

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

11318 *Resolución de 8 de junio de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en los recursos interpuestos por Banco de Santander, SA y Reyal Urbis, SA, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Terrasa número 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de constitución de hipotecas inmobiliarias.*

En los recursos interpuestos por «Banco de Santander S.A.» y «Reyal Urbis, S.A.», contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Terrasa número 1, don José Manuel García García, por la que se suspende la inscripción de una escritura de constitución de hipotecas inmobiliarias.

Hechos**I**

Mediante escritura otorgada el día 10 de mayo de 2010 por el Notario de Madrid don Miguel García Gil, bajo el número 1081 de protocolo, la sociedad «Reyal Urbis, S.A.» constituye hipotecas sobre varias fincas de su propiedad.

II

Dicha escritura fue nuevamente presentada junto con testimonio notarial de constancia en el Registro de la Propiedad de Terrasa número 1, el día 31 de diciembre de 2010, y fue calificado negativamente el día 11 de enero de 2011 con la siguiente nota: «Presentado nuevamente el precedente documento junto con documentos que subsanan los dos primeros defectos de la anterior nota de calificación de fecha 4 de octubre de 2010 y junto con un testimonio notarial de constancia de fecha 29 de diciembre de 2010, se procede a la nueva calificación del documento conforme al artículo 108 del Reglamento Hipotecario y a los artículos 18, 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, manteniendo el tercer defecto de dicha nota calificadora, con base en los siguientes Hechos y Fundamentos de derecho: Hechos. 1.º—El documento de referencia fue presentado nuevamente en este Registro en la fecha y con el número de asiento que constan al principio de esta nota. 2.º—Tras haberse subsanado algunos de los defectos que se relacionaron en la nota de calificación de este Registro de fecha 4 de octubre de 2010 y calificado nuevamente el mismo, teniendo en cuenta los documentos que ahora se acompañan, se entiende que se han subsanado los defectos 1º) y 2º) de la anterior nota de calificación registral, pero subsiste el tercer defecto de dicha nota calificadoria que se formula en los siguientes términos: I.—Respecto a las participaciones de fincas radicantes en este Registro de Terrasa número 1, que son las participaciones de las registrales 863-N, 21-N, 2841-N, 2464-N, 9950-N, 17905-N, 99036, 209-N, 10951-N y 965-N falta expresar la cuota o participación o porcentaje indiviso que corresponde a cada una de las entidades acreedoras en el derecho real de hipoteca flotante y en cada una de las citadas fincas de este Registro en que se ha distribuido la responsabilidad hipotecaria por dicha hipoteca flotante. II.—Una vez subsanado el defecto anterior, en la inscripción de la hipoteca que se practique, no serán inscribibles y por tanto, serán denegados los pactos o párrafos que se dirán. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, el asiento reseñado queda prorrogado por el plazo de sesenta días, a contar desde la fecha de la última notificación. Fundamentos de Derecho: I. En el párrafo último del pacto 4 de la escritura de constitución de hipoteca se expresos «Dado que la Hipoteca Flotante es de titularidad colectiva y se constituye en beneficio de todos los Acreedores, la titularidad del

derecho real lo mantienen conjuntamente todos y cada uno de ellos con las consecuencias descritas en la Cláusula 8 respecto de su ejecución, sin que, por expreso acuerdo de las partes, se atribuya cuota alguna por entidad. La cancelación de la Hipoteca Flotante será por tanto siempre colectiva, sin que ningún Acreedor pueda, por sí mismo cancelar la Hipoteca Flotante, sin perjuicio claro está de su libérrima facultad de renunciar a sus derechos en la Hipoteca Flotante». En el testimonio notarial de fecha veintinueve de diciembre de dos mil diez se insiste en que no se atribuyen cuotas de participación en el derecho real de hipoteca y que «por tratarse de una Hipoteca en mancomún flotante, las partes acordaron no atribuir cuotas, toda vez que en la posible ejecución hipotecaria ha de determinarse, ya con concreción, las circunstancias que sean pertinentes y la deuda ejecutivamente reclamable, pero, en su configuración inicial, el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria autoriza una cierta indeterminación, y que, precisamente por eso, introduce la llamada hipoteca especial o flotante con las características dichas, sin que sea preciso tampoco determinar cuotas en el crédito.» En relación con estas consideraciones de la escritura de hipoteca flotante y del testimonio notarial aclaratorio, se hace constar que el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria no permite la hipoteca flotante con titularidad colectiva y en mano común sin atribución de cuotas entre los titulares del derecho real, pues sólo regula la hipoteca flotante en relación con uno de los elementos de la hipoteca, que es el de las «obligaciones garantizadas», en que se permite, evidentemente, que la hipoteca sea flotante, y que una sola hipoteca pueda garantizar varias obligaciones. Ahora bien, el artículo 153 bis no prejuzga la cuestión de la titularidad única o plural de una hipoteca por parte de varios acreedores hipotecarios, ni se refiere a la comunidad germánica, en mano común o sin cuotas por parte de una multiplicidad de acreedores. El artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria se refiere a la flotabilidad de varias obligaciones, pero no a la hipoteca en mano común de varios acreedores. Si la hipoteca flotante es a favor de un solo acreedor hipotecario, que parece ser el supuesto tipo o normal a que se refiere el artículo 153 bis, al aludir en el párrafo penúltimo a «la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora», lo que resulta de dicho precepto es que no es necesario que se constituyan varias hipotecas para cada obligación garantizada. Ello no excluye que pueda constituirse una hipoteca flotante a favor de varios acreedores, pero no se prejuzga ni se regula en dicho precepto en qué forma ha de constituirse la titularidad plural sobre la hipoteca flotante, por lo que han de aplicarse las reglas generales establecidas en la legislación vigente sobre pluralidad de titulares de un derecho real. La legislación vigente sólo conoce en este ámbito la titularidad solidaria y la titularidad mancomunada que es la que se produce en relación con las obligaciones garantizadas, así como la comunidad por cuotas indivisas de los derechos reales. La solidaridad exige pacto expreso, que aquí no se ha producido, por lo que la consecuencia es que, respecto a las obligaciones garantizadas, se produce una situación de mancomunidad por cuotas o porcentajes, y en cuanto al derecho real de hipoteca tiene que fijarse la correspondiente titularidad sobre el mismo por cuotas cuando hay varios titulares, conforme al artículo 392 del Código Civil. Tratándose de una serie de obligaciones con pacto de sindicación, la autonomía de la voluntad permite que se produzcan algunas especialidades si se pactan expresamente, entre las cuales, está el pacto de ejecución unitaria a través de un Banco Agente, como aquí se ha pactado, pero ese pacto de ejecución unitaria no significa que se trate de una titularidad colectiva o en mano común, que es una figura inexistente en nuestro Derecho, sino que se trata de un pacto de indivisibilidad en el cumplimiento o ejecución de unas obligaciones mancomunadas y no solidarias ni en mano común. No hay titularidad colectiva sin cuotas sino ejecución colectiva o unitaria a través de un Banco Agente. No cabe confundir o mezclar la cuestión de la titularidad de un derecho real, que ha de constar determinada, conforme al principio de especialidad y a las reglas de la comunidad indivisa de bienes, con la cuestión relativa al pacto de indivisibilidad en la ejecución, que es una modalidad admitida sin excluir la necesaria determinación de la titularidad. Por otra parte, la posibilidad de pactar la indivisibilidad en la cancelación, tampoco ofrece ningún problema, pues se parte del principio de indivisibilidad de la hipoteca, según el cual, no se puede practicar la cancelación aunque se pague una parte

de la cantidad garantizada (Cfr. Artículo 122 de la Ley Hipotecaria). Esa indivisibilidad no significa que no haya que expresar las cuotas que corresponde a cada uno de los titulares en el derecho real de hipoteca. Por tanto, el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria se refiere a la innovación relativa a la cuestión de la flotabilidad de la hipoteca respecto a una pluralidad de obligaciones garantizadas, pero no regula la titularidad subjetiva del derecho real resultante de una pluralidad de acreedores, que ha de seguir las reglas generales de determinación. Todo derecho real que pertenece a varios titulares si es un derecho real único, exige que se configure la titularidad a través de las formas de comunidad admitidas en la legislación vigente, por lo que la cuestión se traslada a la normativa de la comunidad de bienes, sin que el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria establezca ninguna excepción respecto a la forma de configurarse las titularidades de la hipoteca. La necesidad de determinación de las titularidades del derecho real único en relación con la pluralidad de obligaciones garantizadas flotantes se confirma porque si en el tramo A al que se refiere la otra hipoteca de la misma escritura, que es del mismo rango, se ha especificado la titularidad que corresponde a cada uno de los acreedores a través de una cuota o porcentaje de cada acreedor, que guarda proporción con las cantidades debidas a cada uno de esos acreedores, lo mismo habría que especificar respecto a la titularidad de la hipoteca flotante, pues aunque se refiere a una pluralidad de tramos y a una flotabilidad de los mismos, lo cierto es que a cada uno de los acreedores le corresponde la respectiva cantidad ya asignada en el tramo correspondiente, y ha de tener también una cantidad y un porcentaje en cada uno de los contratos de cobertura ya existentes que se indican como garantizados por la hipoteca, máxime teniendo en cuenta también la indeterminación de las cantidades objeto de dichos contratos de cobertura, cuya indeterminación no sólo repercute en dichos contratos sino en la determinación de titularidades de las restantes obligaciones. Tratándose de obligaciones ya existentes, como son las de los tramos y contratos de cobertura garantizadas con la hipoteca flotante, existe la misma razón que en la hipoteca del tramo A, para expresar la proporción en la titularidad que en el derecho real de hipoteca corresponde a cada uno de los acreedores. A efectos de esa titularidad sobre el derecho real, bastaría concretar los porcentajes que representan para cada acreedor las cantidades expresadas para cada uno en los respectivos anexos de los tramos, si bien para los contratos de cobertura sería necesario fijarlos en relación con las cantidades garantizadas a que se refieren cada uno de ellos, pues en otro caso la indeterminación del derecho sería total, y trascendería de la que se produciría en los contratos de cobertura repercutiendo en los tramos, pues quedarían sin determinar las proporciones que a cada acreedor corresponden en el derecho real de hipoteca. Al propio tiempo, no bastaría señalar los porcentajes de cada acreedor en cada tramo, teniendo en cuenta las cantidades garantizadas a favor de cada uno de ellos, sino que por razón de formarse una sola hipoteca en garantía de todos los tramos y de los contratos de cobertura, la completa determinación exigirla asignar además, por una operación aritmética proporcional, el porcentaje que representa cada tramo en el total conjunto garantizado con la hipoteca flotante. En el contrato de crédito garantizado con la hipoteca que alude a la regulación entre los acreedores por razón de los respectivos tramos, se alude varias veces a la «participación» de cada acreedor, y también se alude al carácter de obligación «mancomunada» por lo que no se trata ni de obligaciones solidarias ni de ninguna titularidad colectiva germánica sin cuotas. Al propio tiempo, la propia naturaleza de la flotabilidad de las obligaciones y la posibilidad de que la hipoteca no pueda cubrir la totalidad de las obligaciones, sino únicamente las que puedan caber dentro de las responsabilidades hipotecarias fijadas, exige determinar la titularidad del derecho real de hipoteca respecto a cada acreedor, a efectos de determinar la proporción que les corresponde en los pagos que puedan realizarse, así como en las imputaciones de pagos correspondientes, así como en las ulteriores vicisitudes del derecho real de hipoteca que puedan producirse respecto a unos y otros acreedores, con independencia del pacto de ejecución unitaria y de la indivisibilidad en cuanto a la cancelación de la hipoteca, tal como se han pactado en la escritura. El derecho real de hipoteca, como cualquier otro derecho real en la legislación vigente, no admite titularidades subjetivas

