

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**17020** *Resolución de 5 de julio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Málaga n.º 3 a inscribir una escritura de constitución de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por doña Rocío Rodríguez Martín, notaria de Madrid, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Málaga número 3, don Jorge Blanco Urzaiz, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca.

#### Hechos

I

El día 5 de enero de 2023 se autorizó por el notario de Madrid, don Ignacio Paz-Ares Rodríguez, en su condición de sustituto por ausencia legal de la notaria de la misma capital, doña Rocío Rodríguez Martín, con el número 21 de protocolo, una escritura de constitución de hipoteca de segundo rango.

Según resulta del apartado relativo a la intervención, son tres las entidades que intervienen en el otorgamiento: «Millcreeck Invest, S.L.», unipersonal, en su condición de «hipotecante»; «Díaz Investments S.à.r.l.», que comparece «en su condición de Entidad Financiadora (Lender) bajo el Contrato de Financiación Mezzanine (tal y como se define a continuación). En adelante Díaz Investments junto con las entidades que en cada momento tengan la condición de Entidades Financiadoras (Lenders) bajo el Contrato de Financiación Mezzanine (tal y como se define a continuación) y sus sucesivos cesionarios y sucesores bajo el mismo, se denominarán conjuntamente como las Entidades Financiadoras Mezzanine. En lo sucesivo, las Entidades Financiadoras Mezzanine, junto con sus sucesivos cesionarios bajo el Contrato de Financiación Mezzanine (definido a continuación) serán denominados conjuntamente los Acreedores Hipotecarios y cada uno de ellos un Acreedor Hipotecario», y la entidad «Situs Asset Management Limited», quien comparece «en su condición de agente de garantías común (Common Security Agent) de las Entidades Financiadoras Mezzanine bajo el Contrato entre Acreedores (tal y como se define a continuación) y nombrado como tal en el Contrato de Acreedores. En adelante, Situs o cualquier otra entidad que le suceda u ostente en cada momento la condición de agente de garantías común (Common Security Agent) será referida como el Agente de Garantías Común. Situs en su condición de agente de la financiación (Facility Agent) bajo el Contrato de Financiación Mezzanine (tal y como se definen a continuación). En adelante, Situs o cualquier otra entidad que le suceda u ostente en cada momento la condición de agente de la financiación (Facility Agent) bajo el Contrato de Financiación Mezzanine será referida como el Agente de la Financiación Mezzanine».

Según los apartado IV y siguientes de la parte expositiva, el día 11 de noviembre de 2021 se elevó a público, entre otros, un contrato de financiación suscrito el día 9 de noviembre del mismo año, denominado «contrato de financiación mezzanine» sujeto al derecho inglés por, entre otros, la entidad «Millcreeck Invest, S.L.», unipersonal, en su condición de «obligado mezzanine»; la entidad «Díaz Investments, S.à.r.l.», como «entidad financiadora mezzanine original», y «Situs Asset Management Limited», como «agente de la financiación mezzanine»; y se otorgó, asimismo, escritura pública de promesa de constitución de hipoteca de segundo rango en garantía del íntegro y puntual cumplimiento de las obligaciones garantizadas.

Conforme al apartado XI de la parte expositiva, las obligaciones garantizadas por la hipoteca eran: «(i) todas y cada una de las obligaciones y responsabilidades, tanto presentes como futuras, tanto existentes como eventuales o contingentes, solidarias o mancomunadas o cualesquiera otras, incurridas originariamente por un Obligado Mezzanine de la Operación o por un tercero, de cada uno de los obligados Mezzanine de la Operación frente a las Entidades Financiadoras Mezzanine (o cualquiera de ellas), bajo el Contrato de Financiación Mezzanine, tal y como el mismo sea novado, modificado, cedido o suplementado en cada momento (incluyendo en particular, pero sin limitación, por lo que se refiere a la Cesión de Deuda (Debt Transfer) prevista bajo la cláusula 31.3 del Contrato de financiación Mezzanine, así como cualquier obligación derivada de cualquier incremento de principal o de los intereses o extensión de la fecha de vencimiento, así como cualesquiera responsabilidad derivada de un enriquecimiento injusto, daños y perjuicios o restitución en relación con los anteriores; y (ii) la obligación del Hipotecante o cualquiera de los obligados Mezzanine de la operación de abonar o reembolsar a las Entidades Financiadoras Mezzanine cualquier coste, carga, tasa, tributo o gasto incurrido o que sea abonado por las Entidades Financiadoras Mezzanine en relación con el Contrato de Financiación Mezzanine o esta Escritura (tal y como se define más adelante), incluyendo todos los costes, cargas, gastos, tributos y gastos incurrimos en relación con la protección, conservación o ejecución de los derechos o intereses de las Entidades Financiadoras Mezzanine bajo o relativos al Contrato de Financiación Mezzanine o a esta escritura».

Finalmente, en el apartado «estipulaciones» se concretaban las condiciones y demás circunstancias, tanto financieras, ejecutivas como de otra índole, de la hipoteca constituida, fijándose en la cláusula 2.4 las cifras de responsabilidad máxima hipotecaria por razón de principal, intereses ordinarios, intereses moratorios y costas y gastos. Por el contrario, no resultaba de las estipulaciones la fijación de un plazo de duración máximo del derecho de real de hipoteca.

## II

Presentada el día 5 de enero de 2023 copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Málaga número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Examinado el documento arriba indicado, previa Calificación de este Registrador de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, se suspende la Inscripción del mismo por los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho:

### Hechos:

1. Se presenta en el Registro, escritura de constitución de Hipoteca, señalando en el Exponen I al VIII, el otorgamiento de una serie de actos jurídicos, (Contrato de Financiación Senior, Carta de Margen Senior, Contrato de Cesión Senior, Contrato de Financiación Mezzanine, Carta de Margen Mezzanine, Contrato de Cesión Mezzanine, Contrato de Cesión Capex, Contrato entre Acreedores y Contrato de Subordinación Senior y Contrato de Subordinación Mezanine ), que han sido suscritos entre diversas Entidades Deudoras por un lado como prestatarias y por otro lado como prestamista inicial la entidad Caixbank SA.

En la escritura, de las entidades deudoras solo comparece la Entidad Milcreeck Invest SL, a los efectos igualmente como Hipotecante de las entidades de las que es titular en este Registro, y sólo se incorpora en la escritura, un resumen de los principales términos y condiciones del Contrato de Financiación Mezzanine, como Anexo I Parte 1, ya que como señala la escritura, los supuestos de incumplimiento acordados entre las partes como causa de ejecución, incluidos en dicho Anexo I Parte 1, han sido esenciales para el otorgamiento de la financiación garantizada, y solicitan expresamente la inscripción de todos ellos, tal y como se describen en dicho resumen.

2. Se da el hecho de que la entidad Milcreeck Invest SL, como hipotecante, hipoteca fincas de su titularidad, en garantía de distintas obligaciones que se reflejan en el Exponen XI, y que se señala como las siguientes:

(i) todas y cada una de las obligaciones y responsabilidades, tanto presentes como futuras, tanto existentes como eventuales o contingentes, solidarias o mancomunadas o cualesquiera otras, incurridas originariamente por un Obligado Mezzanine de la Operación o por un tercero, de cada uno de los obligados Mezzanine de la Operación frente a las Entidades Financiadoras Mezzanine (o cualquiera de ellas), bajo el Contrato de Financiación Mezzanine, tal y como el mismo sea novato, modificado, cedido o suplementado en cada momento (incluyendo en particular, pero sin limitación, por lo que se refiere a la Cesión de Deuda (Debt Transfer) prevista bajo la cláusula 31.3 del Contrato de financiación Mezzanine, así como cualquier obligación derivada de cualquier incremento de principal o de los intereses o extensión de la fecha de vencimiento, así como cualesquiera responsabilidad derivada de un enriquecimiento injusto, daños y perjuicios o restitución en relación con los anteriores; y

(ii) la obligación del Hipotecante o cualquiera de los obligados Mezzanine de la operación de abonar o reembolsar a las Entidades Financiadoras Mezzanine cualquier coste, carga, tasa, tributo o gasto incurrido o que sea abonado por las Entidades Financiadoras Mezzanine en relación con el Contrato de Financiación Mezzanine o esta Escritura (tal y como se define más adelante), incluyendo todos los costes, cargas, gastos, tributos y gastos incurridos en relación con la protección, conservación o ejecución de los derechos o intereses de las Entidades Financiadoras Mezzanine bajo o relativos al Contrato de Financiación Mezzanine o a esta Escritura.

De la redacción de la escritura parece claro pues, que la Hipoteca se constituye en garantía de una pluralidad de obligaciones, ya sean existentes, o futuras, existentes o eventuales, del incremento del principal inicialmente concedido, enriquecimientos injustos daños y perjuicios, costes, cargas, tasas tributos o gastos en que se incurra o sea abonado por la Entidad Financiadoras, la protección o conservación o ejecución, derivados todos ellos del Contrato de Financiación Mezzanine.

Estamos pues ante la existencia de una Hipoteca de Máximo Flotante, del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, respecto a la cual, no consta el plazo de duración de la hipoteca que exige dicho precepto, requisito sin el cual no es susceptible de Inscripción la misma en Registro. En el Contrato Mezzanine se han establecido fechas de vencimiento de la obligación, pero dichas fechas de vencimiento no son un plazo de duración de la Hipoteca como plazo de caducidad exigido por la Ley.

Igualmente al tratarse de una Hipoteca de Máximo debe constituirse 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.

3. En la escritura, se establece como Entidad acreedora a Díaz Investments, junto con las Entidades que en cada momento tenga la condición de Entidades Financiadoras bajo el Contrato de Financiación Mezzanine y sus sucesivos Cesionarios y sucesores bajo el mismo, y que se denominarán conjuntamente como las Entidades Financiadoras Mezzanine.

