

Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario (*)

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
Doctora en Derecho

RESUMEN: La Ley 41/2007 ha introducido en nuestro ordenamiento la regulación de la hipoteca flotante, utilizando, además, por primera vez la expresión «hipoteca de máximo» para referirse a ella. En este trabajo se analizan las notas características de la hipoteca de máximo y de la hipoteca flotante, así como la situación doctrinal, jurisprudencial y práctica que sobre esta última figura existía antes de la Ley 41/2007, con el fin de compararla con la regulación prevista en el nuevo artículo 153 bis LH.

(*) Este trabajo se ha realizado con el apoyo de una beca de investigación concedida por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España en el marco del proyecto de investigación «Transformaciones en el sistema inmobiliario registral español: las garantías constitucionales en el procedimiento registral y el reto de la convergencia europea en la protección de los derechos subjetivos», en el ámbito del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica, trienio 2004-2007, Ministerio de Educación y Ciencia, ref. SEJ2004-08057-C03-01/JUR1, del que ha sido investigador principal el Profesor Doctor D. Pedro de Pablo Contreras (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja).

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO.
2. HIPOTECA DE MÁXIMO.
3. HIPOTECA FLOTANTE:
 - A) LA HIPOTECA FLOTANTE ANTES DE LA LEY 41/2007:
 - i) *Notas características de esta hipoteca.*
 - ii) *Doctrina de la DGRN sobre esta figura.*
 - iii) *Posturas doctrinales en torno a esta figura y a la doctrina de la DGRN.*
 - B) LA HIPOTECA FLOTANTE EN LA LEY 41/2007.

1. PLANTEAMIENTO

Con la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, nuestro ordenamiento ha utilizado por primera vez, al regular una figura hipotecaria, la denominación de «hipoteca de máximo». Esta expresión es ya tradicional en nuestra doctrina, con base fundamentalmente en lo señalado en el artículo 219 RH y en cierta medida también en el artículo 12 LH; pero en la legislación hipotecaria no se preveía hasta ahora la utilización de la expresión «hipoteca de máximo».

De ahí que sea de resaltar esa cobertura legal de dicha expresión en la Ley 41/2007. Ley que, además, lo ha hecho equiparando los conceptos de «hipoteca de máximo» e «hipoteca flotante». Así, en el apartado VII del Preámbulo de esta Ley se señala: «En el Capítulo VI se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente “flotantes”».

Ahora bien, hay que precisar que, en rigor, no pueden equipararse los términos «hipoteca de máximo» e «hipoteca flotante», en cuanto que la primera es una especie en la que está incluida la última; esto es, una hipoteca flotante siempre será de máximo (1), pero, sin embargo, una hipoteca de máximo no necesariamente tiene que ser flotante, pues puede, por ejemplo, constituirse en garantía de una sola obligación presente pero de cuantía indeterminada.

(1) Tal y como señala GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «como las obligaciones que se pretenden cubrir con estas hipotecas (cobertura hipotecaria) son varias, distintas, incluso muchas de ellas futuras, o aunque sean presentes no se sabrá hasta el momento de la liquidación de la cuenta en la que se anotan, y previa elección del acreedor hipotecario, si van a resultar efectivamente cubiertas o no con la hipoteca, no queda más remedio, para dar cumplimiento al principio de determinación registral, que establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria que las garantice, ante la imposibilidad de determinar, en el momento de la constitución de hipoteca, el importe, cuantía o incluso existencia de esas obligaciones. Por esto, este tipo especial de garantía se asemeja o se encuadra dentro de las hipotecas de máximo» (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (Hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *RCDI*, núm. 681, enero-febrero de 2004, pág. 254).

Esta equiparación de los términos «hipoteca de máximo» e «hipoteca flotante» también se ha puesto de manifiesto durante la tramitación de la Ley, tanto en las enmiendas planteadas como en las intervenciones de los distintos portavoces de los grupos parlamentarios.

Pese a esta «confusión», puede entenderse que, posteriormente, el legislador rectifica en cierto modo esta equiparación total entre «hipoteca de máximo» e «hipoteca flotante» con la redacción del artículo 153 bis LH, introducido con esta Ley 41/2007.

En este precepto se hace alusión a la existencia de otras hipotecas de máximo, aun por la vía de la referencia indirecta. El nuevo artículo 153 bis LH comienza diciendo: «*También* podrá constituirse hipoteca de máximo...». Hay que tener en cuenta que este nuevo precepto se ubicará después del artículo 153 LH, que regula la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, que ha sido tradicionalmente considerada como el arquetipo de las hipotecas de máximo. De modo que ese «también» del artículo 153 bis LH hace referencia a la hipoteca de máximo en garantía de cuenta corriente de crédito regulada en el artículo anterior, para después señalar otra posibilidad de constituir hipoteca de máximo, esta vez, y como novedad, en garantía de una o varias obligaciones pero sin necesidad de pacto novatorio de las mismas (novación que sí existiría en el caso de que la hipoteca se constituyese en garantía de cuenta corriente de crédito).

A continuación se examinará, con algo más de detalle, la figura de la hipoteca de máximo y, posteriormente, la regulación que de la hipoteca flotante se ha acogido en la Ley 41/2007, que pone fin al debate y polémica doctrinal y jurisprudencial sobre su admisión en nuestro Derecho.

2. HIPOTECA DE MÁXIMO

La expresión «hipoteca de máximo» es ya tradicional entre nuestra doctrina para hacer referencia a aquella hipoteca que se constituye en garantía de un crédito de existencia o cuantía indeterminada de manera que se señala un importe máximo de responsabilidad para cumplir con las exigencias mínimas del principio de determinación registral. En palabras de ROCA SASTRE, se puede definir como aquella «que se constituye por una *cantidad máxima*, en garantía de créditos *indeterminados en su existencia o cuantía*, que sólo se indican en sus *líneas fundamentales*, y cuya determinación se efectúa por *medios extrahipotecarios*» (2).

(2) ROCA SASTRE, Ramón M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *Hipotecas*, 8.^a ed., revisada, ampliada y puesta al día, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 317. La cursiva del texto es del propio autor.

Es la modalidad típica de las hipotecas de seguridad, caracterizadas, en contraposición a las hipotecas ordinarias o de tráfico, porque alguno de los elementos de la obligación asegurada (el sujeto titular, la propia existencia de la obligación garantizada, su importe, su vencimiento...) no está *ab initio*, en el momento de la constitución, perfectamente determinado y, en consecuencia, la fe pública registral, así como la legitimación por el Registro, no se extienden al crédito garantizado, porque la existencia y cuantía de éste quedan supeditadas a la realidad jurídica extrarregistral. Este crédito aparece en el momento de la constitución simplemente indicado en sus líneas generales y fundamentales, con los datos que permitan en un futuro individualizarlo y concretarlo (cfr., entre otras, las RRDGRN de 5 de marzo de 1929, de 5 de febrero de 1945, de 9 y 10 de octubre de 1997 y de 6 de noviembre de 1999), siendo en el momento de la ejecución cuando el acreedor deberá probar por medios extrarregistrales todas esas circunstancias que quedaron imprecisas (no inscritas) en la constitución y, entre otras, la existencia, certeza y exigibilidad del crédito. Esos documentos de prueba, junto con el título de constitución, forman así el título ejecutivo de este tipo de hipotecas.

