

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11711 *Resolución de 28 de junio de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Castellón de la Plana n.º 3, 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., Abogada, en nombre y representación de «Avalmadrid, S.G.R.», contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Castellón de la Plana número 3, doña Gloria Elena Fernández Jalvo, 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 día 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 Castellón de la Plana número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Previo calificación en plazo del precedente documento, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, he denegado la inscripción del precedente documento por los siguientes Hechos: Se presenta al 19 de diciembre de 2011, a la nueve horas, bajo el asiento 961 del diario 73, escritura telemática enviada por la Notaría de don Federico Garayalde Niño, el día anterior fuera del horario del Registro y aportada con fecha 19 de enero de 2012 copia de la escritura, junto con la correspondiente documentación acreditativa del pago del impuesto, por Gestoría Montalvo, SLP, quien gestionará dicha documentación, acompañado de diligencia autorizada por el Notario don Alberto Bravo Olaciregui, como sustituto de su compañero, don Federico Garayalde Niño, el mismo día del otorgamiento del precedente documento, por la que Avalmadrid, sociedad de garantía recíproca, por medio de sus representantes ratifica y acepta la hipoteca unilateral, la cual ya acompañaba al título telemático al momento de su presentación, otorgada la escritura en Madrid el diecinueve de diciembre del año dos mil once, número de protocolo 2183/2.011 del Notario don Federico Garayalde Niño, por la que J. L. B. M., junto con otros, constituye hipoteca unilateral de máximo a favor de Avalmadrid, sociedad de garantía recíproca que acepta, para garantizar los avales de ésta a favor de terceros y el cumplimiento del resto de obligaciones derivadas del afianzamiento pactado en este título, de 1.233.500 euros de principal, sobre la vivienda del tipo C/A, sita en la planta octava del bloque II denominado (...), que tiene como anejos inseparables un cuarto trastero y una plaza de aparcamiento al aire libres, números 229 y 246, respectivamente, finca registral 19281 de Benicasim, y sobre otras fincas no radicantes en esta demarcación territorial, por lo que la descrita finca responderá de: 130.000 euros de principal, de dos años hasta el 8 % anual

de intereses de demora, de un 20 % para costas y gastos. Primero. Como cuestión previa determinante de la presente calificación, es preciso determinar la naturaleza jurídica de las Sociedades de Garantía Recíproca a los efectos de incluirlas o no en las entidades que enuncia el artículo 2 de la Ley de Mercado Hipotecario. Las SGR están reguladas en la Ley 1/94 de 11 de marzo, según su artículo 1 son entidades financieras, según su artículo 2 su objeto es otorgar garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución a favor de sus socios por las operaciones que estas realicen dentro del giro o tráfico de sus empresas, y según su artículo 3 no pueden conceder ninguna clase de crédito a sus socios. La ley 41/2007 adapta el texto del artículo 2 de la Ley de Mercado Hipotecario (LMH) a la nueva realidad del elenco de entidades de crédito admitidas en nuestro ordenamiento jurídico. Casi todas las entidades de crédito están incluidas en dicho precepto, pero no todas. La redacción original de la Ley de 1981 recogía la práctica totalidad de las entidades de crédito, a saber: las entidades oficiales de crédito, entre las que se hacía mención expresa del Banco Hipotecario, las Cajas de Ahorros, con mención expresa de la Caja Postal de Ahorros, los bancos privados, el Banco Exterior de España, las Cooperativas de Crédito, las entidades de financiación y las Sociedades de Crédito hipotecario, nuevo tipo de entidad financiera que la LMH creó. El listado de entidades de crédito mencionadas en el citado precepto ha permanecido intacto desde marzo de 1981 hasta diciembre de 2007. El nuevo texto del artículo 2 de la LMH., conforme a la redacción dada por el artículo 2 de la ley 41/2007 dice: «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 Ahorro; c. Las Cooperativas de Crédito; d. Los Establecimientos Financieros de Crédito. Se pone de manifiesto que hay que distinguir entre entidades de crédito (concepto restringido) que regula el artículo 2, en vez de Entidades Financieras (concepto más amplio). Y así hemos visto que la ley 1/94 de 11 de marzo califica como Entidades Financieras a las SGR, artículo 1 y también a las Sociedades de Refianzamiento, artículo 11, pero no tienen la condición de Entidades de Crédito, al no aparecer enumeradas en el citado artículo 2. Tampoco tienen esta consideración los Fondos de Inversión, o las sociedades comprendidas en el ámbito de la ley 2/2009, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios. El artículo 153 Bis, introducido por la ley 41/2007 regula la que denominamos hipoteca flotante estableciendo: «También podrán constituirse hipotecas de máximo a. 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, b. a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos. Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado. Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura. Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la LEC.» A la vista de lo expuesto se entra a determinar si puede ser objeto de inscripción la hipoteca unilateral de máximo que se constituye en esta escritura en garantía de una línea de afianzamiento de cualesquiera avales (obligaciones futuras) y por lo tanto el reembolso de las cantidades que por cualquier concepto, haya de satisfacer Avalmadrid frente a terceros beneficiarios de su línea de fianzas. Que se constituye una hipoteca de varias obligaciones futuras