Fruto de ello, la Hipoteca no se constituye a favor de la Entidad Diaz Investments, sino a favor de las Entidades Financiadoras Mezzanine, con lo que queda infringido el principio de determinación hipotecaria en cuanto a la determinación del titular del derecho real de hipoteca, más cuando en la propia Escritura, como no podía ser de otra manera dado el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca, se establece que, la venta, cesión o transmisiones parciales de los derechos de crédito derivados del Contrato de Financiación Mezzanine que se hubieran acordado con terceras personas o entidades será objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad debiendo otorgar los documentos público que permitan evidenciar la cesión.

4. Respecto al Domicilio a efectos de requerimiento y notificaciones, se remite al de la estipulación 10.2, tanto en el judicial como en el extrajudicial, lo que creemos que se deber a un error numérico, pues no existe 10.2 en la escritura, sino que debe referirse a la cláusula 11.2 que es donde se fijan los domicilios.

5. Respecto a los supuestos de incumplimiento acordados entre las partes como causa de ejecución, incluidos en el Anexo 1 Parte 1, y que las partes consideran esenciales para el otorgamiento de la financiación garantizada, y que solicitan expresamente la inscripción de todos ellos, tal y como se describen en dicho resumen, este Registrador suspenderá los que se relaciona en los Fundamentos de Derecho, junto con las cláusulas de la escritura que se dirán, por los motivos que se expresarán a continuación.

#### Fundamentos de Derecho:

1. Dado que estamos en presencia de una Hipoteca de Máximo del artículo 153 Bis de la Ley Hipotecaria, no se ha señalado el plazo de duración de la Hipoteca, tal y como exige dicho precepto, requisito sin el cual no es posible la Inscripción de la Misma en el Registro de la Propiedad.

2. Debe acreditarse que Díaz Investments S.a.r.l es una entidad financiera de crédito de conformidad con el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Establece el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria: "También podrá constituirse hipoteca 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."

3. No se establece con claridad a favor de qué sujeto se constituye la Hipoteca como titular de dicho real de garantía. La Hipoteca se constituye indeterminadamente a favor de la Entidad acreedora Díaz Investments S.a.r.l, junto con las Entidades que en cada momento tenga la condición de Entidades Financiadoras bajo el Contrato de Financiación Mezzanine y sus sucesivos Cesionarios y sucesores bajo el mismo, y que se denominarán conjuntamente como las Entidades Financiadoras Mezzanine.

Fruto de ello, la Hipoteca no se constituye a favor de la Entidad Díaz Investments S.a.r.l., únicamente compareciente en la escritura, sino a favor de las Entidades Financiadoras Mezzanine, con lo que queda infringido el principio de determinación hipotecaria en cuanto a la determinación del titular del derecho real de hipoteca en su aspecto subjetivo, más cuando en la propia Escritura, como no podía ser de otra manera dado el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca, se establece que, la venta, cesión o transmisiones parciales de los derechos de crédito derivados del Contrato de Financiación Mezzanine que se hubieran acordado con terceras personas o entidades será objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad debiendo otorgar los documentos público que permitan evidenciar la cesión.

Establece el artículo 144 de la Ley Hipotecaria que: "Todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos."

4. Respecto al Domicilio a efectos de requerimiento y notificaciones, se remite al de la estipulación 10.2, tanto en el procedimiento judicial como en el extrajudicial, lo que creemos que se deber a un error numérico, pues no existe 10.2 en la escritura, sino que debe referirse a la cláusula 11.2 que es donde se fijan los domicilios, extremo del que se precisa aclaración.

5. Respecto a los supuestos de incumplimiento acordados entre las partes como causa de ejecución, incluidos en el Anexo 1 Parte 1, y que las partes consideran esenciales para el otorgamiento de la financiación garantizada, y que solicitan expresamente la inscripción de todos ellos, tal y como se describen en dicho resumen, y

respecto algunos de los pactos contenidos en la escritura, este Registrador suspende los que se relaciona a continuación, por los motivos siguientes:

Respecto a la escritura:

– Las Cláusulas 13 de Impuestos y Gastos, la 14.1 sobre subsanación, la 14.2 sobre apoderamiento, la 15 sobre compromisos, por ser meramente obligaciones y carecer de trascendencia real, no siendo susceptibles de Inscripción de conformidad con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, tal y como ha declarado la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y de Fe Pública de 10 de Noviembre de 2016.

– La Cláusula de Sometimiento de Jurisdicción contenida en el apartado 19.2, puesto que la competencia jurisdiccional para la ejecución, vienen establecidas por la Ley de forma imperativa. y la 18 sobre solicitud de copias con fuerza ejecutiva por tratarse de un pacto ajeno al derecho real de hipoteca

En cuanto a los supuestos de Incumplimiento:

– La Cláusula 5.2, 4.4. sobre condiciones posteriores al Contrato de Financiación Mezzanine en cuanto a la aportación de documentación acordada entre las partes y sus activos, así como la cláusula 5.2 21.3 sobre la obligación de emitir un Certificado relativo al cumplimiento de determinados obligaciones, por infringir el principio de determinación hipotecaria, y no especificarse que concretas obligaciones son las que deben ser certificadas y que pueden causar el vencimiento anticipado, pues se trata de unas prestaciones accesorias que conforme a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de Junio de 2008 y 16 de Diciembre del 2009 resulta desproporcionado atribuir carácter resolutorio a cualquier prestación, pues no se trata de obligaciones de especial relevancia, y conforme al principio de determinación hipotecaria están totalmente indeterminadas en cuanto a sus causas, y ello supondría dejar la resolución del contrato a la discrecionalidad de la entidad financiera.

– La Cláusula 5.2, 12, sobre el incumplimiento de los Obligados de su deber de contratar y mantener en vigor operaciones de cobertura del riesgo de tipo de interés por ser un pacto obligacional entre la partes que carece de trascendencia real, que no es posible su inscripción en el Registro por carecer de trascendencia real de conformidad con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria y tratarse de una prestación accesorias que no debe determinar el vencimiento anticipado de la hipoteca conforme a las Sentencia del Tribunal Supremo citada anteriormente.

– La Cláusula 5.2, 22.4 sobre prohibición de fusiones, escisiones, integración, consolidación o reestructuración societaria, La Cláusula 5.2, 23.16 sobre la prohibición de incurrir en endeudamiento financiero, la 22.23, sobre prohibición de operaciones derivados o de tesorería, La Cláusula 5.9 sobre Ilegalidad o Invalidez, La Cláusula 5.10 sobre repudia, la 5.11 sobre Cese de Negocio, la 5.12 sobre litigios.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y de Fe Pública en Resolución de fecha 8 de Junio del 2011 hace suya la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de Diciembre del 2009 y añade que lo contrario supondría dejar la resolución del contrato a la discrecionalidad de la entidad financiera, con manifiesto desequilibrio para el deudor, siendo así que se trata de obligaciones cuyo incumplimiento no desvirtúa ni la garantía real ni la preferencia de la hipoteca, amén de no preverse la posibilidad de fijar garantías sustitutorias. Sobre esta base, y en el caso debatido, estima la Dirección General que no son inscribibles las cláusulas de vencimiento anticipado por: inicio de un procedimiento de ejecución contra el deudor, cambio material adverso, cambio de negocio u objeto social del deudor, o por el inicio por éste de cualquier procedimiento de disolución, fusión, escisión o modificación societario en términos distintos a los autorizados por el acreedor. Doctrina reiterada por las Resoluciones, de 3-10-2014 BCNR-10, BOE 31-10), 6-10-2014 (BCNR-11, BOE 7-11) y 9-10-2014 (BCNR-11, BOE 6-11), que, en un caso de hipoteca en garantía de créditos sindicados, extiende esta doctrina a los incumplimientos



o vicisitudes que afecten a otras sociedades integrantes del grupo empresarial encabezado por la sociedad que constituye la hipoteca.

– La Cláusula 5.2, 22.11 y 22.12 sobre prohibición de establecer garantías sobre la totalidad o parte de sus activos, así como la prohibición de disponer de todo o parte de sus activos por cuanto conlleva una prohibición de disponer no admitidas por el artículo 27 de la Ley Hipotecaria

– La Cláusula 5.2, 24.10 sobre la obligación de mantener pólizas de seguro, por indeterminación de las mismas, y no establecerse que concretas pólizas de seguro cuya no suscripción pueden determinar el vencimiento anticipado infringiendo el principio de determinación hipotecaria.

– La Cláusula 5.2, 23.10 sobre cumplimiento de las obligaciones relativas al pago de las tasaciones. por ser meramente obligacional, carecer de trascendencia real de conformidad con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, y tratarse de prestaciones accesorias que de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo no deben determinar el vencimiento anticipado.

– La Cláusula 5.3, por indeterminada, por no concretar que causas de los documentos financieros cuyo incumplimiento puede determinar el vencimiento anticipado, estar indeterminada, y tratarse de prestaciones accesorias que igualmente no deben determinar el vencimiento anticipado.

– La Cláusula 5.5 sobre Incumplimiento Cruzado por indeterminada, por no concretar que causas cuyo incumplimiento puede determinar el vencimiento anticipado, ya que se refieren a cualquier endeudamiento financiero, cualquier compromiso, que nada tienen que ver con el derecho de hipoteca que se constituye, y supone dejar el cumplimiento del contrato a la discrecionalidad de la entidad financiera.

– La Cláusula 5.6 sobre Insolvencia, pues conforme a la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y de Fe pública, se deben tener por no puestas aquellas cláusulas que atribuyan a una de las partes la facultad de Resolución por el solo concurso de la otra

– La Cláusula 5.8 sobre procedimientos acreedores, de expropiación, embargo, secuestro, riesgo financiero o ejecución y La Cláusula 5.13 sobre expropiación,, porque se trata de pactos totalmente ajenos a la Hipoteca, que no disminuyen la garantía real y la preferencia de la hipoteca y vulnerar los artículos 131, 133 de la Ley Hipotecaria y el 1129. 1 del Código civil, y respecto a la expropiación, no es inscribible conforme a las Resoluciones de 19-3-2008, 22-3-2008, 24-3-2008 y 25-3-2008-. Doctrina reiterada en Resolución de fecha. 28-4-2015.