Dentro de las hipotecas de seguridad podemos contemplar la existencia de distintas modalidades, caracterizadas principalmente porque la indeterminación se da en un elemento distinto en cada una de ellas: el sujeto acreedor (v.gr., hipoteca en garantía de títulos valor), la cuantía del crédito (v.gr., hipoteca de máximo), la propia existencia del mismo (v.gr., hipoteca en garantía de obligación futura o sujeta a condición), etc. Claro está que, en la práctica, en un mismo caso pueden combinarse los supuestos de indeterminación: por ejemplo, una hipoteca de máximo en garantía de obligaciones futuras.

Como fundamentos jurídicos de la existencia de las hipotecas de máximo se pueden señalar los artículos 12 LH y 219 RH, que exigen fijar en el momento de la inscripción el importe de la obligación asegurada (y el de los intereses, si se hubieran estipulado) o la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada. Esa previsión acerca de la determinación al menos de «la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada», en clara referencia a la posibilidad de la hipoteca de máximo, con anterioridad a la Ley 41/2007 únicamente estaba prevista en el artículo 219 RH y no en la Ley Hipotecaria, en cuyo artículo 12 sólo se señalaba que «las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubiesen estipulado». Sin embargo, en la Ley 41/2007, en su artículo 11.1, se reforma este último precepto. El tenor de esta norma cambia, previéndose expresamente la posibilidad de señalar una cuantía máxima de responsabilidad hipotecaria. Este artículo 12 LH, en su primer párrafo, en la nueva redacción dada por la Ley 41/2007, indica que «en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y,

en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración».

Pero, aparte de estas normas, no se prevé ninguna otra disposición específica para este tipo de hipotecas. Simplemente, con posterioridad a ese artículo 12 LH, se regulan distintos supuestos de hipoteca que ha venido reconociendo el ordenamiento, en los que se da o puede darse, además, la circunstancia de que el importe del crédito garantizado se haya hecho constar como una cantidad máxima de la que responderá el bien hipotecado: hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (arts. 153 LH y 245 y 246 RH), hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales (arts. 142 y 143 LH y 238 RH), la nueva regulación de la hipoteca flotante, etc.

De la definición que se ha señalado de la hipoteca de máximo se pueden extraer las siguientes características básicas de la misma (3):

- a) Característica esencial de este tipo de garantía hipotecaria es la variabilidad e indeterminación del importe asegurado, de manera que en el Registro, en el momento de la constitución de la garantía, sólo se hace constar una cantidad máxima (por principal e intereses) de la que responderá el bien hipotecado, con independencia de cuál sea finalmente el importe de la obligación garantizada (4).

Viene a señalarse así, de antemano, el importe máximo del crédito asegurado con la hipoteca, como exigencia del principio de especialidad o de determinación registral, en aras de la protección de terceros poseedores o adquirentes del bien hipotecado con posterioridad, pues lo que a éstos interesa especialmente no es tanto el importe real

(3) Cfr., entre otros, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 319 y sigs.; y DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a Dolores, «Algunas consideraciones sobre la hipoteca de máximo», en MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis (coord.), *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, vol. III, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, págs. 2307-2311. Esta última autora, además, a partir de esa definición dada y de las características que de ella se derivan, califica la hipoteca de máximo como una hipoteca *per relationem*.

(4) Acerca de esta característica consustancial de las hipotecas de máximo, algunos autores han matizado la cuestión en cuanto que, a su juicio, «la caracterización por el señalamiento de un importe máximo no es muy significativa, ya que es ésta una exigencia general a toda hipoteca (arts. 12, 119, 120, etc., LH, y 219 RH) y a todos los conceptos accesorios que con ella se suelen garantizar: intereses, costas...» (REY PORTOLÉS, Juan Manuel, «Hipoteca con cláusula de "endowment". Hipoteca flotante», en AA.VV., *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1993, pág. 109). En el mismo sentido, *vid.* GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César, «Patología actual de la hipoteca de máximo», en *RCDI*, núm. 593, julio-agosto de 1989, págs. 1113-1114; y BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 16-17.

del crédito para cuya seguridad se constituyó el gravamen sobre el bien, sino la cuantía de la que responderá ese bien (5).

- b) Indeterminación de la existencia o cuantía de los créditos garantizados por la hipoteca de máximo.

A diferencia de la hipoteca ordinaria, en la hipoteca de máximo nos encontramos con que la obligación asegurada no está determinada exactamente en su importe y, en muchos casos, además, ni siquiera en su existencia, aludiéndose a ella como algo posible o potencial (cfr. la RDGRN de 21 de marzo de 1917). Así pues, en la hipoteca de máximo, en muchas ocasiones, concurrirá, además, la figura de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras.

- c) Una tercera característica básica de estas hipotecas es la indicación del crédito en sus líneas fundamentales.

Ésta viene a ser una exigencia de los principios de especialidad y de accesoriedad. En la medida en que, de acuerdo con los artículos 104 LH y 1.857.1.º y 1.876 del Código Civil, la hipoteca se constituye en garantía de una obligación, se afirma que ese carácter registralmente accesorio exige que el crédito se refleje de algún modo en el Registro de la Propiedad, al menos con los datos esenciales que lo hagan determinable en un momento posterior. Esos datos serán, generalmente, aquéllos que se refieran a la relación o relaciones jurídicas básicas de las que se derive la obligación u obligaciones garantizadas. Este requisito supone, además, una medida de garantía o protección tanto para las partes como para los terceros (cfr. la RDGRN de 5 de marzo de 1929).

- d) Como última nota típica de las hipotecas de máximo cabe señalar la necesidad de determinación por medios extrahipotecarios del crédito que, en definitiva, resulte garantizado.

El hecho de que en el título constitutivo y en el Registro conste únicamente el crédito en sus líneas generales impide al acreedor, que llegado el caso pretenda ejercitar la acción hipotecaria, apoyarse únicamente en el contenido de ese título o de los asientos registrales. Su título ejecutivo lo obtendrá a partir de la prueba y determinación, por medios extrarregistrales, de la existencia, cuantía y vencimiento del crédito garantizado.

