y en el Registro especial de EFC, y según su artículo 1-3 incluir en su denominación la expresión establecimiento financiero de crédito y la abreviatura EFC (como de hecho hacen las sociedades de crédito hipotecario o las de arrendamiento financiero). Mientras que por su parte la sociedades de garantía recíproca se rigen por la citada la Ley 1/1994, cuyo artículo 5 las obliga a incluir en su denominación la expresión sociedad de garantía recíproca y la abreviatura SGR, y según la cual no necesitan adoptar la forma de sociedad anónima aunque se remite en ocasiones a la Ley de Sociedades Anónimas, sus socios deben ser PYMES, deben inscribirse en el Registro Mercantil y en el Registro especial de SGR, y sus requisitos de capital mínimo, por ejemplo, son distintos. De todo ello se deduce que las sociedades de garantía recíproca no son establecimientos financieros de crédito a los efectos del artículo 2 citado y que, en consecuencia, no puede constituirse a favor de esta entidad hipotecas flotantes en los términos del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Ningún obstáculo podría existir si la hipoteca lo fuera en garantía de cuenta corriente en la que fueran partidas de cargo las operaciones mencionadas; se hubiese previsto el efecto novatorio de su incorporación y se cumpliesen las demás exigencias previstas en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria. 2.-No obstante lo dicho, de considerarse a la sociedad de garantía recíproca como entidad financiera a los efectos de la Ley de Mercado Hipotecario, no obstante el plazo aparece totalmente indeterminado. Con carácter general, y dada la accesoriedad del crédito garantizado, en nuestro Derecho las hipotecas no tienen un plazo independiente del de la obligación garantizada. Es a partir del vencimiento de esta última a partir del momento en que se empieza a contar el plazo de prescripción de la acción hipotecaria (cfr. 128 de la Ley Hipotecaria). Es por ello que no existe precepto alguno que exija la determinación del plazo de duración de