– La Cláusula 5.15, por no afectar en nada a la presente Hipoteca

– La Cláusula 5.16, pues se trata de una norma procedimental interna de cómo proceder en caso de incumplimiento por parte del Agente Financiador, pero no una norma de ejecución de la garantía.

Resuelvo: calificar desfavorablemente el precedente documento, suspendiendo la inscripción del mismo

Quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación (...)

Contra esta calificación podrá (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Jorge Blanco Urzaiz registrador/a de Registro Propiedad de Málaga 3 a día dos de marzo del dos mil veintitrés.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña Rocío Rodríguez Martín, notaria de Madrid, interpuso recurso el 5 de abril de 2023 mediante escrito en el que alegaba los siguientes fundamentos de Derecho:

«Previo.–Parece oportuno apuntar, con carácter previo, ciertas consideraciones que hacen referencia a la hipoteca como derecho real de garantía. El objeto de la hipoteca no

es otro que el de asegurar obligaciones lícitas y exigibles, siempre que se cumplan las exigencias formales y de contenido que se previenen en la legislación hipotecaria.

En el mundo financiero internacional, y especialmente en el europeo, la práctica financiera ha ido acuñando unos moldes contractuales habituales y armonizados, estandarizados en torno a unas reglas comúnmente aceptadas, siguiendo el modelo anglosajón; y con esa estandarización se facilita su valoración por los mercados, así como la propia circulación de los derechos de crédito emanados de los contratos de financiación. Además, en el contexto actual las financiadoras no son exclusivamente las entidades de crédito tradicionales, sino que cada vez es más intensa la irrupción de fondos de inversión que concentran grandes masas de capital.

Esta realidad no puede dejar de reconocerse a la hora de aplicar las garantías; son las garantías las que han de adaptarse a las figuras contractuales, propias o foráneas, que surgen del dinamismo del mercado, y no al revés, toda vez que la posibilidad de ofrecer una garantía eficiente, como es la hipotecaria, aumenta la seguridad del financiador, minorando sus riesgos y sus costes de transacción y decisión, y, a la vez, aprovecha al financiado, en tanto le coloca en mejor posición de obtener crédito y de conseguirlo en condiciones más favorables.

Esta realidad impone a todos los operadores jurídicos una puesta al día de la interpretación de las normas reguladoras de la hipoteca, dando un carácter preferencial a su interpretación teleológica, como por otra parte ordena además el art. 3 del Código Civil.

Y no se trata de una mera directriz orientadora sino una obligación; así resulta no solo de la Ley Hipotecaria (uno de cuyos principios básicos es el de permitir la libre circulación de los bienes y fomentar el crédito territorial; finalidades que hoy podrían aglutinarse bajo la idea de fomentar la inversión) sino también de la normativa europea (cuyas normas se integran en nuestro ordenamiento jurídico incluso con primacía sobre las normas nacionales y uno de cuyos principios básicos es fomentar la inversión y asegurar la libre circulación, tanto de personas como de bienes, dentro del espacio europeo de seguridad y justicia lo que exige que nuestros mecanismos y utensilios de garantía se adecuen a las necesidades reales, de modo que fomenten la inversión dentro del espacio europeo, en lugar de hacer que se retraiga o que se canalice a otros territorios).

Así lo reconocía ya la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 de 31 de diciembre al señalar “La sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas, obliga también a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, de manera que como operadores jurídicos, en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes, para lograr que la propiedad y los derechos reales sobre ella impuestos queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva, y disfruten de sus beneficios, de conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión, y sus efectos.”

Y no deben ser obstáculo para esta labor de adaptación los denominados principios hipotecarios cuya interpretación debe también flexibilizarse ya que no puede olvidarse que dichos principios no son sino, postulados fundamentalmente metodológicos y que carecen de valor en cuanto se separan de las normas de las que emanan.

Primero.—En cuanto al primer defecto, considera el Sr. Registrador de la Propiedad que estamos ante una hipoteca flotante del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria y que por tanto ha de determinarse en la escritura la duración de la hipoteca y justificarse el carácter de entidad financiera de la acreedora la entidad “Díaz Investments, S.À.R.L”.

Es cierto que la cláusula que determina las Obligaciones Garantizadas, tiene una redacción hasta cierto punto compleja y muy detallista, con tintes claramente

anglosajones, en la que se describen de manera pormenorizada y prolija aquellas obligaciones que quizás pudieran haber inducido a confusión al Sr. Registrador de la Propiedad a considerar erróneamente que estamos ante una hipoteca flotante del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria (“LH”) cuando en realidad, como, de manera clara resulta de la referida cláusula, solo se garantiza el Contrato de Financiación Mezzanine y, por ello, exclusivamente las obligaciones derivadas de un contrato de financiación, si bien de estructura compleja y sujeto a ley inglesa.

Tal redacción es la siguiente:

“...XI.–Que, de conformidad con lo establecido en la Promesa de Hipoteca, el Hipotecante debe constituir el siguiente derecho real de hipoteca inmobiliaria de segundo rango sobre la Propiedad sujeto a la existencia de aquellas cargas que, en su caso, estén permitidas de conformidad con lo previsto en el Contrato de Financiación Senior en garantía del íntegro y puntual cumplimiento de las siguientes obligaciones (en adelante, las Obligaciones Garantizadas):

(i) todas y cada una de las obligaciones y responsabilidades, tanto presentes como futuras, (tanto existentes como eventuales o contingentes, solidarias o mancomunadas o cualesquiera otras, incurridas originalmente por un Obligado Mezzanine de la Operación o por un tercero) de cada uno de los Obligados Mezzanine de la Operación frente a las Entidades Financiadoras Mezzanine (o cualquiera de ellas) bajo el Contrato de Financiación Mezzanine, tal y como el mismo sea novado, modificado, cedido o suplementado en cada momento (incluyendo, en particular, pero sin limitación, por lo que se refiere a la Cesión de Deuda (Debt Transfer) prevista bajo la cláusula 31.3 del Contrato de Financiación Mezzanine, así como cualquier obligación derivada de cualquier incremento de principal o de los intereses o extensión de la fecha de vencimiento, así como cualesquier responsabilidad derivada de un enriquecimiento injusto, daños y perjuicios o restitución en relación con los anteriores); y

(ii) la obligación del Hipotecante o cualquiera de los Obligados Mezzanine de la Operación de abonar o reembolsar a las Entidades Financiadoras Mezzanine cualquier coste, carga, tasa, tributo o gasto incurrido o que sea abonado por las Entidades Financiadoras Mezzanine en relación con el Contrato de Financiación Mezzanine o esta Escritura (tal y como se define más adelante), incluyendo todos los costes, cargas, gastos, tributos y gastos incurridos en relación con la protección, conservación o ejecución de los derechos o intereses de las Entidades Financiadoras Mezzanine bajo o relativos al Contrato de Financiación Mezzanine o a esta Escritura...”.

De la redacción de la nota de calificación parece deducirse que el Sr. Registrador considera que estamos ante una hipoteca flotante (a pesar de que en ningún momento se menciona el artículo 153 bis de la LH) a) porque garantiza una pluralidad de obligaciones b) porque garantiza obligaciones presentes y futuras tanto existentes como eventuales (palabras que se destacan en negrita en la nota de calificación) c) porque en la cláusula se menciona que la hipoteca garantizará las Obligaciones Garantizadas y hace referencia a futuras novaciones que podrían experimentar dichas obligaciones “...tal y como el mismo sea novado, modificado, cedido o suplementado en cada momento (incluyendo, en particular, pero sin limitación, por lo que se refiere a la Cesión de Deuda (Debt Transfer) prevista bajo la cláusula 31.3 del Contrato de Financiación Mezzanine, así como cualquier obligación derivada de cualquier incremento de principal o de los intereses o extensión de la fecha de vencimiento...” d) porque menciona y otras responsabilidades conexas con el Contrato de Financiación Mezzanine (“...así como cualesquier responsabilidad derivada de un enriquecimiento injusto, daños y perjuicios o restitución en relación con los anteriores )” o la obligación “...de abonar o reembolsar a las Entidades Financiadoras Mezzanine cualquier coste, carga, tasa, tributo o gasto incurrido o que sea abonado por las Entidades Financiadoras Mezzanine en relación con el Contrato de Financiación Mezzanine o esta Escritura (tal y como se define más adelante), incluyendo todos los costes, cargas, gastos, tributos y gastos incurridos en



relación con la protección, conservación o ejecución de los derechos o intereses de las Entidades Financiadoras Mezzanine bajo o relativos al Contrato de Financiación Mezzanine o a esta Escritura....”.

Además, en los hechos, que se toman por relevantes en la nota de calificación, el Sr. Registrador señala que “de las entidades deudoras solo comparece la entidad Millcreek Invest S.L.” que es la hipotecante como si ello tuviera relevancia a la hora de calificar o no la hipoteca como flotante, o como si suscitase algún reparo dogmático el que un solo hipotecante garantice las obligaciones a cargo de diferentes deudores.

Antes de entrar en los argumentos que justifican, a nuestro entender, la revocación de la calificación registral; de una atenta y detenida lectura de los expositivos de la escritura en general y de la cláusula referida a las Obligaciones Garantizadas en particular resulta que:

1. La escritura objeto de calificación negativa se encuadra en el marco de una financiación que se articula en torno a diferentes contratos (todos los cuales fueron objeto de elevación a público: Contrato de Financiación Senior, Carta de Margen, Contrato entre Acreedores, etc.), como suele ser habitual en los denominados “Proyect Finance” (que por su elevada cuantía suelen ser financiaciones sindicadas). No obstante la conexión causal que liga a todos esos contratos; la hipoteca constituida solo garantiza las obligaciones derivadas de un solo contrato; el contrato de financiación otorgado por la entidad Díaz Investments S.A.R.L (el denominado “Contrato de Financiación Mezzanine”) y ninguna de las obligaciones derivadas del resto de contratos referidos en los expositivos.

