

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7025 *Resolución de 15 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador mercantil y de bienes muebles XVII de Madrid en relación con una escritura de prenda sin desplazamiento de licencia de oficina de farmacia.*

En el recurso interpuesto por doña María Alicia Aragoncillo Ibeas, Notaria de Cabanillas del Campo, contra la nota de calificación del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XVII de Madrid, don Alfonso Presa de la Cuesta, a una escritura de prenda sin desplazamiento de licencia de oficina de farmacia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por la Notaria de Cabanillas del Campo, doña María Alicia Aragoncillo Ibeas, el día 4 de diciembre de 2015, con el número 964 de protocolo, se formalizó un préstamo garantizado con prenda sin desplazamiento, sobre licencia para una oficina de farmacia.

II

Presentada la indicada escritura en el Registro de Bienes Muebles de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Provincial de Bienes Muebles de Madrid Nota de calificación Hechos Entrada: 20150124786 Diario: 17 Folio: 17298 Asiento: 20150107439 Fecha: 04/12/2015 15:15:44 Fecha/lugar doc.: 04/12/2015, Madrid N.º documento: 964 Aut./Not (s): María Alicia Aragoncillo Ibeas Clase de acto: Contrato - prenda sin desplazamiento Presentante: María Alicia Aragoncillo Ibeas Bien: Otros Bienes Muebles Registrables, Número (...) Domicilio (...) Madrid Otra Descripción licencia para oficina de farmacia, número (...). Intervinientes: M. A. R. R. hipotecante Caja Rural de Castilla La Mancha Sociedad Cooperadora acreedor Fundamentos de Derecho: El Registrador de Bienes Muebles que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y del Código de Comercio y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada, por adolecer dicho documento de los siguientes defectos: - Si bien es cierto que la Ley 19/1998 de 25 de noviembre de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid, en su art. 38.3 permite la constitución de garantías reales y personales sobre la autorización de oficina de farmacia, éstas han de ser compatibles con la potencias constitución de hipoteca mobiliaria sobre el establecimiento mercantil constituido por la oficina de farmacia en sí misma (prenda con desplazamiento, embargo,...). La autorización de oficina de farmacia habilita a esta como tal establecimiento mercantil (véase la definición que la Ley Autonómica de 1998 hace en su artículo 9.1 de Oficina de Farmacia), y así, una vez concedida la autorización de apertura de farmacia, la de instalación y la de funcionamiento (previa la oportuna inspección), la autorización de oficina de farmacia y la oficina de farmacia se funden en un solo y definitivo concepto: El Establecimiento Mercantil de Oficina de Farmacia (frente al carácter incierto de las autorizaciones, que podrán o no culminar en el establecimiento mercantil). Por todo ello, el Registrador que califica considera que dicha autorización queda sujeta a la prohibición contenida en el artículo 55 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de donde resulta la prohibición de gravar con prenda sin desplazamiento los bienes susceptibles de hipoteca

mobiliaria y por tanto la imposibilidad de pignorar sin desplazamiento las autorizaciones que tienen por única finalidad la creación de un establecimiento de oficina de farmacia, al considerar que aquéllas son inherentes a éste y por tanto forman parte del mismo: sin autorización de farmacia no hay oficina de farmacia. Además, aun cuando se admitiera el derecho real de prenda sin desplazamiento sobre la autorización de oficina de farmacia, debido al carácter transitorio de la garantía (se autoriza para la creación de una farmacia) ésta no podría extenderse temporalmente más allá de la creación del establecimiento mercantil a que la misma se refiere, pues la autorización de farmacia desaparecería dando lugar a una oficina de farmacia «autorizada» (artículo 98 del Reglamento Hipotecario). El defecto consignado tiene carácter de insubsanable. - Se advierte que en caso de constituirse una hipoteca mobiliaria sobre el establecimiento mercantil, deberá acreditarse la titularidad administrativa de la farmacia a favor del hipotecante. Contra la presente calificación (...) Firmado con firma digital reconocida en Madrid el ocho de febrero de dos mil dieciséis por Alfonso Presa de la Cuesta. Registrador de Bienes Muebles de Madrid».

III

Solicitada calificación sustitutoria, correspondió la misma al registrador de la Propiedad de Fuenlabrada número 2, don Francisco Javier Lardies Ruiz, quien, con fecha de 24 de febrero de 2016, confirmó la nota del Registro de Bienes Muebles de Madrid.

