

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12348 *Resolución de 18 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 Colmenar Viejo n.º 1, por la que se deniega la inscripción de una hipoteca en garantía de afianzamiento a favor de una sociedad de garantía recíproca.*

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 Colmenar Viejo número 1, don Manuel Parga López, 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 2.183 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 Colmenar Viejo número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo n.º 1 Calificación Documento. Escritura otorgada el 19 de diciembre de 2.011 ante el notario de Madrid don Federico Garayalde Niño, número 2.083 de protocolo. Presentación. Asiento 1310 del tomo 111 del Diario. Retirado y devuelto el 24 de febrero corriente vence el 13 de marzo de 2012 sin perjuicio de la prórroga derivada de esta resolución. Hechos N. E. F. R. entre otros, como hipotecante no deudor, constituye hipoteca unilateral de máximo a favor de Avalmadrid, Sociedad de Garantía Recíproca (SRG) que acepta, para garantizar los avales que ésta preste a la sociedad Integración Agencias de Viajes S.A. favor de terceros y el cumplimiento del resto de obligaciones derivadas del afianzamiento pactado en la escritura, por importe de 1.233.500 euros de principal y accesorios, respondiendo la finca 4.335 del Ayuntamiento de Tres Cantos, en este Distrito Hipotecario, propiedad de la hipotecante, de 192.000 euros de principal y sus accesorios. La hipoteca se constituye para garantizar la obligación de la entidad avalada de pagar a la avalista las cantidades que esta se vea obligada a satisfacer a terceros en virtud del aval prestado. Ahora bien en el momento de la constitución de hipoteca no se relaciona ningún aval en concreto, sino que se pretende garantizar los avales que puedan constituirse en el futuro Al establecer el plazo de la hipoteca, se fija n «como máximo veinte años a partir de hoy, prorrogables por períodos sucesivos de cinco años en tanto en cuanto pervivan las obligaciones derivadas de la presente escritura de afianzamiento». Queda por tanto totalmente indeterminado el plazo de la hipoteca, ya que no se establece el plazo final de esa posible prórroga, ni puede deducirse del resto de estipulaciones. Fundamentos de derecho. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria en cuanto a facultades de calificación. Se observan los siguientes defectos:

1. Las SGR, por disposición legal, no pueden conceder créditos a sus socios, solo avalar concretas operaciones. En consecuencia la obligación garantizada no es una línea de crédito, sino que lo son los concretos avales que puedan otorgarse en el futuro. Estamos pues ante una hipoteca en garantía de una pluralidad de obligaciones futuras. No se garantiza el saldo deudor con efecto novatorio de la estipulación Novena (que no se ha pactado tal efecto novatorio) sino que la hipoteca garantiza la obligación de reembolso de cada uno de los avales prestados y ejecutados. Es más en la estipulación B.-Hipoteca. Séptima, se establece que «La garantía hipotecaria que se constituye por medio de esta escritura, no supone alteración ni novación de las obligaciones contraídas o que en el futuro se contraigan, quedando facultada Avalmadrid, para poder acudir al procedimiento judicial que más le convenga, es decir, que podrá ejercitar a su elección, las acciones personales derivadas de las operaciones que concierten y/o la acción real hipotecaria en el procedimiento que le parezca más oportuno.» En conclusión estamos ante una hipoteca de máximo de las denominadas flotantes regulada en el artículo 153 Bis de la LH 2. En el derecho español existen dos principios: – no se puede constituir hipoteca abstracta, es necesario que exista una concreta obligación garantizada por la hipoteca (art. 1857 del C.c.) – cada obligación exige su propia hipoteca, no obstante el artículo 153 bis de la ley hipotecaria contiene una excepción a este principio, la denominada hipoteca flotante, admisible solo en este supuesto. 3. Para que se pueda constituir una sola hipoteca en garantía de varias obligaciones conforme el artículo 153 bis de la ley hipotecaria es necesario que la persona a cuyo favor se constituye sea una de las mencionadas en dicho artículo. Excluido el apartado b), administraciones públicas, el apartado a) limita esta hipoteca a las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la ley del Mercado Hipotecario, entre las cuales, según la redacción dada a este artículo por la ley 41/2007, la misma que introdujo el artículo 153 bis de la ley hipotecaria citado antes, no se incluyen las SGR. 4. Queda totalmente indeterminado el plazo de la hipoteca, ya que no se establece el plazo final de esa posible prórroga, ni puede deducirse del resto de estipulaciones. Es más, la estipulación Decimonovena. Vigencia, al referirse al contrato de afianzamiento (que no al derecho real) establece que «El presente contrato de afianzamiento, permanecerá vigente en tanto en cuanto no se hayan cancelado y devuelto a Avalmadrid la totalidad de los avales constituidos en virtud de las misma, y mientras el/los socios/participes no hayan abonado todas las cantidades debidas a Avalmadrid en virtud de la póliza, hasta el total cobro de la deuda por todos sus conceptos.». Esta causa implicaría por sí sola la suspensión de la inscripción, si no existiera el primer defecto, hasta la fijación de un plazo concreto y determinado de duración de la hipoteca, conforme a los artículos 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51.6 de su Reglamento y el Principio de Especialidad Registral. Es decir que es necesario en todo caso y para todo tipo de hipoteca la fijación de un plazo determinado, haciendo constar si éste es o no prorrogable; y, caso de serlo la prórroga posible. Cualquiera que sea la forma por la que se intente dar entrada a este tipo de garantía en el Registro, nunca puede fijarse dicha prórroga por períodos sucesivos de cinco años sin determinar un plazo final. Calificación. Se suspende la inscripción por los defectos expresados que se califican como insubsanable el derivado de no estar incluidas la SGR en el artículo 2 de la ley del Mercado Hipotecario, y subsanable el derivado de falta de plazo determinado. Contra esta resolución (...) Colmenar Viejo. El Registrador Manuel Parga López-1 mar 2012 (firma ilegible)».