2. Que todas las obligaciones que se incluyen dentro de la definición “Obligaciones Garantizadas” son obligaciones derivadas única y exclusivamente del Contrato de Financiación Mezzanine o conectadas causalmente con él; es decir obligaciones que nacen de una única y misma relación jurídica. Otra cosa es que con la redacción de la cláusula se pretenda dejar claro que la hipoteca no solo garantiza la obligación principal que es devolver el crédito; sino también el detallado haz de obligaciones accesorias, que podrían surgir de dicho contrato de financiación y que son objeto de regulación precisa (es como si en una hipoteca ordinaria se dijese que asegura el principal, los intereses retributivos, los intereses de demora, la indemnización prevista para el caso de incumplimiento, los gastos y honorarios de letrado y procurador que integren el concepto de costas procesales con sus respectivos intereses procesales, la comisión de apertura, la comisión por impago de cuotas, la comisión por subrogación, la comisión por vencimiento anticipado y las cantidades adelantadas por el acreedor para sufragar el IBI, gastos de comunidad, tasas de basura, coste del seguro de daños, coste de las reparaciones necesarias del inmueble hipotecado, etc.).

3. Que cuando la cláusula en referencia a “...tal y como el mismo sea novado, modificado, cedido o suplementado en cada momento (incluyendo, en particular, pero sin limitación, por lo que se refiere a la Cesión de Deuda (Debt Transfer) prevista bajo la cláusula 31.3 del Contrato de Financiación Mezzanine, así como cualquier obligación derivada de cualquier incremento de principal o de los intereses o extensión de la fecha de vencimiento...”, una interpretación teleológica de ésta conduce a que se trata de una obligación a cargo del hipotecante que puede exigirse judicialmente pero por supuesto la cobertura hipotecaria de tales novaciones (bien sean variaciones de importe o vencimiento o cesiones del crédito) exigirá el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley; esto es su formalización en escritura pública con el consentimiento de todos los obligados y acceder al Registro. Puede decirse que esa mención es innecesaria puesto que ya está prevista legalmente, pero incluirla no contradice ningún precepto legal. También puede que el Registrador decida no inscribirla por tener carácter obligacional (en la escritura solo se solicita la inscripción de las cláusulas con contenido real) pero en ningún caso puede servir para considerar que estamos ante una hipoteca flotante del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria.

4. Que en el marco de la amplia operación de financiación en la que en esta escritura se encuadra, debe tenerse en cuenta, a los efectos de la comprensión de la estructura de la obligación garantizada que:

– mediante escritura autorizada por mi Rocío Rodríguez Martín el día 11 de noviembre de 2021 con el número 4.155 de mi protocolo se formaliza una primera escritura de elevación a público del Contrato de Financiación Mezzanine, contrato que está sujeto a derecho inglés. En dicha escritura se concede una financiación a un grupo de sociedades compareciendo una de ellas como deudor y el resto como garantes (el “Deudor” y los “Garantes” y conjuntamente los “Obligados”).

– posteriormente el día 5 de enero de 2023 se otorga la escritura objeto de la presente en la que la entidad Millcreeck Invest S.L. (sociedad perteneciente al mismo grupo que el Deudor y los Garantes) constituye una hipoteca en garantía de las Obligaciones Garantizadas (tal y como han quedado definidas en la cláusula transcrita anteriormente). En dicha escritura se incorpora un anexo con un resumen de los principales términos y condiciones del Contrato de Financiación Mezzanine.

Esas sociedades del grupo que resultan obligadas bien como deudoras bien como garantes en virtud del Contrato de Financiación son a las que la referida cláusula se refiere cuando dice que la hipoteca asegura obligaciones “...incurridas originalmente por un Obligado Mezzanine de la Operación o por un tercero) de cada uno de los Obligados Mezzanine de la Operación frente a las Entidades Financiadoras Mezzanine (o cualquiera de ellas”. Es decir, que la cláusula lo que está diciendo es (i) que la hipoteca está asegurando obligaciones de terceros (es decir el resto de sociedades del grupo que son deudoras y garantes pero que no comparecen en la escritura de hipoteca), (ii) que la hipoteca asegura dichas obligaciones bien frente a Díaz Investments S.A.R.L, actual único acreedor bajo la financiación bien en su caso frente a los futuros cesionarios del crédito que la escritura define siguiendo la técnica anglosajona como Entidades Financiadoras Mezzanine.

Sentadas las anteriores bases considera la Notario autorizante que la calificación no debe ser mantenida por las siguientes razones:

1. Es perfectamente posible que una hipoteca garantice una pluralidad de obligaciones derivadas de una misma relación jurídica a través de una hipoteca de máximo bien a través del artículo 153 de la LH bien a través del artículo 142 de la LH como en este supuesto.

La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) en varias resoluciones (Ress DGSJFP 20 de junio de 2021 y la reciente de 18 de noviembre de 2022) ha permitido que la hipoteca garantice una pluralidad de obligaciones presentes y futuras derivadas de un único contrato a través de una hipoteca de máximo (en el sentido tradicional y genérico del término, y no en el del subtipo previsto en el art. 153 bis LH) al amparo de lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley Hipotecaria.

Señala la DGSJFP (Res 18 nov 2022) que “Las diferencias entre la hipoteca del artículo 153 bis y la del 142 de la Ley Hipotecaria son también ostensibles, pues en el artículo 142 no se prevé la constitución de una hipoteca global y flotante sino únicamente hipoteca en garantía de obligación futura que es posible cuando el contrato básico que constituye la fuente de las obligaciones es único y perfectamente determinado, sin que se trate de una pluralidad de actos básicos a los que se hace referencia en el artículo 153 bis de la LH. La hipoteca en garantía de un contrato de suministro (Resolución de 20 de junio de 2012) o de un contrato de prestación de servicios jurídicos de este supuesto y las obligaciones que derivan del mismo tienen carácter individual y no global, no se refiere a una pluralidad de contratos básicos que puedan dar lugar a una hipoteca flotante”.

Ya antes de la modificación de la Ley Hipotecaria introducida por la Ley 41/2007 la DGSJFP (Ress 1 de junio y 26 de septiembre de 2006) señaló que “la máxima según la cual una única hipoteca no puede garantizar obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico no puede mantenerse como principio axiomático y

ab sol ut o. Sobre una interpretación meramente literalista de los artículos 1876 del propio Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria ha de prevalecer la que con criterio lógico, sistemático y finalista resulta de otros preceptos legales como el artículo 1861 del propio Código o 154 y 155 de la Ley Hipotecaria atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico”

Y precisamente haciendo uso de esa flexibilidad, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 41/2007 venían inscribiéndose sin problema todas las escrituras de constitución de préstamos y créditos hipotecarios otorgadas habitualmente por las entidades bancarias, en las que la hipoteca aseguraba no solo la obligación principal sino también las obligaciones derivadas de los intereses remuneratorios, moratorias incluso las derivadas de las costas y gastos. Es decir que venía admitiéndose sin problema que la hipoteca:

a) garantizara obligaciones futuras, como por ejemplo la obligación de pagar intereses moratorios, las derivadas de las responsabilidades incurridas en el ejercicio de un cargo, o las que aseguran el cumplimiento de un contrato (suministro, arrendamiento, agencia, etc). Vid. P. B. Q., Derechos Reales, Derecho Hipotecario vol. II.

b) garantizara obligaciones que no tienen su origen directamente en el contrato de préstamo o crédito pero que están causalmente conectadas con el como la obligación de satisfacer las costas y gastos.

c) Incluso cabe razonablemente deducir que el viejo debate doctrinal sobre el dogma una hipoteca por cada obligación, ha quedado totalmente superado por la nueva redacción del art. 12 LH que establece que “En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración”. Como se ve dicho artículo solo exige que, en su caso, se identifiquen las diferentes obligaciones aseguradas.

2. Que en opinión de la Notario recurrente la hipoteca flotante se introduce en nuestro derecho para dar cabida a supuestos distintos del caso que nos ocupa. Lo que se pretende con la hipoteca flotante es permitir la posibilidad de que una misma hipoteca garantice una pluralidad de obligaciones que no tienen por qué tener un nexo causal entre sí y son totalmente autónomas y que pueden surgir de relaciones jurídicas totalmente futuras entre el hipotecante y el acreedor (que en este caso ha de ser necesariamente una entidad de crédito).

Según la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 de 7 de la hipoteca flotante surge para “facilitar la diversidad de productos ofertados” y además favorecer a los deudores que un inmueble se pueda utilizar como garantía de una pluralidad de relaciones jurídicas entre el deudor y un banco, más o menos determinadas, sin tener que suplirlo con una antieconómica secuencia de constituciones y cancelaciones de hipoteca separadas (Vid. F. A. Las Hipotecas flotantes. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario n.º 707). Es decir, la hipoteca flotante es una figura prevista en interés del deudor, para permitir que con una sola hipoteca se garanticen un abanico de obligaciones, sin necesidad de constitución separada de hipoteca por cada una de ellas. Pero ello no quiere decir que siempre que exista una pluralidad de obligaciones tenga que recurrirse como se ha dicho a la hipoteca flotante.

No es lo mismo una hipoteca constituida para garantizar todas las relaciones jurídicas actuales y futuras entre una sociedad y una entidad bancaria (es decir que una misma hipoteca garantice los préstamos, créditos, líneas de descuento, contratos de factoring... contratos que en el momento de la constitución de hipoteca son absolutamente futuros e incluso escasamente determinados) que una hipoteca que, como en nuestro, caso garantiza un contrato de financiación que ya está en vigor extendiéndose la cobertura hipotecaria a las obligaciones accesorias y que eventualmente pueden derivarse del mismo. Debe repararse que, en las hipotecas habituales, los intereses que se garantizan constituyen obligaciones futuras, ya que son inexistentes al tiempo de formalizarse el préstamo hipotecario.