hipoteca. Existe una excepción y está contenida en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. La existencia de pluralidad de obligaciones, su mayor indeterminación, y la posibilidad de plazos diferentes entre ellas, hace necesario que se cumpla este requisito. El plazo de la hipoteca no va a coincidir con el de la obligación- obligaciones garantizadas: se trata de un plazo de caducidad que afecta al derecho real de hipoteca. 3.-En cuanto a las cláusulas que no pueden inscribirse son las siguientes: De acuerdo con la interpretación que efectúa del artículo 12.1, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria, tras su reforma por la Ley 4/2007, la Resolución de 11 de enero de 2011, reiterada en la de 8 de junio de 2011 y partiendo de la consideración de las SGR como entidades no incluidas en el artículo 2 de la LMH, resulta que no son de objeto de inscripción las siguientes cláusulas: Tercera, comisión de estudio por entender que ya está efectuada con anterioridad a la firma del contrato. Sexta, en cuanto a que su incumplimiento puede dar lugar al vencimiento anticipado del contrato se excluyen: el apartado A. porque supone una prohibición de disponer contraria al artículo 27 de la Ley Hipotecaria - Norma imperativa- y 107.3 de la Ley Hipotecaria, y es abusiva conforme a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, sin que quepa su inscripción por pactarse la posible constitución de otras garantías de naturaleza y rango satisfactorio, por estar reservado este supuesto exclusivamente para la transmisión -que no la constitución de gravámenes- en el marco de la hipoteca inversa -Disposición Adicional Primera número Cinco-; dentro de esta hipótesis ha de incluirse también el apartado N. Los apartados B., C. tercer párrafo, D., E., F., H., I., J- y O., puesto que la resolución del préstamo por incumplimiento de obligaciones pactadas se ha limitado a las que son objeto de inscripción rechazándose de conformidad con la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre, aquéllas en que no concurra justa causa consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial -no de las puramente accesorias o incumplimientos irrelevante-. Por las mismas razones hay que tener en cuenta que los pactos de vencimientos en caso de inexactitud de datos aportados, disminución de patrimonio por riesgo de insolvencia no objetivos, impago de otras obligaciones o existencia de cualquier acción judicial que haga desmerecer la solvencia del prestatario, son ajenos a las obligaciones garantizadas y además la ejecución de otras deudas no disminuye la garantía real y la preferencia de la hipoteca y por tanto vulnera los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria y 1129.1 del Código Civil. El apartado M., puesto que el vencimiento anticipado por situación concursal del deudor de conformidad con el artículo 61.3 de la LC, se tendrá por no puesta; el apartado G., por ser una causa genérica e indeterminada, contraria al principio de especialidad establecido en los artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. Séptima, del apartado C., las dos últimas líneas por lo dicho en la cláusula Sexta G; los apartados C, F, H, J, K, L, X, N, Ñ, por lo dicho para los apartados B., C. tercer párrafo, D., E., F., H., I., J. y O., de la cláusula Sexta. Por lo tanto sólo serían inscribibles las que están directamente conectadas con la garantía hipotecaria o implican un verdadero y grave riesgo de insolvencia, de carácter objetivo, al haber pactado por las partes la posibilidad de otorgar garantía personal o real sobre otros bienes suficientes. Por carecer de trascendencia real conforme a los artículos 9 y 98 de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario, la Décima, Undécima, Decimocuarta, Decimoquinta, Decimosexta, Decimoséptima, Vigésima, de Las Estipulaciones A. Financiación; La Décima, Decimoprimera y Decimosegunda de las Estipulaciones B. Hipoteca. Finalmente, de la Estipulación B. Hipoteca, no se inscriben: Segunda, por ser inoperante al estar aceptada en diligencia la hipoteca unilateral, Sexta, B. párrafos segundo y tercero, por estar reglado en el artículo 110 2 de la Ley Hipotecaria, Octava: b. y e., por ser contraria al principio de especialidad -artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario-, d. porque la ejecución o embargo de los bienes hipotecados, es pacto ajeno al préstamo garantizado y además la ejecución no disminuye ni la garantía real ni la preferencia de la hipoteca y por tanto vulnera los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria y 1129 1 del Código Civil, así mismo es contraria, en el caso de concurso de acreedores conforme al artículo 61.3 de la LC; Novena, el apartado A. se concreta a las cláusulas inscritas de la Séptima y no se

inscribe el apartado B. por ser contrario a la propia esencia de la ejecución hipotecaria que prevé la cancelación de la carga ejecutada y purga de las posteriores. Por los referidos hechos y fundamentos de Derecho, se suspende la operación solicitada por los defectos señalados. Contra esta (...). Las Rozas de Madrid, a 20 de abril de 2012. El Registrador (firma ilegible y sello del Registro). Fdo. Luis Delgado Juega.