flotantes o indeterminadas, sino que lo único que permite el artículo 153 bis es la garantía de varias obligaciones flotantes, sean de un solo titular como es el supuesto normal de dicho precepto, o de varios titulares, pero en este último caso, con determinación de las cuotas en el derecho real, pues en otro caso, la indeterminación del derecho real sería absoluta y no se compaginaría con la necesidad de determinación del derecho real respecto a cada titular, con independencia, según se ha indicado, de que puedan admitirse los pactos de ejecución conjunta y de cancelación indivisible, que no excluyen la necesidad de determinación de la titularidad del derecho real en caso de pluralidad de titulares. Se da la circunstancia de que en el presente caso, todas las obligaciones garantizadas de cada uno de los tramos relativos a la hipoteca flotante están perfectamente determinadas en cuanto a las obligaciones que corresponden a cada uno de los acreedores, produciéndose únicamente la cuestión de que no hay suficiente determinación en los contratos de cobertura, si bien ya se ha indicado que en realidad esto constituye un defecto o déficit de determinación, que debe aclararse, así como las cuotas que corresponden a cada acreedor en el derecho real de hipoteca, en los términos ya expresados. II. La necesidad de determinación del derecho real resulta de numerosas Sentencias, pudiendo resaltarse por ser más actuales, las dos siguientes: La Sentencia de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de junio de 2008 señala: «Es exigible siempre la determinación precisa de los contornos del derecho real, particularmente cuando se trata de hipotecas. Las modalidades de hipoteca son variadas, lo mismo que las cláusulas bajo las cuales pueden ser establecidas. Pero sus contornos deben definirse siempre con claridad, y en particular las características de la obligación garantizada». La Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 (Aranzadi número 3047, de 2009), se refiere al principio de especialidad, diciendo que su «eficacia resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales», exigiendo los requisitos dimanantes de dicho principio, para que los terceros que deben tener conocimiento de la exacta determinación de su naturaleza y extensión. III. Por las razones expresadas, se reproducen seguidamente en este Fundamento las razones que se expresaron en la anterior nota de calificación registral de fecha 4 de octubre de 2010, al no haberse subsanado el defecto señalado en la misma, en los siguientes términos: «los principios de accesoria y determinación propios del derecho real de hipoteca, exigen que cuando existen varios acreedores titulares del derecho real, se exprese, salvo que sean solidarios, la participación, cuota o porcentaje indiviso que ostente cada titular en el derecho real de hipoteca y consiguientemente en cada una de las fincas hipotecadas que radican en la demarcación de este Registro y a las que se refiere esta calificación. El artículo 54.1 del Reglamento Hipotecario exige que se expresen las porciones indivisas de un derecho de cada condueño o titular, lo que es también aplicable al derecho real de hipoteca, teniendo en cuenta que en nuestro Derecho no existe la comunidad germánica, colectiva o en mano común nada más que en los supuestos expresamente establecidos en la legislación vigente, como son la comunidad de gananciales o la comunidad de montes vecinales en mano común. Tampoco puede aplicarse la analogía de ciertas titularidades provisionales de acreedores en concursos de acreedores en que, por la temporalidad y la finalidad de la situación relativa al dominio, permite titularidades colectivas, que no son trasladables a las titularidades ordinarias de los derechos reales en el tráfico jurídico. Por otra parte, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 2000, aplicable al presente supuesto, establece: «La titularidad plural de los derechos reales queda sujeta en derecho común, como disciplina básica, al régimen de comunidad de bienes contenido en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, lo que excluye en principio la admisión de titularidades dominicales solidarias tal como ya tuvo ocasión de señalar la Resolución de 26 de diciembre de 1946. Ello se traduce a efectos registrales en la necesidad de precisar en la inscripción a practicar la cuota o porción ideal de cada titular en el derecho con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente (cfr. Artículo 54.1 del Reglamento Hipotecario). Y respecto a la hipoteca en especial, la citada Resolución sólo exceptúa del requisito de la determinación de cuotas el supuesto de obligaciones solidarias, ya que dice: «Su propia

finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación, que puede ser de cualquier clase (Cfr. Artículos 1861 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria), la convierte en accesoria del crédito que garantiza de suerte que su titularidad será la misma que la de dicho crédito. Y si en el ámbito de éstos la pluralidad de elementos personales puede traducirse en varias posibilidades, una de las cuales es la solidaridad, el mismo carácter tendrá la titularidad que la hipoteca que lo garantice y como tal habrá de inscribirse, a favor de los titulares solidarios de ese crédito haciendo constar de forma expresa la existencia de esa solidaridad, en lugar de la determinación de las cuotas correspondientes que sería inexcusable en el caso de mancomunidad». A estos efectos, deben también diferenciarse dos conceptos distintos: la titularidad del derecho real, que es por cuotas; y la actuación conjunta en la ejecución, que puede ser unitaria. Y ello, porque una cosa es la titularidad, que exige determinación de cuotas en el derecho real de hipoteca en el mismo sentido que las que resulten de la obligación de la que es accesoria, y otra diferente es que en cuanto a la ejecución de la hipoteca puedan admitirse pactos de ejecución colectiva a través de un agente, pues una cosa es la titularidad que se inscribe en el Registro y otra diferente es la forma de ejecución de la hipoteca, que puede pactarse en forma conjunta o simultánea. La necesidad de determinación de cuotas es todavía más evidente y necesaria en casos como el presente en que se pactado la constitución de hipoteca por una cantidad inferior al total montante de las obligaciones, constituyéndose garantía real parcial respecto a las totales cantidades debidas, pues si bien la DGRN ha permitido que se constituya hipoteca por una cantidad inferior a la debida, en Resoluciones de 2 y 3 de enero de 1996, ello ha sido en relación con supuestos de un solo acreedor, pues si existen varios, como en este caso, resulta imprescindible la determinación de cuotas respecto a la garantía real, pues en otro caso, se produciría una indeterminación absoluta respecto a los derechos que ostentan cada uno de los acreedores hipotecarios en relación con el derecho real de hipoteca, ya que no sería posible determinar en este caso el derecho de cada uno por remisión al total de la obligación garantizada, ni tampoco el importe que correspondería a cada acreedor hipotecario en caso de ejecución, ni su participación en las vicisitudes ulteriores que puedan afectar a su titularidad, como si se produjera, por ejemplo, embargo o cesión de la parte del crédito garantizado con la hipoteca en relación con uno de los acreedores y no de los demás, ni las reducciones en el derecho real de hipoteca como consecuencia de pagos o renunciaciones, ni tampoco los porcentajes resultantes para las demás entidades acreedoras, una vez que se expresa que la entidad Prudential Capital, PLC, que figura en el anexo del tramo L5 no es acreedora hipotecante. A todo lo anterior se une que en este caso, en la escritura de aclaración se han adicionado a la garantía de la hipoteca flotante unos contratos de cobertura en los que existe indeterminación por no expresar el objeto e importes de dichos contratos. Por otra parte, si se mantuviera la indeterminación existente, daría lugar a la posible aplicación de recargas de los derechos de otras entidades de crédito cuando quedaran vacantes por pago o renuncia las cantidades correspondientes a otros titulares, lo que no es posible en Derecho español en que no está prevista la figura de la hipoteca recargable. El artículo 153 bis permite la figura de la hipoteca flotante, pero no la flotabilidad de las titularidades plurales sin determinación alguna ni la recarga de garantía real respecto a las vacantes que puedan dejar por pago o renuncia, algunos de los demás titulares de la hipoteca. El artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria tampoco permite que varios acreedores de modo indistinto garanticen las obligaciones que a cada uno corresponden mezclándolas con las demás, pues la hipoteca que regula dicho artículo es flotante en cuanto a las obligaciones garantizadas, pero no prevé la flotabilidad respecto a varios acreedores, que es distinta cuestión en el precepto y que daría lugar a una total indeterminación de derecho real de hipoteca y a una posible recarga o intercambio de créditos entre acreedores respecto a la hipoteca. Además es de observar que en Derecho Catalán no se ha admitido la figura de la comunidad germánica o en mano común, sino únicamente la comunidad indivisa por cuotas o romana (cfr. Artículo 551-2 del Libro 5º de Derechos Reales del Código Civil de Cataluña aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo), de acuerdo con la tradición histórica y los antecedentes del Derecho Catalán, sin