Así en opinión de la Notario recurrente no es flotante la hipoteca que garantiza todas las obligaciones derivadas de un contrato de compraventa (que puede incluir múltiples obligaciones como la de pagar el precio, responder por evicción, pagar los IBIS atrasados) o todas las derivadas de un contrato de suministro (Res DGSJFP 20 de junio de 2012) o las de un contrato de asistencia jurídica (Res DGSJFP 18 de noviembre de 2022) o, como en este caso, todas las obligaciones derivadas de un contrato de financiación, por muy complejo que sea.

Precisamente por esta razón en la hipoteca flotante es necesario establecer un plazo de duración (artículo 153 bis LH) porque continuamente pueden estar surgiendo nuevas relaciones jurídicas y es necesario determinar un plazo máximo en el que esas relaciones deben nacer para quedar aseguradas con la hipoteca. En el ejemplo propuesto de la hipoteca que asegure todas las relaciones entre una sociedad y un banco, en el futuro puede contratarse una nueva línea de descuento o un nuevo crédito no existente en el momento de formalizar la hipoteca flotante. En nuestro caso, no es necesario porque hay un solo contrato de financiación ya existente y en vigor y no se da cobertura hipotecaria a ningún otro contrato que pueda suscribirse en el futuro.

Y el hecho de que las obligaciones garantizadas se definan con mayor o menor amplitud no puede suponer que tengamos que cambiar de modalidad hipotecaria porque lo definitorio de la hipoteca flotante es o que existan distintas relaciones jurídicas autónomas o que las obligaciones garantizadas sean totalmente futuras porque todavía ni siquiera existe la relación jurídica de la que puede derivarse.

Si esa obligación que se pretende garantizar con la hipoteca tiene o no conexión causal con la obligación principal o si resulta o no amparada por la hipoteca ya se determinará en el ámbito extrarregistral y el Registrador lo único que debe calificar es si la relación jurídica principal es única y si está suficientemente identificada de forma que pueda quedar amparada por la constitución de una sola hipoteca de máximo.

En opinión de la Notario que suscribe cuando la hipoteca pretende asegurar una pluralidad de obligaciones, las partes pueden optar por constituir una hipoteca flotante del artículo 153 bis de la LH (dada la amplia redacción del artículo ni siquiera se exige que haya una pluralidad de obligaciones, ni que alguna de ellas necesariamente haya de derivarse de una relación jurídica futura) o bien una hipoteca de máximo al amparo del artículo 142 de la LH o del 153 de la LH en función de lo que responda mejor a sus intereses y a los requisitos de una y otra figura.

En ocasiones la única solución será constituir una hipoteca flotante; por ejemplo, cuando las obligaciones garantizadas surgen de distintas relaciones jurídicas sin ningún nexo causal entre sí (como en el caso señalado de la hipoteca en garantía de todas las relaciones jurídicas con un banco) o cuando las obligaciones aseguradas sean totalmente futuras (porque la relación jurídica que las origina aún no se haya establecido). Pero en otros casos es perfectamente posible que las Partes opten por pactar una hipoteca de máximo como ocurre en la escritura objeto de la presente.

5. Que no hay ninguna característica de esta hipoteca o de la obligación garantizada que obligue a las partes a configurarla como una hipoteca flotante puesto que hay una sola relación jurídica y no hay obligaciones aseguradas que sean totalmente futuras que como se han dicho son las características definitorias de la hipoteca flotante.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la DGSJFP (Res. 11 enero 1995) no considera una obligación propiamente futura la obligación que procede de una relación jurídica ya existente entre las Partes; no es propiamente futura la obligación que se pueda derivar de cualquier vicisitud eventual de una relación jurídica. Aun antes de la introducción en nuestro derecho de la hipoteca de máximo ya la DGSJFP permitió la asegurabilidad de obligaciones futuras siempre y cuando tuvieran su origen en una relación jurídica ya existente (DGSJFP Res 30 octubre de 1991, 17 de enero 1999 y 11 enero 1995)

En el Contrato de Financiación Mezzanine, al igual que ocurre en la inmensa mayoría de los préstamos hipotecarios, hay una obligación principal que es devolver la cantidad prestada y una multiplicidad de obligaciones accesorias que pueden o no nacer tales

como lo obligación de pagar cualquier coste, carga, tasa tributo... y que no son obligaciones totalmente futuras por las razones expuestas, pues la relación jurídica base de la que pueden surgir está totalmente determinada.

4. [sic].—Precisamente por la especialidad de la hipoteca flotante, este tipo de hipoteca solo puede constituirse en favor de determinados acreedores, y la interpretación registral que sostiene la nota de calificación abocaría que en un caso como éste en que el acreedor no es una entidad financiera, a que los contratos de financiación de que sea parte no puedan acceder a la garantía hipotecaria, lo que inevitablemente, en contra de los postulados que inspiraron la Ley Hipotecaria, provocaría la indeseable consecuencia de restringir injustificadamente las posibilidades de acceso al crédito territorial por parte del deudor.

Es más, aunque el acreedor fuera una entidad financiera puede no interesarle constituir una hipoteca flotante por ejemplo porque, por una parte restringe sus posibilidades de sindicar el crédito cediéndolo parcialmente a fondos de inversión u otras entidades que no tienen la consideración de entidad financiera, y porque al garantizar la hipoteca eventuales obligaciones nuevas entre el primitivo acreedor y el deudor, el cesionario de una sola obligación gozaría a los sumo de una cobertura hipotecaria muy endeble, al tener que compartir la el máximo de cobertura hipotecaria, con la [sic] eventuales nuevas obligaciones susceptibles de integrarse en el cesto de obligaciones aseguradas.

La regulación de una nueva figura que pretende ampliar las posibilidades de financiación de los deudores no puede llevar al absurdo de que la interpretación registral de una cláusula relativa a las obligaciones garantizadas obligue a las partes a constituir una hipoteca flotante en garantía de un contrato de financiación que bajo la regulación anterior a la Ley 41/2007 hubiese quedado perfectamente amparada por una hipoteca de máximo. Es cierto que la cláusula que describe las obligaciones garantizadas está redactada de forma detallada, llevando la determinación y desglose de las obligaciones cubiertas hasta el extremo, más eso no implica una variación tipológica de la hipoteca, antes al contrario, debe interpretarse (en caso de que fuese necesario llevar a cabo una labor interpretativa en profundidad) de la forma más proclive a que la hipoteca constituida encuentre encaje en la figura pretendida por las partes

Es más, si se hubiera redactado diciendo que la hipoteca garantiza “todas las obligaciones reguladas en el Contrato de Financiación Mezzanine”, como es la fórmula más habitual en el tráfico hipotecario español, la hipoteca cubriría las mismas obligaciones y quizá hubiera accedido al Registro de la Propiedad sin ser calificada negativamente.

5. [sic].—Que la hipoteca objeto del presente cumple todos los requisitos necesarios para configurarse como una hipoteca de máximo.

Admitida pues la posibilidad de que existiendo una pluralidad de obligaciones aseguradas (en este caso derivadas del mismo vínculo contractual) pueden éstas garantizarse con una hipoteca de máximo y que no hay ninguna característica de la hipoteca objeto de la presente que obligue a las Partes a configurarla como una hipoteca flotante; ha de determinarse si en este caso se cumplen los requisitos necesarios para ello.

De las resoluciones de la DGSJFP (Ress 2 de abril 2008 y 18 noviembre de 2022 entre otras) se infiere que los requisitos para constituir una hipoteca de máximo al amparo del artículo 142 de la LH son dos

a) Que el contrato básico que constituye la fuente de las obligaciones sea único o las obligaciones amparadas por la hipoteca tengan conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra.

b) Que el contrato básico que constituye la fuente de obligaciones esté perfectamente determinado.

En este caso



(i) el contrato básico es solo uno puesto que la hipoteca tan solo garantiza las obligaciones derivadas o relacionadas del Contrato de Financiación Mezzanine

(ii) Cuando la cláusula relativa a las Obligaciones Garantizadas hace referencia a “responsabilidad derivada de un enriquecimiento injusto, daños y perjuicios o restitución” “cualquier coste, carga, tasa, tributo o gasto incurrido” o a “gastos incurridos en relación con la protección, conservación o ejecución de los derechos o intereses...” siempre se dice que es en relación con el Contrato de Financiación Mezzanine.

Es decir, hay un claro nexo causal entre las obligaciones Financiación aseguradas Mezzanine es sin el Contrato perjuicio que de ese señalado nexo causal deba determinarse en su caso por medios extrarregistrales en caso de discusión entre las partes.

c) El Contrato de Financiación Mezzanine que es el contrato básico del que se derivan todas las obligaciones aseguradas (y que fue elevado a público en su integridad en escritura autorizada por mí Rocío Rodríguez Martín el día 11 de noviembre de 2021 con el número 4.155 de mi protocolo) consta debidamente reseñado en la escritura objeto de la presente;

d) la escritura objeto de calificación incorpora un anexo con los principales términos y condiciones del Contrato de financiación Mezzanine con todos los elementos que se consideran necesarios para definir los contornos del derecho real de hipoteca (identifica al Prestatario Mezzanine o Deudor y a todos los garantes con todos sus datos, importe de la financiación, fecha de vencimiento de la obligación principal... y determina con exactitud el título del contrato cuyas obligaciones se garantizan) sin que el Registrador en su nota de calificación haya expresado dudas acerca de la claridad o determinación de los términos del citado anexo.

e) el resto de posibles obligaciones aseguradas con la hipoteca se describen en sus líneas fundamentales. Nótese que la DGSJF en sus resoluciones tan solo hace referencia a la identificación del contrato básico y las obligaciones de pago y no todas las obligaciones que pudieran quedar amparadas por la hipoteca.

Resulta lógico porque ese conjunto de otras posibles obligaciones accesorias derivadas del Contrato de Financiación Mezzanine pueden describirse de forma genérica, tal y como es habitual, o de forma detallada tal y como se hace en la escritura siguiendo el modelo anglosajón, pues no se conoce ab initio todas las obligaciones reguladas en el Contrato de Financiación Mezzanine (cuya extensión es de 300 páginas) que van a surgir, al estar ancladas a un incumplimiento futuro del deudor, ni el alcance exacto de los perjuicios que podrían ocasionarse al acreedor.