(cualesquiera avales solicitados con cargo a la presente línea) se deducen de las estipulaciones A.–Afianzamiento, primera, segunda, octava primer párrafo y novena. Tradicionalmente la DGRN vino rechazando este tipo de hipotecas apelando al Principio de Especialidad y a la necesidad de evitar el quebranto del crédito territorial, lo que le lleva a rechazar en la Resolución 17 de enero de 1994 una hipoteca semejante a la actual. Todo ello ha sido superado por la Ley 41/2007 que regula en su artículo 153 Bis transcrito admitiendo la modalidad de la hipoteca flotante pura. Ello da lugar a que puedan constituirse una hipoteca de máximo en garantía de una o varias obligaciones futuras. En el presente caso en la estipulación, A.–Afianzamiento. - Novena se pacta el ejercicio de acciones judiciales para reclamar las cantidades objeto de reembolso, gastos derivados del ejercicio de acciones, demoras al 14 por ciento de lo debido, y se articula una cuenta a estos únicos fines que se abrirá en los libros de Avalmadrid. Saldo que se considerará deuda líquida, vencida y exigible, a los efectos de la acción ejecutiva. En la estipulación B. Hipoteca- Primera, se pacta que sobre las fincas que determina el título, se constituye hipoteca unilateral de máximo a favor de Avalmadrid, para garantizar el/los aval/es de ésta a favor de terceros, y el cumplimiento del resto de obligaciones derivadas del afianzamiento pactado en la presente escritura, cuya vigencia se extiende hasta que la entidad avalista perciba las cantidades a cuyo pago pueda venir obligada en virtud del/los mentado/os aval/es emitidos con cargo a la Línea de avales, así como las derivadas del afianzamiento pactado. No se garantiza por lo tanto el saldo deudor con efecto novatorio de la estipulación Novena (que no se ha pactado tal efecto novatorio) sino que la hipoteca es más amplia en su cobertura. Es más en la estipulación B. - Hipoteca. Séptima, 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. Ahora bien, esta modalidad de hipoteca flotante, está reservada por la ley a las Entidades comprendidas en el artículo 2 de la Ley de Mercado de Hipotecario, y ha quedado claro por la argumentación antes expuesta que las SGR están excluidas hoy por hoy de ese elenco. Ello conlleva la denegación de la inscripción, al adoptar la figura jurídica de la hipoteca de máximo en garantía de obligación futura un sujeto de derecho excluido por ley. Segundo. La estipulación B.–Primera a la hora de constituir la hipoteca unilateral de máximo establece, amparándose en el artículo 153 Bis, el plazo de la hipoteca, fijando «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. Es más, la estipulación Décimo Novena,- 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 socio/s partícipe/s 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, si no existiera el primer defecto, de la inscripción, 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 necesaria 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 periodos sucesivos de cinco años sin determinar un plazo final. Tercero. De acuerdo con la interpretación que efectúa del artículo 12.1, párrafo segundo de la Ley Hipotecaria, tras

su reforma por la Ley 41/2007, 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 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 LH (Norma imperativa) y 107.3 de la LH, 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 TS de 16 de Diciembre, aquellas 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 irrelevantes). 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 LH 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 LH y 51 de su Reglamento. Séptima, del apartado C.–, las dos últimas líneas por lo dicho en la cláusula Sexta G; los apartados D, F, H, J, K, L, M, 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 se han inscrito 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 transcendencia 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, E.–párrafos segundo y tercero, por estar regulado en el artículo 110-2 de la LH, Octava: b.–y e.–, por ser contraria al Principio de Especialidad (artículos 9 y 12 LH y 51 RH), 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 LH 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 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. La presente nota de calificación negativa lleva consigo la prórroga de la vigencia del asiento de presentación en los términos establecidos en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente nota (...) Castellón de la Plana a 6 de febrero de 2012 El Registrador (firma ilegible y sello con el nombre y apellidos de la registradora)».

Solicitada calificación sustitutoria, fue confirmada la nota de calificación, por don Alberto Manuel Adán García, registrador de la Propiedad accidental de Albocàsser.

III

Contra la anterior nota de calificación, doña V. C. V., Abogada, en nombre y representación de «Avalmadrid, S.G.R.», interpone recurso en virtud de escrito de fecha 2 de abril de 2012, en base entre otros a los siguientes argumentos: Con fecha de 6 de febrero de 2012, la titular del Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana número 3, emite calificación negativa, denegando la inscripción solicitada, con base a los siguientes motivos: en primer lugar, y este es el motivo del recurso, por carecer «Avalmadrid, S.G.R.» como entidad de sociedad de garantía recíproca, de capacidad para la constitución de hipotecas de máximo; 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; y, en tercer lugar, se deniega la inscripción de una serie de cláusulas previstas en la escritura de constitución de hipoteca. 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 la registradora 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 5 de marzo de 2012 por el registrador de la Propiedad accidental de Albocàsser con idéntico resultado al expresado. 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 recurso, con base a los siguientes fundamentos de Derecho. Primero. La resolución que es objeto de recurso deniega 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 (se transcribe por la recurrente). 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 Castellón de la Plana número 3 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, ha de remitirse a la disposición final (sic) 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 (se transcribe por la recurrente). «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, la recurrente entiende 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; 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 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 aquí analizados, y en que se admite tal inscripción: En cuanto a tales antecedentes, la recurrente se remite al fundamento de Derecho primero de la citada Resolución (se transcribe por la recurrente); y, Quinto. Por otra parte, y en relación con la misma escritura, se indica 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.

IV

La registradora emitió informe el día 30 de abril de 2012 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1.825 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; 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 de los artículos 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.

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 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 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 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 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.

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.

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, 28 de junio de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.