(5) A este respecto, ROCA SASTRE hace hincapié en la esencialidad de señalar un tope máximo de responsabilidad hipotecaria para poder cumplir, dentro de la indeterminación existente, con el principio de especialidad. Y es que podría admitirse la indeterminación de la propia existencia del crédito o débito (*Schuld*), pero no la de la cuantía del gravamen o de la responsabilidad (*Haftung*), porque «la naturaleza misma de la hipoteca, consistente, en definitiva, en la realización de parte del valor en cambio de la cosa gravada, exige la fijación de dicho máximo» (ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 320).

Y esto es así porque, como ya se indicó, a diferencia de la hipoteca ordinaria, en la hipoteca de máximo, como hipoteca de seguridad que es, la fe pública y la legitimación registrales no se extienden al crédito garantizado, por la sencilla razón de que éste aparece en el Registro indeterminado en su cuantía y existencia (cfr. las RRDGRN de 31 de enero de 1925, de 5 y 16 de marzo de 1929 y de 5 de febrero de 1945).

Una vez concretadas la noción y las características básicas de la hipoteca de máximo, se puede apreciar cómo esta figura, al igual que todas las hipotecas de seguridad, tiene fundamentalmente repercusiones en el principio de determinación o especialidad.

Y es que la hipoteca de máximo es una figura que las modernas prácticas bancarias han utilizado para superar determinados obstáculos sustantivos y dar respuesta así a las necesidades que van surgiendo en el tráfico jurídico y en el mercado.

Entendiendo que con la simple determinación de las partes y de un importe máximo del que responda la finca basta para cumplir con el principio de especialidad, sin necesidad de precisar nada más sobre las obligaciones garantizadas, las entidades bancarias utilizan la hipoteca de máximo como una figura autónoma, singular y «todo terreno», apta para servir de cobertura a distintas modalidades contractuales ideadas para agilizar el tráfico inmobiliario y crediticio (6). De este modo surgió la llamada hipoteca flotante y, con ella, el debate doctrinal y en el seno de la DGRN.

3. HIPOTECA FLOTANTE

Esta modalidad de garantía hipotecaria se ha incorporado a nuestro ordenamiento a través de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que, al reformar la Ley Hipotecaria, introduce un nuevo artículo 153 bis.

Con esta nueva disposición se zanja la polémica y discusión existentes acerca de la posibilidad de garantizar con una única hipoteca varias obligaciones, que, además, fuesen presentes y/o futuras.

En un principio, la DGRN se negó a admitir estas hipotecas con base en los principios de accesoriedad y, sobre todo, el de especialidad registral.

(6) *Vid.*, entre otros, GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César, «Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo», en AA.VV., *Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1991, pág. 231; CHICO Y ORTIZ, José María, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, tomo II, 4.^a ed. actualizada, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 1584; y RUBIO TORRANO, Enrique, «La llamada “hipoteca flotante”», en *Aranzadi Civil*, núm. 15, diciembre de 2003, pág. 11.

Posteriormente las admitió, pero reconduciendo este caso a la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito prevista en el artículo 153 LH: exigía que existiera un pacto novatorio de las obligaciones garantizadas.

Pero con la Ley 41/2007 y la introducción del artículo 153 bis LH se acoge ya la regulación de la hipoteca flotante en la que expresamente se advierte que no es necesario el pacto novatorio de las obligaciones garantizadas.

En este caso han triunfado las corrientes flexibilizadoras y dinamizadoras del mercado hipotecario y crediticio que reivindicaban una figura como ésta que agilizase el tráfico, potenciase las operaciones crediticias y movilizase los créditos y, todo ello, sin aumento excesivo de los costes. Tal y como se señala en el apartado VII del Preámbulo de la Ley 41/2007, «lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas [...]. La hipoteca de máximo permitirá admitir nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados».

El objeto de este trabajo es analizar esta nueva figura y su regulación actual en el artículo 153 bis LH. Pero, previamente, resulta interesante examinar la situación doctrinal, jurisprudencial y práctica existente con anterioridad a esta Ley, poniendo de manifiesto de esta manera cuáles eran las circunstancias con las que se ha encontrado el legislador y que le han servido de punto de partida y de reflexión para proceder a la regulación de esta modalidad de garantía hipotecaria.

A) LA HIPOTECA FLOTANTE ANTES DE LA LEY 41/2007

La DGRN ha abordado en múltiples resoluciones la cuestión de la admisibilidad de las llamadas hipotecas flotantes, como hipotecas que se caracterizarían por, entre otras cosas, garantizar de manera «global» una masa indiferenciada de obligaciones, presentes y futuras, sin clara conexión causal entre ellas.

i) *Notas características de esta hipoteca*

Sobre esta figura hipotecaria cabe señalar unos rasgos comunes característicos de las mismas y que han sido puestos de relieve en los diversos casos que han sido sometidos a la valoración de la DGRN a este respecto:

- a) Se trata de supuestos en que las partes se acogen a una interpretación muy amplia del contenido del artículo 245 RH para, bajo la apariencia de una hipoteca de crédito en cuenta corriente bancaria, poder flexibilizar sus requisitos y cubrir, hasta un cierto máximo de respon-

sabilidad, un número ilimitado de obligaciones, unas ya existentes y otras futuras, sin conexión causal entre ellas, y quedando en total indeterminación (al menos las obligaciones futuras) tanto en su futura existencia como en cuanto a su fuente y causa (cfr. la RDGRN de 23 de diciembre de 1987).

Sin embargo, en los últimos casos estudiados por la DGRN, como consecuencia de las exigencias manifestadas en la RDGRN de 4 de julio de 1984, se aprecia que se suele señalar un límite temporal a esa cobertura hipotecaria general (cfr. la RDGRN de 11 de enero de 1995). Así, por ejemplo, como cláusula de globalización más frecuente contenida en las escrituras de constitución cabe citar la de pactar que en el máximo garantizado se incluyan todas las obligaciones contraídas o que se pudieran contraer en el futuro por una persona con una entidad financiera «en el ámbito de las operaciones regulares del negocio bancario» (7).

- b) Normalmente se prevé la creación de una cuenta en la que se instrumentarán, anotarán, contablemente todas las obligaciones que se incluyen en la cobertura hipotecaria. Estas obligaciones garantizadas no perderían su individualidad y exigibilidad aislada por el hecho de ser introducidas en la cuenta; esto es, no serían objeto de novación como consecuencia del simple asiento contable para ser sustituidas por el saldo definitivo que resulte del cierre de la cuenta (cfr. las RRDGRN de 7 de junio de 1999, de 10 de julio de 2001 y de 12 de septiembre de 2003).