III

Contra la anterior nota de calificación, doña V. C. V. en nombre y representación de «Avalmadrid, S.G.R.», interpone recurso en virtud de escrito de fecha 17 de mayo de 2012, en base entre otros a los siguientes argumentos: «Segundo.—Con fecha 20 de abril de 2012 de 2012, el titular del Registro de la Propiedad número dos de Las Rozas de Madrid, el registrador don Luis Delgado Juega, emite calificación negativa, denegando la inscripción solicitada, con base a los siguientes motivos: 1. En primer lugar, y este es el motivo de nuestro recurso, por carecer Avalmadrid como entidad de Sociedad de Garantía Recíproca, de capacidad para la constitución de hipotecas de máximo.—2. En segundo lugar, por quedar totalmente indeterminado el plazo de la hipoteca, ya que no se establece el plazo final de las prórrogas de vigencia del plazo inicial por el que se constituye dicha garantía. 3. Y, en tercer lugar, se deniega la inscripción de una serie de cláusulas previstas en la escritura de constitución de hipoteca. Tal y como anunciábamos, el presente recurso se centra en el primero de los motivos de la calificación negativa emitida, por la que se deniega la inscripción en base a que el registrador considera que Avalmadrid no puede constituir hipotecas de máximo, en aplicación del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Disconforme esta entidad con dichas calificaciones, en cuanto se consideran como no ajustadas a Derecho y gravemente perjudiciales para esta entidad, viene a interponer contra las mismas el presente recurso gubernativo, con base a los siguientes fundamentos de Derecho.—Primero.—Las Resolución que es objeto de recurso deniegan la inscripción de hipoteca de máximo a favor de Avalmadrid sobre la base de que esta entidad carece de capacidad a la vista del artículo 153 bis de la ley Hipotecaria para la formalización de dicha categoría de operaciones. Por tanto, debe analizarse tal denegación desde la perspectiva de la interpretación, integración y aplicación de dicho artículo y sus concordantes. La regulación de la hipoteca de máximos se establece en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, el cual establece (...). El citado artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en la redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, establece que «Las entidades de crédito que, a continuación, se detallan podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen: a. los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito; b. las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, c. las cooperativas de crédito. d. los establecimientos financieros de crédito. Segundo.—De la conjunción de ambos preceptos, resulta que las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo de regulación del mercado hipotecario, podrán constituir hipoteca de máximo. Y entre las que ahí se detalla, apartado d), se encuentran los establecimientos financieros de crédito. Pues bien, en este punto, la Resolución del Registro de la Propiedad de Las Rozas de Madrid número 2 deniega la inscripción de la hipoteca de máximo constituida por Avalmadrid, sobre la base de que ésta no tiene la condición de entidad de crédito, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 2, sino la de entidad financiera, concepto más amplio que el de aquél. En nuestra opinión, la Resolución citada no es ajustada a Derecho, dicho sea con todo nuestro respeto y consideración, en la medida en que el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria no exige tener la condición de entidad de crédito, sino la condición de entidad financiera, de entra las previstas en el artículo 2 citado. Y entre esas entidades financieras, se encuentran los «establecimientos financieros de crédito», concepto que no analiza la calificación registral analizada. Tercero.—Pues bien, para indagar tal concepto, debemos remitirnos a la Disposición Final Primera de la Ley 3/1994 por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se

introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero, en la redacción dada por la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, el cual, bajo la rúbrica de establecimientos financieros de crédito, establece que (...) Avalmadrid, como Sociedad de Garantía Recíproca que es, tiene precisamente por objeto social el otorgamiento de avales a favor de sus socios partícipes, según el artículo 2 de la Ley 1/1994, reguladora de Sociedades de Garantía Recíproca, el cual establece que «Las sociedades de garantía recíproca tendrán como objeto social el otorgamiento de garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución, a favor de sus socios para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares.». En definitiva, Avalmadrid tiene la condición de establecimiento financiero de crédito, y como tal comprendida en la relación de entidades financieras del artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, y como tal, comprendida dentro de las que pueden formalizar hipotecas de máximo, según el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Por tanto, y como decíamos, entendemos que la Resolución impugnada no es ajustada a Derecho, en la medida en que no ha aplicado el concepto de entidad financiera de crédito, y la clara inclusión en el mismo de Avalmadrid, y procede por tanto la revocación de la misma, y la inscripción de la hipoteca solicitada por nuestra representada. Cuarto.–Por otra parte, si bien la cuestión de que las sociedades de garantía recíproca puedan constituir hipotecas de máximo en seguridad de los avales emitidos por las mismas no ha sido analizada expresamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado, sí lo ha sido de modo tácito o indirecto. En este sentido, nos remitimos a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha de 30 septiembre 2009, RJ\2009\5939, en la que se analiza la inscripción de una hipoteca de máximo constituida por Iberaval Sociedad de Garantía Recíproca, denegada por motivos distintos a los aquí analizados, y en que se admite tal inscripción: En cuanto a tales antecedentes, nos remitimos al fundamento de Derecho primero de la citada Resolución, en los que se expresa que (...).–Quinto.–Por otra parte, y en relación con la misma escritura, es necesario indicar como la misma, y en cuanto contiene la constitución de hipotecas sobre fincas situadas en diferentes circunscripciones, fue también objeto de calificación positiva, en la cuestión que es objeto de análisis, por parte del registrador de la Propiedad número 2 de Marbella».