perjuicio de otras comunidades especiales, ninguna de las cuales es la germánica. Por todo ello se entiende que debe expresarse al menos respecto a las fincas radicadas en este Registro, que son a las que se refiere la presente calificación los porcentajes que a cada una de las entidades acreedoras les corresponde en el total garantizado del conjunto de la hipoteca flotante de la letra a) por importe total de 177.467.539 euros, que corresponde a los tramos B, C, D, E, L1, L2, L4 y L5 y los contratos de cobertura.» IV.—A pesar de que mediante acta complementaria de fecha 30 de julio de 2010 autorizada por el Notario de Madrid Miguel García Gil, se han establecido unas cuotas o porcentajes correspondientes a cada una de las entidades acreditantes del Tramo A, por lo que consta subsanada la indeterminación de la hipoteca del Tramo A, la hipoteca inmobiliaria que lo garantiza y que se identifica bajo la letra b) en la cláusula de Constitución de hipotecas inmobiliarias no puede inscribirse, puesto que la misma es de rango simultáneo a la hipoteca inmobiliaria de máximo o flotante que se identifica bajo la letra a) en dicha cláusula, por lo que mientras no se subsane esta última, no puede inscribirse la hipoteca simultánea del citado Tramo A. V.—Por lo que se refiere a los pactos o párrafos que no son inscribibles una vez que se hayan subsanado los defectos anteriores, se hace constar lo siguiente: a) En cuanto a las obligaciones del hipotecante no serán objeto de inscripción: - el apartado b), c) y d) de la cláusula 5ª y la totalidad de la cláusula 7ª por ser de carácter obligacional. - los apartados g) y h) de la cláusula 55 por ser contrarios a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria. b) En relación con las causas de resolución anticipada de la cláusula 21 del contrato de crédito sindicado no son objeto de inscripción: Los apartados 21.1.6, 21.1.9, 21.1.10 y 21.1.11 porque van contra lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Los apartados 21.1.3, 21.1.7, 21.1.8, 21.1.12, 21.1.13, 21.1.14 y 21.1.15 porque no son conformes con el artículo 1129.1 del Código Civil. El apartado 21.1.5 porque no es conforme al artículo 61.3 de la Ley Concursal. Dichas causas de resolución anticipada son objeto de la presente calificación registral conforme al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, respecto a las que partes en este caso han dado trascendencia real, por cuanto determinan no sólo el vencimiento del préstamo frente al deudor, sino la facultad de utilizar la acción ejecutiva sobre el bien hipotecado, refiriéndose a la ejecución (realización de valor propia del derecho real de hipoteca e inherente al derecho real) por cualquiera de los procedimientos de la LEC, es decir, se incluye por las partes no sólo la acción personal, sino la acción real hipotecaria, conforme se establece en el pacto 8.2, de la escritura, siendo la acción real la consecuencia de la trascendencia real, lo que se confirma, además, porque las Resoluciones de 2 y 3 de septiembre de 2005 (en su parte vigente) atribuyen naturaleza real a las causas de vencimiento anticipado, lo que requiere la calificación registral de las mismas por los efectos que atribuye al asiento la legislación hipotecaria (artículos 1.3º, 37.1º, 38.1º y 130 entre otros LH, especialmente este último respecto a la acción real hipotecaria partiendo de los extremos que consten en el asiento), sin que puedan consignarse como cláusulas obligacionales informativas, máxime teniendo en cuenta que la Disposición adicional 13 de la Ley de regulación del mercado hipotecario declara que «en cuanto a los requisitos para la constitución, modificación y extinción de las hipotecas, se aplicarán en todo caso el Código Civil y la legislación hipotecaria», lo que remite al concepto de trascendencia real de dichas normas y a los requisitos de inscripción establecidos en las mismas (artículo 1880 Código Civil y 12, 18, 65, 104, 144, 126, 130 Ley hipotecaria). La Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981 se refiere a la constitucionalidad de la ejecución sumaria hipotecaria propia de la acción real hipotecaria por las garantías registrales que la hipoteca debe superar en la fase previa del procedimiento registral. Asimismo, la identidad y relación entre los conceptos de duración de la hipoteca y vencimiento anticipado alude a la trascendencia real y no obligacional de las causas de vencimiento anticipado.

Por ello se acuerda suspender la inscripción del documento calificado por el/los expresado/s defecto/s, que se considera/n subsanable/s, no tomándose anotación de suspensión por no haberse solicitado.

Contra la presente (...) Terrassa, 11 de enero de 2011. El Registrador (Firma ilegible, aparece sello con nombre y apellidos del Registrador)».

III

Solicitada calificación sustitutoria del Registrador de la Propiedad de Sant Cugat del Vallés, don José María Alfíl Massot, el día 29 de enero de 2011 confirma la calificación inicial, notificándola el día 2 de febrero de 2011.

IV

«Banco de Santander, S.A.», en su condición de Banco Agente, y la sociedad «Royal Urbis, S.A.», interponen recurso mediante escrito de 2 de marzo de 2011, remitido por correo el mismo día y que tiene acceso al Registro el día 9 de marzo de 2011, en el que formula entre otras las siguientes alegaciones:

Con relación al primer defecto y después de una profusa argumentación establece las siguientes conclusiones: 1.–Nuestro Derecho admite sin ambages la figura de la comunidad en mano común como forma de regular las relaciones de determinados partícipes en un bien o patrimonio. Son prueba evidente de ello las figuras de la comunidad hereditaria, la sociedad de gananciales, los montes vecinales en mano común y las comunidades de pastos, leñas y aprovechamientos comunales; 2.–Pese a que una parte de la doctrina niega la existencia de una comunidad en mano común de origen convencional, numerosas Sentencias del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado admiten en supuestos específicos la existencia de comunidades de este tipo, de naturaleza convencional y fundadas en el principio de la autonomía de la voluntad; 3.–Las partes de una hipoteca flotante en garantía de diferentes obligaciones tienen plena y legítima motivación para articular la cotitularidad sobre el derecho de hipoteca de manera diversa a la titularidad o cotitularidad existente sobre cada uno de los créditos garantizados (cualquiera que esta sea). Y para perfilar, de la forma que entiendan más ajustada a sus intereses, la manera en que pueden desencadenar el ejercicio de las acciones hipotecarias (actuación unánime, mayoritaria, etc.), pues ello no contraviene ni lesiona los derechos del deudor, de los hipotecantes no deudores, de los acreedores de ellos o de cualquiera de los acreedores hipotecarios o los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca. La regla de reparto interna entre los acreedores hipotecarios sólo les afecta a ellos (asumido que la hipoteca flotante en bloque, y por el total de la responsabilidad hipotecaria, responde ante el incumplimiento de cualquiera, cualesquiera o todos los créditos garantizados). Los terceros no se ven perjudicados por la indeterminación, ni les protegería en mayor medida la constancia de las cuotas de reparto internas, pues sólo tienen interés en conocer la responsabilidad hipotecaria máxima de la que responde cada activo, sin que les corresponda conocer el reparto entre los acreedores hipotecarios de las cantidades que resultaran de una eventual ejecución. Podría resultar interesante la determinación de la cuota para los acreedores de cualquiera los acreedores hipotecarios, pero al igual que el cesionario, embargante o acreedor subhipotecario de un crédito hipotecario solidario subentra (en su caso, vía ejecución) en la relación jurídica (de solidaridad) del acreedor hipotecario cedente, embargado o sub-hipotecante, sin que sea un obstáculo la falta de precisión de la cuota interna, tampoco debe serlo la falta de constancia de la cuota concreta del acreedor hipotecario en una hipoteca flotante sobre la que se constituye una mano común. De la misma forma, la garantía patrimonial universal con que cuentan los acreedores conforme al artículo 1.911 del Código Civil se refiere obviamente a los bienes y derechos de los deudores, tal y como se encuentren en su patrimonio, con sus limitaciones, restricciones, condiciones, etc.; 4.–Al margen de categorías dogmáticas, lo verdaderamente relevante en la hipoteca flotante de la escritura de hipoteca objeto de calificación contra la que se plantea este recurso, es que las partes quisieron establecer un régimen específico que regulara las relaciones de los acreedores hipotecarios, cuyas características esenciales son: (i) no existen cuotas entra las distintas entidades acreedoras (Estipulación 4), ni desglose de la responsabilidad hipotecaria entre las Obligaciones Garantizadas; (ii) la cancelación de la hipoteca flotante se atribuye a todos

los acreedores (Estipulación 4 *in fine*); (iii) en caso de cancelación de cualquiera de las obligaciones garantizadas, la hipoteca se mantiene por el total (Estipulación 1 *in fine*); (iiii) el ejercicio de la acción de realización de valor, y de las restantes acciones hipotecarias, es colectivo. Este régimen se justifica por la especial comunidad que entre los acreedores crea un proceso de refinanciación que aconseja someter a la voluntad de todos ellos las decisiones relativas a la hipoteca (cancelación, ejecución, restantes acciones hipotecarias, etc.). En efecto, la agrupación de los acreedores de una compañía en un sindicato, fruto ello de un proceso de refinanciación, crea entre ellos vínculos estrechos y con vocación de permanencia, que requieren compromisos recíprocos que exceden o colisionan con los previstos en los artículos 392 y siguientes del Código Civil. A nuestro juicio, no existe ningún límite institucional (ni siquiera en la comunidad romana) que impida la validez de estos pactos. La inexistencia de cuotas y el régimen de ejecución previstos respecto de la hipoteca flotante en la Escritura de Hipoteca son, además, perfectamente compatibles con la figura de la hipoteca flotante recientemente introducida en nuestro Derecho. No admitir esta posibilidad sería cercenar las posibilidades de desarrollo de la hipoteca flotante (pues gran parte de su atractivo radica en la posibilidad de agrupar bajo un paraguas de garantías común un conjunto de obligaciones diversas sin establecer departamentos estancos de obligaciones y responsabilidad que las distintas obligaciones se beneficien). El régimen de ejecución conjunta se justifica por la especial comunidad que entre los acreedores crea un proceso de refinanciación que aconseja someter a la voluntad de todos ellos una decisión tan relevante (quizás la más relevante de todas) como es la ejecución de la hipoteca. Aún más cuando se trata de activos de especial trascendencia para la viabilidad y desarrollo futuro de la compañía. En relación con las cláusulas de vencimiento anticipado, parte de la consideración de que la nueva redacción del párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria por la Ley 41/2007 ha supuesto un cambio relevante en la calificación del Registrador de las mismas, constriñéndola en los contratos celebrados por las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. Frente a la alegación del Registrador de que los apartados 21.1.6, 21.1.9, 21.1.11 del Segundo Contrato Modificado y Refundido contradicen lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, considera el recurrente que estos supuestos no suponen un desequilibrio de las obligaciones de las partes contratantes ni implican un ejercicio desproporcionado de la facultad resolutoria. La cláusula se justifica porque en un momento de caídas generalizadas de los precios de los inmuebles es absolutamente clave en la refinanciación de una empresa inmobiliaria que los acreedores puedan declarar el vencimiento anticipado del crédito sindicado en el caso que el deudor comprometa severamente su solvencia mediante la venta o pérdida de su patrimonio o se produjera un embargo generalizado de sus activos, o cambiase sustancialmente su negocio o su estructura societaria. A propósito de los argumentos utilizados por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 4 de noviembre de 2011 para denegar el acceso al Registro de las cláusulas que vulneren el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, en el presente caso existe una causa jurídica que justifica y ampara el interés de los acreedores, que, además, no implica una inmisión en la libertad del prestatario de modo injustificado. En relación con la calificación negativa de los apartados 21.1.3, 21.1.7, 21.1.8, 21.1.12, 21.1.13, 21.1.14, 21.1.15 por contravenir el artículo 1129.1º del Código Civil, se considera que no debe olvidarse que el mismo se trata de una norma de carácter dispositivo. Considera evidente que se puede declarar el vencimiento anticipado de un crédito hipotecario en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones esenciales del deudor como falsedad «sustancial» de las declaraciones efectuadas a favor de las entidades acreedoras, sobre las cuales han prestado su consentimiento, a que se refiere la Cláusula 21.1.3; si se incumple la obligación de prestar a favor de los acreedores las garantías reales y personales comprometidas (Cláusula 21.1.13, 21.1.14) o si se incumple sus obligaciones legales de llevanza de la contabilidad de forma que ocasione que su auditor de cuentas emita opinión desfavorable o deniegue dar opinión (Cláusula 21.1.7). Igual posición debe mantenerse respecto al incumplimiento del Plan de Desinversión a que se refiere la Cláusula 20.3.28

del Segundo Contrato Modificado y Refundido que es una pieza clave de la refinanciación (Cláusula 21.1.15). Es uno de los elementos sobre los que se ha pronunciado el experto independiente designado por el Registro Mercantil a los efectos previstos en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal. Respecto de las Cláusulas previstas en el apartado 21.1.9, parece evidente que cualquiera de dichas circunstancias tiene la entidad y gravedad que justifica que el acreedor pueda declarar el vencimiento del plazo y desencadenar la acción hipotecaria.