Con ello se pretende, además, que tal situación tenga ejecutividad inmediata con sólo liquidar la deuda perseguida del modo (unilateral siempre) que se hubiera pactado (8). Pero, a su vez, tampoco la hipoteca se vería afectada por las vicisitudes de esas obligaciones, en

(7) Cfr. CORDERO LOBATO, Encarna, *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pág. 233. Como ejemplos concretos de estipulaciones típicas contenidas como cláusulas de globalización en la escritura de constitución en algunos casos examinados por la DGRN, se pueden indicar las siguientes: pactar que en el máximo garantizado pueden entrar también «las cantidades que, por cualquier concepto, resulten adeudar los señores comparecientes al Banco en cualquiera de sus sucursales» (RDGRN de 23 de diciembre de 1987); o que la obligación garantizada puede ser «cualesquiera que tenga su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos de cualquier tipo, sin excepción alguna» (RDGRN de 26 de noviembre de 1990); o bien, que se garanticen cuantas obligaciones tengan determinadas personas contraídas hasta la fecha de la escritura con cierto banco y las que, dentro del término de cinco años, contraigan «en operaciones regulares del negocio bancario, así como los intereses, gastos y demás obligaciones que sean accesorios de las expresadas» (RDGRN de 11 de enero de 1995).

(8) *Vid.* REY PORTOLÉS, «Hipoteca con cláusula...», *op. cit.*, pág. 136.

tanto que éstas, mientras no se incorporen a la garantía (a través de la especificación de las concretas obligaciones beneficiarias de la hipoteca mediante el correspondiente asiento registral, que suele ser una nota al margen de la inscripción de la hipoteca), llevan una vida separada de esa hipoteca de máximo (9).

La falta de novación de las distintas obligaciones es el rasgo principal que diferencia las hipotecas flotantes de las hipotecas en garantía de cuenta corriente de crédito reguladas en el artículo 153 LH, por cuanto en éstas cada obligación que constituye las partidas y contribuye a formar el saldo de la cuenta no es exigible autónomamente (pierde desde la celebración del contrato de cuenta corriente su exigibilidad aislada), siendo al cierre de la cuenta cuando todas esas obligaciones individuales se novan en una obligación única por el saldo resultante (10).

Pero estas modalidades de garantía hipotecaria se diferencian asimismo en otros aspectos: 1) que en la hipoteca regulada en el artículo 153 LH las distintas obligaciones tienen como nexo común una relación jurídica determinada de la que derivan todas ellas (esto es, el contrato de cuenta corriente de crédito, en el que se pacta ya la novación extintiva de las distintas obligaciones, que perderían así su exigibilidad aislada); 2) que, a diferencia de la hipoteca prevista en el artículo 153 LH, el acreedor beneficiario de la hipoteca flotante no se obliga a conceder crédito al deudor; no existe la concesión de un nuevo crédito al particular del que pueda disponer libremente; en muchas ocasiones se estipula expresamente que el titular de la cuenta (instrumental) no puede por ningún concepto librar órdenes contra dicha cuenta ni disponer de los fondos (11).

(9) *Vid.* PARDO NÚÑEZ, Celestino, «Hipoteca de máximo en garantía de obligaciones actuales y futuras (comentario a la Resolución de la DGRN de 11 de enero de 1995)», en *RCDI*, núm. 638, enero-febrero de 1997, pág. 210. De este modo, según este autor, los créditos, en tanto no se incorporen a la hipoteca, «pueden ser negociados con absoluta independencia de la hipoteca»; esto es, no se aplicaría el artículo 1.528 del Código Civil.

(10) *Vid.*, entre otros, REY PORTOLÉS, «Hipoteca con cláusula...», *op. cit.*, págs. 109 (nota 4) y 111. En esa nota 4 de la pág. 109 indicada este autor distingue tres figuras hipotecarias muy próximas entre sí pero no identificables: «la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (regulada en el art. 153 LH); [...] la hipoteca sumidero (en serio, en garantía de obligación futura y como tal regulada por el artículo 142 LH y concordantes) [...] y la auténtica hipoteca flotante», por la que en este trabajo suyo indicado, como él mismo expresa, efectúa «un canto de cisne».

(11) Cfr. CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, pág. 234; y BARBANCHO TOVILLAS, Francisco José, «Hipoteca flotante (Comentario a la Resolución de la DGRN de 24 julio 1998)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, núm. 2, pág. 490. Asimismo, cfr., entre otras, las RRDGRN de 26 de noviembre de 1990 y de 10 de julio de 2001.

Así que, aunque en la mayoría de los casos se pretenda presentar el supuesto como una hipoteca en garantía de cuenta corriente, lo cierto es que no es así. La cuenta en que se anotan las distintas obligaciones que son objeto de garantía hipotecaria no es más que una cuenta instrumental; no es una cuenta corriente de crédito ni un contrato de apertura de crédito, sino una mera reunión contable (distintas anotaciones en una cuenta instrumental) del pasivo global del deudor en sus diversas y complejas relaciones con el acreedor-banco.

- c) Otro rasgo de la hipoteca flotante a la vista de los casos valorados por la DGRN es el de dejar exclusivamente al arbitrio del acreedor (normalmente una entidad bancaria) el determinar qué obligaciones quedan finalmente cubiertas con la garantía y cuáles no (12).

ii) *Doctrina de la DGRN sobre esta figura*

En sus Resoluciones del primer tercio del siglo xx (cfr., entre otras, las RRDGRN de 21 de marzo de 1917, de 5 de marzo de 1929, de 28 de febrero de 1933 y de 16 de junio de 1936) cabe apreciar que la DGRN admitía la hipoteca flotante y las cláusulas de globalización con base en la necesidad de flexibilizar el principio de especialidad en aras del buen desarrollo del comercio y de la economía nacional (13).

Es a partir de las RRDGRN de 4 de julio de 1984 y de 23 de diciembre de 1987 (en la que se hizo «oficial» la denominación de «hipoteca flotante»), cuando se han ido sucediendo las ocasiones en las que la DGRN ha venido reiterando y desarrollando su doctrina contraria a la admisibilidad de la inscripción de modalidades de hipoteca en garantía de obligaciones causalmente diversas e indeterminadas sin pacto novatorio expreso ni articulación de una propia cuenta corriente de crédito (14).

(12) En otras palabras, como señalan las RRDGRN de 23 de diciembre de 1987, de 27 de julio de 1999, de 27 de septiembre de 2000 y de 3 de noviembre de 2000: «si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del acreedor determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes, totales o parciales, de obligaciones ya existentes o con el importe de otras obligaciones que en el futuro pueda contraer el mismo deudor en favor del acreedor».

(13) Cfr. la RDGRN de 17 de enero de 1994 y, entre otros, CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, pág. 50 y sigs.; y PARDO NÚÑEZ, «Hipoteca de máximo...», *op. cit.*, pág. 218 y sigs.