IV

El día 21 de marzo de 2016, doña María Alicia Aragoncillo Ibeas, Notaria de Cabanillas del Campo, interpuso recurso contra la nota de calificación sustituida, en el que expone, resumidamente: «A) Hechos: (...) B) Fundamentos de Derecho El Registrador basa su calificación en que una vez que se concede la autorización de la oficina de farmacia, la de instalación y la de funcionamiento, la autorización de la oficina de farmacia y la oficina de farmacia se funden en un solo concepto, el Establecimiento mercantil de Oficina de Farmacia, que sólo podrá ser objeto de Hipoteca Mobiliaria conforme al artículo 55 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión, señalando así mismo que aún cuando se admitiera el derecho real de prenda sin desplazamiento sobre la autorización de oficina de farmacia, debido al carácter transitorio de la garantía, ésta no podría extenderse temporalmente más allá de la creación del establecimiento mercantil a que la misma se refiere, pues la autorización de farmacia desaparecería dando lugar a una oficina de farmacia «autorizada». Entiendo que ninguno de estos argumentos puede sostenerse: 1.-En primer lugar debe distinguirse entre dos bienes de muy diferente naturaleza: La licencia para Oficina de Farmacia y la farmacia como Establecimiento mercantil. - La licencia administrativa para Oficina de Farmacia es un «bien o derecho patrimonial inherente a la persona», dado que esta ha de reunir para que se le conceda un conjunto heterogéneo de requisitos académicos, profesionales y administrativos legalmente establecidos, de tal modo que su titularidad y transmisión no puede recaer en cualquier persona sino en aquella que reúna los requisitos legales. - La Oficina de Farmacia entendida como establecimiento mercantil, es el inmueble en el que se desarrolla la actividad propia de farmacia, así como sus instalaciones permanentes, las cuales deben necesariamente cumplir los requisitos legalmente previstos. 2.-Partiendo de ello el Sr. Registrador entiende que, una vez abierta la farmacia, se produce una unión indisoluble entre la licencia y el establecimiento, de modo que no puede constituirse garantía sobre uno sin el otro. Creo sin embargo, que esta indisolubilidad no se produce: - El Decreto 115/1997 de 18 de septiembre, establece el procedimiento en materia de autorizaciones de oficina de Farmacia en la Comunidad de Madrid, distinguiendo tres fases en la misma, una primera en la que se regula la autorización de la oficina de farmacia para una zona determinada (arts 8 y ss), la cual finaliza con resolución estimatoria o no, de la concesión de la autorización (art 13). Una segunda en la que una vez concedida la autorización, que por lo tanto ya existe a favor de una persona determinada, ésta debe prestar garantía y designar local donde se va a abrir la farmacia, el cual debe cumplir con los requisitos

legalmente establecidos (arts 14 y ss), fase que termina así mismo con Resolución autorizando o no la instalación de la nueva oficina de Farmacia (Art 16), y en tercer lugar finaliza el procedimiento con el Acta de apertura (Art 17). Esta claro que sólo cumpliéndose las tres fases se va a poder proceder a la apertura de la oficina de farmacia, pero ello no quiere decir, que una vez concedida la autorización para el establecimiento de una oficina de farmacia en una zona determinada, ésta quede indisolublemente unida al establecimiento en el que se va a desarrollar la actividad, puesto que la ley permite expresamente el traslado de la farmacia a un local diferente, sin necesidad de solicitar nuevamente la autorización, que pervive. El mantener el criterio contrario, que es el que sostiene el Sr. Registrador, nos llevaría a entender que el traslado del local donde se desarrolla la actividad y por lo tanto, del establecimiento mercantil, supondría la extinción de la autorización y la necesidad de obtención de una nueva, no ya para un nuevo local (autorización de apertura), sino la autorización para instalación de oficina de farmacia en sí. Así la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid: - Admite, en su artículo 35, el traslado voluntario de oficinas de farmacia, siempre que se realicen dentro del mismo término municipal, y con los requisitos establecidos en el mismo. Así mismo, la Ley citada, en su artículo 35.3 establece: 3. La autorización de traslado voluntario o forzoso definitivo de una oficina de farmacia supondrá para su titular propietario la pérdida de los derechos derivados de la autorización del establecimiento que se traslada y la clausura del mismo.» Se clausura el establecimiento, pero la licencia permanece y desplegará sus efectos mediante la apertura de una nueva oficina de farmacia, previo cumplimiento de los requisitos legales. - Regula, en su artículo 38, la transmisión inter vivos de la oficina de farmacia, previa autorización administrativa. - En su artículo 40, Limitaciones al derecho de transmisión, en su párrafo 3, establece: «3. La anulación de una autorización de oficina de farmacia, cualquiera que sea la causa que lo motive, y el consiguiente cierre definitivo de la misma, no afectará a los derechos que se ostenten sobre los locales, instalaciones y demás enseres que existiesen en la misma.» Distingue entre la autorización en sí y los elementos que conforman el establecimiento mercantil, como el local, mobiliario, mercancías, etc., sin que de ninguna manera se produzca la fusión inseparable entre autorización y establecimiento. Por otro lado, la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de 1954 (última modificación: 4 de noviembre de 2009), al tratar de la hipoteca sobre el establecimiento mercantil, en los artículos 20 y siguientes, en cuanto a la extensión objetiva de la misma, establece como elementos obligatorios el derecho de arrendamiento sobre el local si lo tuviere el hipotecante y las instalaciones fijas o permanentes, pudiendo extenderse al nombre comercial, rótulo, marcas distintivas y demás derechos de propiedad industrial e intelectual, las máquinas, etc; es decir, no establece que la hipoteca deba extenderse obligatoriamente a la licencia, en este caso a la licencia de farmacia. Entiendo por lo tanto, que la naturaleza de la licencia de oficina de farmacia, no impide que se trate de un bien valuable económicamente y susceptible de tráfico jurídico reglado, independiente del establecimiento en el que se desarrolla la actividad, si bien, para que la licencia despliegue sus efectos en un establecimiento mercantil diferente a aquel en el que se venía desarrollando la actividad, serán necesarias las autorizaciones legalmente previstas. 3.- Partiendo de las anteriores consideraciones, entiendo que la licencia de Oficina de Farmacia sería susceptible de constituirse en garantía de préstamo en forma de prenda sin desplazamiento. Así lo prevé nuestra legislación vigente: - La citada Ley 19/1998, permite expresamente (como así lo reconoce el Registrador en su calificación), en su artículo 38.3 la constitución de garantías reales sobre la licencia: «3. En el supuesto de constitución de garantías reales o personales sobre una autorización de oficina de farmacia será necesario el conocimiento de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales. Si como consecuencia de la ejecución de las citadas garantías se transmitiera la autorización a un tercero, se exigirá lo previsto en el apartado 1.» - Conforme a la propia Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de 1954 (última modificación: 4 de noviembre de 2009) la garantía mobiliaria deberá constituirse, bajo la forma de prenda sin desplazamiento, no bajo la forma de hipoteca mobiliaria; porque, de un lado, la figura no encaja en el listado

de bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria que en régimen de numerus clausus contiene el artículo 12 de la Ley; y de otro, porque encaja en el párrafo segundo del artículo 54 de esta misma ley, con arreglo al cual «Podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento los... derechos que correspondan a los titulares de... licencias... administrativas siempre que la Ley o el correspondiente título de su constitución autoricen su enajenación a un tercero...», entrando por tanto en la prohibición establecida en el último párrafo del citado artículo 12: «no podrán hipotecarse.. los bienes comprendidos en los artículos 52, 53 y 54». Por lo que, en caso de pignoración de la licencia de Oficina de Farmacia, su ejecución para pagar al Banco acreedor no presenta más obstáculo que el hecho de que el adjudicatario deberá ser persona que cumpla los requisitos legalmente establecidos».

V

Con fecha 29 de marzo de 2016, el registrador Mercantil y de Bienes Muebles XVII de Madrid, don Alfonso Presa de la Cuesta, emitió informe y remitió el recurso a esta Dirección General.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1, 54 y 55 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión; 34, 38 y 40 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid, y el Decreto 115/1997, de 18 de septiembre, por el que se establecen la planificación farmacéutica, los criterios de valoración de conocimientos académicos y experiencia profesional, los horarios y turnos de guardia y el procedimiento en materia de autorizaciones de oficinas de farmacia en la Comunidad de Madrid.

1. Se discute en este recurso la posibilidad de constituir prenda sin desplazamiento de posesión sobre una autorización de oficina de farmacia en el especial régimen jurídico de la legislación de la Comunidad de Madrid.

La objeción principal que plantea el registrador es que para la constitución de garantías sobre la autorización de oficina de farmacia, éstas han de ser compatibles con la potencial constitución de hipoteca mobiliaria sobre el establecimiento mercantil constituido por la oficina de farmacia en sí misma, ya que la autorización habilita a la oficina como establecimiento mercantil y por tanto, una vez concedida la autorización de apertura de oficina de farmacia, la de instalación y la de funcionamiento, la autorización o licencia de oficina se funde en un solo y definitivo concepto; el establecimiento mercantil de oficina de farmacia que podrá ser objeto de hipoteca mobiliaria; excluyendo con ello la posibilidad de que sobre la licencia se constituya una prenda.

Frente a ello la Notaria invoca el artículo 38.3 de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid, que regula la constitución de garantías personales y reales sobre la autorización de oficina de farmacia en los términos que más adelante se desarrollarán.