Es decir, a juicio de la Notario recurrente las obligaciones aseguradas con la hipoteca están suficientemente determinadas, diríamos que de la forma más prolija. Quizá los términos con los que están definidas sean complejos o inhabituales, pero ello no quiere decir que sean erróneos o indeterminados. Mas indeterminación existe en otras hipotecas que la ley admite como la Hipoteca Legal en garantía de las obligaciones derivadas de la patria potestad o de la tutela del artículo 168 de la Ley Hipotecaria, o las que contragarantizan a un banco las obligaciones que asuma frente a un tercero, y a nadie se le ocurriría decir que estarnos ante una hipoteca flotante.

5. [sic].—Que el hecho de que el deudor y los garantes no comparecieran en la escritura de constitución de hipoteca en nada afecta a la calificación o no de la hipoteca como flotante y que es perfectamente admisible que una hipoteca se constituya sin la comparecencia del deudor y de los garantes.

El artículo 1823 del Código Civil relativo a la fianza, pero aplicable a la hipoteca por analogía señala “La fianza puede ser convencional, legal o judicial, gratuita o a título oneroso. Puede también constituirse no solo a favor del deudor principal sin al del otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste”.

Así lo establece también claramente también la DGSJFP en su resolución de 8 de febrero de 2021 en línea con lo ya señalado por la resolución de 26 de mayo de 1986.

6. Que la opinión del Notario autorizante en torno a la interpretación que ha de darse a la cláusula controvertida y la configuración de la hipoteca objeto de la presente

como hipoteca de máximo no flotante, no es en ningún caso minoritaria pues en el marco de la compleja operación de financiación a que se viene haciendo referencia y ese mismo día se autorizaron otras ocho hipotecas con los números 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19 y 29 de mi protocolo de contenido análogo a la presente sin que ninguno de los titulares de los dos Registros de la Propiedad en los que se presentaron las hayan considerado hipotecas flotantes. Se hace referencia a este extremo con el mayor de los respetos a la independencia y criterio del Sr. Registrador a quien esta Notario agradece el excelente trato personal y profesional recibido.

Segundo.—En cuanto al segundo defecto, considerando que no estamos ante una hipoteca flotante del artículo 153 bis de la LH no es necesario acreditar que el acreedor “Díaz Investments S.Á.R.L” es una entidad financiera.

Tercero.—En cuanto al tercer defecto, “no se establece con claridad a favor de qué sujeto se constituye la Hipoteca como titular del derecho real de garantía”.

De una lectura atenta y detallada de la escritura puede deducirse de forma inequívoca que la hipoteca se constituye ab initio a favor del único acreedor que comparece, esto es la entidad “Díaz Investments S.A.R.L.” puesto que el otro compareciente “Situs Asset Management Limited” lo hace en su condición de agente de toda la financiación (pues como se ha dicho la escritura de constitución de hipoteca se encuadra de una operación compleja que engloba otros muchos contratos como un Contrato de Financiación Senior, un Contrato entre Acreedores, un Contrato de Subordinación...) y Situs Asset Management Limited desempeña el papel de agente, (figura muy habitual en las financiaciones sindicadas o que se prevé pueden sindicarse dado el importe de las mismas)

Así en intervención de la escritura ya se dice:

“En adelante, Díaz Investments comparece en su condición de Entidad Financiadora (Lender) bajo el Contrato de Financiación Mezzanine (tal y como se define a continuación).

En adelante Díaz Investments junto con las entidades que en cada momento tengan la condición de Entidades Financiadoras (Lenders) bajo el Contrato de Financiación Mezzanine (tal y como se define a continuación) y sus sucesivos cesionarios y sucesores bajo el mismo, se denominarán conjuntamente como las Entidades Financiadoras Mezzanine.

En lo sucesivo, las Entidades Financiadoras Mezzanine, junto con sus sucesivos cesionarios bajo el Contrato de Financiación Mezzanine (definido a continuación) serán denominados conjuntamente los Acreedores Hipotecarios y cada uno de ellos un Acreedor Hipotecario.

Situs comparece en su condición de agente de garantías común (Common Security Agent) de las Entidades Financiadoras Mezzanine bajo el Contrato entre Acreedores (tal y como se define a continuación) y nombrado como tal en el Contrato de Acreedores. En adelante, Situs o cualquier otra entidad que le suceda u ostente en cada momento la condición de agente de garantías común (Common Security Agent) será referida como el Agente de Garantías Común.

Situs en su condición de agente de la financiación (Facility Agent) bajo el Contrato de Financiación Mezzanine (tal y como se definen a continuación). En adelante, Situs o cualquier otra entidad que le suceda u ostente en cada momento la condición de agente de la financiación (Facility Agent) bajo el Contrato de Financiación Mezzanine será referida como el Agente de la Financiación Mezzanine.

Es decir que la referencia en plural a Entidades Financiadoras Mezzanine tan solo se hace para recoger la posibilidad de que haya cesiones parciales del crédito y que en el futuro no sea solo Díaz Investments S.Á.R.L el acreedor sino que puedan existir otros acreedores. Como decíamos es cierto que esa eventualidad con arreglo al derecho hipotecario español no requiere de su expresa previsión contractual, al estar regulada en la ley, a diferencia con lo que ocurre en otros ordenamientos, como los de corte anglosajón, en que las previsiones legales son más escasas.

Cuarto.—En cuanto al cuarto defecto, no es objeto de recurso pues como bien dice el Sr. Registrador se trata de un error numérico, fácilmente superable mediante la aplicación de las normas derivadas de la interpretación contractual, que son imperativas para las partes y para los operadores jurídicos concernidos pues no existe la cláusula 10.2 de la escritura y debe referirse a la cláusula 11.2 que es donde se fijan los domicilios.

Quinto.—En cuanto al quinto defecto, relativo a la inscripción de las causas de vencimiento anticipado sin perjuicio de disentir en algunas de las apreciaciones registrales no son objeto de recurso.»

#### IV

Mediante escrito, de fecha 13 de abril de 2023, el registrador de la Propiedad emitió informe manteniendo la calificación y elevó el expediente a esta Dirección General.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 2, 9, 12, 18, 19 bis, 27, 32, 33, 38, 65, 98, 104, 114, 126, 130, 142, 143, 145, 146, 153, 153 bis, 154, 155, 156, 157 y 241 de la Ley Hipotecaria; 3, 1255, 1256, 1273, 1857, 1861 y 1876 del Código Civil; 51.6.<sup>a</sup>, 98, 238 y 241 del Reglamento Hipotecario; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de abril de 1907, 31 de enero de 1925, 28 de febrero de 1928, 5 de marzo de 1929, 28 de febrero de 1933, 16 de junio de 1936, 5 de febrero de 1945, 23 diciembre 1957, 31 de octubre de 1978, 23 de octubre de 1981, 24 de julio de 1984, 23 y 26 de octubre y 23 de diciembre de 1987, 22 de marzo de 1988, 3 de octubre de 1991, 26 de diciembre de 1990, 14 de enero de 1991, 17 y 18 de enero y 17 de marzo de 1994, 11 de enero de 1995, 2 y 19 de enero, 23 de febrero, 8, 11, 13, 15, 20 y 21 de marzo, 1 y 2 de abril, 10 de mayo, 4 y 27 de junio, 16 de julio, 20 de septiembre y 14 de noviembre de 1996, 14 de enero de 1997, 20, 21 y 28 de enero, 30 de marzo y 6 junio de 1998, 6, 7 y 16 de junio, 13 y 27 de julio y 6 de noviembre de 1999, 27 de septiembre y 3 de noviembre de 2000, 10 de julio de 2001, 8 y 9 de octubre de 2002, 12 de septiembre de 2003, 11 de octubre de 2004, 25 de abril y 23 de julio de 2005, 1 de junio, 1 de julio y 26 de septiembre de 2006, 17 de marzo y 24 de abril de 2008, 28 de junio, 18, 20, 26 y 27 de julio y 18 de septiembre de 2012, 30 de enero de 2013, 20 de junio de 2016, 22 de febrero 2019 y 28 de enero de 2020, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 de junio de 2021, 13 y 20 de junio y 18 de noviembre de 2022 y 18 y 30 de enero de 2023.

1. Para la resolución del presente son relevantes las siguientes circunstancias:

a) El día 11 de noviembre de 2021 se elevó a público un contrato de financiación suscrito el día 9 de noviembre del mismo año, denominado «contrato de financiación mezzanine» sujeto al derecho inglés por, entre otros, «Millcreeck Invest, S.L.», unipersonal, en su condición de «obligado mezzanine»; la entidad «Diaz Investments, S.à.r.l.», como «entidad financiadora mezzanine original» y «Situs Asset Management Limited», como «agente de la financiación mezzanine».

b) El mismo día 11 de noviembre de 2021 se otorgó escritura pública de promesa de constitución de hipoteca de segundo rango en garantía del íntegro y puntual cumplimiento de las obligaciones garantizadas.

c) El día 5 de enero de 2023, en cumplimiento de la referida escritura de promesa de constitución de hipoteca, se otorgó escritura de constitución de hipoteca de segundo rango en virtud de la cual la sociedad «Millcreeck Invest, S.L.», unipersonal, constituyó hipoteca sobre varias fincas de su titularidad vinculadas «ob rem» entre sí e inscritas en el Registro de la Propiedad número 3 de Málaga.

d) La hipoteca se constituyó en favor de «Diaz Investments, S.à.r.l.» (haciéndose constar en el apartado relativo a la intervención que «las Entidades Financiadoras

Mezzanine, junto con sus sucesivos cesionarios bajo el Contrato de Financiación Mezzanine (...) serán denominados conjuntamente los Acreedores Hipotecarios y cada uno de ellos un Acreedor Hipotecario», en garantía de las obligaciones que se determinan en el apartado XI de la parte expositiva (transcritas en el apartado «Hechos» de la presente Resolución), y que, sintéticamente se refieren a «todas y cada una de las obligaciones y responsabilidades, tanto presentes como futuras (...) de cada uno de los obligados mezzanine de la operación frente a las entidades financiadoras mezzanine bajo el contrato de financiación mezzanine (...)».