(14) Esta reacción de la DGRN, según PARDO NÚÑEZ, fue excesiva y «afectó gravemente a la flexibilidad de la hipoteca de máximo hasta el punto que ha perdido, en la práctica, gran parte de su atractivo» (PARDO NÚÑEZ, «Hipoteca de máximo...», *op. cit.*, pág. 221; *vid. también* pág. 224). Además, indica que el origen de esta postura restrictiva fue la postura de la DGRN sobre el alcance de la garantía hipotecaria de los intereses de demora: *vid.* PARDO NÚÑEZ, «Hipoteca de máximo...», *op. cit.*, págs. 226-228.

Acerca de esta doctrina contraria a estas hipotecas cabe diferenciar cuatro aspectos principales en los que la DGRN centra su crítica:

- a) Como cuestión de fondo nos encontramos con la discusión sobre la posibilidad de que una sola hipoteca garantice varias obligaciones, y en concreto, si puede constituirse una hipoteca de máximo en forma general e indeterminada, comprensiva de toda clase de obligaciones, presentes o futuras (cfr. las RRDGRN de 3 de octubre de 1991 y de 28 de julio de 1998).

La DGRN advierte de que ello contravendría el principio de accesoriedad, pues éste requiere una concreta obligación a la que garantizar (cfr. arts. 1.857.1.º del Código Civil y 104 LH) y con una hipoteca que «flota» sobre distintas obligaciones asegurándolas indistintamente no se cumpliría con la finalidad de dicho principio. Y es que, de este modo, la garantía (accesoria) se desconecta de las vicisitudes de lo principal (el crédito), pues las obligaciones extinguidas serían sustituidas por otras que serían igualmente garantizadas con esa hipoteca originaria, utilizándose ésta como una garantía que se superpone sucesivamente y a voluntad del acreedor a distintas obligaciones (15).

Es por ello que, con base en el carácter accesorio de este derecho real de garantía y para dar, asimismo, cumplimiento al principio de determinación registral (representado en el clásico axioma «una hipoteca, una obligación»), la DGRN viene considerando que varias deudas distintas no pueden ser objeto de una hipoteca única, exigiendo para ese caso que se constituyan tantas hipotecas como obligaciones se pretendan garantizar (cfr. las RRDGRN de 23 de diciembre de 1987, de 3 de octubre de 1991 y de 28 de julio de 1998) (16).

Se critican también estas figuras en cuanto van en contra de nuestro sistema legal, de tipo romano, en el que, cuando se extingue una hipoteca porque la obligación no llegó a existir o se extinguió, lo que procede es su cancelación y el puesto o rango registral no queda a favor del propietario (ni mucho menos a favor del acreedor titular de la hipoteca extinguida), sino a disposición de los acreedores posterior-

(15) Cfr. la RDGRN de 11 de enero de 1995. Asimismo, cfr. CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, págs. 59-60 y 128-129; y GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, «Hipotecas especiales...», *op. cit.*, págs. 231-232.

(16) La RDGRN de 28 de julio de 1998 señala expresamente: «La específica naturaleza de la hipoteca como derecho real accesorio de garantía de una concreta obligación (cfr. arts. 1.857.1.º del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria) implica que la garantía de varias obligaciones tan sólo quepa a través de otros tantos derechos de hipoteca, uno para cada obligación, principio que esta Dirección General ha defendido incluso en el caso de que un mismo acreedor sea titular de todos los créditos que se pretenden garantizar o incluso en el de que se pretenda disfrazarse aquella diversidad a través de una unión artificial y meramente contable».

res, que pueden «avanzar» un puesto ocupando el dejado por la hipoteca que se extinguió (17).

- b) La DGRN se niega a admitir hipotecas que pretenden incluir en la cobertura hipotecaria una masa indiferenciada de obligaciones existentes y/o obligaciones totalmente futuras, con las que, en el momento de la constitución de la hipoteca no se cumpliría, por tanto, el requisito mínimo de determinar una relación jurídica básica de la que derivarán dichas obligaciones, vulnerando así el principio de accesoriedad y, fundamentalmente, el de especialidad (cfr. las RRDGRN de 17 de enero de 1994 y de 11 de enero de 1995) (18).

Según la DGRN, este tipo de garantías sobre obligaciones totalmente futuras propiciaría una grave merma de la libertad de tráfico jurídico inmobiliario y de las posibilidades de crédito territorial del propietario, en cuanto que se llegaría a «encadenar» a una persona con una concreta entidad bancaria que hipotecase sus bienes en garantía de futuras e hipotéticas operaciones y obligaciones que se irían sumando a la masa global, limitando así las posibilidades de negociación con otros potenciales acreedores y perpetuándose el gravamen sobre el

(17) Cfr., entre otros, GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, «Hipotecas especiales...», *op. cit.*, págs. 231-232.

(18) Cfr., entre otras, las RRDGRN de 17 de enero de 1994, de 11 de enero de 1995 y de 3 de noviembre de 2000. Cfr., entre otros, DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «Algunas consideraciones...», *op. cit.*, pág. 2314; GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Comentario de la Resolución de 11 de enero de 1995», en *BCEHC*, núm. 61, febrero-marzo de 1995, pág. 55; y ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, págs. 323-325. Este último autor señala que «es esencial que, al constituir tales hipotecas de máximo, se concrete o fije la *relación jurídica básica* entre los interesados, de la cual puedan derivar o proceder las expresadas obligaciones o prestaciones. Aquella relación podrá consistir en un haz muy variado de relaciones jurídicas, pero especialmente consistirá en un *contrato de suministro* de cualquier clase. En este supuesto [...] será, pues, necesario que exista y se determine dicha relación básica, como así lo ha proclamado la Dirección General de los Registros y del Notariado, tanto tratándose de estrictas hipotecas por obligaciones futuras, en las que la responsabilidad hipotecaria coincide con el importe de la obligación garantizada, como si se trata de propias hipotecas de máximo, en las que concurren la figura jurídica de las obligaciones futuras con la necesidad de determinar un máximo de responsabilidad hipotecaria, por ser desconocida de momento su cuantía o volumen» (ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, pág. 325).

Sobre esta exigencia de la DGRN de hacer constar con claridad en el momento de la constitución de la hipoteca la relación jurídica básica ya existente entre las partes, con todos aquellos datos que fueran indispensables para poder determinar en su momento (y sin necesidad de una nueva declaración de voluntad de las partes) las obligaciones que quedan definitivamente cubiertas con la garantía hipotecaria, hay autores, como CORDERO LOBATO, que admiten también la posibilidad de garantizar varias obligaciones, pero sin que sea necesaria la determinación de la relación jurídica de la que puedan derivar; no infringiendo tal circunstancia el principio de accesoriedad, pues éste se refiere a obligaciones y no a relaciones jurídicas, ni tampoco el de determinación (*vid.* CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, págs. 237 y 239).

bien de modo injustificado (cfr., entre otras, la RDGRN de 17 de enero de 1994).