III

Solicitada calificación sustitutoria, fue confirmada por don José Antonio Calvo y González de Lara, registrador Mercantil y de Bienes Muebles IX de Madrid.

IV

Contra la anterior nota de calificación, doña V. C. V. en nombre y representación de «Avalmadrid, S. G. R.», interpuso recurso en virtud de escrito, de fecha 18 de abril

de 2012, en base, entre otros, a los siguientes argumentos: Con fecha 1 de marzo de 2012, el titular del Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo número 1, don Manuel Parga López, emite calificación negativa, denegando la inscripción solicitada, con base a los siguientes motivos: 1. En primer lugar, y este es el motivo de recurso, por carecer «Avalmadrid, S. G. R.» 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. El 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, S. G. R.» no puede constituir hipotecas de máximo, en aplicación del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Recibida dicha calificación, se solicitó por el notario actuante, don Federico Garayalde Niño, calificación sustitutoria, de la recurrida, la cual fue emitida con fecha de 26 de marzo de 2012 por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles IX de Madrid, don José Antonio Calvo y González de Lara, con idéntico resultado al expresado. Disconforme «Avalmadrid, S. G. R.» con dichas calificaciones, en cuanto se consideran como no ajustadas a Derecho y gravemente perjudiciales para esta entidad, interpone contra las mismas recurso, con base a los siguientes fundamentos de Derecho: Primero. Las resoluciones objeto de recurso deniegan la inscripción de hipoteca de máximo a favor de «Avalmadrid, S. G. R.» 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 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 Colmenar Viejo número 1 deniega la inscripción de la hipoteca de máximo constituida por «Avalmadrid, S. G. R.», 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 opinión de la recurrente, la resolución citada no es ajustada a Derecho 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 entre 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. Para indagar tal concepto, la recurrente se remite 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. «Avalmadrid, S. G. R.», 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, sobre Régimen Jurídico de las 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, S. G. R.» 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 entiende la recurrente 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, S. G. R.», y procedería, por tanto, la revocación de la misma y la inscripción de la hipoteca solicitada por la entidad representada; Cuarto. El mismo error indicado concurriría en la calificación sustitutoria emitida por el registrador Mercantil de Madrid. De un lado, dicha calificación no entra en el análisis de la definición de lo que son los establecimientos financieros de crédito, en los términos ofrecidos por 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, que ni siquiera se cita. Y de otro lado, confunde los términos de aplicación de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, y del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, siendo así que sin perjuicio de la remisión de ésta a aquélla son distintos. La Ley 2/1981 por objeto la regulación del mercado hipotecario y, en particular, los préstamos hipotecarios y su titulación, indicando en su artículo 1 que «las entidades financieras a las que esta Ley se refiere podrán conceder préstamos hipotecarios y emitir los títulos necesarios para su financiación, de acuerdo con los requisitos y finalidades que la misma establece, sin perjuicio de que estas entidades u otras puedan emitir y transmitir obligaciones, con garantía o sin ella, de conformidad con la legislación vigente.» En ningún caso se hace referencia a hipoteca de máximo, refiriéndose a cualquier tipo de garantía hipotecaria. En cuanto a las operaciones activas, el artículo 4 de la misma Ley establece que «la finalidad de las operaciones de préstamo a que se refiere esta Ley será la de financiar, con garantía de hipoteca inmobiliaria ordinaria o de máximo, la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales y cualquier otra obra o actividad así como cualesquiera otros préstamos concedidos por las entidades mencionadas en el artículo 2 y garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establezcan en esta Ley, sea cual sea su finalidad». Por otra parte, y en cuanto a las operaciones pasivas, el artículo 11 de la misma Ley establece que «las entidades a que se refiere el artículo 2 que dispongan de préstamos o créditos hipotecarios con los requisitos establecidos en la sección anterior podrán emitir cédulas y bonos hipotecarios...». Por tanto, la regulación de la Ley 2/1981 se refiere exclusivamente a la concesión de préstamos o créditos, su garantía mediante hipoteca y la titulación de dichas operaciones. Por su parte, la Ley Hipotecaria, en su artículo 153 bis se refiere a la posibilidad de constituir hipoteca de máximo en términos mucho más amplios, pues de un lado, y desde el punto de vista objetivo, la constitución de hipoteca de máximo no está limitada a la garantía de préstamos o créditos (como en la Ley 2/1981), sino que según su propio tenor, puede tener por objeto «...una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes o futuras...». Así, pueden existir y existen obligaciones concertadas por establecimientos financieros de crédito que no consisten en la concesión de crédito o préstamos, y que pueden estar garantizadas por hipoteca de máximo, como es el caso de «Avalmadrid, S. G. R.», que teniendo la consideración de establecimiento financiero de crédito no concede crédito, pero sí presta avales para facilitar la financiación de sus socios partícipes, operaciones que pueden estar garantizadas por hipoteca de máximo, en cuanto el artículo 153 bis no limita su objeto a las operaciones de préstamo. También el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria tiene un ámbito subjetivo más amplio que la Ley 2/1981, en cuanto se recogen a las Administraciones Públicas, que sin embargo no están incluidas en el ámbito de

