

Hipotecas en mano común

por

FERNANDO AZOFRA VEGAS
JOSÉ MARÍA OLIVA DOMÍNGUEZ
JOSÉ LUIS ALONSO LAPORTA
Abogados

«*Si estás en el infierno, sigue adelante»*
Winston Churchill

SUMARIO

- I. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA COMUNIDAD GERMÁNICA O EN MANO COMÚN:
 1. LA COMUNIDAD GERMÁNICA O EN MANO COMÚN EN DERECHO ESPAÑOL:
 - 1.1. *Doctrina del numerus apertus de derechos reales.*
 - 1.2. *Caracteres de la comunidad germánica o en mano común.*
 - 1.3. *Comunidades germánicas o en mano común reguladas en nuestro ordenamiento:*
 - A) Montes vecinales o en mano común.
 - B) Pastos, leñas y aprovechamientos comunales.
 - C) Comunidad hereditaria.
 - D) Sociedad de gananciales.
 - 1.4. *La comunidad germánica o en mano común de origen convencional.*
 - 1.5. *La tesis contraria a la admisión de la comunidad germánica o en mano común.*
 2. ADMISIBILIDAD DE LA HIPOTECA EN MANO COMÚN.
- II. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA HIPOTECA FLOTANTE EN FAVOR DE UNA PLURALIDAD DE ACREDITORES, EN GARANTÍA DE VARIAS OBLIGACIONES DIFERENTES, CONVENCIONALMENTE ARTICULADA SOBRE UNA COMUNIDAD EN MANO COMUN:
 1. CARACTERES DE LA HIPOTECA FLOTANTE.
 2. EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD EN LA HIPOTECA FLOTANTE.
 3. LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA EN LA HIPOTECA FLOTANTE.

4. PLURALIDAD DE ACREDITORES:
 - 4.1. *Pluralidad de acreedores en el mismo crédito (o créditos).*
 - 4.2. *Pluralidad de acreedores por créditos distintos.*
5. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 54 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.
6. CONCLUSIONES.

Vivimos tiempos convulsos. Muchas de nuestras empresas, y de nuestras entidades de crédito incluso, luchan por superar una de las mayores recesiones conocidas. En este esfuerzo, no ha sido infrecuente en los últimos largos meses el recurso al expediente de la refinanciación (preconcursal) de la deuda de las empresas. En la mayoría de los casos, de la deuda bancaria; en algunos, incluso de la deuda de otros acreedores como los acreedores internos, el fisco, los proveedores y hasta los empleados. Pues bien, ha sido generalizado, en estos escenarios, crear garantías sobre la totalidad o casi la totalidad de los activos aún libres de las empresas deudoras, hipotecas, prendas o, en general, derechos reales de garantía a favor de los acreedores que se avenían a la refinanciación de sus créditos. Respecto de los bienes inmobiliarios, no ha sido en absoluto inusual (más bien al contrario), la utilización de la figura de la hipoteca flotante recogida en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria («LH»). Dependiendo del número de acreedores, de la naturaleza de sus créditos, de la prelación entre los mismos, de la significación de los bienes libres respecto de la deuda a refinanciar, de la solidaridad o recelo entre los acreedores y de un sinnúmero de otros factores, se ha recurrido, en algunos casos, al establecimiento de una comunidad en mano común sobre la hipoteca flotante creada sobre los bienes aún libres en favor de los acreedores que aceptan la refinanciación. Es la «hipoteca flotante en mano común» el objeto específico de análisis de estas páginas.

I. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA COMUNIDAD GERMÁNICA O EN MANO COMÚN

Dos son las objeciones que, de partida, pueden suscitarse frente a una hipoteca flotante en mano común. La primera, de menor calado, se refiere a la falta de determinación de la cuota en la hipoteca que corresponde a cada acreedor, lo que parecería oponerse a lo establecido en el artículo 54 del Reglamento Hipotecario («RH»). La segunda, de mayor entidad, cuestionaría la propia posibilidad de establecer convencionalmente una propiedad en mano común sobre la hipoteca. Se argumenta que las obligaciones pueden ser solidarias o mancomunadas (art. 1137 CC), pero no «en mano común»; de lo que resulta, por el principio de accesoriedad de la hipoteca (art. 1857.1º CC y 104 LH), que la hipoteca podría ser solidaria o mancomunada, pero no «en mano común».

Defendemos en las siguientes páginas, por el contrario, la plena validez e inscribibilidad de la hipoteca en mano común sin proceder a la distribución de cuotas.

1. LA COMUNIDAD GERMÁNICA O EN MANO COMÚN EN DERECHO ESPAÑOL

En apoyo de la objeción fundamental, se alega que, a la luz de los artículos 392 y siguientes del Código Civil («CC»), nuestro ordenamiento solo regula y admite la comunidad romana o por cuotas, sin que los pactos especiales a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 392 permitan configurar en nuestro Derecho una comunidad germánica.

Frente a esto, se presenta el argumento poderoso de los numerosos supuestos de comunidades germánicas o en mano común, tanto de origen legal como convencional, admitidos en nuestro Derecho, así como la plena congruencia de la figura con los principios generales que regulan el estatuto de la propiedad en el ordenamiento español.

1.1. *Doctrina del numerus apertus de derechos reales*

En nuestro Derecho no rige un sistema de *numerus clausus* respecto de los derechos reales. Todo lo contrario. La regulación hipotecaria no es ajena a este principio general, como resulta del artículo 2 LH o del artículo 7 RH. Es verdad, no obstante, que la Dirección General de los Registros y del Notariado («DGRN») ha reiterado que, en sede de derechos reales, además del respeto a los límites de la autonomía privada en materia de derecho de obligaciones, es preciso un *plus* para aspirar al reconocimiento jurídico-real de ciertos negocios, estipulaciones o derechos. En efecto, declara la DGRN que «*la configuración de situaciones jurídico-reales, dada la importancia económico-social y la trascendencia erga-omnes del Estatuto de la Propiedad Inmueble, no queda totalmente confiada a la autonomía privada; el numerus apertus reconocido en nuestro ordenamiento jurídico (confróntense arts. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario) presupone la satisfacción de determinadas exigencias estructurales, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real configurado, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. Por ello, sin prejuzgar la validez inter partes de estas previsiones restrictivas cuando no traspasen los límites que en el campo del Derecho de Obligaciones se señalan a la voluntad privada, su pretendida operatividad jurídico-real deberá ser excepcionada cuando no resulten cumplidas aquellas exigencias estructurales aludidas*» (1). En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO afirma: «que en nuestro Dere-

(1) Resolución de 5 de junio de 1987 (RJ 1987/4835).

cho positivo son admisibles los derechos reales atípicos y que por consiguiente rige el principio del numerus apertus, es algo que no se puede dudar» (2).

Por tanto, el punto de partida de cualquier análisis sobre si cabe o no en Derecho español una hipoteca flotante en mano común debe ser que, en materia de derechos reales, rige un sistema de *numerus apertus*, si bien la autonomía de la voluntad está parcialmente constreñida por la necesidad de respetar determinadas exigencias estructurales, dada la importancia económico-social y trascendencia *erga omnes* de la propiedad inmobiliaria. Estos son los límites de la autonomía de la voluntad, y nada más allá. Así, para negar el acceso al registro de una determinación convencional en torno a la propiedad o cualquier otro derecho real deberá justificarse qué *exigencia estructural* viola el pacto al que se veda el paso al registro. La regla, en la configuración de los derechos reales (como de los derechos personales) es la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC) y no la excepción (3).

Admitimos sin concesiones que la regulación de la comunidad de bienes de los artículos 393 y siguientes del Código Civil responde a los perfiles de la comunidad romana o por cuotas. Esto no supone, sin embargo, una determinación exclusiva y excluyente en nuestro Derecho. Además de los múltiples ejemplos de instituciones que se acogen al modelo de la comunidad germánica, como luego se verá, la autonomía de la voluntad, premisa fundamental de nuestro sistema jurídico, permite articular a través de los moldes de una comunidad germánica o en mano común la titularidad plural sobre cualquier derecho, real o personal. Tal habilitación no resulta solamente de los principios generales de nuestro Derecho (arts. 1.255 CC, 2 de la LH o 7 del RH), sino específicamente en lo que a situaciones de cotitularidad de bienes o derechos se refiere, del párrafo segundo del artículo 392 del Código Civil, que determina que las disposiciones generales del Código Civil, acerca de la comunidad de bienes, tienen carácter meramente supletorio. Autores como ALBALADEJO o DELGADO ECHEVERRÍA consideran que estas disposiciones generales, aún estando pensadas para la comunidad romana, valen también para las demás formas de comunidad, dejando a salvo lo que convenga entre los partícipes (4).

(2) DÍEZ-PICAZO, L., «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, núm. 513, 1976, pág. 321.

(3) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*, vol. 1.º, Barcelona, 1974, pág. 26 y sigs.

(4) ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, III, *Derecho de Bienes*, vol. 1.º, Ed. Bosch, 1985, pág. 392. DELGADO ECHEVERRÍA en LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III-2.º, 2.ª ed., Ed. Bosch, pág. 463.

1.2. Caracteres de la comunidad germánica o en mano común

La diferencia fundamental entre una comunidad germánica y una romana estriba en que en la primera el derecho (o patrimonio) sobre el que existe una titularidad plural «pertenece *indiviso a varios sujetos, unidos por un vínculo o relación de carácter personal, de tal modo que solo colectivamente están autorizados para ejercitarse las potestades jurídicas que les son atribuidas*» (5). Así, mientras que en el condominio romano el titular del derecho está constituido por varias personas aisladamente consideradas, en la germánica el sujeto es una reunión o conjunto de individuos colectivamente considerados. Como afirma BELTRÁN DE HEREDIA, la cuota germánica «nunca significa un derecho concreto del comunero sobre una parte de los bienes de la comunidad, sino que, más exactamente, sirve para indicar la condición, posición o situación del comunero como miembro de la comunidad» (6). De ahí que «*todos los comuneros constituyen una colectividad en la que desaparece su individualidad como titulares independientes*» (7). La comunidad germánica asume así el rasgo esencial, determinante, de ser un *dominium plurium in solidum* (8), en oposición al carácter romanista por antonomasia: «*Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominium esse, sed totius corporis pro indiviso, pro parte dominium habere*» (Celso, fr. 5 y 15, Digesto 16.6).

Por ello, todo condeño puede gozar y aprovecharse de la cosa común por entero, sin que ello determine la exclusión de los demás, sino antes al contrario, el armónico goce de todos. Nadie puede pretender para sí una cuota o porción exclusiva (9), pues el disfrute es colectivo, orientado a los fines solidarios del grupo. Aunque la ausencia de cuotas se considera por algunos la característica fundamental de la comunidad germánica (10), no es bien así en la relación interna: cada condeño tiene una parte propia en el bien o derecho común (pues si no, no sería dueño), pero ese derecho parcial (*Antielrechts*), no puede ser activado de forma independiente. Por eso, la cuota-parte no es antitética con una relación de cotitularidad germánica, sino más bien exigencia institucional de una relación de titularidad plural. Lo que ocurre es que en una comunidad romana la cuota-parte es la síntesis del derecho del condeño, y la cuantía y

(5) GARCÍA-GRANERO, J., «Cotitularidad y comunidad: *Gesammte Hand* o comunidad en mano común», en *RCDI*, 1946, pág. 227.

(6) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., «Naturaleza jurídica de la copropiedad», en *Revista de Derecho Privado*, 1953, pág. 81.

(7) MESSINEO, *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, Roma, 1920, págs. 42-43.

(8) MESSINEO, «La natura...», *op. cit.*, pág. 43. FLÓREZ DE QUIÑONES, «Comunidad o servidumbre de pastos», en *Revista de Derecho Privado*, junio de 1933, pág. 178.

(9) FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, Ed. Reus, 1929, pág. 50.

(10) MESSINEO, «La natura...», *op. cit.*, págs. 44-45.

medida del derecho mismo, en tanto que en la comunidad germánica significa tan solo la pertenencia, la propiedad, sin atribuir una porción, siquiera abstracta, del derecho común, ni atribuir una indicación de la medida o proporción del goce, pues el aprovechamiento es colectivo.