IV

El registrador emitió informe el día 29 de mayo de 2012 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos el artículo 1825 del Código Civil; 142, 143, 153 y 153 bis de la Ley Hipotecaria; 238 del Reglamento Hipotecario; 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; la disposición adicional primera, de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al Sistema Financiero; el artículo 1 de la Ley 1/1994 de 11 de marzo, reguladora de las Sociedades de Garantía Recíproca; el artículo 5 del Real Decreto 692/1996 de 26 de abril, por el que se regula el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito; la Resolución de este Centro Directivo de 17 de enero de 1994 y las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1993, 23 de febrero de 2000, 18 de marzo de 2002, 13 de octubre de 2005 y 30 de octubre de 2006.

1. El único defecto que es objeto de recurso es si cabe la inscripción de hipoteca de máximo en garantía de una línea de afianzamiento concedida por una sociedad de garantía recíproca por las deudas de uno de los socios partícipes de la misma. Por tanto, no son objeto del presente expediente ni la cuestión relativa al plazo de duración ni las cláusulas que son objeto de denegación.

En relación con el defecto indicado, las cuestiones que se plantean en este caso son dos: la primera de ellas, de la que se ocupa la nota calificadora, es si cabe constituir hipoteca del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria a favor de una sociedad de garantía recíproca; y la segunda de ellas, es si la hipoteca que se constituye en la escritura es una de esas hipotecas y si cabe la constitución de la hipoteca de máximo al amparo del artículo 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento, teniendo en cuenta que en la escritura no se hace referencia a que la hipoteca se constituye por la sociedad de garantía recíproca al amparo del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria.

2. Respecto a la cuestión de si puede constituirse a favor de las sociedades de garantía recíproca la hipoteca global y flotante del artículo 153 bis, la contestación ha de ser negativa, pues dichas sociedades no son ninguna de las que se prevé en el citado artículo 153 bis como titulares de las hipotecas que regula el mismo.

La hipoteca global y flotante del artículo 153 bis sólo puede constituirse a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio, y a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas.

Las entidades financieras a que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, que son las que pueden otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan en dicha Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinan, son las siguientes: a) Los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de créditos; b) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros; c) las cooperativas de créditos; d) los establecimientos financieros de crédito.

Es evidente que las sociedades de garantía recíproca no son ninguna de las entidades que se mencionan en dicho precepto, planteándose alguna duda respecto a si pueden o no incluirse entre los «establecimientos financieros de crédito» a que se refiere el apartado d) de dicho artículo 2, pero tampoco pueden incluirse en dicho concepto.

3. Por lo que se refiere a los «establecimientos financieros de crédito» la disposición adicional primera, de la Ley 3/1994, de 14 de abril, determina que tendrán la consideración de establecimientos aquellas entidades que no sean de crédito y cuya actividad principal consista en ejercer, en los términos que reglamentariamente se determinen, las que dicho precepto enumera, incluyendo en su apartado e) la de concesión de avales y garantías, y suscripción de compromisos similares. El apartado 3 de dicha disposición adicional primera dispone que la denominación de establecimiento financiero de crédito, así como su abreviatura, E.F.C., quedará reservada a estas entidades, las cuales estarán obligadas a incluirlas en su denominación social, en la forma que reglamentariamente se determine; y, en su apartado cuarto afirma que corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, previo informe del Banco de España, autorizar la creación de establecimientos financieros de crédito. Por su parte, el Real Decreto 692/1996 de 26 de abril regula el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, exigiendo en su artículo 5 que adopten la forma de sociedad anónima, un capital mínimo, así como su inscripción en el registro especial de establecimientos financieros de crédito.

4. En cuanto a las sociedades de garantía recíproca se rigen por la Ley 1/1994, de 11 de marzo, que en su artículo 1, apartado 3, las considera, a los efectos de esa Ley, como entidades financieras, pero no como establecimientos financieros de crédito.