V

Solicitado informe preceptivo al Notario autorizante, éste lo emite el día 14 de marzo de 2011.

VI

El Registrador emitió informe el día 21 de marzo de 2011 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 392 y siguientes, 1138, 1139, 1149 a 1151, 1255 y 1772 del Código Civil; 2, 12 y 153 bis de la Ley Hipotecaria; Disposición Adicional 4ª de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; 7, 54, 92, 217 y 227 del Reglamento Hipotecario; y Resoluciones de 26 de diciembre de 1946, 5 de abril de 1991, 21 de enero y 12 de junio de 1993, 23 de marzo de 1994, 28 de abril y 23 de julio de 1999, 15 de febrero y 22 de mayo de 2000, 30 de enero y 10 de febrero de 2003, 10 de septiembre de 2009, 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010, y 11 de enero de 2011.

1. Para la mejor comprensión de la cuestión debatida es necesario precisar las características de la operación jurídica formalizada y de la configuración de las obligaciones y garantías pactadas. En tal sentido antecedentes, elementos y características de la operación jurídica documentada en la escritura calificada, con relevancia para la resolución de este recurso, son las siguientes:

1.º En el marco del proceso de refinanciación de la deuda bancaria del grupo «Reyal Urbis, S.A.», en fecha 15 de octubre de 2008 los acreedores (que alcanzan el elevado número de 46) y el deudor suscribieron un acuerdo de financiación sindicada a largo plazo novada y refundida por importe de 3.400.874.276,23 euros, que fue elevado a público mediante escritura de la misma fecha (al que las partes denominan «Primer Contrato Modificado y Refundido»). Este contrato comprendía diversos tramos e instrumentos financieros (acuerdos de reembolso, líneas bilaterales, pagarés, créditos inmobiliarios y sindicados) que quedaron garantizados con diferentes hipotecas inmobiliarias otorgadas en la misma escritura pública. Se trata, pues, de una operación de reestructuración global de la deuda de «Reyal Urbis, S.A.» con el objetivo de permitir su viabilidad a corto y medio plazo.

2.º Los acreedores y el deudor acordaron modificar dicho Primer Contrato con el fin de adaptarlo a las previsiones financieras y de generación de tesorería contenidas en un nuevo plan de negocio del deudor. Con fecha 10 de mayo de 2010 dichas partes suscribieron un «Acuerdo Marco de Refinanciación» y un «Segundo Contrato de Novación Modificativa no Extintiva de ciertos contratos de financiación», en el que además se conceden nuevos tramos de financiación y se adecua el calendario de amortización de los distintos tramos al nuevo plan de negocio 2010-2012 aportado por el deudor. En diversos anexos se incluye una descripción detallada de los diversos instrumentos financieros incluidos en el contrato, con indicación del correspondiente acreditante y su participación, tipo de deuda, importe y datos de la póliza o escritura en virtud de la cual se formalizó.

3.º Todos los acreedores, salvo uno, son entidades financieras en el sentido del artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario. El acreedor que no tiene el carácter de entidad financiera (Prudential Capital PLC) ha quedado excluido de las garantías hipotecarias constituidas.

4.º El acuerdo de refinanciación se sujeta a una condición suspensiva consistente en la incorporación mediante diligencia a la escritura de elevación a público del acuerdo de una copia del informe emitido por el experto independiente designado por el Registro Mercantil de Madrid, en el que tal experto informe sobre la refinanciación y confirme el carácter razonable y realizable del plan de negocio del deudor, conforme exige la Disposición Adicional 4ª de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Dicho informe fue entregado con fecha 14 de mayo de 2010 y así se hace constar por diligencia.

5.º Para garantizar las obligaciones del deudor incluidas en los Tramos B, C, D, E, L1, L2, L4 y L5 previstos en el Segundo Contrato Modificado y Refundido y las que se deriven de los Contratos de Cobertura, se constituye hipoteca inmobiliaria (del mismo rango que la que se constituye simultáneamente para garantizar las obligaciones del Tramo A), hipoteca que presenta los siguientes caracteres:

a) se constituye con el carácter de hipoteca de máximo o flotante a fin de asegurar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones garantizadas antes referidas (no garantiza otras obligaciones que en el pasado, el presente o el futuro puedan existir entre las mismas partes), conforme al artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Dicha hipoteca caducaría automáticamente el día 30 de diciembre de 2017, salvo que con anterioridad se haya iniciado su ejecución;

b) el valor de las fincas hipotecadas en el momento de la constitución del gravamen y la responsabilidad hipotecaria a ellas asignada es inferior al importe total de las obligaciones contraídas y garantizadas;

c) las partes no proceden a dividir o distribuir la responsabilidad hipotecaria asignada en la hipoteca flotante para cada finca entre las diferentes obligaciones «que, en su caso, pudieran distinguirse dentro de las obligaciones garantizadas»;

d) en la cláusula relativa a la responsabilidad hipotecaria se inserta el siguiente pacto sobre la titularidad de la hipoteca: «dado que la hipoteca flotante es de titularidad colectiva y se constituye en beneficio de todos los acreedores, la titularidad del derecho real la mantienen conjuntamente todos y cada uno de ellos con las consecuencias descritas en la Cláusula 8 respecto de su ejecución, sin que, por expreso acuerdo de las partes, se atribuya cuota alguna por entidad. La cancelación de la hipoteca flotante será por tanto siempre colectiva, sin que ningún acreedor pueda, por sí mismo cancelar la hipoteca flotante, sin perjuicio claro está de su libérrima facultad de renunciar a sus derechos en la hipoteca flotante». Por tanto, tanto en el caso de la ejecución como en el de la cancelación de la hipoteca los acreedores han de proceder de forma colectiva;

e) finalmente se designa a uno de los acreedores como Banco Agente con facultades para ejercitar las acciones derivadas de la hipoteca.

El Registrador, en una primera nota de calificación, consideraba, entre otros defectos, que era necesario expresar la cuota o participación o porcentaje indiviso que corresponde a cada una de las entidades acreedoras en los derechos de hipoteca.

Presentado nuevamente el documento junto con otros complementarios que subsanan, entre otros, el defecto alegado en cuanto a la hipoteca en garantía del Tramo A, se reitera el defecto indicado en cuanto a la segunda hipoteca. Considera el Registrador, en su extensa nota de calificación, que aunque se trate de una hipoteca constituida con arreglo al artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria y que no hay ningún obstáculo para el pacto relativo al ejercicio colectivo de la acción hipotecaria, han de aplicarse las reglas generales relativas a toda comunidad, por lo que debe especificarse la cuota correspondiente a cada cotitular de la hipoteca. Para el Registrador en rigor no hay titularidad colectiva sin cuotas, sino ejecución colectiva o unitaria a través del Banco Agente.

El recurrente, por el contrario, sostiene que es plenamente admisible la hipoteca en mano común sin ser necesaria la distribución de cuotas al ser posible al amparo de la libertad de pacto del párrafo segundo del artículo 392 del Código Civil configurar en nuestro Derecho una comunidad germánica de modo convencional.

2. Con independencia de la denominación atribuida a la hipoteca constituida (hipoteca flotante «en mano común»), por las características descritas se desprende que lo pretendido por los contratantes es la configuración de una titularidad activa sobre el derecho real de hipoteca de tipo colectivo, sin distribución de cuotas, con destino unitario, en garantía de un conjunto de créditos independientes pero vinculados entre sí a través de un pacto de sindicación y dotados de un régimen unificado en sus condiciones financieras mediante la correspondiente novación de los contratos primitivos. Se estipula de este modo un destino unitario en cuanto a ejecución y cancelación para lo que se establece un régimen de actuación colectiva, que requiere del acuerdo de todos los coacreedores conforme a las reglas del acuerdo de sindicación de sus créditos. Los pactos se incluyen en un programa de refinanciación paraconcursal de la sociedad deudora con arreglo a un plan de viabilidad, en el que la pérdida de autonomía de cada uno de los acreedores en cuanto al ejercicio de las acciones derivadas de sus derechos de crédito se ve compensada por la no aplicación de la limitación de la cobertura de la responsabilidad hipotecaria de cada obligación en el porcentaje de su cuota en el derecho de hipoteca, de forma tal que todas y cada una de las obligaciones queden «ab initio» garantizadas con el total importe de la responsabilidad hipotecaria.

La cuestión estriba en determinar si todo ello es posible en el marco de nuestra actual legislación civil e hipotecaria, o si por el contrario no es admisible por impedirlo los artículos 392 del Código Civil y 54 del Reglamento Hipotecario, y sus concordantes.

3. Las posiciones doctrinales en torno a la admisibilidad de las distintas formas de organizar la pluralidad de acreedores de un derecho real de hipoteca son divergentes. En unos casos se rechaza la admisión de las hipotecas «en mano común», o sin asignación de cuotas o participaciones indivisas, en todo caso, al margen de la naturaleza de las obligaciones garantizadas, en base al argumento de que en nuestro Derecho no se admiten más comunidades germánicas que las expresamente admitidas legalmente (comunidades hereditarias, sociedad de gananciales, montes vecinales en mano común, etc). En otros se admite dicha figura pero condicionada a que la obligación garantizada sea, a su vez, una obligación en mano común (o mancomunada en sentido estricto, no en el sentido de obligación parciaria), dado el carácter accesorio de la hipoteca respecto de la obligación garantizada. Una tercera postura, admite la constitución de una única hipoteca común y sin distribución de cuotas entre los distintos acreedores, cualquiera sea la naturaleza jurídica de los créditos, pero bajo la condición de que se establezca un régimen común de sindicación de tales obligaciones.