Por ello, la gestión y administración del bien o derecho común es también colectivo: como dice SOHM, solo el mancomún puede disponer y decidir, si bien no es extraño que se reúnan las facultades de gestión o disposición del ente colectivo en un órgano de gestión (por ejemplo, un agente de garantías) (11).

Es habitual en la comunidad germánica, por otra parte, la existencia de un vínculo personal entre los condueños (de sangre, familia, cohabitación, vecindad, gremio, etc.). Históricamente, este tipo de comunidad nace en el seno de las relaciones familiares en Derecho alemán; desde allí se extiende a las asociaciones familiares de comercio italianas, las *sociétés taisibles* en el antiguo Derecho francés o las relaciones conyugales, hereditarias o vecinales en el caso del Derecho español. La comunidad germánica, por ello, tiene un fundamento más personal, en tanto que la romana lo tiene más patrimonial o económico.

Por esa misma razón, la comunidad en mano común exige una mayor cohesión social, una mayor confianza en el criterio de los otros condueños para la gestión y el uso de la cosa común, una mayor delegación o cesión de las individualidades en favor de la colectividad, asemejándose así, sin llegar a serlo, a la personalidad jurídica (12).

Este vínculo personal es el que determina otro rasgo fundamental de la comunidad germánica o en mano común: la inexistencia de la *actio communi dividundo*. Mientras que la situación de la comunidad romana o por cuotas se considera antieconómica y temporal (y por eso se concede a cualquiera de los comuneros la posibilidad de pedir en cualquier momento la división de la cosa común), en la comunidad germánica prevalece el vínculo personal y su carácter funcional determina una vocación de permanencia.

Son precisamente estas características de pertenencia familiar o gremial, dilución de la singularidad del derecho individual, sometimiento a la colectividad, etc., las que han determinado, en el devenir histórico, el abrumador éxito de la comunidad romana frente a la comunidad germánica en las sociedades actuales. Pero esta medida de la habitualidad, meramente estadística, no puede llevarnos a rechazar, sin más, la posibilidad de que los integrantes de un grupo, cualquiera que sea el vínculo que determina la pertenencia (por ejemplo, la condición de acreedor del mismo deudor, de propietario del mismo ámbito urbanístico, etc.) determinen, porque así lo quieren y sin hacer daño a otros, que es de esa forma como quieren articular el uso y el disfrute

(11) ROCA SASTRE, R. M., «La comunidad de gananciales: destino de estos en caso de renuncia», en *RCDI*, marzo de 1930, pág. 169.

(12) RDGRN de 2 de diciembre de 1929: la sociedad de gananciales participa de los caracteres de una persona sin personalidad jurídica.

de un bien o derecho común, sea mobiliario o inmobiliario, y sea o no susceptible de inmatriculación en cualquier registro público.

1.3. *Comunidades germánicas o en mano común reguladas en nuestro ordenamiento*

En Derecho español existen varios casos de comunidades germánicas o en mano común reguladas por Ley y supuestos en que la jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de configurar una comunidad germánica de origen convencional sobre el principio de autonomía de la voluntad.

A) Montes vecinales o en mano común

Entre las de origen legal destacan, en primer término, los montes vecinales en mano común regulados en la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, que los define como aquellos que «*pertenecen a agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas y vengan aprovechándose consuetudinariamente en mano común por los miembros de aquéllas en su condición de vecinos*» (art. 1). La ley establece abiertamente que su «*titularidad dominical corresponde, sin asignación de cuotas, a los vecinos integrantes en cada momento del grupo comunitario de que se trate*» (art. 2.2).

B) Pastos, leñas y aprovechamientos comunales

Otro supuesto legal son las comunidades de pastos, leñas y demás productos de los montes de propiedad particular que regula el Código Civil en los artículos 600 y siguientes. Aunque su regulación se encuentra inserta en el capítulo relativo a las servidumbres voluntarias, la doctrina reconoce que pueden existir a título de servidumbre o a título de comunidad y que en la práctica habrá que atender, en cada caso concreto, al origen, carácter y extensión para resolver las dificultades que se deriven de la afinidad entre ambas figuras (13).

En el ámbito de los derechos forales, se recogen varios supuestos de comunidades germánicas. Así en Aragón, en sede de comunidad de pastos (o servidumbre de pastos, como ya vimos anteriormente) se recoge la institución de la alera foral y la de los boalares.

Pero donde más variantes se encuentran es en la compilación navarra, que contiene una regulación amplia y minuciosa en cuanto a estas especialidades (Leyes 370 a 392, ambas inclusive) y que se basa, al igual que el Código

(13) CASTÁN, J., «Derecho Civil Español, Común y Foral», T. II, Derecho de cosas, V. I, Los derechos reales en general. El dominio. La posesión, 14.^a ed., Madrid, Ed. Reus, 1992.

Civil, en la autonomía privada, considerándose la comunidad romana como aplicable supletoriamente a las comunidades especiales que regula (entre las que se encuentra la comunidad germánica o en mano común).

C) Comunidad hereditaria

Dos figuras jurídicas de enorme relevancia y utilización en nuestro Derecho, como son la comunidad hereditaria y la sociedad de gananciales, han sido igualmente adscritas al modelo de la comunidad germánica.

En la comunidad hereditaria, cuando no hay adjudicación concreta de bienes o de cuotas indivisas de bienes, sino derecho hereditario *in abstracto* (art. 42.6.º LH) existe una comunidad germánica o en mano común. Así lo señalan la sentencia del Tribunal Supremo de 21-7-2008 (*RJ* 2008/7057) («[...] es la partición la que atribuye la propiedad —en este caso, copropiedad— de los bienes y, antes de ello, se da una comunidad germánica sobre el conjunto de bienes y no sobre bienes concretos [...]») o la de 19-6-1995 (*RJ* 1995/5320) («por el hecho de no haberse practicado la partición de la herencia cuestionada no existen herederos reales y sí únicamente “aparentes”, y [...] tratándose de una “comunidad” no romana sino germánica, lo que acontece es que los derechos de cada heredero se proyectan sobre la cuota global hereditaria [...]»).

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 5-11-2004 (*RJ* 2004/6780): «*La [...] comunidad hereditaria formada por los coherederos del primitivo accionista, en que no se ha practicado la partición [...] implica que cada sucesor, miembro de la misma, tiene derecho al conjunto que integra el contenido de la herencia, pero no sobre los bienes hereditarios concretos; [...] Cuya comunidad no da lugar a una copropiedad de cada una de las cosas, sino que éstas forman parte de la misma, [...] de la que sus miembros tienen derechos indeterminados [...] y cuya naturaleza es de comunidad germánica*».

En la RDGRN de 16-5-2003 (*RJ* 2003/4478) se admitió que todos los herederos del titular registral, antes de la partición de la herencia, otorgaran escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal sobre un edificio de la herencia indivisa, con objeto de entregar como legados varios pisos de ese edificio. La DGRN señaló que: «[...] la exigencia formal de titularidad debe cohesionarse con la libertad que tienen los herederos para, primeramente entregar los legados, y dejar para un momento posterior la partición. La dificultad que encuentra el Registrador para realizar las correspondientes inscripciones puede obviarse fácilmente inscribiendo la obra nueva y los pisos no entregados a favor de la comunidad hereditaria surgida por el fallecimiento del causante sin que, por la especial

naturaleza de dicha comunidad, hayan de reflejarse participaciones proindiviso de los herederos en cada bien concreto».

D) Sociedad de gananciales

Lo mismo sucede respecto de la sociedad de gananciales. La sentencia del Tribunal Supremo de 26-2-2004 (*RJ* 2004/1750) destaca la naturaleza de la sociedad de gananciales como comunidad germánica o en mano común que requiere, lo mismo que la herencia, la adjudicación de bienes concretos al fallecimiento de uno de los cónyuges. En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 10-6-2004 (*RJ* 2004/3823) la califica como comunidad germánica mientras viven ambos cónyuges, y de comunidad ordinaria o por cuotas cuando muere uno de ellos, debiendo procederse entonces a la liquidación de la misma. Con idéntica contundencia, la RDGRN de 30-6-1927 (LA LEY 21/1927) («[...] entre las distintas construcciones jurídicas con que la técnica moderna trata de explicar la situación jurídica de la llamada sociedad de gananciales, parece ajustarse a los dictados de nuestro derecho positivo, la que admite una especie de mancomunidad de bienes entre marido y mujer, sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división mientras dura la vida común [...]») (14).

Por la misma razón, la RDGRN de 2-6-2009 (*RJ* 2009/3012) afirma que «la legislación registral permite la constancia registral del derecho de cada cónyuge sobre el patrimonio ganancial en liquidación, así como la de los actos dispositivos que tengan por objeto claramente la cuota global, en tanto que representativa de un valor económico incluido en el patrimonio privativo de cada esposo. Pero esto no supone en modo alguno que quiera también el reflejo tabular de las disposiciones unilaterales solo sobre bienes gananciales concretos».

Se admite igualmente sin dificultad la inscripción de bienes a nombre de ambos cónyuges, entre los que existe un régimen económico distinto de la sociedad de gananciales, por ejemplo, tratándose de individuos extranjeros sujetos a regímenes matrimoniales propios de cada ordenamiento, y no necesariamente asimilables a las categorías patrias. En tales casos, no se encuentra obstáculo a la inscripción en el hecho de que se trate de una comunidad de bienes en mano común de origen convencional, distinta de las legalmente previstas en nuestro Derecho. Ni tampoco es obstáculo la previsión del artículo 54 RH. A este respecto, y a propósito del artículo 54 RH, la RDGRN de 21-2-2003 (*RJ* 2003/3941) afirma que: «[...] Por lo que se refiere a la proporción en que adquieren los compradores, ello solo es así cuando se

(14) En el mismo sentido, las RRDGRN de 2-2-1983 y 25-11-2004 (*RJ* 1983/1088 y *RJ* 2004/8154, respectivamente).

trata de una comunidad romana, pero no cuando se adquiere para un régimen matrimonial de comunidad, pues en éste existe una comunidad germánica, sin cuotas, por lo que no pueden establecerse las mismas. [...] La práctica y la doctrina de este Centro Directivo primero, y el Reglamento Hipotecario, desde la reforma de 1982 después, entendieron que lo más práctico, en el caso de cónyuges extranjeros, era no entender necesario expresar el régimen en la inscripción, difiriendo el problema para el momento de la enajenación». En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, las de 12-2-2003 (RJ 2003/2271), 7-7-2006 (RJ 2006/6074) y 8-10-2008 (RJ 2009/632), refiriéndose, las dos últimas, a matrimonios de colombianos: «[...] no es exigible la determinación de las cuotas que cada uno de ellos adquiere en el bien cuando se adquiere bajo un régimen matrimonial de comunidad y la inscripción puede practicarse a su favor «con sujeción a su régimen matrimonial» con indicación de éste si [...] consta en el título».

Precisamente por ello, la RDGRN de 11-12-1998 (RJ 1998/10484) afirma que la «[...] inexistencia de cuotas sobre los concretos bienes integrantes de la herencia indivisa o de la sociedad de gananciales disuelta no puede ser obstáculo a su inscripción, en función del artículo 54 del Reglamento Hipotecario; es ésta una norma propia del condominio ordinario y, por lo mismo, no rigurosamente aplicable a esas otras formas de cotitularidad que no recaen sobre bienes individuales, sino sobre patrimonios, cotitularidades plenamente reconocidas y, en ocasiones, minuciosamente regulados por el legislador [...] respecto de las cuales, el reflejo registral (indudablemente posible —arts. 1 y 2 de la LH y 7 del RH—) ha de acomodarse a sus específicas características, de modo que en la inscripción de cada uno de los singulares bienes que las integran, habrán de recogerse las circunstancias necesarias para que quede debidamente expresada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscribe (cfr. arts. 9 de la LH y 51 del RH), esto es, practicando el asiento a favor de los cotitulares de la masa patrimonial en que aquél se integra, con especificación de sus respectivas cuotas sobre el todo, y, en su caso, de las especiales normas de gestión y disposición que conforme al título resulten aplicables».

No se advierten diferencias significativas con la comunidad que se conforma en favor de los acreedores hipotecarios en los procesos de refinanciación a los que hacemos referencia. También aquí hay una comunidad o sindicato sobre un conjunto de bienes, con un fin claro y legítimo, en el que se integran los acreedores hipotecarios precisamente en su condición de finanziadores del deudor, sin que se vea por qué habrían de limitarse o excluirse la validez de las reglas libremente aceptadas por las partes (el deudor, los hipotecantes no deudores y los propios acreedores hipotecarios) en torno a la articulación de dicha comunidad, el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones.