2. La Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión de 16 de diciembre de 1954 establece en su artículo 54, en la redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que «podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. Una vez constituida la prenda, el Registrador comunicará de oficio esta circunstancia a la Administración Pública competente mediante certificación emitida al efecto».

3. La pignoración de licencias de farmacia (en rigor de los derechos de explotación derivados de la licencia) es por tanto perfectamente admisible, siempre que se acredite su

titularidad y sea transmisible. Y las prendas sin desplazamiento de posesión que pueda constituirse sobre las mismas son susceptibles de inscripción en el Registro de Bienes Muebles, no sólo a efectos de su oponibilidad frente a terceros sino para su plena virtualidad como derecho real, en cuanto recaen sobre derechos cuya titularidad no es ostensible por la posesión. Por esta falta de ostentación de la posesión por el titular de la garantía, la publicidad registral de la prenda sin desplazamiento de posesión es no sólo posible, sino conveniente y podría decirse que cuasi constitutiva.

Si consideramos la licencia como un acto administrativo por el cual se concede a los particulares la facultad de desempeñar una actividad sustraída a su libre disposición, con sometimiento en su ejercicio a las normas legales y administrativas aplicables, concluiremos que el favorecido con la licencia es titular de un derecho subjetivo para cuyo ejercicio precisa obtener, por razones de interés general, una determinada autorización, que es susceptible de pignoración.

4. Lo que debemos determinar es si ese derecho puede separarse, a efectos conceptuales y prácticos, del establecimiento mercantil en que se concreta cuando se procede a su apertura para que pueda ser objeto de pignoración conforme a nuestra legislación.

Es cierto que algunos preceptos de la Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid antes citada parecen ser deudores de la concepción de que se hace eco el registrador en su nota, y no siempre es fácil distinguir en ella la autorización o licencia del propio establecimiento. Sin embargo, cabe encontrar en ella la separación conceptual discutida entre la licencia o autorización de farmacia y el establecimiento.

Así, en su Sección 4.^a, el artículo 34 regula el inicio del procedimiento para la autorización de una oficina de farmacia, que una vez concluido da paso a un nuevo procedimiento para su instalación, cuyo detalle se contiene en el Decreto 115/1997, de 18 de septiembre, y que se inicia con la designación del local, continúa con la comprobación de que reúne los requisitos exigidos para la instalación de una farmacia y desemboca en el acta de apertura de la farmacia.

A mayor abundamiento el artículo 40 que establece que cuando el titular de una farmacia obtenga una autorización firme de apertura de una nueva oficina de farmacia la autorización originaria decaerá automáticamente con la recepción de la resolución de funcionamiento de la nueva oficina de farmacia, así como el derecho de transmisión de la misma, debiendo incorporarse tal vacante a la misma convocatoria en curso para su adjudicación de acuerdo con los criterios de prioridad fijados al efecto en la misma; precepto en que puede apoyarse la subsistencia de la autorización inicial hasta el momento en que el titular solicite y obtenga otra.

Y por último, lo que es conclusivo es el artículo 38.3 de la referida Ley de la Comunidad de Madrid que permite expresamente, a diferencia de otras legislaciones autonómicas, la constitución de garantías reales sobre la autorización de la oficina de farmacia sin otro requisito que el conocimiento de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, y remitiéndose expresamente al número 1 del artículo, que regula la transmisión «inter vivos» de la oficina de farmacia, para la continuación del negocio por el adjudicatario. Reconocimiento explícito y apoyado, a diferencia de la nota de calificación, en una norma de derecho positivo, dictada expresamente para regular este supuesto.

5. Este planteamiento es coherente con la reforma introducida en la Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que establece la posibilidad de dar en garantía los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. Esta reforma ha abierto la puerta a la pignoración de derechos que corresponden a los titulares de licencias, contratos, autorizaciones o subvenciones, que nacen de una relación jurídica de Derecho público y que son pignorable, como inicialmente se dijo, en la medida en que son enajenables.

6. Queda una última objeción, que es la consistente en la posible infracción, mediante la constitución de esta garantía, de la prohibición del artículo 55 de la Ley sobre hipoteca mobiliaria, que veta la posibilidad de pignorar bienes o derechos que deberían ser objeto de hipoteca. Sin embargo, este obstáculo decae desde el momento en que existe, tanto en el artículo 54 de la Ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión y en el artículo 38.3 de la Ley 19/1998 de la Comunidad de Madrid, encaje legal para amparar la constitución del derecho real de prenda sobre el derecho derivado de una licencia administrativa, como es el caso. Cuestión distinta es la conveniencia de que por un libro auxiliar o por el sistema informático del Registro se almacene la información para que en caso de hipoteca del establecimiento mercantil respete la prioridad de la prenda constituida sobre la licencia de farmacia.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 15 de junio de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.