El debate reseñado adquiere todavía mayor complejidad cuando la hipoteca constituida se acoja a la modalidad de hipoteca de máximo, en su variante de hipoteca flotante, al amparo del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, en la que la nota de la accesoriedad, manteniéndose, se debilita por admitirse diversas modalidades que dificultan o impiden el perfecto paralelismo entre la titularidad de las obligaciones y la de la hipoteca.

4. Pues bien, la titularidad plural de los derechos reales queda sujeta en Derecho común, como disciplina básica, al régimen de la comunidad de bienes contenido en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, lo que excluye en principio la admisión de titularidades dominicales solidarias tal como ya tuvo ocasión de señalar la Resolución de 26 de diciembre de 1946. Ello se traduce a efectos registrales en la necesidad de precisar en la inscripción a practicar la cuota o porción ideal de cada titular en el derecho con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente (cfr. artículo 54.1 del Reglamento Hipotecario). El Código ve con disfavor las situaciones de comunidad, considerándolas imperativamente como transitorias (cfr. artículo 400 del Código Civil). La autonomía de la voluntad se constituye empero en elemento básico para su regulación (cfr. artículo 392), y sólo en su defecto se establecen una serie de normas relativas al

disfrute de la cosa común (cfr. artículos 393 y 394); a la administración y disposición (cfr. artículos 396, 397 y 398) y a la división (cfr. artículos 400 y siguientes). Estas normas se refieren, en esencia, al dominio y a los derechos reales de disfrute, lo que no obsta para su aplicación, con matices, a otra clase de derechos reales.

Ahora bien, como este Centro Directivo ha tenido ocasión de señalar, la exigencia impuesta por el artículo 54 del Reglamento Hipotecario, en orden a la determinación de la cuota de cada titular en un proindiviso, debe subordinarse a las especiales características de ciertas comunidades, pues no siempre será imperativa la existencia de aquellas cuotas para la perfecta delimitación del derecho inscrito (cfr. Resolución de 22 de mayo de 2000).

La hipoteca, pese a ser un derecho real, presenta en los supuestos de pluralidad de titulares evidentes singularidades. Es un derecho que no implica contacto posesorio con la cosa y la transitoriedad, esencia de las comunidades relativas al dominio y demás derechos reales de disfrute, con la atribución a cada cotitular en cualquier momento de la acción de división, es ajena a esta clase de comunidad. Por otra parte, la finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación, que puede ser de cualquier clase (cfr. artículos 1861 del Código Civil y 105 de la Ley Hipotecaria), la convierte en accesoria del crédito que garantiza, de suerte que su titularidad será la misma que la de dicho crédito. El carácter parciario, mancomunado o solidario del crédito va a determinar o condicionar la titularidad proindiviso, colectiva o solidaria de la hipoteca que la garantice, siendo la determinación de cuotas inexcusable en el caso de la obligación parciaria pero no en los demás casos (cfr. Resoluciones de 23 de marzo de 1994, 28 de abril de 1999, 15 de febrero de 2000 y 10 de febrero de 2003). Por otra parte, tampoco puede olvidarse que el principio de autonomía de la voluntad puede dar a la organización de una pluralidad de titulares del crédito unas características diferentes. No hay ningún obstáculo para que, por ejemplo, pueda convencionalmente atribuirse a una obligación el carácter de indivisible (cfr. Resolución de 23 de julio de 1999); o que, como veremos, una pluralidad de acreedores puedan establecer pactos y limitaciones conjuntos que condicionen el desenvolvimiento natural de obligaciones que en principio sean independientes, con consecuencias en el propio derecho real de hipoteca, a las que no se puede sustraer dado su ya citado carácter accesorio.

Esta singular cotitularidad también puede determinar especialidades en el ejercicio de la acción hipotecaria. Tres son las formas que puede presentar dicho ejercicio: la actuación aislada y unilateral de cada acreedor, de cada cotitular, que inevitablemente exige como presupuesto la previa determinación de cuotas (vid. en este sentido el artículo 227 del Reglamento Hipotecario); la aislada de cualquier acreedor vinculando a los demás, que nos llevará a la cotitularidad solidaria; y, por último, la actuación conjunta de todos los acreedores, en caso de que se trate de una obligación indivisible por pacto expreso entre las partes.

5. En este caso concreto, el problema que se ha de dilucidar es si resulta o no necesaria la atribución de cuotas en una hipoteca constituida con arreglo al artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria a favor de una pluralidad de acreedores en garantía de una pluralidad de obligaciones que se recogen en un acuerdo de refinanciación, cuando se ha pactado el necesario ejercicio colectivo de la acción hipotecaria. Dos son las cuestiones que hay que plantear con carácter previo: en primer lugar la naturaleza jurídica del acuerdo de refinanciación; y en segundo lugar, la aplicación de la accesoriedad, o no, de la hipoteca constituida con arreglo al artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria.

Con relación a la primera cuestión, el acuerdo de refinanciación no es el mero reflejo de una pluralidad de obligaciones independientes; es un negocio jurídico que responde a un propósito unitario consistente en organizar jurídicamente esa pluralidad con un nexo causal común: facilitar el saneamiento financiero del deudor y evitar la declaración de concurso. Si bien en el mismo acuerdo se establece que la posición contractual de cada uno de los acreditantes tiene carácter mancomunado, siendo enteramente independientes sus derechos y obligaciones (apartado 6.1.1 del Acuerdo), no obstante se establece igualmente un tejido de obligaciones accesorias y adicionales que unifican el régimen jurídico de las obligaciones principales: normas comunes relativas a intereses, ordinarios

y de demora, amortización anticipada, imputación de cantidades, resolución anticipada, cesión de las obligaciones, etc; y se crea la figura del Agente y del Agente de Garantías que van a facilitar las relaciones con el deudor, la comunicación entre acreedores y el posible ejercicio de las acciones. Esta última figura es esencial para el desenvolvimiento de las garantías pactadas (apartados 30 y siguientes del Acuerdo), configurándose el mandato conferido con carácter irrevocable (apartado 30.7 del Acuerdo) y permitiendo que sólo él pueda promover la ejecución de las garantías prestadas (apartado 30.8 del Acuerdo). A los acuerdos de refinanciación se refiere hoy la Disposición Adicional cuarta de la Ley Concursal al señalar que «A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo». Por tanto, la novación de las obligaciones que se integran en el acuerdo de refinanciación, sin perder su individualidad, pues expresamente se excluye su extinción, comporta una novación modificativa conjunta que les atribuye un nexo causal común, en atención de su común finalidad de reestructuración financiera, lo que unido al acuerdo paralelo de sindicación, a que después nos referiremos, dota al conjunto de los créditos así vinculados de una fuerte singularidad en cuanto a la configuración y naturaleza de su titularidad activa, con un relevante componente colectivo.

En relación con la segunda cuestión, hay que comenzar recordando que diversas pueden ser las causas para que la hipoteca sea flotante: que se trate de obligaciones totalmente futuras, sólo identificadas de manera somera (mediante los concretos datos exigidos por el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria); que se trate de una pluralidad de obligaciones en parte presentes, en parte futuras; o, simplemente, que se trate de una pluralidad de obligaciones que sin perder su individualidad la suma de toda ellas exceda de la respectiva cobertura hipotecaria, no sabiéndose por anticipado cuales son las obligaciones que van a quedar garantizadas en su fase de ejecución y cuales no. En todos estos casos si bien se ha modalizado el dogma de la accesoriedad de la hipoteca respecto de la obligación garantizada, el mismo subsiste, de manera que en ningún caso será admisible la transmisión independiente de la hipoteca, y la misma subsistirá en tanto subsista cualquiera de las obligaciones garantizadas.

6. En relación con la hipoteca constituida debe analizarse si es o no necesario la expresión de las cuotas. Debe destacarse la complejidad del problema planteado por una parte, como ha destacado nuestra doctrina, las categorías de parciaridad, mancomunidad y solidaridad en que comúnmente se clasifican las obligaciones en los supuestos de pluralidad de acreedores o deudores, no excluyen la posibilidad de que los contratantes organicen esa pluralidad de modo diferente, especialmente cuando la pluralidad afecte a obligaciones y acreedores. Admitida esa autorregulación en el plano obligacional, tampoco existe ningún obstáculo para que la misma se extienda, en la medida exigida por su carácter accesorio, al derecho real de hipoteca. Al principio de libertad de pacto del artículo 392 del Código Civil se une la doctrina del «numerus apertus». Conforme a esta doctrina ningún obstáculo puede existir acerca de la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales con arreglo a los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario; pero tampoco puede existir ningún obstáculo para que la autonomía de la voluntad pueda adaptar los derechos ya tipificados a las exigencias de la realidad económica y social siempre y cuando se respeten las características estructurales típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado. Y eso es lo que ocurre en el presente caso en el que dada la especial situación en que se encuentra el deudor y la insuficiencia de su patrimonio para garantizar todas sus obligaciones, ha llegado a un pacto junto a sus acreedores, vinculante para

todos ellos, que articula el desenvolvimiento de sus obligaciones principales y accesorias, determinando el modo y orden en que han de ser satisfechas las mismas y excluye el ejercicio aislado de las garantías pactadas.

Como ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 21 de diciembre de 2007), en nuestro Ordenamiento el propietario puede disponer de sus bienes, y, por ende, constituir gravámenes sobre ellos, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (artículo 348 del Código Civil). No sólo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. artículos 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto (cfr. artículos 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria) sujetarlos a condición, término o modo. Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia «erga omnes» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, y 4 de marzo de 1993).