aplicación de ésta última Ley. En definitiva, siendo cierto que «Avalmadrid, S. G. R.» no puede conceder crédito (nunca lo ha pretendido ni realizado), dicha limitación no impediría que pueda aceptar hipotecas de máximo en garantía de las obligaciones de sus socios partícipes frente a la misma, pues no existe limitación alguna en función del tipo de operación u obligación garantizada. Por otra parte, es necesario clarificar que en ningún caso «Avalmadrid, S. G. R.» tiene interés en emitir títulos hipotecarios de ningún tipo, persiguiendo tan sólo la adecuada garantía de sus derechos frente a terceros. En este sentido, y a los efectos de rechazar el último de los argumentos del registrador Mercantil, cabe además indicar que existen supuestos de entidades que claramente pueden concertar hipotecas de máximo, y que sin embargo no pueden titularizar o movilizar dichos créditos, como es el caso, por ejemplo, de las Administraciones Públicas que sí pueden concertar hipotecas de máximo, pero no emitir tales títulos, o los bancos u otras entidades de crédito que sí pueden aceptar una hipoteca de máximo con rango de segunda hipoteca, pero no podrían titularizarla, al prohibirlo los artículos 5.1 y el 26, ambos de la Ley 2/1981, al indicar que «podrán movilizarse, en los términos y con los requisitos que se determinen reglamentariamente, los créditos o préstamos garantizados con primera hipoteca mobiliaria o primera prenda sin desplazamiento...»; Quinto. 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 habría sido de modo tácito o indirecto. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de fecha de 30 septiembre 2009, 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 analizados, y en que se admite tal inscripción: En cuanto a tales antecedentes, se remite la recurrente al fundamento de Derecho primero de la citada Resolución; y, Sexto. Por otra parte, y en relación con la misma escritura, es necesario indicar cómo 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 de Marbella número 2.

V

El registrador emitió informe el día 3 de mayo de 2012 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 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; los artículos 1 de la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca; 5 del Real Decreto 692/1996 de 26 de abril, sobre el Régimen Jurídico de los Establecimientos Financieros de Crédito; las Resoluciones de este Centro Directivo de 17 de enero de 1994 y 28 de junio de 2012; 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. La cuestión que se plantea en el presente expediente es determinar si las sociedades de garantía recíproca se encuentran incluidas entre de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 153 bis a) de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 41/2007, en relación con el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo de Regulación del Mercado Hipotecario, pudiendo, en consecuencia, ser

titulares de las hipotecas reguladas en dicho precepto, siendo éste el único defecto que se recurre. No obstante, cabe también plantearse, en relación con el carácter insubsanable que se señala en la nota de calificación, si la hipoteca de máximo que se formaliza en la escritura calificada puede constituirse como 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 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; y, 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 «E. F. C.», 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 hipotecario 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 establecimiento financiero de crédito ejercer alguna de las actividades que legitiman para poder obtener tal cualidad: es cierto que todo establecimiento financiero de crédito puede conceder avales, pero no que toda sociedad que avala sea un establecimiento financiero de crédito, sino sólo las que ejerciendo esa actividad cumplen los demás requisitos y han obtenido la autorización del Ministerio de Hacienda.

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.

Consecuentemente, 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 y, en este sentido, no es insubsanable el defecto.

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, y no 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 una línea de avales entre las partes, no tratándose de cualesquiera obligación presente y/o futura, sino de las obligaciones derivadas de esa línea.

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 una sola línea de avales y referirse la hipoteca únicamente a las obligaciones derivadas de esa línea. 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 y 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 señalado con el número 4 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 avalar resultante de una línea de avales, 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 y confirmar la nota de calificación en cuanto no es 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, por

lo que debe revocarse la nota en cuanto a la calificación de insubsanable, sin que pueda pronunciarse esta Dirección General sobre la inscripción de cláusulas concretas que no han sido discutidas en este expediente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar parcialmente 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, 18 de julio de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.