El registrador aprecia cinco defectos que impiden la inscripción, si bien únicamente son recurridos los tres primeros: a) no se fija el plazo de duración máxima de la hipoteca de conformidad con lo previsto en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria; b) no se acredita que la entidad acreedora hipotecaria, «Diaz Investments, S.à.r.l.», constituya una entidad financiera de las previstas en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, y c) no se establece con claridad a favor de qué sujeto se constituye la hipoteca como titular del derecho real de garantía.

La notaria en cuya sustitución se autorizó la escritura, por el contrario, defiende que los extremos a que se refieren los dos primeros defectos no son exigibles en tanto en cuanto la hipoteca constituida no es la hipoteca flotante del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, sino una hipoteca de máximo en garantía de obligaciones futuras constituida al amparo de lo previsto en el artículo 142 de la Ley Hipotecaria; y rechaza igualmente el tercer defecto, toda vez que está plenamente determinada en la escritura la parte que interviene en su condición de acreedora hipotecaria (la sociedad «Diaz Investments, S.à.r.l.»), siendo así que la referencia que en plural se hace a las «Entidades Financiadoras Mezzanine» responde únicamente a la finalidad de contemplar la posibilidad de que haya cesiones parciales del crédito y que en el futuro no sea solo «Diaz Investments, S.à.r.l.» el acreedor sino que puedan existir otros acreedores.

De este modo, son dos las cuestiones que se plantean en el presente. La primera se centra en determinar cuál es la naturaleza de la hipoteca que se constituye según las obligaciones garantizadas, pues de ser uno u otro tipo de los previstos legalmente serán exigibles unos u otros requisitos para su válida constitución. La segunda, si el acreedor hipotecario se encuentra o no determinado.

2. En relación con la primera de las cuestiones planteadas, debe tenerse en cuenta que, como puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 20 de junio de 2012, con criterio confirmado por otras posteriores, dentro de las hipotecas de máximo, existen, entre otras, tres modalidades distintas de hipoteca en garantía de obligación futura: la hipoteca en garantía de obligación futura de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria; las hipotecas en garantía de apertura de saldo de cuenta corriente del artículo 153 de la Ley Hipotecaria; y, las hipotecas globales y flotantes del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Cada una de esas modalidades de hipotecas de máximo tiene caracteres y requisitos distintos.

Así, empezando por la hipoteca en garantía del saldo de cuenta corriente del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, es una hipoteca en garantía de la obligación futura consistente en el saldo de una cuenta corriente de apertura de crédito, en que las diferentes partidas de abono y cargo hacen perder la individualidad de las obligaciones y se novan en el saldo resultante de esa cuenta corriente de crédito. Se prescinde del análisis de estas últimas hipotecas dado que en el presente supuesto no resulta de la escritura calificada la existencia de una cuenta corriente de crédito ni se permiten nuevas disposiciones de las cantidades amortizadas anticipadamente, toda vez que ninguna de las partes se ha referido a ellas, fuera de la genérica mención a su existencia realizada por la notaria recurrente en su escrito de recurso.

En cuanto a la hipoteca del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, se trata de una hipoteca especial introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, y ha sido considerada como hipoteca global y flotante, teniendo en cuenta que permite constituir una sola hipoteca en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase,

presentes o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas, bastando la expresión de 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. Esta hipoteca especial, por sus características singulares, sólo es admitida en la legislación vigente a favor de entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley de regulación del mercado hipotecario o a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio. Tampoco se trata de la hipoteca que se constituye en el presente caso, primero, porque faltan algunos de sus requisitos y, segundo, porque el acreedor no es susceptible de ser titular de la misma.

La tercera clase de hipoteca de máximo, dentro de las tres que son objeto de análisis y comparación, es la de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, que prevén la constitución de hipoteca en garantía de obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1861 del Código Civil que dispone que «los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria», de modo similar a lo que con carácter general establece el artículo 105 de la Ley Hipotecaria, al permitir que la hipoteca pueda constituirse en garantía de toda clase de obligaciones.

A su vez, el párrafo primero del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, también prevé que se pueda constituir hipoteca en garantía de obligaciones cualquiera que sea la naturaleza de éstas, siempre que se identifiquen debidamente y se exprese su plazo de duración.

Esta es la hipoteca que la notaria recurrente alega que se constituye en el presente caso, que se refiere a las obligaciones derivadas de un contrato de financiación denominado «mezzanine», de carácter anglosajón, consistente en un instrumento de financiación que opera mediante la concesión de un préstamo a largo plazo dividido en varios tramos, cada uno de los cuales es concedido a una entidad deudora distinta, con la finalidad de ser destinados a los fines que se especifican en el referido contrato de financiación, y que suele llevar aparejada la designación de una entidad agente para la realización de labores de coordinación, gestión y administración de la operación financiera.

3. La diferencia entre la hipoteca del artículo 142 y la del artículo 153 de la Ley Hipotecaria es que en esta última se garantiza el saldo de la apertura de crédito de una cuenta corriente que tiene alcance novatorio, de modo que las obligaciones pierden su individualidad al convertirse en partidas de la cuenta corriente, siendo exigible únicamente el saldo final acreditado con carácter novatorio, lo que no ocurre en el caso del artículo 142 de la Ley Hipotecaria.

Las diferencias entre la hipoteca del artículo 153 bis y la del 142 de la Ley Hipotecaria son también ostensibles, pues en el artículo 142 no se prevé la constitución de hipoteca global y flotante, sino únicamente hipoteca en garantía de obligación futura, que es posible cuando el contrato básico que constituye la fuente de las obligaciones es único y perfectamente determinado, sin que se trate de una pluralidad de actos básicos a los que hace referencia el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. La hipoteca en garantía de un contrato de suministro (Resolución de 20 de junio de 2012), de un contrato de prestación de servicios jurídicos (Resolución de 18 de noviembre de 2022), o de un contrato de financiación, como el de este supuesto, y consiguientemente de las obligaciones que derivan del mismo tiene carácter individual y no global; no se refiere a pluralidad de contratos básicos que puedan dar lugar a hipoteca flotante.

El artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria impide que pueda constituirse hipoteca global y flotante a favor de cualquier acreedor, limitándola a los acreedores de las clases anteriormente expresadas a las que se refiere el precepto. Pero no impide que pueda



constituirse otro tipo de hipoteca distinta como es la regulada en los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento a que se ha hecho alusión.

Para que se pueda constituir la hipoteca en garantía de obligación futura de estos preceptos tiene que estar perfectamente determinado y configurado el contrato básico que constituye la fuente de las obligaciones que se garantizan, lo que ocurre en el presente caso, al concretarse suficientemente el contrato de financiación del que surgen las obligaciones. Por otra parte, están determinadas suficientemente las obligaciones garantizadas, aunque sean futuras, como debe ocurrir en cualquier contrato en el que se pretenden garantizar las obligaciones surgidas de un único contrato.

También en la hipoteca en garantía de obligaciones con distintos vencimientos o de rentas de un contrato de arrendamiento existen diferentes obligaciones resultantes de los plazos en que se fracciona el cumplimiento de la obligación. No muy diferentes son los supuestos en los que, si bien existe una mayor indeterminación, las diferentes obligaciones a las que se alude no dejan de ser las que unitariamente derivan del contrato básico que es de entidad unitaria suficiente para producir la determinación de las obligaciones que se derivan del mismo (como ocurre con el contrato de suministro – en que se admitió por este Centro Directivo en la citada Resolución de 20 de junio de 2012–, con el de prestación de servicios jurídicos contemplado en Resolución de 18 de noviembre de 2022 o con un contrato de financiación como el de este supuesto), lo que nada tiene que ver con la posibilidad de hipoteca global y flotante del artículo 153 bis, que, por el contrario, puede referirse a una pluralidad de obligaciones derivadas de distintos actos o contratos básicos y con una indeterminación mucho mayor que la que exige la hipoteca en garantía de obligación futura de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, en la que no sólo se prevé que la hipoteca se constituya y tenga rango aunque no haya nacido todavía la obligación garantizada, sino que se establece la posibilidad de que quede concretada dicha obligación cuando nazca a través de la nota marginal de los artículos 143 de la propia Ley y 238 de su Reglamento.

4. De este modo, la especialidad más relevante de esta clase de hipotecas en garantía de obligación futura del artículo 142 de la Ley Hipotecaria, es que, como son eventuales las obligaciones garantizadas, la hipoteca, aunque ya es un derecho real existente, puede quedar afectada en cuanto a sus vicisitudes y desenvolvimiento por la existencia y cuantía de las obligaciones futuras derivadas del contrato de suministro o prestación de servicios. Por eso, el propio artículo 142 de la Ley Hipotecaria establece que dicha hipoteca «surtirá efecto contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse».

Así, mientras no se haya contraído la obligación, la hipoteca es un derecho real existente, pero en fase de pendencia respecto a la obligación garantizada, constando ya constituido y con su propio rango.

Si la obligación llega a contraerse, entonces alcanza eficacia a efectos de ejecución si la obligación no se cumple. Precisamente por ello, el artículo 143 de la Ley Hipotecaria establece que «cuando se contraiga la obligación futura (...) de que trata el párrafo primero del artículo anterior, podrán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria». Esta nota marginal completa el ciclo de la efectividad de la hipoteca, pues la convierte en obligación presente y permite determinar en el Registro la existencia y cuantía de esta. A su vez, el artículo 238 del Reglamento Hipotecario, en concordancia con dichos preceptos, prevé que «para hacer constar en el Registro que se han (...) contraído las obligaciones futuras de que trata el artículo 143 de la Ley, presentará cualquiera de los interesados al Registrador copia del documento público que así lo acredite y, en su defecto, una solicitud firmada por ambas partes, ratificada ante el Registrador o cuyas firmas estén legitimadas, pidiendo que se extienda la nota marginal y expresando claramente los hechos que deban dar lugar a ella».