En mi opinión, sin embargo, el hecho de que ya se fuera estipulando, como regla general, una cláusula de determinación temporal de las obligaciones que recibirán cobertura hipotecaria, puede considerarse que paliaba, en cierto modo, estos inconvenientes sobre el tráfico jurídico inmobiliario y sobre el hipotecante.

- c) En cuanto a la utilización o instrumentalización de estas figuras en una cuenta, se pronuncia la DGRN del siguiente modo: «la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, que pudiera sostener por sí la garantía hipotecaria». Considera que «ese saldo representa únicamente la posición global acreedora o deudora de cada parte», conservando cada una de las relaciones jurídicas comprendidas su autonomía y su exigibilidad aislada, de manera que su realización sólo procederá a través del ejercicio individual de cada una de ellas «sin más correcciones que las debidas al juego compensatorio».

Advierte, en consecuencia, que «no procederá, la cobertura hipotecaria de ese saldo sino el aseguramiento separado de cada una de las concretas relaciones crediticias que lo determinan» (cfr. las RRDGRN de 23 de diciembre de 1987, de 3 de octubre de 1991, de 6 de junio de 1998, de 24 de julio de 1998, de 17 de julio de 1999, de 27 de septiembre de 2000 y de 12 de marzo de 2003). Apunta la DGRN que, para que el saldo resultante de la cuenta bancaria sea exigible autónomamente, con independencia de la causa concreta de los cargos o de los abonos efectuados en ella, dicha cuenta debe aparecer «como instrumento de una relación contractual subyacente, ya de apertura de crédito, ya de cuenta corriente».

Por tanto, tal exigibilidad se funda en un convenio previo, del que, en general, se deriva la pérdida de exigibilidad aislada de cada una de las obligaciones, siendo únicamente exigible una nueva obligación (fruto de la novación de todas las anteriores) correspondiente al saldo resultante de las operaciones contables realizadas al amparo de ese contrato de apertura de crédito o de cuenta corriente (cfr. las RRDGRN de 23 de diciembre de 1987, de 6 de junio de 1998 y de 10 de julio de 1991).

Para la DGRN, en definitiva, sólo cabría una hipoteca en garantía de varias obligaciones si todas éstas se encuentran bajo la cobertura de un contrato de financiación en cuenta corriente, al presuponerse en él una voluntad novatoria. Y según este Centro Directivo,

se está ante una auténtica apertura de cuenta corriente de crédito siempre que se den los siguientes requisitos (19): 1) la novación extintiva de cada obligación a medida que se vayan incorporando como partidas de la cuenta corriente, como requisito esencial para la pérdida de su individualidad y exigibilidad aislada (de modo que, al extinguirse esa obligación, también se extinguen las garantías o derechos accesorios ligados a esas obligaciones individuales); 2) dotar al deudor-titular de la cuenta de libre disponibilidad de la cantidad acreditada.

- d) A juicio de la DGRN, figuras como éstas, en las que se deja exclusivamente al arbitrio del acreedor (normalmente una entidad bancaria) el determinar qué obligaciones quedan finalmente cubiertas con la garantía y cuáles no, vulneran lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil, el principio *par conditio creditorum* y la libertad de tráfico jurídico (cfr., entre otras, las RRDGRN de 26 de noviembre de 1990, de 17 de enero de 1994 y de 12 de septiembre de 2003) (20).

Además, argumento principal de la negativa de la DGRN a admitir la hipoteca flotante es que, en estos casos, por lo general, se pacta que la acción hipotecaria pueda basarse en la certificación del saldo resultante de esa cuenta especial (emitida unilateralmente por el acreedor y que vendría a determinar la cuantía de la obligación finalmente garantizada) tal como se prevé en los artículos 153 LH y 245 RH (que parten de la existencia de una relación de crédito ya existente), y esto se hace obviando las garantías que para ello prevén los artículos 142 LH y 238 RH y sin que se prevea la posibilidad de oposición al saldo final de la cuenta por parte del deudor

(19) Igual postura sostiene, entre otros, ÁVILA NAVARRO, Pedro, «La hipoteca en garantía de cuenta corriente», en *RJC*, núm. 3, julio-septiembre de 1995, págs. 137-138. Cfr., asimismo, URÍA, Rodrigo, *Derecho Mercantil*, 28.ª ed., revisada y puesta al día con la colaboración de M.ª Luisa APARICIO, Marcial Pons, Madrid, 2002, pág. 862 y sigs.; y GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, 8.ª ed., revisada con la colaboración de Fernando SÁNCHEZ CALERO, Imprenta Aguirre, Madrid, 1983, pág. 170 y sigs.

(20) En esta RDGRN de 12 de septiembre de 2003 se da un paso más en la doctrina de la DGRN sobre la hipoteca flotante al afirmar que, a pesar de que en el caso se cumpla con el requisito exigido para garantizar obligaciones futuras de determinar al menos la relación jurídica básica de la que surgirán esas obligaciones que se pretenden garantizar, la hipoteca es flotante por cuanto se deja la determinación de las concretas obligaciones futuras que serán garantizadas a la exclusiva voluntad del acreedor. De modo que se aprecia un mayor rigor a la hora de admitir la hipoteca flotante, otorgando mayor protagonismo al hecho de apreciarse que existe arbitrariedad por parte del acreedor en la determinación de las obligaciones finalmente garantizadas. *Vid.*, asimismo, las RRDGRN de 11 de octubre de 2004 y de 25 de abril de 2005. Cfr. RUBIO TORRANO, «La llamada “hipoteca flotante”», *op. cit.*, pág. 13.

a través de lo dispuesto en los cuatro últimos párrafos del artículo 153 LH, limitando así injustificadamente sus mecanismos de defensa (21).

iii) *Posturas doctrinales en torno a esta figura y a la doctrina de la DGRN*

Se puede decir que, en principio, existe un apoyo generalizado a que la regulación y los principios rectores de la hipoteca se flexibilicen para dar cabida a las nuevas fórmulas exigidas por el tráfico, la práctica bancaria y el desarrollo del crédito territorial. Y es que hay que reconocer que la figura de la hipoteca flotante conlleva ciertas ventajas tanto para los deudores como para los acreedores.

Respecto de los prestatarios existen evidentes ventajas como es la de facilitar la obtención de crédito, a un menor coste y de una forma más ágil y rápida que si el deudor tuviera que constituir una hipoteca diferente para cada obligación, sucediéndose de este modo las constituciones y cancelaciones de hipoteca.

Pero también existen ventajas para los acreedores (normalmente, entidades bancarias), por cuanto a las garantías individuales de cada obligación superponen una garantía global, lo que les incentiva a aumentar la colocación de capitales, y ello, asimismo, supone un impulso y fomento del crédito territorial y de la agilización del tráfico, respondiendo así a las necesidades del comercio.