Estos límites alcanzan especial significación en relación con la hipoteca, pues se imponen en defensa del deudor y en aras de la facilidad de tráfico jurídico inmobiliario, del crédito territorial y, en definitiva, del orden público económico. Ahora bien, precisamente el principio de especialidad que impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (cfr. artículos 9.2 de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario), es el que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado (cfr. artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1857 del Código Civil), exige, como regla general, la precisa determinación de la obligación a la que sirve. Y por ello, como han declarado las Resoluciones de 15 de febrero de 2000 y 10 de febrero de 2003, al ser la hipoteca accesorio del crédito que garantiza, «su titularidad será la misma que la del crédito. Y si en el ámbito de éstos la pluralidad de elementos personales puede traducirse en varias posibilidades, una de las cuales es la solidaridad, el mismo carácter tendrá la titularidad de la hipoteca que lo garantice y como tal habrá de inscribirse haciéndose constar esa solidaridad, en lugar de la determinación de las cuotas». Estas Resoluciones no limitan la exclusión de la necesidad de las cuotas, como entiende el Registrador, al sólo caso de las hipotecas en garantía de obligaciones solidarias, sino que con carácter general sienta la doctrina de que la titularidad de la hipoteca queda condicionada y mimetiza la titularidad activa de las obligaciones en cuya seguridad se constituye, obligaciones que en el caso de tales Resoluciones eran solidarias. Por tanto, de tal doctrina se desprende que la fijación de las cuotas en la titularidad hipotecaria no será exigible cuando resulten incompatibles con la modalidad concreta en que se haya organizado en cada caso la situación de pluralidad de acreedores en la titularidad activa de los créditos.

La regla general de fijación de cuotas puede verse excluida no sólo por razón de la naturaleza de la obligación garantizada, sino también por el carácter del derecho hipotecado. Como dijo la Resolución de 17 de marzo de 1996, en un caso de fideicomiso condicional, no se produce perjuicio alguno al tráfico jurídico ni infracción al artículo 54 del Reglamento Hipotecario, que al establecer la regla general de fijación de cuotas «sólo puede imponer una determinación con datos matemáticos en los supuestos en que lo admite la naturaleza misma del derecho que se hipoteca». Solución que, estando más justificada por razón de su accesoriedad en el caso del derecho real de hipoteca, no es exclusiva del mismo, como lo demuestra el caso de la Resolución de 25 de mayo de 2000 relativo a un derecho de usufructo vitalicio a favor de tres personas con carácter simultáneo y sucesivo, que por su propia naturaleza resulta incompatible con una designación de cuotas que no se corresponden con la configuración variable de la titularidad constituida.

7. Pero, además, profundizando en la perspectiva de las obligaciones garantizadas, hay que destacar que las modalidades de organización de la titularidad activa de los derechos de crédito en cuanto a las formas de organizar jurídicamente las situaciones de pluralidad de titulares o acreedores no constituyen un catálogo cerrado o «*numerus clausus*», admitiéndose otras distintas de las tipificadas legalmente. Además de los créditos solidarios, parciarios y mancomunados o en mano común, modalidades que podemos denominar ya clásicas, han ido apareciendo modernamente, a impulsos de las necesidades económicas del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, otras modalidades de créditos con pluralidad de acreedores que presentando alguna nota común con las categorías anteriores, no se identifican en rigor con ninguna de ellas, dando lugar a categorías mixtas o híbridas. Este es el caso de los denominados «créditos sindicados» surgidos en la moderna práctica bancaria con el objeto de estructurar jurídicamente operaciones financieras de gran volumen, bien para diluir o distribuir el riesgo a ellas inherentes entre varias entidades de crédito, cuando se trata de concesión de nuevo crédito que por su alcance rebasa el que prudencialmente pueden asumir cada una de ellas, bien para coordinar su actuación en situaciones de insolvencia provisional del deudor común, es decir, en situaciones de reestructuración financiera del deudor tendentes a evitar su declaración de concurso de acreedores.

Además este último caso, que suele ir asociado a un contrato de novación modificativa de los créditos preexistentes de los distintos acreedores con arreglo a los criterios de un plan de viabilidad previo, es precisamente el que ha dado lugar a la operación formalizada en la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso. En estas situaciones cuando se acuerda la sindicación de los distintos créditos se produce una organización jurídica de las titularidades del conjunto de los acreedores que, aún conservando su individualidad, les dota de una dimensión colectiva. Así, si bien generalmente se considera que cada una de las entidades acreedoras es titular de créditos distintos o separados, sin embargo en virtud de la sindicación pierden las facultades de ejercicio singular de los mismos, es decir, pierden su independencia funcional. En tales situaciones no hay solidaridad activa entre los acreedores (cfr. artículos 1137 «*in fine*» y 1141 del Código Civil), pero se canaliza el poder de actuación en uno sólo de los acreedores en calidad de «Agente» de la operación, no ya por razón del contenido intrínseco de su derecho de crédito, sino en virtud de un mandato representativo irrevocable, como instrumento necesario para el desenvolvimiento de la operación subyacente de sindicación de los distintos créditos. Tampoco son parciarios los créditos en este caso, lo que implicaría que los mismos no sólo conservarían su individualidad sino también su independencia funcional permitiendo que los acreedores actuaran individualmente, de forma autónoma, con perjuicio del resto de acreedores, situación que se quiere evitar en tales casos a fin de coordinar las actuaciones frente al deudor (cfr. artículos 1137 y 1138 del Código Civil). Pero tampoco se llega en el caso de los créditos sindicados a configurar una estricta mancomunidad o titularidad colectiva y en mano común, que requeriría que las facultades de ejercicio del crédito fuesen acordadas por la unanimidad de todos los partícipes, sistema excesivamente rígido que puede convenir en algunos casos o actuaciones, pero no en otros, en que se podría traducir en un excesivo o abusivo derecho de veto a favor de cada cotitular.

En las situaciones de crédito sindicado se trata de favorecer la gestión de la concurrencia de la pluralidad de créditos a través de la citada figura del Banco Agente que, entre otras funciones, canaliza las relaciones externas entre el conjunto de los acreedores, que actúan unitariamente como sindicato, y el deudor. Para regular las relaciones internas o «*ad intra*» entre los miembros del sindicato o acreedores sindicados el contrato de sindicación (mediante la novación modificativa de los distintos contratos de crédito y demás operaciones financieras existentes entre los acreedores y el deudor común) prevé un conjunto de reglas que disciplinan el régimen de gestión, administración y disposición de los derechos de crédito adaptadas a las circunstancias de cada caso, y que pueden requerir el acuerdo unánime de todos los copartícipes o bien el acuerdo por mayoría, simple o reforzada, o permitir el ejercicio separado de alguna de las facultades

del crédito o aplicar una combinación de tales criterios en función de la materia concreta de que se trate, como sucede en el caso del presente recurso (así, v.gr. la ejecución y la cancelación de la hipoteca requiere actuación conjunta de la unanimidad de los acreedores, la modificación de las condiciones financieras de los créditos sindicados requiere la simple mayoría, pero la cesión a tercero del crédito o más rigurosamente de la estricta posición contractual de cada acreedor puede realizarla cada partícipe separadamente).

Esta figura de los créditos sindicados (modalidad de contratos coligados) hoy está reconocida por la doctrina más autorizada, y también por la jurisprudencia. Así la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 20 de enero de 2004, explica tal figura distinguiendo entre el régimen de solidaridad activa –pactado en el caso concreto a que se refería dicha Sentencia– para la exigencia del crédito (proposición final del artículo 1137 del Código Civil) en el plano externo, de un lado, y, de otro, la especial regulación de la relación interna existente entre las entidades acreedoras a pesar de la heterogeneidad de sus créditos, regulación perfectamente posible tal como nos muestra el artículo 1140 del Código Civil, y que se encarna en la preeminencia dada a una de tales acreedoras al atribuirle el cargo o función de entidad agente del crédito y en la preferencia de cobro otorgada a alguno de los acreedores para hacer propias, hasta cierta cifra, las cantidades que se obtengan en caso de realización de la finca hipotecada.

A la admisión de la hipoteca constituida de forma unitaria sin división de cuotas en garantía de créditos sindicados en los términos señalados no puede oponerse ni la supuesta indeterminación que pueda producir en los casos de tráfico jurídico sobre el derecho de cada acreedor, como en los supuestos de cesión o embargo de su derecho, ni tampoco en caso de ejecución meramente parcial de la hipoteca en relación con alguno de tales créditos garantizados. En cuanto al primer aspecto, porque lo cedido o embargado será en cada caso la concreta posición contractual del acreedor cedente o embargado, con el conjunto de sus derechos y obligaciones (estas últimas fundamentalmente en relación con el resto de coacreedores, sin perjuicio de las que ostente respecto del deudor por razón de contratos de los que surjan obligaciones bilaterales), posición contractual concreta que quedará reflejada en el Registro también a través de los pactos de sindicación. Pero tampoco hay indeterminación en los casos de ejecución meramente parcial, ejecución posible en tanto no se opongan a ello los acuerdos de sindicación (incluyendo el consentimiento de los coacreedores), ya que en caso de ejecución de la hipoteca respecto de alguna de las obligaciones lo importante es que quede claramente determinada la cuantía por la que queda vigente la hipoteca en relación con el resto de obligaciones, con arreglo a la regla general en materia de pluralidad de créditos garantizados (regla deducida de las normas establecidas en los artículos 154, 155 y 157 de la Ley Hipotecaria), que no es otra que la de la subsistencia de la hipoteca en relación con las obligaciones que no han ido a la ejecución, subsistencia que se extiende al mantenimiento del rango que le correspondía antes de la ejecución parcial de la misma (cfr. artículo 227 del Reglamento Hipotecario). Y si bien es cierto que tales ejecuciones parciales pueden resultar problemáticas, desde el punto de vista del principio de determinación y sus exigencias de certeza en el tráfico jurídico (empezando por la necesidad de conocer cual es la responsabilidad hipotecaria en que se subroga el rematante), en los casos en que la suma de las obligaciones garantizadas excede de la total responsabilidad hipotecaria de las fincas gravadas -como el que es objeto de este recurso-, no es menos cierto que en este caso tal dificultad aparece salvada por el pacto expreso según el cual se acuerda que la cantidad que habrá de sustraerse a la cifra de responsabilidad hipotecaria en caso de ejecución parcial es la cantidad de la deuda por la que se insta la ejecución.

8. El criterio expuesto viene avalado también por la similitud que puede apreciarse con los supuestos analizados por este Centro Directivo en sus Resoluciones de 30 de enero de 2003 y de 10 de septiembre de 2009, relativas a supuestos de cesiones en pago o adjudicaciones judiciales acordadas en procedimientos de quiebra (anteriores a la actual Ley Concursal de 2003) en que la inscripción se admitió que pudiese practicarse a

favor de la pluralidad de acreedores integrados en el sindicato de acreedores de la quiebra, sin distribución de cuotas a pesar de la falta de personalidad jurídica de dicho sindicato. Así, de la Resolución de 10 de septiembre de 2009 resulta que las reglas generales sobre determinación del titular registral no impiden la inscripción a favor de una pluralidad de titulares sin distribución de cuotas cuando su titularidad ostente el carácter de «en mano común», siempre que dicha titularidad colectiva esté articulada a través de un órgano legitimado para el ejercicio de los derechos correspondientes en nombre de los titulares, y que la comunidad formada por los cotitulares esté plenamente articulada para su funcionamiento (de forma análoga con lo que sucede en el caso ahora analizado a través de la figura del Banco Agente, como órgano de legitimación colectivo, y del pacto de sindicación, como norma de organización funcional).