Esta nota marginal de los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 del Reglamento Hipotecario está prevista para la hipoteca en garantía de obligación futura pero no para las hipotecas en garantía de apertura de saldo de cuenta corriente del artículo 153 y para

la hipoteca global y flotante del artículo 153 bis. En las dos últimas, existe el mecanismo de fijación del saldo que prevén dichos preceptos.

En cambio, en la hipoteca en garantía de obligación futura se prevé que la existencia y cuantía de la obligación futura puedan hacerse constar en el Registro mediante nota marginal, en concordancia con lo que resulta de los principios de legitimación y especialidad. El principio de legitimación prevé la presunción de existencia y pertenencia del derecho en la forma determinada por el asiento respectivo. Y el principio de especialidad exige la más completa determinación de los derechos reales y de su contenido. No cabe duda de que la nota marginal es un sustitutivo de las certificaciones del saldo de la cuenta a que se refieren los artículos 153 y 153 bis de la Ley Hipotecaria, lo que confirma su autonomía respecto a dichas clases de hipotecas de máximo.

Aunque no puede constituirse la hipoteca global del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria a favor de cualquier clase de acreedor, los interesados pueden libremente optar por la constitución de una hipoteca en garantía de las obligaciones derivadas de un contrato de suministro o de prestación de servicios o de cualquier otro como obligaciones futuras derivadas unitariamente de ese contrato, por la vía de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento, o bien constituir una hipoteca en garantía de la apertura del saldo de una cuenta corriente del artículo 153 de la Ley Hipotecaria en que se garantice el saldo que resulte de las partidas de abono y cargo derivadas del contrato de suministro con efecto novatorio en cuanto al saldo de la cuenta.

5. En el presente caso, no se ha constituido la hipoteca flotante del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, pues no sólo no se cumplen los requisitos subjetivos que el mismo precepto impone para los acreedores hipotecarios, tal y como ha quedado expuesto, sino que, adicionalmente, tampoco se hace ninguna referencia expresa al artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria en la escritura de constitución de hipoteca, por lo que queda abierto el camino para plantear si cabe la misma al amparo de un precepto distinto del citado artículo 153 bis, y en concreto, al amparo de los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, tal y como defiende la notaria en su escrito de recurso, lo que exige analizar si se cumplen los preceptos y principios reguladores de estas hipotecas que permitan su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Como se puede apreciar la hipoteca garantiza dos tipos de obligaciones: una presente, derivada de la cantidad efectivamente prestada por la entidad financiadora en virtud del contrato de financiación «mezzanine» suscrito entre las partes, y otras eventuales y futuras, derivadas de obligaciones accesorias resultantes del mismo contrato. Ambos tipos obedecen a una misma causa jurídica que está debidamente explicitada en la escritura, siendo así que el acto básico del que surgen las obligaciones es unitario al derivarse las mismas de un único contrato de financiación suscrito entre las partes y referirse la hipoteca únicamente a las obligaciones derivadas de tal contrato (cfr. Resoluciones de 28 de junio, 18, 26 y 27 de julio de 2012 y 30 de enero de 2013), no tratándose de cualesquiera obligaciones presentes o futuras, sino de las obligaciones derivadas de ese contrato.

El hecho de que del referido contrato de financiación puedan surgir diversas obligaciones no constituye obstáculo para la constitución de la hipoteca. Como recordó esta Dirección General en su Resolución de 18 de noviembre de 2022, ya antes de la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, esta Dirección General entendió en sus Resoluciones de 1 de junio y 26 de septiembre de 2006 que «la máxima según la cual una única hipoteca no puede garantizar obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico no puede mantenerse como principio axiomático y absoluto. Sobre una interpretación meramente literalista de los artículos 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria ha de prevalecer la que con criterio lógico, sistemático y finalista resulta de otros preceptos legales, como el artículo 1861 del propio Código o 154 y 155 de la Ley Hipotecaria, y atendiendo a las necesidades del tráfico jurídico.

Indudablemente, obligaciones distintas pueden recibir una única cobertura hipotecaria cuando aquéllas tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una

respecto de la otra. No lo impide la aplicación del principio de especialidad ni el de accesoria de la hipoteca, en tanto en cuanto las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos definidores (o al menos sean éstos determinables, como –con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito– se permite en algunos supuestos, siempre que se cumplan ciertas exigencias mínimas) y la hipoteca constituida quede enlazada con esas distintas obligaciones de suerte que aquélla quede debidamente supeditada a éstas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad» (cfr., como confirmación de tal doctrina, las Resoluciones de 17 de marzo y 24 de abril de 2008).

Este criterio que admitió la unicidad de la hipoteca aun cuando ésta garantice obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico, si tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra, debe aplicarse «a fortiori» a un supuesto como el presente, en el que existe claramente una sola relación obligatoria, un solo contrato de financiación, con una única causa.

Así lo impone también la interpretación de la norma del vigente artículo 12 de la Ley Hipotecaria que, a diferencia de lo que disponía en su redacción anterior (que se refería –en singular– a «la obligación asegurada»), alude a la necesidad de que en la inscripción del derecho real de hipoteca se identifiquen «las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración». Además, este precepto habrá de ser interpretado atendiendo a la finalidad de la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre de 2007. Así, la Exposición de Motivos de esta ley, pone de relieve que la «sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas, obliga también a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, de manera que como operadores jurídicos, en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes, para lograr que la propiedad y los derechos reales sobre ella impuestos queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva, y disfruten de sus beneficios, de conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión, y sus efectos». Por lo demás, al margen de posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo esas otras relaciones jurídicas que únicamente podrían ser constituidas a favor de determinadas entidades financieras o Administraciones públicas conforme al nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, esa necesaria flexibilidad del régimen de las hipotecas a la que se refiere el legislador debe conducir a una interpretación que, sin violentar los reglas generales de nuestro sistema hipotecario, haga posible que en un caso como el presente pueda constituirse una sola garantía y no tantas hipotecas como obligaciones derivadas de una misma relación jurídica suficientemente determinada quieran asegurarse, pues esta multiplicidad, además de injustificada, sería, sin duda, económicamente desproporcionada.

En el presente supuesto, se asegura el cumplimiento de un número determinable de obligaciones, todas derivadas del contrato de financiación celebrado, suficientemente concretado e identificado plenamente tanto en la parte expositiva de la escritura como en los Anexos incorporados a la misma, por lo que no existe duda alguna sobre cuáles sean las obligaciones que se garantizan, respetándose así el principio de especialidad o determinación, interpretado con la necesaria flexibilidad a fin de facilitar el crédito territorial. Asimismo, quedan cumplidas las exigencias derivadas del carácter accesorio del derecho de garantía hipotecaria en tanto en cuanto tal derecho depende en su desenvolvimiento del incumplimiento de las obligaciones aseguradas. Y, precisamente porque todas esas obligaciones que tiene su origen en una misma relación jurídica son de cuantía incierta, es suficiente la fijación de una cifra máxima de responsabilidad para que se haya de considerar correctamente constituida desde el punto de vista del referido principio de determinación o especialidad.

Consecuencia de lo anterior es que no puede mantenerse el segundo defecto señalado por el registrador en su nota, dado que, al no tratarse de una hipoteca flotante del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, no es necesario que la sociedad acreedora hipotecaria sea una 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, de conformidad con lo exigido por la letra a) del referido artículo 153 bis.

6. Según el último defecto recurrido, sostiene el registrador que «no se establece con claridad a favor de qué sujeto se constituye la hipoteca como titular del derecho real de garantía».

Este defecto no puede tampoco mantenerse. En la escritura únicamente comparecen tres entidades, una en su condición de deudora hipotecante (la sociedad «Millcreek Invest, S.L.», unipersonal), otra en su condición de agente de financiación «mezzanine» (la sociedad «Situs Asset Management Limited»), con la finalidad indicada de gestionar y administrar la operación financiera, relacionándose directamente con la entidad prestamista y las entidades prestatarias; y, por último, la sociedad «Díaz Investments, S.à.r.l.», en su condición de entidad financiadora y acreedora hipotecaria.

En relación con esta última entidad se hace constar en la escritura que la misma comparece «en su condición de Entidad Financiadora (Lender) bajo el Contrato de Financiación Mezzanine (tal y como se define a continuación). En adelante Díaz Investments junto con las entidades que en cada momento tengan la condición de Entidades Financiadoras (Lenders) bajo el Contrato de Financiación Mezzanine (tal y como se define a continuación) y sus sucesivos cesionarios y sucesores bajo el mismo, se denominarán conjuntamente como las Entidades Financiadoras Mezzanine. En lo sucesivo, las Entidades Financiadoras Mezzanine, junto con sus sucesivos cesionarios bajo el Contrato de Financiación Mezzanine (definido a continuación) serán denominados conjuntamente los Acreedores Hipotecarios y cada uno de ellos un Acreedor Hipotecario». Por su parte, en la estipulación segunda se declara la constitución de la hipoteca en favor de las «Entidades Financiadoras Mezzanine».

En la medida en que sólo una entidad («Díaz Investments, S.à.r.l.») es la que comparece en dicha condición en el otorgamiento, y sólo a ella se refiere el contrato de financiación incorporado como Anexo a la escritura (sin perjuicio de que eventualmente las entidades financiadoras puedan ser en el futuro varias, o, incluso, otras distintas de la inicial, en virtud de posteriores eventuales cesiones hipotecarias), lo cierto es que, tal y como afirma la notaria en su escrito de recurso, la única entidad en cuyo favor se constituye la hipoteca es la sociedad «Díaz Investments, S.à.r.l.» compareciente, cuyos datos identificativos aparecen plenamente determinados en la escritura, siendo así que la referencia que en la misma se hace a «las entidades que en cada momento tengan la condición de entidades financiadoras», lo es en previsión de posibles futuras cesiones de posiciones contractuales, las cuales, en todo caso, habrán de ajustarse a los requisitos impuestos por la legislación hipotecaria llegado el caso.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación impugnada en cuanto a los tres defectos objeto de impugnación.

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, 5 de julio de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.