

# El concepto de entidad financiera en la hipoteca de máximo y el anacronismo del legislador español

## Reyes Palá Laguna

Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

---

*El artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria restringe la concesión de hipotecas de máximo a las entidades de crédito y establecimientos financieros de crédito. Legislación posterior permite a otras entidades financieras efectuar estas operaciones.*

En el año 2007 se reforma la Ley Hipotecaria para, entre otros extremos, incluir un nuevo artículo 153 bis relativo a la hipoteca de máximo. La justificación de la reforma es, en palabras del legislador (apartado VI del preámbulo de la Ley 41/2007) la siguiente: «[l]a accesoriadad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquellas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria. *Lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas*» (cursiva nuestra).

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Además de los supuestos recogidos en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria (hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito), el artículo 153 bis permite la constitución de hipoteca de máximo «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 las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, son «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». Recordemos que en la actualidad solo existen dos cajas de ahorro, que la Confederación Española de Cajas de Ahorros es una asociación bancaria que defiende los intereses de sus entidades adheridas y que ha desaparecido el concepto legal de ‘entidad oficial de crédito’.

Respecto a los establecimientos financieros de crédito, su concepto y régimen lo encontramos en los artículos 6 y siguientes de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de Fomento de la Financiación Empresarial. A nuestros efectos, interesa recordar el artículo 6: «1. Podrán constituirse como establecimientos financieros de crédito aquellas empresas que, sin tener la consideración de entidad de crédito y previa autorización del ministro de Economía y Competitividad, se dediquen con carácter profesional a ejercer una o varias de las siguientes actividades: a) [l]a concesión de préstamos y créditos, incluyendo crédito al consumo, crédito hipotecario y financiación de transacciones comerciales [...]».

Los establecimientos financieros de crédito están sometidos a la normativa de solvencia «contenida en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y su normativa de desarrollo, así como la normativa de transparencia, mercado hipotecario, régimen concursal y prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo prevista para las entidades de crédito» (art. 7 de la Ley 5/2015), con las excepciones previstas en el artículo 12 de esta Ley 5/2015.

Dicho esto, se plantea la necesidad de interpretar la normativa de la Ley Hipotecaria —anterior a la crisis financiera del 2008— por lo que respecta a la concesión de hipotecas de máximo o flotantes de acuerdo con la realidad actual, en la que otras entidades financieras pueden conceder préstamos y créditos o invertir en préstamos hipotecarios o en otras formas de financiación vinculadas a bienes muebles e inmuebles. O, incluso, conceder préstamos hipotecarios a personas jurídicas. Nos referimos, por ejemplo, a las instituciones de inversión colectiva de inversión libre (IICIL), muchas de las cuales podrían subsumirse en el concepto de *hedge funds*. A tenor de lo dispuesto en el artículo 73 del Reglamento de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, estas instituciones que llevan a cabo este tipo de inversiones sólo pueden ser comercializadas entre clientes profesionales. Como indica la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), «atendiendo al espíritu finalista de esta norma, las IICIL podrán constituir o

adquirir instrumentos de uso habitual en la financiación de las empresas incluso si lo anterior pudiese conllevar la adquisición sobrevenida de un bien mueble o inmueble en el que se encuentre materializado el colateral que sustente la operación de financiación» (véase *Preguntas y respuestas de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre la normativa de IIC, ECR y otros vehículos de inversión colectiva cerrados*, disponible en la página web de la Comisión y actualizadas a 28 de noviembre del 2018).

La estricta limitación prevista en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria (LH) que restringe la concesión de hipoteca de máximos a las entidades de crédito y a los establecimientos financieros de crédito fue introducida en nuestro Derecho en el 2007 por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y no pudo tener cuenta, lógicamente, la posterior regulación de lo que se conoce como sector bancario en la sombra (*shadow banking*), fundamentalmente, la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio del 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativa, directiva cuyo contenido fue incorporado al Derecho español por la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

Nos encontramos en la actualidad con una prohibición de concesión de hipoteca de máximo «en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas» (art. 153 bis LH) para las entidades que no tengan la condición de entidad de crédito o de establecimiento financiero de crédito, y por otro lado, con la posibilidad de que *hedge funds* (instituciones de inversión colectiva de inversión libre) puedan conceder créditos o préstamos con garantía hipotecaria dentro de las limitaciones que establece el legislador respecto a su política de inversión en el artículo 73 del Reglamento de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva (por ejemplo, la ya indicada prohibición contenida en el artículo 73.5d del Reglamento de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva: «Las IICIL no concederán préstamos ni invertirán en préstamos concedidos a personas físicas [...]»).

Al estar ante una norma especial aplicable a estas instituciones de inversión colectiva de inversión libre, creemos que la limitación del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria ha de entenderse superada por la legislación sobre instituciones de inversión colectiva. Procede, por tanto, interpretar el referido artículo en el sentido de admitir el otorgamiento de hipoteca de máximos por otras entidades financieras cuya legislación especial les permita realizar estas operaciones.

Las particularidades que para estas hipotecas se recogen en el artículo 153 bis, al referirse al contenido de la escritura de constitución de la hipoteca, serán de aplicación en el caso de que sea una entidad financiera distinta de una entidad de crédito o de un establecimiento financiero de crédito la que conceda la financiación a la empresa.