Y si ello es posible incluso cuando tales titulares estén identificados sólo de forma mediata por referencia al expediente de quiebra (como se admitió en aquellas Resoluciones), también lo ha de ser en caso de que tales titulares (aquí los acreedores hipotecarios) estén plena y perfectamente identificados en el propio título de constitución. Ciertamente que las Resoluciones citadas admiten tales inscripciones con el carácter de inscripciones transitorias, de mero puente, pero no es menos cierto que el asiento de inscripción una vez practicado no está sujeto a plazo alguno de caducidad, y que la nota de transitoriedad no es tampoco ajena al tipo de comunidad formada en este caso por los coacreedores sobre el derecho de hipoteca, pues ésta está vinculada a una operación de refinanciación necesariamente ligada a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo y, por tanto, delimitado temporalmente por el calendario fijado en dicho plan (cfr. Disposición Adicional Cuarta número 1 de la Ley Concursal). En este sentido resulta significativo que, como se ha indicado anteriormente, las partes acuerdan que el período de duración de la hipoteca flotante (de la propia hipoteca, no de las obligaciones garantizadas) será hasta el día 30 de diciembre de 2017, a partir de la cual la hipoteca caducará automáticamente. No se debe olvidar que estos acuerdos de refinanciación, a los que se trata de privilegiar mediante su exclusión de las acciones de rescisión por perjuicio a la masa activa del concurso, lo que persiguen es precisamente evitar la apertura del propio concurso.

Otro supuesto análogo en el ámbito estricto de las hipotecas es el relativo a las que se constituyen en aseguramiento de emisiones de obligaciones a favor de una pluralidad de titulares, sin especificación de cuotas en la titularidad de la hipoteca, cuando su ejecución se prevea con carácter colectivo a través del sindicato de obligacionistas (cfr. artículos 154, 155 y 156 de la Ley Hipotecaria, y 419 y 429 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio).

A todos los argumentos anteriores no debe dejar de sumarse el importante dato de que, aunque de incorporación muy reciente en la práctica negocial, la figura de la denominada, quizás impropriamente, hipoteca «en mano común» sin cuotas como la ahora examinada, ha sido ya ampliamente aceptada en la práctica registral, de forma paralela a la acomodación de su formulación concreta a las exigencias de nuestro sistema registral, entre las que, sin embargo, no se encuentra la distribución de cuotas o participaciones indivisas en la determinación de la titularidad de la hipoteca.

Todo ello justifica de modo claro la no necesidad de expresión de cuotas en la comunidad especial constituida en el derecho de hipoteca a que se refiere la calificación recurrida.

9. Por lo que se refiere a los pactos y apartados de la escritura que el Registrador considera no inscribibles, y antes de entrar en su examen concreto, debe con carácter previo señalarse que la calificación registral impugnada se ha emitido vigente la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que dio nueva redacción al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según el cual: «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 responsabilidad hipotecaria identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las

entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

El contenido del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, tal y como aparece configurado tras su última reforma, ha suscitado un vivo debate en torno a su significado y alcance, como consecuencia de las dudas interpretativas que plantea su tenor literal. Dichas dudas han sido resueltas por este Centro Directivo en sus Resoluciones de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011, cuyo cuerpo de doctrina en relación con el alcance y eficacia de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, resulta aplicable a este caso y, en aras a la brevedad, se dan por reproducidas.

10. Entrando ya en el análisis concreto de las cláusulas que el Registrador excluye de la inscripción por las razones que expresa en su nota de calificación, deben examinarse, en primer lugar, las que, agrupadas bajo el concepto de obligaciones del hipotecante, se refieren a « el apartado b), c) y d) de la cláusula 5ª y la totalidad de la cláusula 7ª por ser de carácter obligacional, y los apartados g) y h) de la cláusula 5ª por ser contrarios a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria.»

El apartado b) de la cláusula 5ª se refiere al supuesto en que los acreedores satisfagan las primas del seguro de los bienes hipotecados; en este supuesto las cantidades abonadas devengarán intereses de demora e indicando a continuación: «Tales cantidades e intereses se entenderán incluidos en los gastos cubiertos por las hipotecas (...)».

Dicho apartado además de referirse a gastos de naturaleza financiera (vid apartados 4º y 5º del Anexo II de la Orden ministerial de 5 de mayo de 1994), y por tanto de necesaria constancia registral conforme a lo dispuesto en el artículo 12.2 de la Ley Hipotecaria, están expresamente garantizados con la hipoteca dentro del apartado gastos de la cifra de responsabilidad hipotecaria fijada, por lo que no puede negarse su trascendencia real, debiendo revocarse en tal extremo la calificación del Registrador.

El apartado c) de la misma cláusula, se refiere a la obligación de otorgar las oportunas escrituras públicas para dejar constancia de las edificaciones de las fincas. Dicho pacto, tal y como está redactado, en la medida que no tiene naturaleza financiera ni su incumplimiento determina el vencimiento anticipado de la hipoteca es ajeno a la obligación garantizada con la hipoteca y, por tanto, no susceptible de inscripción de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria y 9 y 51 del Reglamento Hipotecario.

Por su parte el apartado d) de dicha cláusula 5ª establece la obligación de conservar las fincas haciendo las reparaciones necesarias, obligándose a poner en conocimiento del Agente cualquier menoscabo que sufra la finca hipotecada, estableciendo la posible comprobación del estado de la finca e inspección de la misma por parte del Agente.

Es cierto que el pacto que ahora se examina no puede considerarse que tenga carácter accesorio de la obligación garantizada pues está íntimamente relacionado con la conservación del bien garantizado y de su valor, y en tal sentido es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 3 de abril de 2000 y 22 de marzo 2001).

Pero en el caso que ahora se examina dicha obligación de mantenimiento y conservación de la garantía hipotecaria, al no ser objeto de garantía específica o su incumplimiento presupuesto del vencimiento anticipado de la obligación, debe ser considerado meramente obligacional y como tal no inscribible conforme a la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 y 22 de julio de 1996, 28, 29 y 30 de enero y 2 de febrero de 1998, 14 de marzo, 12, 13, 14, 16 y 17 de junio, y 4, 5, 6, 7, 10, 11, 12 y 20 de julio de 2000 y 22 de marzo de 2001). Debe aceptarse por tanto en este punto la calificación del Registrador.

Por último la cláusula séptima de la escritura si bien se refiere a manifestaciones y obligaciones adicionales del hipotecante dada su íntima conexión con las causas de vencimiento anticipado establecidas en los apartados 20.3.28 y 20.3.30 del «Segundo

Contrato Modificado», y al no haberse opuesto objeción en cuanto a la inscripción de éstas, deben considerarse susceptibles de inscripción.

En cuanto a los apartados g) y h) de la cláusula 5ª, que el Registrador considera contrarios a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, al establecer como obligaciones del hipotecante respecto a las fincas hipotecadas, las siguientes: «g) No enajenar, ceder, gravar, ni traspasar, total o parcialmente, las Fincas, salvo cuando tales actos estuviesen permitidos de acuerdo con el Segundo Contrato Modificado y Refundido»; h) No celebrar, sin el consentimiento previo del Agente (que deberá actuar siguiendo el régimen de mayorías pactado en el Segundo Contrato Modificado y Refundido), contratos de arrendamiento, subarrendamiento, cesión temporal de espacio u otros de significación económica semejante respecto de las Fincas en condiciones, plazos y precios más onerosos para el propietario de los que se celebrarían en el mercado entre partes independientes. A estos efectos, el hipotecante notificará al Agente las condiciones de cualquier contrato de arrendamiento que pretenda celebrar en tales condiciones con al menos seis días hábiles de antecedencia», hay que señalar que, en efecto, estos pactos infringen normas imperativas como los artículos 27 y 107 número 3 de la Ley Hipotecaria y son contrarios al principio de libertad de contratación, a la libre circulación, uso y destino de los bienes y al crédito territorial como ha sostenido reiteradamente este Centro Directivo, entre otras, en las Resoluciones de 27 de enero de 1986 y de 8 de noviembre de 1993.

Estos mismos criterios los ha confirmado el Tribunal Supremo (Sala Primera) en su Sentencia de 16 de diciembre de 2009. En concreto:

a) En cuanto a las limitaciones de la facultad dispositiva del hipotecante (prohibición de vender o disponer de cualquier otro modo salvo previo consentimiento por escrito del acreditante), la citada Sentencia señala que «En nuestro ordenamiento jurídico no cabe establecer, salvo cuando se trata de negocios jurídicos a título gratuito y aún así limitadas en el tiempo, prohibiciones convencionales de enajenar los bienes. Otra cosa son las obligaciones de no disponer, que no tienen transcendencia real, y solo contenido meramente obligacional, que, según las circunstancias, pueden ser aceptadas y producir determinados efectos (obligacionales)», por lo que entiende que «no cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar».

b) En cuanto a la prohibición absoluta de arrendar, afirma de forma concluyente la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 que «el acreedor hipotecario no puede pretender del hipotecante, y menos todavía imponerle, el compromiso de no arrendar la finca hipotecada, cualquiera que sea la consecuencia que pudiera acarrear la violación de la estipulación, de la misma manera que no caben las prohibiciones de disponer convencionales en los actos a título oneroso (art. 27 LH). La cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible sino que no es válida. El hipotecante, por lo tanto, puede arrendar libremente la finca hipotecada, siquiera los arrendamientos posteriores a la hipoteca (tema que es el que aquí interesa), aparte de la sujeción a lo dispuesto en los artículos 661, 675 y 681 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedan sometidos al principio de purga por lo que no afectan a la hipoteca –realización de la finca hipotecada–».

Es cierto que la doctrina de este Centro Directivo ha venido admitiendo diversas cláusulas relacionadas con el tema. En este sentido se pueden citar las Resoluciones de 28 de enero de 1998 y de 22 de marzo de 2001. Así la primera de ellas se afirma que «Resulta admisible que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización o, aunque la contengan, en caso de que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta». Pero, esta admisibilidad, como ha explicado certeramente la reseñada

Sentencia de 16 de diciembre de 2009, se justifica por el hecho de que «el artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, se garantiza al arrendatario de vivienda el derecho a permanecer en la vivienda arrendada durante los primeros cinco años del contrato en el caso (entre otros) de enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial. La consecuencia de la norma anterior es que, al no operar el principio de purga en la realización forzosa, el eventual adjudicatario o rematante tiene que soportar el arrendamiento durante un plazo. Ello, a su vez, acarrea un perjuicio para el acreedor hipotecario al reducirse los licitadores y las posturas, resultando completamente razonable imaginar que se produzca un inferior precio del remate en los casos en que no estando libre la finca los licitadores conocen el arrendamiento no purgable del inmueble que se ejecuta».