Se critica esta figura fundamentalmente por la colisión con los principios de accesoriedad y, especialmente, el de determinación registral. En contra de la hipoteca flotante se ha señalado que, a pesar de pretender la obtención de ventajas en el ámbito económico, facilitando ciertas operaciones comerciales, con esta figura se ponen en peligro intereses y valores más importantes, que precisamente trata de proteger el principio de determinación (protección de terceros poseedores, hipotecante y demás acreedores del deudor) (22).

Como consecuencia de las críticas por la vulneración de los principios de especialidad y de accesoriedad, y con el fin de que se respeten dichos principios y lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico sin merma de los intereses en juego (sobre todo los de los terceros) y para que pueda lograrse la inscripción en el Registro de una hipoteca en garantía de varias obligaciones presentes y/o futuras, se han señalado diferentes recomendaciones prác-

(21) Cfr., en este sentido, las RRDGRN de 11 de enero de 1995 y de 24 de julio de 1998, así como BARBANCHO TOVILLAS, «Hipoteca flotante...», *op. cit.*, págs. 491 y 493-494.

(22) Vid. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, «La “hipoteca global”...», *op. cit.*, pág. 63 y sigs., y especialmente, págs. 79-80. En contra de tal afirmación, CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, págs. 64 y sigs., 107 y sigs.

ticas o replanteamientos de la configuración de la hipoteca flotante, tratando de soslayar los defectos que se le achacan y cumplir con las exigencias de la DGRN (23).

Se intentan superar los diversos obstáculos puestos a esta modalidad de hipoteca a través de la fórmula de la refundición de varias obligaciones en una sola y futura, que será la que se garantice. No es que se rechace la idea de que una sola hipoteca pueda garantizar varias obligaciones (24), pero se considera que no existirán tantos problemas, al menos por parte de la DGRN, si, al final, lo que se garantiza es una única obligación, pues se cumpliría el postulado tradicional «una hipoteca, una obligación».

Es por ello que se recomienda que quienes estén interesados en garantizar una serie de obligaciones (ya existentes y/o futuras) derivadas de una relación compleja y continuada con otro sujeto (especialmente, entidades bancarias), las arbitren bajo los moldes de la hipoteca en garantía de obligación futura, *ex* artículo 142 LH, y de la hipoteca en garantía de cuenta corriente prevista en el artículo 153 LH. Pero, eso sí, cumpliendo todos los requisitos previstos y exigidos para las mismas.

Asimismo, nuestra doctrina se ha hecho eco de las exigencias novatorias de la DGRN en el ámbito de la garantía de varias obligaciones con una sola hipoteca y, por ello, acogen soluciones que adaptan este criterio de la DGRN (expuesto en, entre otras, sus Resoluciones de 23 de diciembre de 1987, de

(23) Cfr. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, «La “hipoteca global...”», *op. cit.*, pág. 99 y sigs.; CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, pág. 121 y sigs.; REY PORTOLÉS, «Hipoteca con cláusula...», *op. cit.*, págs. 127-128; REY PORTOLÉS, Juan Manuel, «Bombazo contra la hipoteca-sumidero. Comentario a la Resolución de 23 de diciembre de 1987», en REY PORTOLÉS, Juan Manuel, *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, págs. 273-274; GÓMEZ GÁLLIGO, «Comentario de la Resolución de 11 de enero de 1995», *op. cit.*, págs. 53-55; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, «La determinación...», *op. cit.*, págs. 265-267; y GALLEGU DOMÍNGUEZ, Ignacio, «Comentario a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria», en ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo VII, vol. 8.º, *Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria*, EDESA, Madrid, 2000, pág. 57.

(24) Cfr. CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, págs. 119 y sigs., y 237-239; ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, *op. cit.*, págs. 323-325; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «Algunas consideraciones...», *op. cit.*, pág. 2314; y GÓMEZ GÁLLIGO, «Comentario de la Resolución de 11 de enero de 1995», *op. cit.*, pág. 55. Estos tres últimos autores no consideran que exista obstáculo para la hipoteca en garantía de varias obligaciones, aun futuras, dentro de un máximo de responsabilidad, siempre que se concrete suficientemente la relación jurídica básica, existente o futura, de la que surgen o puedan surgir dichas obligaciones. Por su parte, CORDERO LOBATO admite también la posibilidad de garantizar varias obligaciones, pero sin que sea necesaria la determinación de la relación jurídica de la que puedan derivar, no infringiendo tal circunstancia el principio de accesoriedad, pues éste se refiere a obligaciones y no a relaciones jurídicas, ni tampoco el de determinación: *vid.* CORDERO LOBATO, «La hipoteca global...», *op. cit.*, págs. 237 y 239.

26 de noviembre de 1990 y de 3 de octubre de 1991) a las necesidades del tráfico bancario.

De este modo, aun tomando como referencia esa necesidad de novación, estiman que lo que no sería necesario es que dicha novación deba producirse por el mero ingreso de la obligación en la cuenta; ésta puede hacerse posteriormente, en un momento pactado o al cierre de la cuenta. Así, junto con esa posibilidad de acudir a la clásica hipoteca en garantía de crédito en cuenta corriente (en la que las distintas obligaciones desde su nacimiento e incorporación a la cuenta se novarían, perdiendo su autonomía y exigibilidad aislada, para resultar exigidas todas juntas bajo la forma de una única obligación por el saldo resultante en el momento del cierre de la cuenta), si lo que no se quiere es que las distintas obligaciones pierdan desde el nacimiento su autonomía (25), se entiende que se podría pactar que la hipoteca garantizara una única obligación futura nacida en un momento concreto que se pacte a partir de la concurrencia de esas diversas obligaciones (que se refundirían en ese concreto momento, pero no antes), formando esa nueva y única obligación.

Y esa única obligación resultante de esa novación pactada para ese momento concreto podrá estar formada por la incorporación de todas las diversas obligaciones ya existentes o que hayan surgido en ese intervalo de tiempo pactado desde la constitución de la hipoteca hasta el nacimiento de la obligación futura única garantizada, o sólo por algunas (concretadas por acuerdo de las partes o bien por la libre voluntad del acreedor, si tal facultad le fue conferida al constituir la hipoteca) (26) o, incluso, cabe que al final se decida

(25) Normalmente, el hecho de que no se quiera que las distintas obligaciones pierdan su exigibilidad aislada a través de la novación se debe, fundamentalmente, a que no se quiere (sobre todo, la entidad bancaria) que cada una de esas obligaciones principales pierdan las posibles garantías accesorias que pudieran acompañarles, especialmente las hipotecarias.

