

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12445 *Resolución de 27 de julio 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 Madrid n.º 37, por la que se deniega la inscripción de una hipoteca en garantía de afianzamiento.*

En el recurso interpuesto por doña V. C. V., en nombre y representación de «Avalmadrid, S. G. R.», contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Madrid número 37, doña María Luisa Madejón Concejal, 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 Madrid número 37, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad n.º 37 de Madrid El Registrador de la Propiedad que suscribe, previa calificación del documento que a continuación se relaciona, presentado bajo el asiento 544 del Diario 41, extiende con fecha de hoy la siguiente nota de calificación, en base a los siguientes hechos y fundamentos de derecho: Hechos En la escritura autorizada el 19 de Diciembre de 2011 ante el Notario de Madrid don Federico Garayalde Niño, bajo el número 2183 de protocolo, la sociedad Integración Agencias de Viajes, S.A. desembolsa participaciones sociales de Avalmadrid, y, como socio partícipe de Avalmadrid S.G.R. manifiesta que ha solicitado se le conceda una línea de fianzas ante terceros por un límite máximo de 1.233.500 euros, y dicho socio partícipe ha solicitado de Avalmadrid S.G.R. que garantice la referida línea de avales. La Sociedad Integración de Agencias de Viajes, acuerda formalizar garantía real a favor de Avalmadrid sobre las fincas inventariadas, entre las que se encuentra la finca 19548 de este Registro, para el supuesto de que Avalmadrid S.G.R. tuviera que pagar en lugar de Integración Agencias de Viajes, S.A, en su condición de avalista solidario así como en garantía de las responsabilidades contraídas por dicha sociedad en la escritura que motiva esta nota. No se pacta el efecto novatorio de las obligaciones garantizadas. En la hipoteca constituida, se pacta en el apartado B- Hipoteca, estipulación primera, que se constituye «hipoteca unilateral de máximo... en favor de Avalmadrid para garantizar los avales de ésta a favor de terceros, y el cumplimiento del resto de las obligaciones derivadas del afianzamiento pactado en la escritura, cuya vigencia se extiende hasta que la entidad avalista perciba las cantidades a cuyo pago pueda venir obligada en virtud de los citados avales emitidos con cargo a la línea de avales, así como las derivadas del afianzamiento pactado, y como máximo veinte años

