

**III. OTRAS DISPOSICIONES****MINISTERIO DE JUSTICIA**

**17390** *Resolución de 30 de septiembre de 2009, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Valladolid don Eduardo Jiménez García, contra la negativa del registrador de la propiedad nº 6 de Valladolid, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por el Notario de Valladolid don Eduardo Jiménez García contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Valladolid (Registro número 6), don Jorge Requejo Liberal, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca.

**Hechos**

I

Mediante escritura autorizada por el Notario Valladolid don Eduardo Jiménez García, el día 16 de abril de 2009, se constituye hipoteca en garantía de las obligaciones contraídas por la sociedad Embutidos Olandia-Nanclares, S.L., con Iberaval, S.G.R., como consecuencia del afianzamiento prestado por esta sociedad para garantizar un préstamo concedido a la primera por Caja Rural de Zamora, con las siguientes circunstancias:

1.<sup>a</sup> Por medio de una póliza de préstamo, intervenida por el citado Notario, la Caja Rural de Zamora (en adelante «la Caja») concedió un préstamo de 175.000 euros a la sociedad Embutidos Olandia-Nanclares, S.L., que se obligó a devolverlo, con intereses, en los plazos y forma pactados en la póliza (treinta años, con un tipo de interés ordinario del 3,135 nominal anual, revisable aplicando el Euribor a un año más un punto porcentual, e interés de demora resultante de sumar cuatro puntos al Euribor). Además en la misma póliza de préstamo, Iberaval, S.G.R., afianzó a la sociedad prestataria, asumiendo la obligación de pagar por ésta, a la Caja, en caso de incumplimiento, cuanto la afianzada no pagare y debiera pagar con arreglo a la póliza, por todos los conceptos.

2. En otra póliza, de contra-garantía, también intervenida el mismo Notario, la sociedad Embutidos Olandia-Nanclares, S.L., se obligó, a su vez, a devolver a Iberaval, S.G.R., cuanto ésta pudiera verse obligada a pagar a la Caja, por razón del aval formalizado en la póliza de préstamo referida en el apartado 2 anterior. Además, dos personas físicas afianzaron a la sociedad Embutidos Olandia-Nanclares, S.L., ante Iberaval, S.G.R., de modo que si la sociedad afianzada no pagara, se obligan a pagar por ella. Además, se le garantizaron también a Iberaval, S.G.R., el pago de intereses, sobre las cantidades que pudiera tener que abonar a la Caja, y el reembolso de las costas que originara una reclamación.

3. Finalmente, en la escritura calificada, de contra-garantía hipotecaria, una persona física (que es una de las que prestaron fianza en la referida póliza de contra-garantía) hipoteca un inmueble de su propiedad para asegurar a Iberaval, S.G.R., una vez más, el reembolso de todo lo que ésta pueda verse obligada a pagar a la Caja, por todos los conceptos, en caso de incumplimiento de Embutidos Olandia-Nanclares, S.L., así como el pago de los intereses que se devenguen a favor de Iberaval, S.G.R., desde que ésta pague a la Caja hasta que recupere lo pagado, y el pago de las costas ocasionadas por la reclamación. A la escritura de contra-garantía se incorporan testimonios de las dos pólizas antes referidas.

En la estipulación Primera de dicha escritura se expresa lo siguiente:

«... Dicha hipoteca garantizará las siguientes cantidades máximas:

1) Por principal a favor de Iberaval, S.G.R. integrado por las cantidades que la S.G.R. como avalista del préstamo pueda venir obligada a satisfacer a la entidad prestamista por todos los conceptos: ciento ochenta y tres mil setecientos cincuenta euros (€ 183.750).

2) Por intereses de demora...».