1.4. La comunidad germánica o en mano común de origen convencional

El Código Civil no contiene reglas específicas sobre la constitución de la comunidad. Y esta omisión se explica porque no hay modos específicos de constitución de la comunidad, sino que lo serán los modos de adquisición de los derechos (15). Por tanto, la génesis de una comunidad (romana o no) está en la ejecución de un acto o negocio jurídico atributivo en favor de varios titulares (ya originario, ya derivativo). En caso de que el origen sea un negocio consensual (una escritura de hipoteca en favor de varios acreedores, por ejemplo), pueden perfectamente las partes articular convencionalmente dicha comunidad bajo los moldes de una cotitularidad en mano común.

La posibilidad de configurar convencionalmente una comunidad distinta de la romana o por cuotas ha sido reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la DGRN. La sentencia del Tribunal Supremo de 9-6-1995 (*RJ* 1995/4911) acepta la constitución convencional sobre una zona aledaña a cinco fincas propiedad de otros tantos propietarios, «[...] de una comunidad en mano común, no sometida en su regulación a las normas del Título III del Libro II del Código Civil que tratan “de la comunidad de bienes”, sino por la voluntad de los comuneros y caracterizada por la indivisibilidad del objeto y la inexistencia de cuotas de participación (ello, no obstante haberse establecido una contribución por quintas partes a los gastos) y la inexistencia de la acción de división».

De igual modo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de abril de 1988 (*RJ* 1988/3233), admite con toda generosidad que la cotitularidad de los propietarios de unos terrenos integrados en una unidad de actuación pueda ser romana o germánica, puesto que tanto en uno como en otro caso, la legislación urbanística [art. 166 e) del Reglamento de Gestión Urbanística, RD 3288/1978, de 25 de agosto] exige la responsabilidad solidaria de los condueños: «Por tanto, si los responsables de una finca o derecho responden solidariamente frente a la Junta de cuantas obligaciones dimanen de su condición en verdad que ninguno de dichos titulares le puede oponer a la Junta, ni al Ayunta-

(15) PÉREZ GONZÁLEZ, B., y ALGUER, J., Anotaciones a ENNECERUS: *Tratado de Derecho Civil*, II.2. 2.º, pág. 752: «[...] en rigor, no cabe hablar de “causas de nacimiento” de la comunidad. Las mismas causas que determinan la adquisición de un derecho real determinan la situación de comunidad cuando tal adquisición se opera en favor de una pluralidad de personas». Idem, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, vol. 2, Edersa, Madrid, 1985, pág. 32: «no contiene el Código ningún precepto que regule la constitución de la comunidad y este silencio es muy significativo porque, como se ha dicho acertadamente, no hay modos específicos de constitución de la comunidad de bienes, sino que lo serán los modos de adquisición de los derechos [...]. Es claro que no se pretenderá confundir una venta con un contrato de sociedad o con un pretendido contrato de comunidad. Cada uno [...] de los contratos, venta donación, permuta, sociedad, es causa de atribución patrimonial, es uno de los “ciertos contratos” del artículo 609, aunque la donación se mencione aparte».

miento, ni a la Jurisdicción, cuestiones civiles internas de la Comunidad, pues tanto si la misma es romana como si es germánica, como si subsiste o no la Comunidad misma, lo indudable es que cada cotitular de ella responde solidariamente frente a la Junta de Compensación, por lo que en el caso de comunidad de bienes, no podría hablarse frente a la Junta ni de Comunidad romana ni de germánica, sino que se trataría, en tal caso y frente a ella, de una Comunidad solidaria».

Más allá del supuesto específico de la comunidad germánica, el amplísimo alcance de la regulación convencional de la comunidad queda ilustrado por las Resoluciones de la DGRN de 18-5-1983 y 27-5-1983 (*RJ* 1983/6969 y *RJ* 1983/6972) que aceptaron un régimen jurídico especial de comunidad funcional, organizada y permanente, en el que quedan excluidos la acción de división y el retracto de comuneros.

1.5. La tesis contraria a la admisión de la comunidad germánica o en mano común

Se ha invocado, para rechazar la posibilidad de admitir una comunidad germánica en nuestro Derecho, la RDGRN de 8 de julio de 1933, en la que, «después de decir que la comunidad de tipo romano es por cuotas ideales a favor de cada uno de los condóminos y que pueden ejercitarse en todo momento la acción de división y que la comunidad germánica es aquella en que no corresponde ninguna cuota ideal de facultad de ejercitarse (*sic*) la *actio communii dividendo*, excluye la inscripción de una escritura en que se formalizaba una copropiedad consuetudinaria sin cuotas» (16). Pero la cita de esta resolución, en apoyo de la tesis contraria a la admisión de la comunidad germánica de origen convencional en nuestro Derecho es doblemente tendenciosa. Por una parte, porque la Dirección General estima en esa resolución el recurso del notario declarando: «[...] que la escritura de 28 de julio de 1931 y su adicional de 25 de junio de 1932, autorizadas por el Notario de Macotera [...] se hallan extendidas con sujeción a las formalidades y prescripciones legales, en cuanto se refiere al defecto motivo de este recurso». Y por otra, porque el aspecto fundamental de discusión en el recurso no era si cabe o no cabe una comunidad germánica en Derecho español, sino si tenían o no los aportantes de unos inmuebles a una sociedad anónima capacidad para efectuar el correspondiente acto dispositivo sin encontrarse plenamente autorizados para ello por los demás socios o comuneros. Y es que sobre los terrenos objeto de la aportación social existía una seria confusión de titularidades y derechos, como se reconoce en la propia escritura objeto de inscrip-

(16) QUESADA PÁEZ, A., «Hipoteca en mano común», en *RCDI*, núm. 718, pág. 624, invocando la opinión de GARCÍA GARCÍA.

ción al afirmar que sobre los mismos «[...] se había creado de hecho una copropiedad consuetudinaria más que legal, que ha encontrado en el desenvolvimiento de su vida una infinidad de dificultades de todos los órdenes, ya naturales, debidas al antieconómico estado de indivisión, ya debidas al enorme número de poseedores, presuntos dueños, en aumento constante de las transmisiones sucesivas y por la defectuosísima titulación o carencia absoluta de ella». La Dirección General inicia su razonamiento admitiendo las dos formas de comunidad: «[...] la técnica civil moderna ha puntualizado la existencia de dos tipos definidos para los casos en que la titularidad de derechos sobre las cosas viene atribuida simultáneamente a dos o más sujetos: comunidad de tipo romano —condominium iuris romani—, en que parece inspirarse nuestro Código Civil [...] y la copropiedad de tipo germánico —condominium iuris germanici—, según la cual los condeños forman una colectividad a la que pertenece la cosa o derecho, sin que corresponda a ninguno de los que integran aquélla la propiedad de cuota real o ideal, ni la facultad de ejercitar la *actio communii dividundo*». Pero, a la vista del monumental lío existente sobre los terrenos, «[...] se pone de relieve la dificultad de encajar la situación real en la que se encuentran los derechos sobre las fincas Valles y Egidos en los dos tipos de comunidad antes señalados [ni en uno, ni en otro apuntillamos nosotros] ya que ni la circunstancia de que la copropiedad de tipo germánico sea reconocida en nuestro Derecho en los casos de propiedad comunal, entre otros, ni tampoco el carácter de subsidiarias que reconoce el Código civil a las normas del Título III del Libro II, pueden estimarse bastante para establecer la figura de la comunidad [en este caso, añadimos nosotros], básica en la discusión, mientras que los Tribunales no hayan fijado con claridad el alcance de las expectativas y los derechos que existan a favor de los vecinos interesados».

GARCÍA GARCÍA se pronuncia abiertamente en contra de la posibilidad de admitir una comunidad en mano común en nuestro Derecho, fuera de los casos de cotitularidades germánicas sobre bienes, derechos o patrimonios legalmente reconocidos: «la comunidad germánica es excepcional; tan solo se admite en los supuestos expresamente previstos legalmente (sociedad de gananciales, comunidad de pastos y leñas y montes vecinales en mano común) y sobre la base de la habilitación legal, sin que quepa la autonomía de la voluntad en el ámbito de la inscripción de los derechos» (17). El concepto de cuota es, para él, «un concepto institucional, definitorio y de orden público, de la comunidad de bienes y derechos, sin que puedan existir comunidades sin cuota». Se sitúa por ello en contra de la posibilidad de que accedan al registro cotitularidades sin cuotas, «[...] pues, en otro caso, los futuros embargantes o adquirentes no sabrían qué embargar, ni qué

(17) QUESADA PÁEZ, A., «Hipoteca...», *op. cit.*, pág. 624.

adquirir, dificultándose el tráfico, que es la finalidad de la legislación hipotecaria» (18).

Pero la base del argumento es débil, en nuestra opinión, porque el registro no crea derechos, ni los mejora, sino solamente los publicita y los pone a cubierto de determinadas acciones o excepciones. Tampoco los acreedores de un acreedor hipotecario solidario conocen la cuota que corresponde a su deudor en un crédito hipotecario sobre la base del registro. Ni los acreedores de un acreedor hipotecario solidario que embarguen el derecho de su deudor trabarán más derecho o mejor derecho que el que tiene su deudor. Y habrán de soportar la cancelación de la hipoteca consentida por otro co-acrededor solidario, o la ejecución de la hipoteca efectuada por otro co-acrededor solidario. Del mismo modo, los cesionarios, embargantes o acreedores subhipotecarios de un acreedor hipotecario cotitular de un crédito hipotecario en mano común subentran (o subentrarán) en la posición jurídica de su cedente, deudor embargado o subhipotecante, ni más, ni menos. Y si el crédito hipotecario objeto de cualquiera de dichos negocios de cesión, embargo o subhipoteca está sometido a condición suspensiva o resolutoria (art. 142 LH), o la propia hipoteca está sometida a condición suspensiva o resolutoria (art. 142 LH, Resoluciones de la DGRN de 2-9-2005 y 3-9-2005 y sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de junio de 2008 —JUR 2008/265700—) o la hipoteca se ha constituido sobre bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia (art. 107.7.º LH), pues todas esas vicisitudes, limitaciones o potenciales carencias del crédito o de la hipoteca se trasladarán naturalmente al cesionario, embargante o acreedor subhipotecario.

Y del mismo modo, aunque tampoco los acreedores de un coheredero conocen la porción que corresponde a sus deudores sobre el patrimonio hereditario o sobre un bien concreto integrado en este, ninguna duda cabe que tanto uno como otro son patrimonios en mano común (en el segundo caso, porque así lo quisieron los condueños, obviamente sin necesidad de preguntar ni obtener el consentimiento previo de los acreedores de cualquiera de los esposos).

Tampoco se puede compartir el argumento, si se hiciera, de que la constancia de las cuotas resulta esencial para defender el interés de los terceros, sean titulares de cualesquiera derechos sobre la finca hipotecada o el crédito hipotecario, sean ajenos al registro (los acreedores del hipotecante o de los acreedores hipotecarios), porque la falta de constancia reduce, limita o perjudica la garantía patrimonial universal con la que cuentan los acreedores en el artículo 1.911 del Código Civil. Y no se puede compartir porque, como afirman DÍEZ PICAZO y GULLÓN (para defender la eficacia de una prohibición de disponer pese a que lesione la garantía patrimonial universal) aunque

(18) GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Thomson-Civitas (5.ª ed.), Cizur Menor, 2006, pág. 454.

es cierto «que el patrimonio del deudor es la garantía de los acreedores (art. 1.911), [...] no lo es menos que esa garantía comprende los bienes tal y como se encuentran en ese patrimonio» (19).

Por tanto, los terceros (registrales o no) no tienen un interés, protegible por el ordenamiento, en que se haga constar la cuota que corresponde a sus deudores en un bien o derecho ostentado en mano común.