a partir del día de hoy –otorgamiento– prorrogables por periodos sucesivos de cinco en tanto en cuanto pervivan las o ligaciones derivadas de la presente escritura de afianzamiento» A su vez en el apartado A- Afianzamiento, estipulación segunda se indica que la presente póliza de afianzamiento permanecerá vigente en tanto en cuanto no se hayan cancelado y devuelto a Avalmadrid, a su satisfacción, la totalidad de los avales constituidos en virtud de la misma, y mientras el socio partícipe y en su caso los fiadores no hayan abonado todas las cantidades debida a Avalmadrid en virtud de la póliza. Fundamentos de Derecho 1.–Dada la obligación garantizada, que consiste en los avales que puedan prestarse en garantía de las líneas de créditos con el límite máximo pactado en la escritura, sin que en el momento de constitución de la hipoteca exista ningún aval concreto que garantizar, por lo se trata de obligaciones totalmente indeterminadas y futuras, es decir, se trata de una hipoteca de máximo prevista en el artículo 153 bis de la ley hipotecaria, que permite la hipoteca flotante, para los supuestos previstos en dicho precepto. Para la constitución de dicha hipoteca el artículo 153 bis citado exige que la persona a cuyo favor se constituya sea una de las mencionadas en dicho precepto, que además de las administraciones públicas previstas en el apartado b), se remite en el apartado a) a las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario, precepto que en su redacción dada por la ley 41/2007, no incluye a las Sociedades de Garantía Recíproca. 2.–El principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse –artículos 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51 6 del Reglamento Hipotecario–, lo que tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado –artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1.857 del Código Civil–, exige, como regla general, la precisa determinación de la obligación a la que sirve de garantía, debiendo constar el plazo de duración de dicha obligación, determinante del plazo duración de la hipoteca –el artículo 82 de la Ley Hipotecaria parte de dicha fecha para determinar los plazos de cancelación de la hipoteca por caducidad, o el artículo 128 sobre prescripción de la acción hipotecaria–. En relación con las hipotecas de máximo, figura en la que se encuadra la constituida en la presente escritura, el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria exige que en la escritura de constitución conste el plazo de duración de la hipoteca, y señala que al vencimiento pactado por los otorgantes o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada conforme prevén los artículos 129 y 153 de la citada Ley. De ello resulta que a pesar del carácter futuro de las obligaciones garantizadas, deba fijarse un plazo de duración de la hipoteca, a efectos de los cálculos de los plazos antes indicados. Si bien es cierto que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha admitido cierta flexibilidad en la determinación de los elementos configuradores del derecho real de hipoteca permitiendo, en algún supuesto especial, que el plazo de la hipoteca se determine en atención unos hechos futuros ciertos en su acaecimiento, aunque inciertos en el cuándo (por ejemplo, hasta la resolución definitiva del Tribunal Económico Administrativo Central, resolución de 30-9-2003; o hasta la muerte del prestatario, posibilidad hoy admitida legalmente en la hipoteca inversa), dicha doctrina no es aplicable al caso que nos ocupa dado que fijándose prórrogas sucesivas de cinco años en tanto pervivan las obligaciones derivadas del afianzamiento, y teniendo en cuenta que para este no consta plazo determinado para su finalización, ello implica indeterminación total del plazo final del vencimiento. Por todo lo expuesto, conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, se suspende la inscripción del documento relacionado al principio de esta nota de calificación, considerándose insubsanable el primero de los defectos indicados, al no ser la Sociedad de Garantía Recíproca entidad incluida en el artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario, y subsanable el segundo de los mismos, en cuanto a la indeterminación del plazo. Queda prorrogado el asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1 de la Ley Hipotecaria. La precedente nota de calificación (...) Madrid, 13 de abril de 2012 La Registradora (firma ilegible) Fdo. María Luisa Madejón, Concejal Registradora de la Propiedad n.º 37 de Madrid».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña V. C. V., en nombre y representación de «Avalmadrid, S. G. R.», interpone recurso en virtud de escrito, de fecha 23 de mayo de 2012, en base entre otros, a los siguientes argumentos: Con fecha 13 de abril de 2012, la titular del Registro de la Propiedad de Madrid número 37, doña María Luisa Madejón Concejal, 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 la registradora considera que «Avalmadrid, S. G. R.» no puede constituir hipotecas de máximo, en aplicación del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Disconforme la entidad recurrente con dicha calificación, en cuanto se considera no ajustada a Derecho y gravemente perjudicial para esta entidad, interpone contra la misma recurso, con base a los siguientes fundamentos de Derecho. Primero.—La resolución objeto de recurso deniega la inscripción de hipoteca de máximo a favor de «Avalmadrid, S. G. R.» sobre la base de que ésta 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 Madrid número 37 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. La calificación citada no sería 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 entra las prevista 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.—Debiera remitirse 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. «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, reguladora de Sociedades de Garantía Recíproca, el cual establece que «las sociedades de garantía recíproca tendrán como objeto social el otorgamiento de garantías personales, por aval o por cualquier otro medio admitido en derecho distinto del seguro de caución, a favor de sus socios para las operaciones que éstos realicen dentro del giro o tráfico de las empresas de que sean titulares.» En

definitiva, «Avalmadrid, S. G. R.» tendría la condición de establecimiento financiero de crédito, y así 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. Se entendería que la calificación 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 nuestra representada; Cuarto.–Por otra parte, si bien la cuestión de que las sociedades de garantía recíproca puedan constituir hipotecas de máximo en seguridad de los avales emitidos por las mismas no ha sido analizada expresamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado, sí lo ha sido de modo tácito o indirecto. En este sentido, habría que remitirse a 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 a la presente analizados, y en que se admite tal inscripción: En cuanto a tales antecedentes, nos remitimos al fundamento de Derecho primero de la citada Resolución; y, Quinto.–Por otra parte, y en relación con la misma escritura, sería necesario indicar como la misma, y en cuanto contiene la constitución de hipotecas sobre fincas situadas en diferentes circunscripciones, fue también objeto de calificación positiva, en la cuestión que es objeto de análisis, por parte del registrador de la Propiedad de Marbella número 2, y que, en relación con la calificación del Registro de la Propiedad de Madrid número 14, se suspende la inscripción por el defecto subsanable de la falta de determinación del plazo de vencimiento sin observarse ningún otro defecto.

IV

La registradora emitió informe el día 5 de junio de 2012 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos el artículo 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; 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 y 18 de julio 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 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 cuáles 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 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 1.825 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 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 la registradora, 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, 27 de julio de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.