En la estipulación siguiente se añade este texto:

«Segunda: Nacimiento de la obligación garantizada. Si por falta de pago del socio partícipe, la Sociedad avalista Iberaval S.G.R. tuviera que pagar a la Entidad financiera, bien una o varias amortizaciones, bien intereses, comisiones o gastos o varios de los conceptos a la vez, y/o el socio partícipe adeudare cualquier otra cantidad a la S.G.R. como consecuencia del aval prestado y de la póliza de afianzamiento/contragarantía referida en el expositivo de esta escritura, ello determinará: a) Que se reputa contraída la obligación futura sin más trámites, quedando garantizada con la hipoteca que se constituye en esta escritura hasta la cantidad máxima determinada en la estipulación anterior...».

## II

El título fue presentado en el Registro de la Propiedad número 6 de Valladolid por vía telemática el mismo día de su autorización, causando ese día el asiento de presentación número 535 del Diario 43. Posteriormente se presentó el 8 de mayo de 2009 mediante asiento número 1001 del mismo Diario; y fue objeto de calificación negativa que a continuación se transcribe:

«Registro de la Propiedad de Valladolid-6.

Previa calificación del precedente documento, y después de examinar el contenido de los Asientos de este Registro de la Propiedad, se suspende la constitución de hipoteca sobre la finca descrita en el precedente documento, porque siendo esencial en la hipoteca la determinación de la obligación que se garantiza, esta aparece contraída por unos importes inferiores a la garantía que se pretende constituir.

### Hechos

1. Mediante escritura autorizada el dieciséis de abril de dos mil nueve por el Notario de Valladolid don Eduardo Jiménez García, se instrumenta la garantía hipotecaria del reembolso de las cantidades a satisfacer por un aval prestado en una póliza de préstamo.

2. El importe del principal del préstamo es de 175.000 euros. El acuerdo de concesión del Aval se toma para garantizar el principal de 175.000 euros y así se refleja en la póliza de afianzamiento que se incorpora. Sin embargo la garantía que se pacta por este mismo concepto (principal) para que responda la finca hipotecada es de 183.750 euros, por lo que se excede en la garantía del importe de la obligación garantizada precisamente por el concepto de principal.

Se advierte que la póliza de préstamo figura pactada con sujeción a una condición suspensiva («la ratificación por el vendedor de la escritura de compraventa autorizada por mí el 16-04-2009, n.º 774 de protocolo»), por lo que el nacimiento de la hipoteca quedará sujeto al cumplimiento de la misma.

### Fundamentos de Derecho

1. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria, con arreglo al cual: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

2. El Principio de accesoriedad de la hipoteca consagrado en los artículos 105 de la Ley Hipotecaria y 1857-1 y 1528 del Código Civil.

Art. 105. La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil.

Art. 1.528. La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio.

Art. 1.857. Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:

1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

3. Entre otras la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26/05/2001:

«consecuencias de su accesoriedad, en cuanto nace en garantía de una concreta y única obligación (artículos 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria), por un importe determinado o máximo (art. 12 de la Ley Hipotecaria), con la que se transmite (artículos 1.212 y 1.528 del Código Civil) y se extingue, sin que quepa la hipoteca sin crédito o de propietario para su aplicación a cualquier otro...».

4. El defecto señalado no implica que no puedan garantizarse mediante hipoteca otros conceptos accesorios del principal, pero con arreglo al Principio de especialidad, debe exigirse claridad a los elementos publicados en el Registro, de forma que todos ellos aparezcan perfectamente identificados tanto en su vigencia y jerarquía como en su extensión, y si la cantidad que excede al principal de la obligación garantizada responde a cualquier obligación accesorio de la misma podrá resultar también garantizada por la hipoteca, pero determinando claramente a qué se debe su existencia y cuál es su extensión, sin que quepa señalar una cantidad global de responsabilidad sin especificar la obligación (principal o accesorio) de que deriva.

No se practica anotación de suspensión por no haber sido solicitada.

Contra la presente calificación podrá interponerse recurso...

Valladolid, a dieciséis de mayo de dos mil nueve. El Registrador».