Otro de los autores que rechaza la posibilidad ha sido BELTRÁN DE HEREDIA al afirmar que «en el ordenamiento jurídico español, influido por los individualistas de la época de la Codificación Civil, no se recogió la forma de la comunidad germánica o en mano común, inspirada en los principios colectivistas típicos de todo el Derecho germánico. [...] Existen, ciertamente, algunos casos especiales de comunidad en nuestro Derecho [...] que presentan particularidades de un cierto parecido, más o menos lejano, con el tipo de comunidad en mano común, pero en modo alguno pueden considerarse como especies de ésta, ni en cuanto a la justificación de la especialidad, ni en cuanto a la regulación positiva en concreto. Los intentos de acercamiento con la comunidad germánica son, en nuestra legislación, forzados en la mayoría de los casos» (20).

Esta afirmación, sin embargo, se ve contrariada no solo por el vasto número de supuestos expresamente recogidos legalmente, en atención a la singularidad del objeto en común (montes, leñas, pastos...) o de los sujetos (cónyuges, herederos...), sino porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido la naturaleza jurídica de comunidad germánica o en mano común de tales figuras y, también la ha admitido en situaciones ajena s a los supuestos expresamente reconocidos legalmente. Amén de no aportar un solo argumento de Derecho positivo, limitándose a ser una afirmación dogmática, en nuestra modestísima opinión.

2. ADMISIBILIDAD DE LA HIPOTECA EN MANO COMÚN

La comunidad en mano común se fundamenta, como se ha indicado, en que el ejercicio y el alcance del derecho del cotitular no está limitado o definido por referencia a una cuota. Existe una dilución de la individualidad en favor de la colectividad, una atribución del bien o derecho en comunidad y del ejercicio de las acciones o facultades inherentes a la globalidad de los condueños. Cualquiera se podría preguntar por la razón económica, lógica si se quiere, por la que los condueños de un bien o derecho (por ejemplo, los

(19) DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Ed. Tecnos, 5.^a ed. (1990), vol. III, págs. 65-66.

(20) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1954, pág. 111.

acreedores de créditos asegurados con hipoteca) pueden estar interesados en renunciar a la patrimonialización del derecho (en el alcance de la cuota) que presupone una comunidad romana sobre la hipoteca y referir al «sujeto» colectivo, a la globalidad de los cotitulares, el ejercicio de tales derechos. Es decir, ¿por qué los acreedores hipotecarios pueden preferir una comunidad germánica a una romana?

Los objetivos que pueden justificar una hipoteca en mano común otorgada en un escenario de refinanciación global de la deuda de una compañía son variados, pero todos ellos completamente razonables y fácilmente entendibles. La existencia de una situación de crisis empresarial puede exigir de los acreedores un mayor compromiso de actuación conjunta (hasta el punto de llegar a la unanimidad) que en un contexto de, digamos, menor «estrés» financiero. Sin ese riesgo de colapso que atenaza al deudor, los acreedores podrían estar en condiciones de admitir actuaciones aisladas por parte de esos acreedores, ejercicios individualizados de los derechos y garantías que el deudor está dispuesto a ofrecer. Por otra parte, la consideración de los activos hipotecados como los de mayor trascendencia para la viabilidad del deudor puede hacer comprensible que cualquier decisión sobre el destino de estos (la oportunidad del momento de la ejecución, la conveniencia o inconveniencia de una ejecución conjunta de varios bienes —por ejemplo, comprensivos de una rama de actividad o de una unidad productiva autónoma, el sometimiento de la venta a la autorización de los acreedores, etc.)— se sujete a decisión unánime con el fin de que ninguno de los acreedores pierda garantía de su crédito, o vea perjudicada la calidad de su garantía, por decisiones del resto de entidades.

Que se establezca una hipoteca en mano común en garantía de un crédito con el mismo carácter no ofrece dificultad alguna, y ello pese a que el Código Civil no contemple expresamente la situación de co-titularidad en mano común sobre el crédito, como acertadamente nos recuerda ROCA SASTRE. En efecto, habiendo pluralidad de sujetos en la parte activa de la obligación, podemos tener tres tipos de obligaciones: mancomunadas, solidarias y en mano común. Sin embargo, afirma que esta denominación procede de la necesidad de adaptarse al tecnicismo del Código Civil, y que lo apropiado sería hablar de obligaciones *parciarias* (que el Código denomina mancomunadas), *solidarias* y *mancomunadas o en mano común*. La obligación o crédito en mano común, afirma, «*es silenciada por el Código, si bien su régimen preside en general las obligaciones mancomunadas cuando la prestación es indivisible*». Y la posibilidad de que el crédito se configure en mano común por la determinación convencional de las partes, porque las partes así lo quieren, tampoco le parece imposible: «*No obstante, el crédito en mano común puede surgir de la voluntad de los interesados, constituyéndolo con tal carácter, al igual que lo permite dicho artículo 1137 respecto del crédito*

solidario. Obligación o crédito en mano común será [por ejemplo] el que pertenezca a una comunidad de bienes matrimoniales» (21).

Por tanto, si el crédito garantizado por una hipoteca es «en mano común», los acreedores hipotecarios formarán una comunidad germánica sobre la hipoteca. Y en tal caso, no puede ser exigible, al practicar la inscripción, hacer constar la cuota que corresponde a cada uno en el derecho, pues, como ya se ha expuesto, la titularidad en mano común se caracteriza precisamente por la inexistencia de cuotas.

BLASCO GASCÓ, al igual que ROCA SASTRE, reconoce tres criterios de ordenación de la relación obligatoria: parcialiedad, solidaridad y mancomunidad (en mano común) (22), pero va más lejos al considerar que mediante pacto entre los acreedores se puede configurar la relación jurídico-hipotecaria de manera distinta a como lo esté la relación jurídico-obligatoria.

Se invoca en contrario el artículo 54 RH, que exige la determinación de la cuota de cada uno de los acreedores hipotecarios. Sin embargo, el artículo 54 RH solo resulta aplicable a aquellos casos en los que la finca o el derecho se encuentran divididos en porciones ideales o participaciones indivisas, lo que no sucede en los supuestos de comunidad germánica o en mano común.

En efecto, ROCA SASTRE señala que si el crédito hipotecario pluripersonal es mancomunado, «deberá precisarse la parte del crédito correspondiente a cada acreedor y, por ende, la parte que cada uno tenga en la hipoteca. Debe cumplirse, pues, lo dispuesto en el artículo 54 RH [...] según las Resoluciones de 16 de julio de 1902, 28 de marzo de 1903, 14 de diciembre de 1912, 24 de noviembre de 1913 y otras y más recientemente las Resoluciones de 1 y 23 de marzo de 1994 y 28 de abril de 1999. [...] En cambio, cuando, por excepción, el crédito hipotecario pluripersonal sea solidario o en mano común, debe estimarse que no es preciso dicho requisito, con base en que en estos casos no existen cuotas o porciones ideales, a las que se refiere el artículo 54 del Reglamento Hipotecario, y de que las citadas Resoluciones se produjeron frente a supuestos de obligaciones mancomunadas simples. De forma expresa, la no necesidad de fijación de cuotas en el crédito solidario viene reconocida en las Resoluciones de [...] 10 de febrero de 2003 y 9 de febrero y 15 de octubre de 2005» (23).

Efectivamente, las RRDGRN de 15-2-2000 y 10-2-2003 (RJ 2000/495 y RJ 2003/2607) señalan que: «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

(21) ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, Tomo IX, Ed. Bosch, Barcelona, 2009, pág. 310.

(22) BLASCO GASCÓ, F., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 92.

(23) ROCA SASTRE, R. M., «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo IX, pág. 321.

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. art. 54.1 del RH). Ahora bien, la hipoteca, pese a ser un derecho real, presenta en este punto evidentes singularidades. Su propia finalidad de garantía del cumplimiento de una obligación, que puede ser de cualquier clase (cfr. arts. 1861 del CC y 105 de la LH), 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 de 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 (cfr. Resoluciones de 23 de marzo de 1994 y 28 de abril de 1999)».

Para GARCÍA GARCÍA, la Resolución de 23-3-1994 (RJ 1994/2028): «[...] merece una crítica muy negativa en cuanto alude a que en caso de acreedores solidarios no se necesita determinar la participación correspondiente a cada uno, bastando la expresión de la solidaridad. Con esta doctrina sobre los acreedores solidarios se confunde [...] la obligación con el derecho real de hipoteca; se desconoce que el crédito solidario garantizado con hipoteca es susceptible de tráfico, y concretamente de transmisión, herencia, hipoteca o embargo, pues en tales supuestos no sabría el adquirente qué es lo que ha adquirido o embargado en contra del principio de determinación; y se parte, al parecer, de que es indiferente el destino de la parte del dinero correspondiente al otro acreedor solidario que no insta la ejecución hipotecaria, dejándole en absoluta indefensión, pues si no existen partes, no se sabrá cuál es la cantidad que le corresponde en caso de ejecución, y se da vía libre a la tesis de la cancelación total de la hipoteca por actuación de un solo acreedor, lo cual es inadmisible, existiendo un titularidad real hipotecaria» (24).

En contra de lo anterior, BLASCO GASCÓ señala que «si la comunidad es ordinaria o romana, se deberá indicar la cuota o participación de cada uno de los comuneros en el crédito garantizado (ex arts. 9-2 LH y 51 RH)» pues, como señala anteriormente, «debe entenderse que hay tantas hipotecas distintas e independientes como acreedores hipotecarios». Por el contrario, «si el crédito es mancomunado (en mano común), solo hay una hipoteca, como solo

(24) GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 117.

hay un crédito» y en este caso, «no parece haber inconveniente en que se pacte un ejercicio de las facultades y acciones hipotecarias de carácter solidario [entendemos que debería decir colectivo]» (25).

En la misma línea se pronuncia CORDERO LOBATO: «*si el crédito se configura como solidario, es irrelevante determinar la cuota que a cada acreedor solidario corresponde en la relación interna, que no tiene por qué constar en la inscripción, pues ello resulta indiferente para el deudor y los terceros que adquieran derechos sobre la finca hipotecada. En cualquier caso, la constitución de hipoteca a favor de varios acreedores requerirá que la inscripción exprese bien el carácter solidario del crédito, bien la participación que en el crédito parcial garantizado corresponde a cada acreedor (cfr. art. 54 RH) sin que, a estos efectos, baste la presunción de igualdad de cuotas derivada de los artículos 393 y 1138 del Código Civil» (26).*

En consecuencia, resulta indiscutible la necesidad de la individualización de las cuotas que corresponden a los acreedores parciales para la inscripción de la hipoteca. Y así, entre muchas otras, la RDGRN de 1-3-1994 (*RJ* 1994/2017) establece que en los casos de acreedores mancomunados, es necesaria la determinación de cuotas de la hipoteca, salvo que el régimen previsto para los avalistas posteriores sea claro respecto a las vicisitudes ulteriores. En el mismo sentido se expresan varias resoluciones, al no considerar suficiente la presunción de igualdad de los artículos 393 y 1.138 del Código Civil, pues, dado su carácter, no definen la extensión del derecho (todo ello, por exigencias del principio de especialidad): 23-3-1994 (*RJ* 1994/2028), 6-11-1996 (*RJ* 1996/7928), 28-4-1999 (*RJ* 1999/2223). También se exige la constancia de las cuotas de titularidad en la propiedad especial de «engalabernos» de porciones de fincas empotradas, aun cuando no existan elementos comunes (RDGRN de 20-7-1998, *RJ* 1998/5975) u, obviamente, cuando existe una comunidad romana (que es precisamente el supuesto de hecho del art. 54 RH) (RDGRN de 22-12-1949, *RJ* 1949/336).

Pero mientras que la constancia de las cuotas del artículo 54 RH es exigible cuando la cotitularidad sobre el derecho se asienta en una comunidad ordinaria, romana o por cuotas («*Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho [...]»* reza el art. 54 RH, precisamente para hacer aplicable el mandato legal de constancia de las cuotas que contiene a ese caso, pero solo a ese caso), no es así cuando no existen cuotas en la relación externa a los condueños, como ocurre en las titularidades solidarias o en mano común.

La Resolución de la DGRN de 17-3-1966 (LA LEY 5/1966) declara que el artículo 54 RH no es aplicable respecto de los derechos de fideicomisario condicional del Derecho catalán en el que existe una indeterminación consus-

(25) BLASCO GASCÓ, F., «La hipoteca inmobiliaria...», *op. cit.*, pág. 93.