Para ser establecimiento financiero de crédito no es suficiente el ejercicio de una actividad que pudiera considerarse similar a la de los establecimientos de esa clase, sino que es necesario que cumplan los requisitos establecidos en la citada Ley que los regula y en su Reglamento. En el presente caso, la sociedad de garantía recíproca ni ha acreditado autorización administrativa del Ministro de Hacienda, ni tampoco figura en su denominación las siglas EFC, ni cumple los demás requisitos de dichos establecimientos para ser considerados formalmente como tales.

Tampoco es posible aplicar aquí la analogía y considerar incluida en la lista de entidades a la que se remite el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria a las sociedades de garantía recíproca. La analogía sólo cabe cuando existe una laguna y en este caso, se trata de lista cerrada que no permite ninguna analogía. El artículo 153 bis se remite a una enumeración de entidades dada por otra ley, por lo que si en la ley de regulación del mercado hipotecaria no figuran las sociedades de garantía recíproca, no es posible incorporarlas alegando una analogía. Por otra parte, el artículo 2 de la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario se refiere a entidades que pueden conceder préstamos y créditos y emitir títulos regulados por la legislación del mercado hipotecario, nada de lo cual tiene que ver con las sociedades de garantía recíproca.

En consecuencia no es suficiente para tener la cualidad de EFC ejercer alguna de las actividades que legitiman para poder obtener tal cualidad: es cierto que todo EFC puede conceder avales, pero no que toda sociedad que avala sea un EFC, sino sólo las que ejerciendo esa actividad cumplen los demás requisitos y han obtenido la autorización del Ministerio.

A ello se une que el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria constituye una norma especial que no puede ser objeto de interpretación extensiva.

En consecuencia, la hipoteca global y flotante del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria no puede constituirse a favor de un acreedor distinto de aquellos a los que se refiere el precepto y por tanto, no cabe dicha hipoteca a favor de la sociedad «Avalmadrid, S.G.R.».

5. Una vez resuelta la primera cuestión que es objeto de debate en el presente recurso, procede resolver una segunda cuestión, que aunque no planteada directamente en la nota calificadora, está directamente conectada con la primera, y es la de si, aun no pudiéndose constituir la hipoteca del artículo 153 bis, la hipoteca constituida cabe al amparo de lo dispuesto en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento, es decir, como hipoteca en garantía de obligaciones futuras sujeta a su especial régimen distinto del establecido en el artículo 153 bis.

La cuestión ha de resolverse teniendo también en cuenta que en la escritura de constitución de hipoteca objeto de debate no se hace ninguna referencia expresa al artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, por lo que queda abierto el camino para plantear si cabe la misma al amparo de un precepto distinto del citado artículo 153 bis.

En realidad existen, entre otras, en la legislación vigente, tres clases de hipotecas de máximo: las que se constituyen en garantía de obligación futura (artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 del Reglamento Hipotecario); las hipotecas en garantía del saldo de apertura de cuenta corriente de crédito (artículo 153 de la Ley Hipotecaria) y las hipotecas globales y flotantes del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria.

Centrándonos en la hipoteca en garantía de obligación futura, dentro de ella cabe la que se constituye en garantía del fiador o avalista, pues se trata de la obligación futura de reembolsar al fiador lo que éste haya pagado en virtud del contrato de afianzamiento o aval. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de enero de 1994 no admitió la hipoteca en garantía de avales a favor de una sociedad de garantía recíproca porque al no existir todavía la deuda, se podría crear una reserva de rango carente de un legítimo interés actual y porque exigía la existencia de una relación jurídica básica que vincule ya al deudor. Pero en el presente caso, existen intereses legítimos tanto en la sociedad deudora como en la sociedad de garantía recíproca en que se constituya la hipoteca, ni puede considerarse que hay una simple reserva de rango, pues se cumplen los requisitos de la hipoteca en garantía de obligación futura establecidos en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria.

6. En este caso, no se puede considerar estrictamente, la hipoteca constituida como global y flotante en el sentido del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, pudiendo tener cobertura si se configura expresamente como hipoteca en garantía de obligación futura, pues el acto básico es único y consiste en el contrato de afianzamiento entre las partes, no tratándose de cualesquiera obligación presente y/o futura, sino de las obligaciones derivadas de ese único contrato de afianzamiento.