### III

La referida calificación se notificó al Notario autorizante el 19 de mayo de 2009 y el día 21 del mismo mes causó entrada en el Registro de la Propiedad número 6 de Valladolid escrito por el que dicho Notario interpuso recurso contra la calificación, en el cual alegó lo siguiente:

La interpretación que el Sr. Registrador hace de las cláusulas de la escritura de constitución de hipoteca es errónea, porque confunde el principal del préstamo con el principal asegurado por la hipoteca, cuando ambos son conceptos distintos.

El principal del préstamo es, en efecto, de 175.000 euros, con arreglo a la condición particular correspondiente de la póliza de préstamo.

El principal asegurado por la hipoteca no es el principal del préstamo, sino que está integrado, según dice la escritura de contra-garantía hipotecaria por todas las cantidades que Iberaval, como avalista del préstamo, pueda venir obligada a satisfacer a la Caja prestamista por todos los conceptos, y no solo por el de principal del propio préstamo.

Así consta, expresamente, en la cláusula primera de la escritura de contra-garantía hipotecaria. En el mismo sentido, esa misma cláusula primera explica que la hipoteca se constituye «Para garantizar a Iberaval, S.G.R. el reembolso de las cantidades que como avalista deba de pagar a la Entidad financiera...».

E igualmente, en la cláusula segunda se explica precisamente en qué consiste la obligación garantizada por principal, al regular cuándo nace la obligación garantizada (obligación principal, ya que luego se refiere específicamente a las accesorias de intereses y otras).

En definitiva, en cuanto que Sociedad de Garantía Recíproca, y con arreglo al régimen jurídico especial de éstas, Iberaval, que tiene por objeto facilitar la obtención de financiación por sus socios, mediante el otorgamiento de avales a favor de los mismos, afianzó a su socia, Embutidos Olandia-Nanclares, S.L., en un contrato de préstamo por importe de ciento setenta y cinco mil euros (€ 175.000), concedido por la Caja Rural de Zamora. El préstamo se instrumentó en la referida póliza. Por virtud de dicho contrato de préstamo, Embutidos Olandia-Nanclares, S.L., se obliga a devolver a la Caja prestamista el principal del préstamo y a pagar sus intereses ordinarios (cláusula 6) en las fechas y cuantías convenidas, así como a pagar intereses moratorios, en caso de producirse retrasos en los pagos (cláusula 9).

Iberaval S.G.R., en cuanto que fiadora, garantiza todas las obligaciones de la prestataria en los mismos términos que ésta (cláusula 17), con las particularidades que constan en las condiciones especiales que, mediante anexo, constan en la póliza. Con arreglo a ello, Iberaval S.G.R. se obliga a pagar a la Caja: a) Las cantidades correspondientes al principal del préstamo, de ciento setenta y cinco mil euros (175.000 €), que Embutidos Olandia-Nanclares, S.L., no pague; b) Las cantidades correspondientes a los intereses ordinarios devengados por el préstamo que Embutidos Olandia-Nanclares, S.L., no pague; c) Los intereses de demora que se devenguen a favor de la Caja, como consecuencia de los impagos de Embutidos Olandia-Nanclares, S.L., hasta el momento en que Iberaval, S.G.R. pague por aquélla.

La suma de todo lo que por estos tres conceptos pueda tener que pagar y pague Iberaval a la Caja, en cuanto que fiadora, es el principal, a los efectos de la garantía hipotecaria y, dado que cabe la posibilidad de que Embutidos Olandia-Nanclares, S.L., no llegue a devolver ni un solo céntimo del principal del préstamo recibido de la Caja, y que tal principal devengue intereses desde el primer momento, que tampoco sean pagados a su vencimiento, y que en cuanto se produzca un retraso se devengarán también intereses moratorios, es perfectamente posible que Iberaval tenga que pagar a la Caja más de 175.000, razón por la que la hipoteca se constituye, a favor de Iberaval, por una suma, por principal, mayor de esos 175.000 euros.