(26) CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, 2002, pág. 531.

tancial del propio derecho del fideicomisario: «[...] que si se admite la indeterminación en cuanto a la subsistencia del derecho mismo que se hipoteca, con mucha mayor razón debe admitirse con este carácter excepcional, la indeterminación en cuanto a los límites cuantitativos de aquél, derivados del posible supuesto de que algunos de los otros fideicomisarios premueran al fiduciario, con lo que su derecho acrecería al de los restantes, que verían aumentar sus cuotas, lo que redundaría en beneficio del acreedor, sin que se produzca perjuicio alguno al tráfico inmobiliario y sin que ello suponga infracción del artículo 54 del Reglamento Hipotecario que al establecer la regla general solo puede imponer una determinación con datos matemáticos, en los supuestos en que lo admite la naturaleza misma del derecho que se hipoteca [...].»

La Resolución de la DGRN, de 22-5-2000 (*RJ* 2000/7323) considera inaplicable el artículo 54 RH a la constitución de un usufructo vitalicio a favor de tres personas, con carácter simultáneo y sucesivo, por aplicación del derecho de acrecer que se establece en el artículo 521 (para el usufructo en favor de varios usufructuarios) y el artículo 982.1 del Código Civil (para la sucesión). La consignación del carácter «simultáneo» es suficiente para delimitar el derecho de cada uno de los usufructuarios, pues (a diferencia de los usufructos conjuntos con fijación específica de cuota, o de los usufructos simultáneos sobre un mismo bien pero concretando cada uno de ellos a una cuota determinada del bien que se grava, como señaló posteriormente la RDGRN de 22-4-2003, *RJ* 2003/4141) en este caso «*todos quedan llamados al todo (con las consecuencias que ello implica en la relación frente al nudo propietario) y tal concurrencia de derechos de idéntico contenido sobre el mismo objeto que determina, por sí sola, la igualdad en aquel reparto o, en caso de fallecimiento de uno de los usufructuarios, el acrecimiento previsto en el artículo 521 y 982-1 del Código Civil.*»

Las RRDGRN de 31-3-1997 (*RJ* 1997/2049) y 11-12-1997 (*RJ* 1997/8822) señalan que «*el bien adquirido por una sociedad civil no personificada jurídicamente deberá inscribirse en favor de todos los socios, si bien al tratarse, como se ha señalado, no de una comunidad romana o por cuotas, sino de una cotitularidad específica, deberá recogerse en el asiento las normas estipuladas que, junto a las previsiones legales, determinan el régimen jurídico de dicha cotitularidad, de modo que quede perfectamente consignada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscribe (cfr. arts. 9 de la LH y 51 del RH, sentencias de 12 de julio de 1996 y Resolución de este Centro Directivo de 25 de marzo de 1993).*». Aunque la RDGRN de 14-2-2001 (*RJ* 2002/2154) varió el criterio en cuanto al reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades civiles no inscritas, la doctrina de las resoluciones citadas continúa siendo válida para aquellos supuestos de cotitularidad donde no existe personificación.

Efectivamente, la Resolución de 25-3-1993 (*RJ* 1993/2365) reconoce que, además de la comunidad ordinaria por cuotas indivisas, caben otras formas de comunidad en que la cotitularidad no recae sobre un bien, sino sobre un conjunto patrimonial. Por eso, cabe el acceso al registro del régimen especial derivado de las UTEs, siempre que se hagan constar en la inscripción, «[...] las circunstancias necesarias para que quede expresada la titularidad, naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (cfr. art. 9.^o de la LH y 51 del RH) tal como resulte de la realidad sustantiva acreditada por la titulación presentada al Registro».

Mientras las Resoluciones de la DGRN de 13-4-2000 (*RJ* 2000/2750) y 3-2-2004 (*RJ* 2004/911) aplican el artículo 54 RH respecto de la necesidad de determinación ideal de las cuotas sobre el bien adjudicado en operaciones divisorias aprobadas judicialmente, las de 30-1-2003 y 10-9-2009 (*RJ* 2003/2602 y *RJ* 2009/4569) admiten las cesiones en pago o adjudicaciones judiciales de fincas efectuadas en procedimientos de quiebra a favor de la pluralidad de acreedores que constituyen el sindicato de acreedores de la quiebra, sin individualización de cuotas, a pesar de carecer de personalidad jurídica por «[...] la existencia de un elevado número de acreedores, la determinación de estos por remisión al expediente de quiebra, el carácter “en mano común” de las titularidades ostentadas, así como la articulación de un órgano legitimado para el ejercicio de los derechos correspondientes en nombre de tales acreedores [...]», y ello porque aunque estos sindicatos de acreedores no estén perfectamente identificados, sí están «[...] plenamente articulados para su funcionamiento, sin que por ello se resientan los principios básicos rectores de nuestro sistema registral».

II. SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE LA HIPOTECA FLOTANTE EN FAVOR DE UNA PLURALIDAD DE ACREDITORES, EN GARANTÍA DE VARIAS OBLIGACIONES DIFERENTES, CONVENCIONALMENTE ARTICULADA SOBRE UNA COMUNIDAD EN MANO COMÚN

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que es posible articular una titularidad activa plural del derecho real de hipoteca en la forma de comunidad germánica o en mano común en los casos en los que sea tal la comunidad existente sobre el crédito garantizado. Procede ahora estudiar ahora con mayor detenimiento la aplicación de esa titularidad germánica al supuesto concreto de una hipoteca flotante.

Es perfectamente posible, y hasta frecuente en el caso de creación de hipotecas flotantes en el contexto de procesos de refinanciación, que la hipoteca se cree en garantía de muy diversas obligaciones: algunas de carácter

mancomunado (derivadas, por ejemplo, de créditos sindicados), otras derivadas de relaciones bilaterales con un único acreedor, otras, en fin, de carácter solidario (mucho más excepcionales).

En torno a este punto, debe enfatizarse que uno de los elementos más propio y más diferenciador de la hipoteca flotante es su potencial utilización en garantía de varias obligaciones, aun con causa diferente, quebrando así lo que se tenía, incorrectamente en nuestra opinión, como axioma insoslayable del Derecho Hipotecario: «una obligación-una hipoteca» (27). Esta característica matiza (sin derogar en modo alguno) ciertos principios registrales como el de accesoriedad de la hipoteca respecto a la obligación garantizada. Como señala su Preámbulo, la Ley 41/2007: «flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente “flotantes” [en tanto que] la accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquellas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras». Así sucede en relación con los supuestos de pluralidad de acreedores. Como ha señalado GÓMEZ GÁLLIGO (28), la reforma de la Ley Hipotecaria de 2007 se hace contra los principios de accesoriedad y especialidad o, mejor, contra la rígida aplicación que de los mismos se había venido haciendo.

1. CARACTERES DE LA HIPOTECA FLOTANTE

En efecto, la hipoteca flotante viene a colmar la vieja aspiración de permitir la utilización de la hipoteca para la cobertura de varias obligaciones, incluso no perfectamente determinadas al tiempo de la constitución, superándose así una interpretación rígida de los principios de especialidad y determinación. En virtud del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria introducido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre (la «Ley 41/2007») es posible gravar un bien en garantía de obligaciones distintas, sean presentes o futuras, aunque carezcan de nexo causal entre ellas, sin que el hipotecante deba individualizar la parte de la responsabilidad hipotecaria total que garantiza cada obligación. Vencida alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, podrá el acreedor, a su entera discreción, realizar el bien para satisfacción de todas, alguna o algunas de las obligaciones garantizadas vencidas, o de solo una parte de

(27) Sobre los argumentos que permitían defender, ya antes del reconocimiento legal de la hipoteca flotante, que el axioma «una obligación-una hipoteca» no era corolario esencial de nuestro Derecho Hipotecario, véase AZOFRA VEGAS, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, mayo-junio, pág. 1182.

(28) GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia», en *RCDI*, núm. 702, pág. 1659 y sigs.

ella(s) (*facultas electionis*). El elemento esencial de la hipoteca flotante es, así, la *indiferenciabilidad* de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, que permite al acreedor dirigirse contra el bien, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria atribuida en conjunto, ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas. No existe, necesariamente, una parte de la responsabilidad hipotecaria que quede afecta a la seguridad de una de las obligaciones garantizadas, sino que cualquiera de ellas puede desencadenar, ante su vencimiento, la ejecución de la hipoteca y por la totalidad de la responsabilidad.

Otra gran utilidad que las hipotecas flotantes ofrecen es la de servir de garantía de una pluralidad de obligaciones no completamente determinadas, bastando con hacer constar la «*descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*» (art 153 bis LH).

Las ventajas de la figura son evidentes. El más obvio es el abaratamiento de costes y tramitación, pues se consigue mediante una única hipoteca asegurar un conjunto de créditos, extrayendo la máxima capacidad de apalancamiento de un inmueble (*estirando* el crédito territorial a las últimas consecuencias), evitando la necesidad de constituir y/o cancelar distintas hipotecas y permitiendo al acreedor o acreedores realizar la hipoteca respecto de cualquiera de los créditos garantizados vencidos o de todos ellos, a su opción, sin necesidad de renunciar a las garantías específicas de los créditos garantizados (que sería el efecto de la novación extintiva de la refundición en una única cuenta de crédito o corriente que la DGRN venía exigiendo para admitir la hipoteca semi-flotante con anterioridad a la Ley 41/2007, vid. RRDGRN de 23 de diciembre de 1987, *RJ* 1987/9722; de 26 de noviembre de 1990, *RJ* 1990/9333; de 24 de julio de 1998, *RJ* 1998/5979; de 27 de septiembre de 2000, *RJ* 2000/10206; de 3 de noviembre de 2000, *RJ* 2000/10239; de 21 de junio de 2001, *RJ* 2001/5684; de 10 de julio de 2001, *RJ* 2001/5910, y de 27 de septiembre de 2001, *RJ* 2001/10245). Y otro enorme provecho es que permite asegurar un conjunto variopinto de obligaciones, de muy diversos acreedores, de forma que la totalidad del valor del bien o bienes dados en garantía sirva o cubra cualquiera de las obligaciones garantizadas, desde el primer céntimo de euro, permitiendo la creación de una comunidad de destino en favor de todos o la inmensa mayoría de los acreedores de una determinada sociedad (o de aquellos que se avienen a refinanciar su deuda, a seguir facilitando el crédito que evita su colapso financiero), lo que, en las actuales circunstancias de crisis generalizada, puede fácilmente entenderse que es tremadamente ventajoso para la economía nacional. La hipoteca flotante ha venido por eso siendo enormemente utilizada en el contexto de las múltiples operaciones de refinanciación empresarial que se han venido sucediendo, lamentablemente para todos, en los últimos meses y años. Y la figura ha rea-

lizado una notable contribución para permitir la superación de difíciles escenarios de crisis empresarial, evitándose la generalización de procesos concursales, con los colaterales efectos de pérdida masiva de puestos de trabajo y, en general, de daño mayúsculo a la economía del país.

Y todo ello porque en la hipoteca flotante: *a) no existe condicionamiento en cuanto a la naturaleza de las obligaciones garantizadas (de cualquier clase, reza el art. 153 bis LH); b) ni en cuanto al número de las que pueden garantizarse (varias); c) ni en cuanto a su existencia al tiempo de constitución de la garantía, o a la posibilidad de combinarlas (presentes y/o futuras); d) ni respecto de la exigencia de constatación circunstanciada de los elementos identificadores de las obligaciones garantizadas, sin que se imponga, tampoco, la existencia, al tiempo de constitución de la garantía, de las relaciones jurídicas de las que resultarán los créditos garantizados y admitiéndose la mera descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas.* Tampoco se impone ninguna circunstancia subjetiva a las partes de la relación hipotecaria (con la salvedad de que el acreedor sea una entidad financiera o una administración pública), lo cual permite, desde luego, la existencia de pluralidad de partes en la posición de deudor, de acreedor y de hipotecante no deudor. Cabe por eso que se constituya una hipoteca flotante en favor de varios acreedores, cualquiera que sea la relación en el crédito existente entre ellos (e incluso aunque no exista ninguna relación en el crédito entre ellos), de la misma forma que puede constituirse una hipoteca flotante en seguridad de las obligaciones de varios deudores (exista, o no, una relación o vinculación en el crédito entre ellos). La flexibilidad es, por tanto, notabilísima.

2. EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD EN LA HIPOTECA FLOTANTE

Pese a dicha flexibilidad, la hipoteca flotante continúa siendo accesoria de las obligaciones garantizadas (arts. 1857, 1212 y 1528 CC; 104 y 105 LH), indivisible (arts. 1860 CC, 122 y 123 LH), causal y no abstracta (art. 1277 CC, 19 y 80 LH, 51 RH), absoluta o con eficacia *erga omnes* tras su inscripción (arts. 1858, 1875 y 1876 CC; 13 y 32 LH), produce legitimación registral del beneficiario presumiéndose válido el contenido del registro tras su inscripción (arts. 38, 91 y 1.3.^o LH), se beneficia de los efectos de fe pública registral (art. 34 LH), prioridad registral (art. 17 LH), asentados en los principios de legalidad (art. 18 LH), tracto sucesivo registral (art. 20 LH) y especialidad o determinación (art. 9 LH, 51 RH).

3. LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA EN LA HIPOTECA FLOTANTE

Como elemento esencial de la hipoteca flotante, se exige la determinación de la cantidad máxima de que responde la finca (29). No es un elemento específico de la hipoteca flotante (de hecho, se exige con carácter general en los arts. 12 LH o 219.1 RH). La determinación de la responsabilidad máxima hipotecaria tiene carácter esencial para cualquier hipoteca, singularmente las de máximo (30), sin que el establecimiento de una responsabilidad hipotecaria por debajo de la obligación permita hablar de dos obligaciones, una hipotecaria y otra no. La responsabilidad máxima hipotecaria determina el riesgo máximo que soportan los terceros (como el tercer poseedor y el hipotecante no deudor que podrán, en consecuencia, exigir la cancelación de la hipoteca abonando dicha cifra) (31).

El artículo 153 bis no exige la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los varios créditos garantizados (superándose también en este punto la tesis más restrictiva anterior de la DGRN en relación con la hipoteca semiflotante, vid. RRDGRN de 1-6-2006, 17-3-2008, 18-03-2008 y 25-4-2008). Ello parece absolutamente lógico en la hipoteca flotante en garantía de obligaciones futuras (pues lo contrario privaría a la flotante de una de sus mayores potencialidades, que es la de servir como campo fértil para la generación de crédito futuro, al imponer a las partes estimar las condiciones de relaciones jurídicas aún siquiera planteadas preliminarmente) (32).

Pero incluso en caso de que se garanticen solamente obligaciones presentes, y no futuras, puede interesar a las partes que no se distribuya la responsabilidad hipotecaria máxima entre cada obligación, sino por el contrario, que todos y cada uno de los créditos garantizados lo estén hasta el máximo de la responsabilidad hipotecaria fijada. Se quiere con esta opción, entre otras cosas, que en caso de amortización o extinción de cualquiera de los créditos garantizados por la hipoteca, se mantengan los restantes créditos garantizados hasta el total de la responsabilidad máxima inicial. Si se distribuyera la responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, nos encontraríamos en una situación muy próxima (sino igual) a la de coexistencia de varias hipotecas con el mismo rango hipotecario sobre el mismo bien: la amortización o extinción de cualquiera de ellos podría llevar naturalmente aparejada la cancelación parcial de la hipoteca en lo tocante a la parte de la responsabi-

(29) FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA CLAROS, I., «La hipoteca global», en *Hacia un nuevo Derecho Hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Academia Sevillana del Notariado, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pág. 231.

(30) ROCA SASTRE, R. M., y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, L., «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, Tomo VIII, pág. 359.

(31) RDGRN de 2 de enero de 1996 (*RJ* 1996/584).

(32) CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., «Tratado...», *op. cit.*, pág. 572.

lidad máxima hipotecaria inicialmente asignada al crédito amortizado o extinguido (*ex art. 1857.1.^o CC*), sin que los restantes acreedores hipotecarios «acrezcan» o se beneficien de la responsabilidad hipotecaria extinguida.

Aunque la posibilidad de existencia de varias hipotecas del mismo rango solo está prevista expresamente en nuestro Derecho en relación con la ejecución hipotecaria (art. 227 RH), existe consenso absoluto sobre la posible coexistencia de varias hipotecas del mismo rango en un mismo bien, sea por constitución e inscripción simultánea, sea a consecuencia de un negocio sobre el rango de hipotecas inicialmente de distinto rango. La constitución de una pluralidad de hipotecas sobre un mismo bien en garantía de créditos de diferentes acreedores aventaja a la hipoteca flotante en que evita de raíz cualquier debate sobre las titularidades compartidas (por ejemplo, para el ejercicio de la acción de devastación), y que atribuye a cada acreedor hipotecario señorío absoluto sobre su propia hipoteca. Pero comporta la desventaja de la necesidad de individualizar la responsabilidad máxima a que está sujeto el bien en relación con cada obligación, lo que en última instancia limita el derecho de agresión de cada acreedor frente al bien. Y en el contexto de las operaciones de refinanciación tan frecuentes actualmente, en las que es habitual que se exija como condición de la refinanciación la constitución de nuevas garantías sobre la práctica totalidad de los bienes libres de los deudores refinaciados, de forma que se cree una comunidad de los acreedores que aceptan la refinanciación sobre dichas garantías, esta individualización es contraria al principio de «colectivización» de los esfuerzos y las garantías.

En estos procesos de refinanciación se presenta, en ocasiones, una disyuntiva inicial: o bien se establecen hipotecas simultáneas del mismo rango sobre los bienes libres del deudor refinaciado, cada una de ellas en garantía de las distintas obligaciones refinanciadas (atribuyéndose a cada una de dichas hipotecas una fracción de la responsabilidad máxima hipotecaria allí establecida proporcional al peso relativo de cada obligación en el sumatorio de las obligaciones aseguradas), o bien se establece una hipoteca flotante en garantía de todos esos créditos sin individualizar la porción de la responsabilidad máxima hipotecaria que asegura cada obligación, de forma que cada una de ellas quede garantizada por el máximo de la responsabilidad hipotecaria allí establecida. Con esta segunda opción, las partes aspiran —ni que decir tiene que legítimamente— a que cualquier vicisitud que afecte a cualquiera de las obligaciones garantizadas (extinción, pago, etc.) no reduzca el derecho de agresión de los restantes acreedores sobre los bienes hipotecados. Y ello es especialmente entendible en los casos, tristemente habituales en las refinanciaciones, en los que la responsabilidad hipotecaria asegurada en la hipoteca es netamente inferior a las obligaciones garantizadas (porque también es inferior el valor de los bienes que los deudores en trance de refinanciación tienen aún libres para ofrecer como garantía a los acreedores dispuestos a refinanciar); así, cuando el valor

de los bienes ofrecidos en garantía no alcanza a cubrir siquiera una parte del principal de las obligaciones refinanciadas, deudor, hipotecantes y acreedores pueden preferir: *a)* que la responsabilidad máxima hipotecaria se limite al valor de los bienes hipotecados (pues es antieconómico hipotecar algo por encima de su valor razonable), y *b)* que todas las obligaciones queden garantizadas por la totalidad de dicha responsabilidad máxima hipotecaria, sin hacer subdivisiones o asignaciones parciales entre las obligaciones garantizadas, en la esperanza de que, en los supuestos de amortización o pago de cualquiera de ellas, puedan los restantes acreedores seguir *sirviéndose* de la hipoteca (y, en última instancia, del valor del bien) en toda su extensión.

Parece claro que cada uno de los créditos asegurados por una hipoteca flotante es, en sí mismo, un crédito hipotecario (33). Es, sin embargo, un crédito hipotecario especial en los casos en los que no se distribuya la responsabilidad hipotecaria entre los créditos (la hipoteca «flota» sobre todos ellos). En ausencia de asignación o atribución, el acreedor de cada uno de esos créditos hipotecarios podría ejecutar el bien ante el impago o vencimiento, hasta el máximo de la responsabilidad global (lógicamente, en perjuicio de terceros).

Puesto que, por una parte, la totalidad de la responsabilidad hipotecaria de la hipoteca flotante respalda la totalidad de cualquiera de las obligaciones garantizadas y tiene el acreedor derecho omnímodo a decidir qué obligación u obligaciones (de las amparadas objetivamente por el alcance de la hipoteca) quiere que se beneficien de la protección hipotecaria, debería admitirse, sin dificultad, el derecho del acreedor de establecer unilateralmente en cualquier momento (por ejemplo, para facilitar una cesión a terceros de cualquiera de los créditos cubiertos por la hipoteca flotante) el reparto de responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, sin precisar para ello consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, el tercer poseedor o los titulares registrales posteriores. Ello no perjudica a los restantes acreedores del hipotecante, ni a los embargantes o titulares de cualquier derecho sobre la cosa hipotecada de rango posterior, pues todos conocen, porque el registro así lo publicita, que el acreedor hipotecario tiene el derecho de agresión sobre el bien hasta el límite de la responsabilidad máxima hipotecaria en caso de vencimiento de cualquiera de los créditos garantizados, de todos ellos o de algunos de ellos.

4. PLURALIDAD DE ACREDITADORES

La hipoteca flotante puede servir de garantía de más de un crédito y de más de un acreedor. No hay ninguna limitación a ello en el artículo 153 bis LH y,

(33) Algunos autores ponen en cuestión el carácter de hipotecario del crédito asegurado por una hipoteca flotante (CARRASCO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditor*», en *La Ley*, 14-7-2008, pág. 3).

en consecuencia, se aplican los principios generales. Ello hace surgir la discusión sobre la titularidad que ostentan los acreedores hipotecarios sobre la hipoteca. Pero antes de analizar el supuesto de concurrencia de varios acreedores de distintos créditos, merece la pena partir del análisis del supuesto más sencillo, que sería la coexistencia de varios acreedores sobre el mismo crédito o créditos asegurados por una hipoteca flotante. Para después centrarse en la coexistencia de varios acreedores hipotecarios, sin que exista relación en el crédito entre ellos.

4.1. Pluralidad de acreedores en el mismo crédito (o créditos)

Si los acreedores de todos los créditos garantizados son solidarios, cualquiera de ellos podrá ejecutar autónomamente los derechos propios del acreedor hipotecario (acción de devastación, ejecución, etc.), *ex artículo 1137 CC* (34). En este caso, la relación interna entre los acreedores no trasciende en modo alguno a la hipoteca, porque es irrelevante para el deudor, el hipotecante no deudor, el tercer poseedor y cualquier titular registral posterior (*RDGRN de 1 de marzo de 1994 —RJ 1994/2017—, 23 de marzo de 1994 —RJ 1994/2028—, 15 de febrero de 2000 —RJ 2000/495— y 14 de febrero de 2003 —RJ 2003/2608—*).

En caso de parciariedad entre los acreedores, queda por resolver qué titularidad ostentan sobre la hipoteca (en definitiva, qué facultades puede ejercitar cualquiera de ellos respecto de la hipoteca):

- A) Una primera tesis (35) consistiría en entender que los acreedores parciarios son titulares *pro indiviso* de la hipoteca, lo que impediría a cualquier acreedor aceptar alteraciones de la hipoteca sin consentimiento de los demás (art. 397 CC) o ejecutar la hipoteca sino en interés de la comunidad (art. 394 CC). El ejercicio de las acciones de devastación y ejecución correspondería conjuntamente a todos los acreedores.
- B) Una segunda tesis (36), quizá la más extendida, consideraría que la cotitularidad en el crédito se extiende a la garantía, tal que cada acreedor sea simultáneamente titular de una porción del crédito y de la hipoteca. La pluralidad de créditos se traslada a una pluralidad de hipotecas, todas ellas, obviamente, del mismo rango. La legitimación

(34) *RDGRN de 1 de marzo de 1994 (RJ 1994/2017) y 23 de marzo de 1994 (RJ 1994/2028).*

(35) PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales y Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., págs. 489- 490.

(36) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Ed. Aranzadi, 1993, pág. 532. CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., vol. II, 1989, págs. 1820 y 1821.

ción aislada de cada acreedor (*ex art. 1138 y 1139 CC*) parecería imponer que cada acreedor pueda ejercitar la hipoteca que asegura su crédito separadamente, obviamente sin perjudicar el derecho de los demás acreedores, para lo cual se introdujo en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1947 la solución del artículo 227 RH de considerar preferentes las hipotecas de los demás acreedores al tiempo de la ejecución de una de ellas. En tal caso, sería preciso especificar registralmente qué cuota corresponde a cada acreedor en el crédito parcial (porque así lo impone, para este caso, el art. 54.1 RH).