Por el contrario, cuando no se produce este elemento habilitante, esto es, cuando el efecto del vencimiento anticipado del préstamo no se restringe a los arrendamientos exentos del principio de purga de las cargas posteriores, entonces las cláusulas que imponen tal vencimiento son nulas por infringir el artículo 27 de la Ley Hipotecaria. Por ello, la citada Sentencia de 16 de diciembre de 2009 concluye que «las cláusulas que someten a limitaciones la facultad de arrendar la finca hipotecada se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda ex art. 13 LAU de 1994», declarando abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado que «no limitan su aplicación a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (art. 13 LAU), siendo por lo demás exigible que, en su caso, las cláusulas que se redacten concreten el baremo –coeficiente– que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticio puede ocasionar». Debe confirmarse por tanto la nota de calificación en estos extremos.

11. En relación con las causas de vencimiento anticipado contenidas en la cláusula 21, rechaza el Registrador la inscripción de los apartados 21.1.6, 21.1.9, 21.1.10 y 21.1.11 porque van en contra de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria; de los apartados 21.1.3, 21.1.7, 21.1.8, 21.1.12, 21.1.13, 21.1.14 y 21.1.15 porque no son conformes con el artículo 1129.1 del Código Civil y el apartado 21.1.5 porque no es conforme al artículo 61.3 de la Ley Concursal.

Comenzando por el primer grupo, tienen la siguiente redacción: «21.1.6 Embargo. Si se inicia contra cualquier Obligado un procedimiento administrativo o judicial que lleve aparejado embargo o ejecución de bienes por un importe, individual o conjunto, superior a diez millones (10.000.000) de euros; 21.1.9 Cambio Material Adverso. Si a juicio de la Mayoría de los Acreditantes, se produce un Cambio Material Adverso; 21.1.10 Cese o cambio de negocio o de objeto social. Si Reyal Urbis o cualquiera de los Obligados suspende, cesa o anuncia la suspensión o cese de su negocio principal o lo modifica sustancialmente o acuerda su disolución o liquidación en circunstancias distintas a las permitidas en la Estipulación 20.3.18; 21.1.11 Modificaciones societaria. Si cualquiera de los Obligados inicia algún procedimiento dirigido a su disolución, liquidación, escisión, fusión, absorción o transformación en circunstancias distintas a las autorizadas en la estipulación 20.3.18»

La cláusula 21.1.6 se refiere a la «iniciación» de cualquier procedimiento que lleve aparejado embargo o ejecución de los bienes. Ahora bien, como ha puesto de manifiesto la Sentencia citada del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 en su Fundamento undécimo, «ello supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, no se trata de excluir que la Entidad Financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional –predisponerte– para ejercitar la facultad resolutoria contractual. Por ello, la cláusula tal y como está redactada produce un manifiesto desequilibrio contractual, y resulta ilícita por abusiva.»

Aparte de que tal pacto es ajeno al crédito garantizado y su efectividad no disminuye la garantía real y la preferencia de la hipoteca y, desde este punto de vista es contrario a lo dispuesto en los artículos los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria.

Por los mismos motivos indicados debe rechazarse la inscripción del apartado 9 de la cláusula 21.1 relativa al «cambio material adverso».

En cuanto a los apartados 21.1.10 y 21.1.11, hay que señalar que la doctrina jurisprudencial más reciente (cfr. Sentencias de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008) sólo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado «cuando concorra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes». Considera la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 que resulta desproporcionado atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, «pues sólo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesorio, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida».

Concluye el Tribunal señalando que «de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio», lo que supondría «atribuir a la Entidad Financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías».

Y no puede decirse que los pactos contemplados en dichos apartados tengan una relevancia especial en relación con la obligación garantizada, pues aparte de su carácter genérico e indeterminado, su incumplimiento no desvirtúa la garantía real ni la preferencia de la hipoteca, y atribuyen, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, «a la Entidad Financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada», limitando los principios de libertad de empresa, contratación y tráfico mercantil directamente relacionados con el principio de libertad de contratación que preside el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, y de raigambre constitucional (cfr. artículo 38 de la Constitución), por lo que procede en este punto confirmar la calificación del Registrador.

Los apartados 21.1.3, 21.1.7, 21.1.8, 21.1.12, 21.1.13, 21.1.14 y 21.1.15 que se deniegan por no ser conformes al artículo 1129 del Código Civil tienen la siguiente redacción: «21.1.3 Falsedad de declaraciones. La falsedad sustancial en las declaraciones efectuadas por los Obligados con base en los cuales las Entidades Financiadoras han otorgado este Contrato (incluyendo, en particular, las contenidas en la Estipulación 18 de este Contrato), así como de las declaraciones que en lo sucesivo realicen los Obligados de acuerdo con lo previsto en los Documentos de la Financiación. Esta causa de resolución podrá ser subsanada, en caso de ser susceptible de subsanación, dentro de los (15) días hábiles siguientes a aquella fecha en la que el Obligado afectado tuviera o hubiera debido tener (actuando con la diligencia debida) conocimiento de su producción); 21.1.7 Auditoría. Si en los informes de auditoría correspondientes a los Estados Financieros Anuales Individuales de los Obligados o los Estados Financieros Anuales Consolidados Auditados la opinión de los Auditores, emitida conforme a los principios contables generalmente aceptados en España, es calificada como opinión desfavorable u opinión denegada; 21.1.8 Invalidez sobrevenida. Sujeto a las correspondientes Reservas Legales, si cualquiera de las Garantías o cualquiera de las obligaciones de los obligados derivadas de cualquiera de los Documentos de financiación resulta no ser legal, válida y vinculantes; 21.1.12 No restitución de ratios. Si no se produjera la recuperación de los niveles previstos para los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2013 para cada uno de los ratios indicados en la Estipulación 20.2 anterior en el plazo de (1) mes desde que se acreditó el descenso por debajo de los niveles permitidos; 21.1.13 Incumplimiento de la obligación de adhesión de garantes. Si se incumpliese la obligación de adhesión de Garantes establecida en la estipulación 20.3.9 anterior o la obligación de constitución de hipotecas establecidas en la Estipulación 20.3.31; 21.1.14 Incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Estipulación 20.3.28. Si se incumpliese por el Acreditado la obligación contenida en la Estipulación 20.3.28 en relación con la obligación de constitución e inscripción de hipotecas en los plazos ahí señalados; 21.1.15

Incumplimiento del Plan de Desinversión. (i) Si el acreditado incumpliese con cualquiera de las obligaciones previstas en la Estipulación 20.3.28. (ii) Impedir el normal trabajo del Experto Inmobiliario, o cesar los Mandatos de Venta sin sustituirlos por otros satisfactorios para las Entidades Financieras, así como el incumplimiento por parte del Experto Inmobiliario de su obligación de enviar la información a las Entidades Financiadoras, sin que este incumplimiento sea subsanado por Reyal Urbis (tras la recepción del correspondiente requerimiento del Agente) enviando dicha información directamente a las Entidades Financiadoras. (iii) No se considerará causa de resolución anticipada del presente Contrato si la diferencia entre el importe obtenido por las Enajenaciones de Activos Afectos con anterioridad a la correspondiente fecha de amortización ordinaria del Tramo Puente (de acuerdo con lo establecido en la Estipulación 13.4) es igual o inferior al diez por ciento (10 %) del Importe Dispuesto del Tramo Puente que, de conformidad con dicha Estipulación, deba ser objeto de amortización ordinaria en tal fecha».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2008 consideró que el artículo 1129 del Código Civil es una norma dispositiva. Ello no significa que el incumplimiento de cualquier obligación pueda determinar el vencimiento de la obligación principal. El Fundamento de Derecho vigésimo de la Sentencia de 12 diciembre de 2009 establece que es desproporcionada aquella cláusula que atribuye carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, teniendo que examinarse en cada caso particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida. Y es doctrina legal reiterada (vid. Sentencias de 9 de marzo de 2001, y 4 de julio y 12 de diciembre de 2008), que solo son válidas las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes.

Las causas de vencimiento anticipado contenidas en los apartados citados anteriormente responden a un conjunto heterogéneo de obligaciones a cargo de la parte prestataria que han sido consideradas como no inscribibles por el Registrador por entenderlas contrarias al artículo 1129.1 del Código Civil. En la calificación no se cuestiona de forma directa y expresa su falta de transcendencia real, o su mayor o menor relevancia en relación con el crédito garantizado, o su vinculación a comportamientos ajenos a la voluntad del deudor, o el carácter de facultad discrecional y desproporcionada, ni la necesidad de prever o no la posibilidad para el prestatario de la constitución de nuevas garantías que puedan atenuar el riesgo de disminución de las pactadas, ni la supeditación del vencimiento anticipado a actos u omisiones contrarios a los principios de libertad de contratación y de empresa que, con arreglo a la jurisprudencia antes reseñada justificarían en su caso una posible suspensión de la inscripción de las cláusulas hipotecarias que incurrieran en tales situaciones. Por ello, el defecto tal y como está formulado (basado en una alegación general de contravención del 1129.1 del Código Civil) no puede ser confirmado. Además, en algunos casos las cláusulas cuestionadas se refieren a supuestos de incumplimiento de obligaciones relacionadas con el acuerdo de refinanciación concedido (así v.gr. claramente en el caso de la estipulación 21.1.15), por lo que no puede decirse genéricamente que las obligaciones contenidas en los mencionados apartados tengan en este caso concreto de créditos sindicados y novados en virtud de un acuerdo de refinanciación global del conjunto de la deuda bancaria del deudor, un carácter accesorio o no relevante con respecto al conjunto de la operación garantizada, al estar relacionadas directamente con dicho acuerdo de refinanciación concedido y con la causa unitaria que lo motiva.

Finalmente y en cuanto al apartado 21.1.5, debe confirmarse igualmente la calificación del Registrador por contravenir dicho pacto lo dispuesto en el artículo 61.3 de la Ley 22/2003, Concursal, que expresamente e imperativamente dispone que se han de entender por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto en cuanto al primer defecto, y confirmar la nota de calificación parcialmente y revocarla también en parte en cuanto a la calificación de las diversas cláusulas y pactos analizados, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos jurídicos.

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, 8 de junio de 2011.—La Directora General de los Registros y del Notariado,
M.^a Ángeles Alcalá Díaz.