En modo alguno, el que la hipoteca asegure hasta 183.750 euros de principal pagado por Iberaval a la Caja, es contradictorio con que el aval garantice 175.000 euros del préstamo de la Caja, porque aquél y éste principal lo son de dos negocios distintos, la contra-garantía hipotecaria el primero, y el préstamo el segundo, y aquélla se extiende no solo para cubrir el principal del préstamo, sino todo pago que pueda tener que hacer Iberaval a la Caja por su condición de fiadora.

Y tanto en la póliza de contra-garantía (no en la escritura) como en la certificación del Consejo de Administración de Iberaval, se establece, o que se ha acordado afianzar una operación de préstamo de 175.000 euros, es decir, todas las obligaciones que deriven del préstamo «en las condiciones que figuran en el contrato...», y por ello, no solo el principal prestado, o se acuerda expresamente, «otorgar aval solidario (...) hasta un importe de 175.000 euros más accesorios», luego el aval va más allá del principal, y la contra-garantía, como se ha visto, cubre el reembolso de todo lo pagado por razón del aval.

Dado que los motivos de recurso son puramente fácticos, no es preciso hacer mención a fundamento jurídico alguno, puesto que todo este recurso se fundamenta en que el hecho aducido por el Registrador como defecto no existe, como se ha intentado explicar.

#### IV

Mediante escrito con fecha de 1 de junio de 2009, el Registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 5 del mismo mes).

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1212, 1528, 1838, 1839, 1843, 1857, 1861 y 1876 del Código Civil; 9, 12, 18, 105, 142 y 143 de la Ley Hipotecaria; 6 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario; y la Resolución de de este Centro Directivo de 4 de marzo de 2005.

1. De la escritura calificada resulta que por determinada persona se constituye una hipoteca de máximo y de seguridad (hasta la cantidad de 183.750 euros, por principal a la que se suman otras cantidades máximas por intereses de demora y por costas y gastos) para garantizar a una sociedad de garantía recíproca el reembolso de las cantidades que, en su caso, deba pagar como consecuencia de una fianza constituida por ésta para garantizar el pago de un préstamo (tanto del capital, 175.000 euros, como de cualquier otra cantidad accesorio por intereses y otros conceptos), concedido por determinada entidad de crédito a una sociedad de responsabilidad limitada, con las condiciones que figuran en la correspondiente póliza de préstamo y fianza cuya copia se incorpora a dicha escritura.

El Registrador suspende la inscripción solicitada por «excederse en la garantía del importe de la obligación garantizada precisamente por el concepto de principal», lo que, a su juicio, implica que, si bien «... puedan garantizarse mediante hipoteca otros conceptos accesorios del principal», debe entenderse que, «... con arreglo al Principio de especialidad, debe exigirse claridad a los elementos publicados en el Registro, de forma que todos ellos aparezcan perfectamente identificados tanto en su vigencia y jerarquía como en su extensión, y si la cantidad que excede al principal de la obligación garantizada responde a cualquier obligación accesorio de la misma podrá resultar también garantizada por la hipoteca, pero determinando claramente a qué se debe su existencia y cuál es su extensión, sin que quepa señalar una cantidad global de responsabilidad sin especificar la obligación (principal o accesorio) de que deriva».

2. La hipoteca puede constituirse para garantizar toda clase de obligaciones (cfr. artículos 1861 del Código Civil y 105, 142 y 143 de la Ley Hipotecaria). Así, la obligación asegurada puede ser, por ejemplo, la obligación principal derivada de un préstamo; pero también puede garantizarse la obligación del deudor respecto del fiador (cfr. artículos 1843, párrafo último del Código Civil y 6 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario).