El carácter incierto del crédito en cuanto a existencia o cuantía propio de una hipoteca de máximo no dificulta la aplicación de esta tesis (el reparto entre los varios acreedores del crédito asegurado se traslada a la responsabilidad hipotecaria).

Por ello, en ausencia de determinación convencional al respecto:

- a) No parece advertirse dificultad para aplicar esta tesis a una hipoteca flotante que asegure un único crédito de titularidad compartida entre varios acreedores parciales (la cuota en el crédito de cada acreedor se traslada a la hipoteca).
- b) Tampoco si, existiendo varios créditos, cada acreedor ostenta la misma cuota sobre todos ellos (la misma cuota invariable de cada acreedor sobre el crédito se traslada a la hipoteca). La correlación deuda-responsabilidad hipotecaria es cierta e invariable (el 25 por 100 de cada una de las partes de un todo equivale indefectiblemente al 25 por 100 del todo, cualquiera que sea el peso relativo de cada parte en el todo).
- c) Más difícil sería la aplicación si las cuotas de los distintos acreedores variaran de un crédito a otro y ello porque en la flotante no existe (necesariamente) una asignación de responsabilidad hipotecaria entre las varias obligaciones aseguradas. La «indiferenciabilidad» de la flotante parecería dificultar el cumplimiento del requisito de constancia registral de la cuota de cada acreedor del artículo 54 RH en ese caso. No habría dificultad para hacer constar la cuota que a cada acreedor corresponda en cada crédito, pero eso no determinaría, en presencia de la indiferenciabilidad propia de la flotante, en qué medida (cuota) cada acreedor puede servirse de la hipoteca, en particular, a los efectos de la ejecución de la hipoteca por vencimiento de su crédito. ¿Cómo, sin poder establecer la medida en que cada acreedor puede servirse de la hipoteca, se puede aplicar la regla del 227 RH?

Y por último, cabe, claro está, que el crédito o créditos garantizados se ostenten por varios acreedores en mano común. En tal caso, solo la acción

conjunta (unánime) de los acreedores puede determinar el ejercicio de las acciones hipotecarias, o la cancelación de la hipoteca (porque existe una única hipoteca).

4.2. Pluralidad de acreedores por créditos distintos

¿Y qué ocurriría si se garantiza con una hipoteca flotante dos o más obligaciones de acreedores diferentes? Difícilmente se podrá decir, en ese caso, que la cotitularidad en el crédito debe trasladarse a la garantía por mor del principio de accesoriedad de la hipoteca, y ello porque no existe cotitularidad alguna en el crédito, sino una mera reunión o agrupación convencional (porque así lo quieren las partes en la constitución de la hipoteca) en el objeto de la hipoteca, en las obligaciones aseguradas por la hipoteca. Se podrá defender que existe algún tipo de comunidad o cotitularidad entre los acreedores sobre el derecho real, pero en ningún caso se puede predicar cosa parecida en la relación crediticia (porque los créditos asegurados son diferentes).

En caso de existencia de varios créditos de distintos acreedores, en ausencia de una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos pactada entre las partes, existirá una relación de comunidad *pro indiviso* de los acreedores sobre la flotante en la que el ejercicio de las acciones hipotecarias solo pueda corresponder a la totalidad de los comuneros (acreedores hipotecarios) o a uno solo, en beneficio de la comunidad, mientras que se podrá defender la coexistencia de múltiples hipotecas (flotantes o no) del mismo rango si queda pactada la cuota en que cada acreedor se beneficie de la hipoteca (por previsión al efecto en la escritura de constitución o por determinación del acreedor o acreedores —y los titulares de derechos sobre el crédito o créditos hipotecarios— con posterioridad).

Y cabe también, si las partes no quieren establecer la cuota en que cada acreedor puede servirse de la hipoteca, que se constituya una comunidad en mano común sobre la hipoteca flotante (pudiendo no existir cualquier forma de copropiedad entre los créditos garantizados o cotitularidades distintas de la mancomunidad existente en la hipoteca).

Caben hipotecas flotantes en garantía de varias obligaciones, aun cuando no exista conexión causal alguna entre ellas. Y ello porque lo dice la ley (art. 153 bis LH), sin necesidad de acudir a construcciones doctrinales o precedentes jurisprudenciales. Y cabe (porque la ley no lo prohíbe) que los créditos garantizados por una hipoteca flotante sean de distintos acreedores. Y cabe (porque la ley no lo prohíbe) que algunos de esos créditos sean solidarios, otros parciales y otros en mano común. Y es posible que las partes de una hipoteca flotante establezcan qué porciones de la responsabilidad máxima hipotecaria quedan garantizando cada uno de los créditos. Como es posible que las partes

establezcan sobre la hipoteca una comunidad romana en favor de los acreedores, y determinen la cuota de cada uno de ellos en la hipoteca (y, de esa forma, la medida en que cada uno de ellos podría servirse aisladamente de la hipoteca). Pero la ley no les impone ninguna de esas dos determinaciones (ni el reparto de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones garantizadas; ni la constitución de una comunidad romana sobre la hipoteca, que puede no existir sobre los créditos garantizados). Y pueden establecer una comunidad en mano común sobre la hipoteca, atribuyendo el ejercicio de las acciones hipotecarias al mancomún. Porque, en ausencia de una determinación convencional al respecto, no puede llegarse a otra conclusión (cualquiera que sea la opción que se tome en torno a la forma de articular las relaciones entre los propietarios de la hipoteca) que el ejercicio de las acciones hipotecarias corresponde a todos los acreedores hipotecarios. Tanto si se mantiene que en Derecho español no cabe otra forma de comunidad que la romana (lo que negamos), como si se admite una mano común, debe admitirse que, en ausencia de una determinación convencional de las partes en torno a la cuota de cada acreedor hipotecario en la hipoteca o de la porción de la responsabilidad hipotecaria que garantiza cada obligación, solo los acreedores hipotecarios, actuando de consuno, pueden ejercitarse las acciones hipotecarias.

La motivación de las partes al establecer una titularidad en mano común sobre la hipoteca debe merecer todo el respaldo del Derecho (37). Con independencia de su importe, los créditos garantizados por una hipoteca flotante pueden ser muy distintos unos de otros: pueden tener distintos calendarios de amortización, disfrutar de garantías adicionales a la hipoteca unos sí y otros no, o tener atribuida distinta importancia a los efectos de la relaciones internas entre deudor y acreedores. Esta potencial diferencia radical entre los créditos asegurados por una hipoteca flotante es la que determina que, en ausencia de determinación convencional al efecto, no se pueda en absoluto presuponer que corresponda a los acreedores hipotecarios una cuota igual en la hipoteca (que no existe en los créditos garantizados) (como resultaría del art. 1.138 CC), ni que corresponda a cada acreedor hipotecario una cuota en la hipoteca igual al porcentaje matemático que representa su crédito (o suma de créditos) en la suma total de los créditos garantizados por la hipoteca. Hacer algo así supon-

(37) VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., «La ejecución judicial de la hipoteca flotante: problemas prácticos», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, Fundación Registral, Madrid, 2009, pág. 467: «*La ventaja de esta titularidad [“en mano común”] radica en que, por un lado, impide la ejecución autónoma de la hipoteca por un solo acreedor en perjuicio de los otros —solidaridad— y, por otro, permite aprovechar todas las potencialidades de la hipoteca flotante, pues la parcialidad implica la existencia de una pluralidad de hipotecas —art. 1130 del CC— con los efectos del artículo 227 del Reglamento Hipotecario de subsistencia de las hipotecas de igual rango no ejecutadas, lo que impide que los acreedores puedan realizar el bien, en caso de vencimiento de un crédito cualquiera, hasta el máximo de responsabilidad hipotecaria global.*

dría una grosera simplificación de la complejidad del tráfico y de las relaciones entre las partes.

5. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 54 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

Es precisamente por la radical divergencia que puede existir entre las titularidades de los créditos garantizados por una hipoteca flotante por lo que resulta más inconsecuente la exigencia de hacer constar, en todo caso, las cuotas de titularidad de los acreedores hipotecarios en la hipoteca: ¿se quiere acaso imponer para la inscripción de la hipoteca en este caso la burda simplificación de sumar los nominales de los créditos garantizados y determinar el porcentaje nominal que corresponde a cualquiera de los acreedores sobre el total de los créditos garantizados, como si se sumaran *peras y manzanas*?; ¿o que se establezcan distintas cuotas para cada uno de los acreedores hipotecarios, una por cada uno de los créditos garantizados por la hipoteca?, ¿qué utilidad o ventaja reportaría a los restantes acreedores del deudor o de los hipotecantes, a los titulares de cualesquiera derechos inscritos sobre los bienes con posterioridad a la hipoteca o a los acreedores de los propios acreedores hipotecarios la constancia registral de los múltiples porcentajes que representa, para cada uno de los acreedores hipotecarios, su cuota en cada uno de los créditos garantizados con la hipoteca?

Cuando una hipoteca flotante garantiza más de un crédito, cada uno de ellos de acreedores distintos, no es posible atribuir a cualquiera de ellos una cuota en la hipoteca flotante en proporción al peso matemático, puramente nocional, que tenga cada crédito en la suma de los créditos garantizados, obviamente, salvo que los acreedores hipotecarios así lo quieran. Y ello por la simple razón de que cada crédito puede tener distinta naturaleza, distinta antigüedad, gozar de distintas garantías o condiciones económicas, merecer muy diferente solvencia, etc., y resulta por ello absolutamente simplista (casi reduccionista) asumir que la cuota en que cada acreedor hipotecario puede servirse de la hipoteca flotante viene necesaria e indefectiblemente determinada por el porcentaje matemático que represente su crédito en el sumatorio de los créditos garantizados. Solo será así cuando los acreedores hipotecarios así lo quieran, y no lo querrán, previsiblemente, si efectivamente existen divergencias cualitativas importantes entre los créditos. En definitiva, ¿por qué habría de aceptar el acreedor de una deuda por principal de 100 € una cuota del 50 por 100 de una hipoteca flotante que garantizase ese crédito y otro también de 100 € pero de naturaleza subordinada? Y es que, para que la hipoteca flotante pueda desplegar toda la virtualidad que el legislador ha querido concederle como instrumento adecuado a las nuevas exigencias del tráfico económico (*«la mejora de los instrumentos de financiación»*, a la que

se refiere la parte final del Apartado I del Preámbulo de la Ley 41/2007, o «*alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado*», a que se refiere el Apartado V del Preámbulo y aún antes, el objetivo de «*facilitar la diversidad de productos ofertados*», que señaló la proposición no de ley de 15 de febrero de 2005 para la modificación del marco hipotecario, germen de la Ley 41/2007) es necesario reconocer, sin reservas, que puede servir como garantía de varios créditos, pertenecientes a distintos acreedores, sin que se imponga al hipotecante o a los acreedores hipotecarios cortapisas o limitaciones no exigidas legalmente (que, por cierto, tampoco aprovechan a terceros, registrales o no).

Si los créditos tienen calendarios de amortización dispares, la vida esperable de cada uno será distinta y se irán amortizando acelerada o retardadamente unos respecto de otros. Al recurrir al instrumento de la hipoteca flotante, sin distribuir la responsabilidad hipotecaria entre los créditos y sin establecer una comunidad por cuotas en favor de los acreedores, las partes buscan, entre otros efectos, que, en caso de amortización o extinción de alguno de los créditos, la hipoteca permanezca inalterada, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria máxima inicial, para la eventual ejecución de los restantes. Por el contrario, al hacer constar una cuota de participación de cada acreedor en el derecho de hipoteca, se estaría llevando a cabo una asignación de responsabilidad hipotecaria para cada obligación, que es precisamente lo que las partes pueden querer evitar. Si en ese caso se llevara a cabo la amortización de alguno de los créditos, la responsabilidad hipotecaria asignada a este ya no podría ser utilizada para la ejecución de los restantes créditos.

La cuota matemática de cada acreedor en el sumatorio de los créditos garantizados es irrelevante para las partes y para los terceros ajenos a las partes (sean o no titulares de derechos inscritos en el registro con rango posterior a la hipoteca), si no han querido las partes que sea esa cuota matemática la que determine precisamente la extensión de los derechos de agresión respecto del bien de cada acreedor hipotecario. Y más allá de que pueda carecer de sentido económico y negocial tal determinación matemática, lo relevante es que las partes de una hipoteca flotante en garantía de varias obligaciones no tienen obligación alguna de asumir dicha determinación bajo ninguna exigencia legal, ni en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, ni en ninguna otra norma con rango de ley, ni siquiera en el artículo 54 RH que solo se aplica en los casos en los que existan «*partes indivisas de una finca o derecho*».