El único obstáculo lo podría representar la expresión «en garantía de obligación futura» que emplea en singular el artículo 142 de la Ley Hipotecaria, pero en este caso, el acto básico del que surgen las obligaciones es unitario, al existir un solo contrato de afianzamiento y referirse la hipoteca únicamente a las obligaciones derivadas de la fianza. A estos efectos, también es procedente considerar que cabe la «fianza en garantía de deudas futuras» conforme al artículo 1825 del Código Civil, al establecer que «puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida». La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2002, con cita de la Sentencia de 23 de febrero de 2000, admite que estos afianzamientos han sido reconocidos «tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, como aquellos afianzamientos que se contraen para asegurar el cumplimiento de obligaciones no nacidas en el momento de constituirse el contrato de fianza, pero sí son previsibles o determinables en el momento de constituirse el contrato, haciendo innecesario a raíz del nacimiento de la deuda, un nuevo contrato de fianza, concretándose esa determinación en que estén fijadas las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan y el importe máximo de las mismas». La Sentencia de 30 de octubre de 2006 también recuerda que «la jurisprudencia ha exigido, además y de acuerdo con el propio artículo 1825 del Código Civil, que la obligación futura «quede determinada en este acto o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre fiador y quien con él hubiere contratado», citando en el mismo sentido las Sentencias de 27 de septiembre de 1993, 23 de febrero de 2000, 13 de octubre de 2005.

En el presente caso, existen suficientes elementos de determinación de las obligaciones garantizadas, salvo el plazo que se recoge en el defecto segundo que no ha sido objeto de recurso gubernativo en este caso.

Estando, en consecuencia, admitida en el Código Civil, la fianza en garantía de deudas futuras, es admisible que la propia obligación de fianza resultante de un contrato de afianzamiento, pueda ser objeto de hipoteca en garantía de obligación futura, conforme a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria.

Aun admitido lo anterior, hay que observar que en este supuesto, la escritura no hace referencia a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, debiendo tenerse en cuenta que dichos preceptos prevén que el nacimiento o concreción de la obligación futura se haga constar en el Registro por nota marginal, regulada por el artículo 238 del Reglamento Hipotecario, contemplando así un procedimiento de determinación de la obligación garantizado distinto del que se establece en los artículos 153 y 153 bis de la Ley Hipotecaria, por lo que, conforme además con el principio de rogación, todos estos extremos no pueden hacerse constar de oficio por el registrador, sino que requieren la correspondiente configuración como hipoteca en garantía de obligación futura, lo que no consta en este caso.

La hipoteca en garantía de obligación futura está regulada en la Ley Hipotecaria como hipoteca propiamente dicha y no como simple reserva de rango. Por eso, la nota marginal que acredita el nacimiento de la obligación futura (o el cumplimiento de la condición suspensiva) no es constitutiva ni obligatoria (cfr. «podrán» del artículo 143 de la Ley Hipotecaria). Pero una vez que en la escritura se pretende dar entrada a una certificación para acreditar el saldo a efectos de ejecución, ésta sin perjuicio de sus efectos procesales para la cuantificación de determinadas partidas, no puede sustituir a dicha nota marginal, pues ésta publica el nacimiento de la obligación futura respecto a terceros y por tanto, que la hipoteca se encuentra ya en la fase de obligación existente.

Procede, por tanto, desestimar el recurso interpuesto por no ser posible la hipoteca del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria sino a favor de las entidades que señala dicho precepto, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda configurarse la hipoteca en garantía de obligación futura conforme a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento, con las distintas consecuencias en cuanto a requisitos y efectos de esta clase de hipotecas respecto a las del artículo 153 bis y sujeta a la calificación registral correspondiente la redacción de dicha configuración, sin que pueda pronunciarse esta

Dirección sobre la inscripción de cláusulas concretas que no han sido discutidas en este expediente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación 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, 26 de julio de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.