A la hora de precisar la naturaleza de la fianza debe distinguirse entre la obligación del fiador y la obligación principal garantizada (así lo ha puesto de relieve este Centro Directivo en Resolución de 4 de marzo de 2005). Frente a posiciones ya abandonadas que defendían la existencia de un vínculo obligatorio único con dos deudores, uno principal y otro subordinado, es indudable que la fianza constituye una obligación independiente, como lo evidencia su función económico social que, centrada en el aseguramiento del interés del acreedor para el caso de que la obligación principal no sea cumplida en los términos pactados, determina una causa peculiar de garantía, en todo caso diferente de la propia de la obligación principal asegurada. Consecuencia necesaria de lo anterior es la alteridad del régimen de la obligación del fiador respecto de la obligación del deudor principal, que se traduce no sólo en la posibilidad de que su contenido sea distinto, sino también en que su existencia, y su posibilidad de modificación y extinción sean independientes, aunque siempre esté subordinada a la obligación principal como consecuencia de su naturaleza accesorio. De tal caracterización de la obligación del fiador debe concluirse afirmando la posibilidad de que su derecho pueda ser garantizado mediante hipoteca. La hipoteca garantiza al fiador que paga la realización de su crédito contra el deudor principal directamente sobre la finca hipotecada y con preferencia a cualquier otro acreedor posterior, lo que tiene evidente interés para él, como en cualquier otra relación de crédito. En este sentido, no debe olvidarse que el contenido del derecho del fiador, especialmente después de haber pagado, es diferente y, desde el punto de vista objetivo, más amplio que el del acreedor principal, como consecuencia de tratarse de un vínculo obligatorio distinto. El

fiador que paga tiene derecho a reclamar del deudor principal, desde luego, lo satisfecho efectivamente al acreedor, y a este efecto le puede resultar de interés la subrogación en la posición jurídica del acreedor, pero, además, tiene derecho a reclamar al deudor por todos los conceptos a que se refiere el artículo 1.838 del Código Civil, así como la retribución que se pudiera haber pactado, como de ordinario ocurre en las fianzas mercantiles prestadas por las entidades de crédito. Desde esta perspectiva, ha de tenerse en cuenta que, si bien la subrogación puede facilitar el cobro de la cantidad efectivamente satisfecha en concepto de pago por el fiador, los demás conceptos repetibles quedan fuera de la cobertura subrogatoria, porque el fiador ejercita directamente frente al deudor un derecho propio que deriva exclusivamente de la relación de fianza. Así, se entiende que esté fuera de toda duda la justificación y la utilidad de la hipoteca constituida para garantizar el cobro de tales cantidades.

Reconocida la naturaleza autónoma de la relación de fianza, también es cierto que su carácter accesorio y subordinado determina una interconexión con la obligación principal que no se da en otro tipo de contratos. Una de las manifestaciones de esta peculiaridad se concreta en la posibilidad de que el fiador que paga se subrogue en la posición jurídica del acreedor (artículo 1.839 del Código Civil). Pero ese efecto subrogatorio no significa que la fianza se confunda con la obligación principal. Esto es evidente si se tiene en cuenta que los efectos específicos de la fianza se siguen produciendo en favor del fiador aún después de haber ejercitado con éxito los derechos del acreedor, como lo demuestra la subsistencia de la vía de regreso contra el deudor si por aquel medio no se produjo la íntegra satisfacción del primero.

En el presente supuesto, del contenido de la escritura resulta inequívocamente que la obligación asegurada con la hipoteca es la que puede nacer en el caso de que el fiador pague al acreedor principal, que se trata de una obligación diferente de la obligación contraída por el deudor para con dicho acreedor como consecuencia del préstamo. Por ello, el hecho de que la cantidad máxima garantizada con la hipoteca sea –como es natural– superior a la del capital del referido préstamo no constituye ningún obstáculo para la inscripción de tal derecho real, estando la obligación asegurada suficientemente determinada en sus aspectos definidores, como resulta de la póliza de préstamo y afianzamiento cuya copia se incorpora en la escritura calificada.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación impugnada, en los términos que anteceden.

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, 30 de septiembre de 2009.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.<sup>ª</sup> Ángeles Alcalá Díaz.