La premisa de interpretación de la normativa reguladora de la hipoteca flotante ha de ser, precisamente, la de la búsqueda de la flexibilidad (pues así lo impone el Preámbulo de la Ley 41/2007: «*la accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquellas hipote-*

*cas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretendan garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria. Lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas [...]»). También es indicativo, a estos efectos, que la misma introducción del nuevo 153 bis LH se efectúa a través del Capítulo VI de la Ley 41/2007, que no por casualidad lleva por título *Mejora y flexibilización del mercado hipotecario*. En el mismo sentido va orientado el mandato específico que el Preámbulo de la Ley 41/2007 efectúa a notarios y registradores: «*La sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas, obliga también a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, de manera que como operadores jurídicos, en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes [...]*».*

Exigir la expresión de la cuota que corresponde a cada acreedor en la hipoteca flotante, cuando ésta garantiza obligaciones de distintos acreedores y las partes de la relación no quieren asignarla, desnaturalizaría la figura y la haría inútil en muchos casos. Se trata de una herramienta enormemente flexible y no tiene sentido que, por vía interpretativa, se restrinja su potencialidad.

En idéntica línea, señala VALERO FERNÁNDEZ-REYES que: «*si las partes pactan expresamente una titularidad “en mano común”, ninguna objeción debe existir a su inscripción si los pactos acordados se ajustan a la naturaleza de la misma [...]*». Admite abiertamente este autor el establecimiento convencional de la titularidad en mano común sobre la hipoteca al afirmar: «*Esta titularidad “en mano común”, cuya principal característica es que el ejercicio de la acción de ejecución corresponde conjuntamente a todos los acreedores, se encuentra insuficientemente regulada en el Código Civil —únicamente existe una referencia en los arts. 1139 y 1150—, y según DÍEZ-PICAZO, es posible, bien porque exista una objetiva indivisibilidad del crédito, o bien porque los acreedores lo acuerden así expresamente. El derecho o proporción último de cada acreedor vendrá determinado por la cantidad que cada uno haya prestado, pero ello es indiferente a la hipoteca, pues solo afectará a las relaciones internas entre los acreedores*» (38).

En favor de esta visión abierta, flexible, se pronunció la Comisión Técnica de Criterios de Calificación (sección Hipoteca) del Colegio Oficial de

(38) VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A., «*La ejecución judicial...*», *op. cit.*, pág. 467.

Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, en su informe de 10 de mayo de 2010: «[...] se ha de entender que la determinación de cuotas, prevenidas en el artículo 54 del RH, es innecesaria en aquellos casos en los que el derecho real de hipoteca se constituye a favor de un conjunto de acreedores integrados en un sindicato, pues los mismos constituyen una colectividad cuyos miembros están “completamente identificados”, existe una entidad —el Agente— “legitimada para el ejercicio de las acciones correspondientes”, ostentan [...] una titularidad semejante a la “en mano común” y, finalmente, tienen una “perfecta articulación en su funcionamiento”». Ya esta comisión había mantenido una opinión positiva desde octubre de 2008 en el contexto de la primera refinanciación de una de las grandes inmobiliarias del país.

Por su parte, SARMIENTO considera que «*cualquiera que sea la naturaleza de la situación crediticia asegurada (sea crédito único con varios titulares, solidario, en mano común o parciario, sea una pluralidad de créditos totalmente independientes, presentes o futuros o pertenecientes a distintas entidades; sea, en fin, una situación crediticia más compleja como la que resulta de un convenio alcanzado en concurso de acreedores o en estos convenios de financiación [...] en que los créditos de cada entidad se mantienen independientes, pero se establece un régimen de actuación común vinculante para todos ellos), si se constituye una única hipoteca en su cobertura, no es imprescindible la fijación de cuotas en esta garantía real*» (39). Aduce al respecto varias razones:

- a) Admitida la idea de que a una única hipoteca le corresponde una única ejecución (salvo el caso de amortización gradual o similares supuestos, como la hipoteca de rentas o la hipoteca en garantía de títulos al portador), lo importante no será propiamente la determinación de cuotas en el derecho real, sino la determinación de un régimen adecuado para su ejecución. Este régimen puede: (i) inferirse directamente, sin necesidad de norma específica, de la concreta naturaleza de la obligación asegurada (si el crédito es solidario, cualquier acreedor puede instar la ejecución a favor de todos —cfr. arts. 1141 y 1143 CC—, si es parciario, 397 y 398 CC resolverán la cuestión, etc.), o (ii) ser específicamente pactado, cualquiera que sea la naturaleza de la situación crediticia garantizada y para que se sobreponga al régimen que pudiera resultar de dicha situación crediticia (cfr. art. 392-2 CC).
- b) La hipoteca nunca es objeto directo de negocios jurídicos, embargos, etc. Estos recaen sobre la propia situación crediticia garantiza-

(39) QUESADA PÁEZ, A., «Hipoteca...», *op. cit.*, pág. 622, invocando la opinión de JUAN SARMIENTO.

da y se extienden automáticamente a las garantías, prendas y privilegios (cfr. 1528 CC). Por tanto, cuando una hipoteca garantice una situación crediticia compleja, lo importante es que ésta quede bien perfilada en el asiento registral, y siendo así, la transmisión de la participación que en dicha situación corresponda a cada una de las varias entidades acreedoras llevará consigo la correspondiente participación en la cotitularidad de la garantía real y la sujeción del nuevo cotitular en el régimen establecido para su desenvolvimiento. En consecuencia, desde la perspectiva de la transmisión en la cotitularidad de la hipoteca, no es necesario que inicialmente consten las respectivas cuotas en la inscripción, pues reflejando en los libros la transmisión de la participación de una de las entidades acreedoras en la situación crediticia asegurada quedará reflejado el cambio en la cotitularidad de la hipoteca sin necesidad de mayores especificaciones (cfr. nuevo art. 149 LH).

- c) Tampoco para la cancelación resulta necesaria la fijación de cuotas, porque como la hipoteca subsiste íntegra mientras no se pague toda la obligación garantizada (cfr. art. 122 LH) resultará necesaria la unanimidad para su total cancelación.

Lo esencial, según SARMIENTO, «*no son las cuotas en la hipoteca única que garantiza uno o varios créditos pertenecientes a varios titulares, sino la fijación de un régimen claro y completo sobre el desenvolvimiento de este derecho único con pluralidad de titulares*».

Por último, debemos manifestar que, si bien no habría dificultad para hacer constar la cuota que a cada acreedor corresponde en cada crédito, eso no determina, en presencia de la indiferenciabilidad propia de la flotante, en qué medida (cuota) cada acreedor puede servirse de la hipoteca, en particular, a los efectos de la ejecución de la hipoteca por vencimiento de su crédito. Del mismo modo, tal constancia supondría, bien una fosilización de tal información (pues bastaría que se llevara a cabo una amortización dispar para que la inscripción ya quedara desfasada, se produjeran desajustes entre la realidad y lo publicado por el registro, y careciera tal información de toda utilidad para los terceros), o bien una paralización de la dinámica del negocio, obligando a hacer constar en el Registro hasta la menor modificación de la situación del sindicato de entidades acreedoras, cuando lo que precisamente se ha buscado con ese mecanismo extraregistral es la celeridad en el desarrollo del negocio.

6. CONCLUSIONES

1. Nuestro Derecho admite 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 DGRN admiten comunidades de este tipo, sobre la base del principio de 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 (cuálquiera que ésta 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 cuálquiera de los acreedores hipotecarios o los titulares de derechos inscritos con posterioridad a la hipoteca. La regla de reparto interna entre los acreedores hipotecarios solo les afecta a ellos (asumiendo que la hipoteca flotante en bloque, y por el total de la responsabilidad hipotecaria, responde ante el incumplimiento de cualquiera, cuálquiera o todos los créditos garantizados). Los terceros no se ven perjudicados por esta indeterminación, ni les protegería en mayor medida la constancia de las cuotas de reparto internas, pues solo 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 de 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. Es lícito (y hasta frecuente) que las partes de una hipoteca flotante, creada en el contexto de una operación de refinanciación global, quieran regular las relaciones entre los acreedores hipotecarios conforme a los siguientes perfiles:
 - (i) inexistencia de cuotas entre las distintas entidades acreedoras en la hipoteca, así como ausencia de desglose de la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes obligaciones garantizadas;
 - (ii) en caso de cancelación de cualquiera de las obligaciones garantizadas, los demás acreedores hipotecarios «acrecen»;
 - (iii) el ejercicio de la acción de realización de valor, y de las restantes acciones hipotecarias es colectivo. El régimen de actuación 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 (quizá 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 del deudor.
5. La existencia de estos pactos se justifica por la naturaleza de la operación de que se trata; el agrupamiento de todos los acreedores de la compañía en un sindicato, fruto ello de un proceso de refinanciación, crea entre estos acreedores 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.
6. No se aprecia obstáculo alguno para la validez y acceso al registro de una hipoteca flotante en mano común. Parte del atractivo de las hipotecas flotantes radica, precisamente, en la posibilidad de agrupar, bajo un paraguas de garantía común, un conjunto de obligaciones diversas, sin establecer departamentos estancos de responsabilidad de los que las distintas obligaciones garantizadas se beneficien.

RESUMEN

HIPOTECA
HIPOTECA FLOTANTE

Nuestro Derecho admite la comunidad en mano común como forma de regular las relaciones entre los co-titulares de un bien, derecho o patrimonio. Esta comunidad puede tener génesis legal o consuetudinaria, pero también convencional. Puede libremente articularse esta forma de comunidad sobre el derecho de hipoteca, en particular tratándose de una hipoteca flotante. Es posible constituir una hipoteca flotante en mano común en garantía de varios créditos, aún cuando los acreedores hipotecarios no ostenten esa misma forma de comunidad sobre todos, varios o algunos de los créditos garantizados. La falta de constancia de la cuota de reparto interno entre los co-titulares en mano común no es obstáculo para la inscripción de la hipoteca, ni lesionaría interés digno de protección de los terceros. Es lícito (y hasta frecuente) que las partes de una hipoteca flotante, creada en el contexto de una operación de refinanciación global, quieran regular las relaciones entre los acreedores hipotecarios conforme a los siguientes perfiles: (i) inexistencia de cuotas entre las distintas entidades acreedoras en la hipoteca, así como ausencia de desglose de la responsabilidad hipotecaria entre las diferentes obligaciones garantizadas; (ii) en caso de cancelación de cualquiera de las obligaciones garantizadas, la responsabilidad hipotecaria beneficia o acrece al resto sin que en consecuencia suponga una extinción del importe garantizado con dicha hipoteca; (iii) el ejercicio de la acción de realización de valor y de las restantes acciones hipotecarias, es colectivo.

ABSTRACT

MORTGAGE
FLOATING MORTGAGE

Spanish law admits «Germanic» co-ownership on any assets, rights or estates. Germanic co-ownership may result from a legal provision, a practice of general application or an agreement. A mortgage for the benefit of various mortgagees may be structured under a Germanic co-ownership (especially in the case of a floating mortgage). A Germanic floating mortgage may be set up as a security of a variety of credits or obligations, even if no such Germanic co-ownership exists over any, some or all of the secured credits or obligations. Any such mortgage may freely access the land registry despite the absence of determination of the share or interest of each of the mortgagees in the mortgage. The lack of determination of each mortgagee's interest or share does not prejudice or otherwise impairs any third party's rights. It is lawful (and usual) that the parties to a floating mortgage set up within a global restructuring process are interested in structuring the security as follows: (i) the maximum mortgage liability is not broken down into the various secured obligations (on the contrary, the entire secured amount benefits any and all of the secured obligations); (ii) in the event of repayment or termination of any secured obligation, the entire mortgage remains in place for the benefit of the remaining secured obligations; (iii) the mortgagees (acting unanimously) will be entitled to enforce the mortgage (or any other mortgagee's rights).

(Trabajo recibido el 25-1-2011 y aceptado para su publicación el 15-3-2011)