(26) Aunque al acreedor se le haya conferido la facultad de concretar a su arbitrio cuál de las obligaciones se incorporará a la obligación única garantizada (lo que hará, lógicamente, atendiendo a la existencia o no de garantías accesorias a la «obligación afluente»), el deudor cuenta con la posibilidad de evitar que el acreedor integre una concreta obligación en esa obligación futura única cumpliendo esa obligación, llamémosla «menor» o «afluente», antes del plazo o término convenido para poder efectuar la integración y que nazca la obligación única futura. *Vid.* REY PORTOLÉS, «Bombazo...», *op. cit.*, pág. 273.

Acerca de esta cuestión de la dejación de la determinación de la prestación al arbitrio de una de las partes, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA señala que es cierto que el criterio doctrinal dominante es que en nuestro ordenamiento existe una regla prohibitiva de dejar al arbitrio de una de las partes la determinación de la prestación por considerar que ello supondría dejar en sus manos la validez del contrato y, por tanto, se vulneraría lo previsto en el artículo 1.256 del Código Civil: «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Pero, sin embargo, existen posiciones más aperturistas, que acogen la posibilidad de que las partes acuerden que sea una de ellas la que determine finalmente la prestación, siempre que sea de acuerdo con unas bases y criterios previamente pactados, de modo que hay que estar al caso concreto.

no integrar ninguna (entonces esas obligaciones individuales serían exigibles aisladamente, sin la cobertura de la hipoteca global, aunque con las propias garantías que acaso se hubieran constituido específicamente para cada una de ellas), de manera que esa obligación futura no nacería y, quedando sin efecto la hipoteca constituida, habrá que cancelarla (cfr. art. 142 LH).

En este caso es, entonces, muy importante el señalamiento de un determinado plazo o de un término en el que se efectuará la novación de las distintas obligaciones para el nacimiento de la obligación futura única o el cierre de la situación contable. Pero aún más importante es la existencia en las partes en el momento de la constitución de la garantía de un *animus novandi* de las diversas obligaciones.

Y esa novación de las distintas obligaciones podrá tener lugar, bien desde el mismo instante de su incorporación a la cuenta corriente de crédito, bien cuando las partes no se acojan a esta fórmula bancaria, en el momento concreto pactado desde el principio para que se efectúe la refundición-novación de todas las obligaciones en una sola (momento en que será vencida y exigible ya esa obligación única) (27).

Del mismo modo, resulta necesario que se concreten totalmente las obligaciones que se pudieran integrar en el futuro en esa obligación única («obligaciones afluente»), precisando no sólo los sujetos parte en las mismas y el objeto (cuantía de la deuda), sino, sobre todo, la fuente o causa (esto es, el tipo de contrato o relación jurídica básica) de la que dimanen o de la que se derivarán (en el caso de las obligaciones futuras) con la mayor claridad y exactitud posible.

Esa hipoteca por la obligación futura única se constituirá, por supuesto, como de máximo: señalando en el momento de la constitución la cantidad máxima de la que responderá el bien hipotecado.

Junto con esta fórmula consistente en retrasar la novación a momentos posteriores a la constitución de la garantía y del propio nacimiento de las obligaciones, otra posibilidad sería que las partes acordasen un pacto por el que se otorgue al banco la facultad de decidir qué obligaciones de las que vayan surgiendo de esa relación o relaciones jurídicas básicas determinadas se integran en la cuenta corriente y cuáles no.

Las que incorpore (pudiéndolo hacer en el último momento, antes del cierre de la cuenta) pierden desde entonces su individualidad, produciéndose

Y ello porque, realmente en nuestro ordenamiento no hay una norma que prohíba la determinación unilateral de la prestación; lo único que exige el Código Civil, en su artículo 1.273, es que para esa determinación no sea necesario un nuevo convenio: «El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes». *Vid.* BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, «Hipoteca en garantía...», *op. cit.*, págs. 35 y 56-57.

(27) Cfr., entre otras, la RDGRN de 21 de junio de 2001.

el efecto novatorio típico de la cuenta corriente y sometiéndose a la cobertura de la garantía hipotecaria. Pero puede decidir no incorporar algunas, por lo que mantienen su individualidad y exigibilidad aislada: no estarán cubiertas por esa hipoteca, aunque respecto de las mismas el banco acreedor podrá ejercitar las acciones y otras garantías que se hayan constituido específicamente para esa obligación individual.

A través de estas recomendaciones, como se puede observar, se ha tratado de poner en práctica esa línea de pensamiento que sigue la doctrina mantenida por la DGRN de que la hipoteca en garantía de diversas obligaciones futuras debe pasar necesariamente por la hipoteca de cuenta corriente novatoria.

Sin embargo, sobre esa exigencia de novación de las distintas obligaciones cabe apreciar la existencia de una ficción jurídica: se dice que es posible garantizar varias obligaciones futuras con una sola hipoteca si se integran en una cuenta corriente, novándose todas ellas en una obligación por el saldo final de esa cuenta; y, sin embargo, si no hay novación no cabría constituir tal hipoteca. Pero la cuestión es que, como señala DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ (28), al final, se produzca o no esa novación, lo que se garantizan son esas mismas y diversas obligaciones futuras, igualmente delimitadas por la relación jurídica básica concretada en el momento de la constitución de la hipoteca.

En este sentido, se puede señalar la existencia de una segunda línea doctrinal que entiende que cabe la constitución de una hipoteca en garantía de varias obligaciones futuras (29), siempre que se determinen las líneas fundamentales de las mismas, en cumplimiento del principio de especialidad y para evitar una flotabilidad absoluta (30), pero sin que sea necesario el pacto novatorio de las obligaciones. Esto es, cabría garantizar varias obligaciones futuras con una sola hipoteca, aun pactándose que la constitución de la hipoteca y la integración de las obligaciones en la cuenta no tienen carácter novatorio, conservando las distintas obligaciones su individualidad (31).

(28) Vid. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «Algunas consideraciones...», *op. cit.*, pág. 2313.

(29) No así en el caso de que se trate de una hipoteca ordinaria en garantía de obligaciones presentes. En este caso sería necesario constituir una hipoteca para cada obligación. Cfr. GARCÍA GARCÍA, José Manuel y GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, «Las hipotecas de máximo en garantía de obligaciones futuras», en *BCRE*, núm. 300, mayo de 1993, pág. 1252; AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, «Las hipotecas de máximo en garantía de obligaciones futuras», en *BCRE*, núm. 1 (2.ª época), febrero de 1995, pág. 184; y DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «Algunas consideraciones...», *op. cit.*, pág. 2313.

(30) De este modo, habría que rechazar cláusulas o estipulaciones con fórmulas omnicomprendivas del estilo de «o de cualquier otra clase» (*vid.*, entre otros, AMORÓS GUARDIOLA, «Las hipotecas de máximo...», *op. cit.*, pág. 184; y GARCÍA GARCÍA y GÓMEZ GÁLLIGO, «Las hipotecas de máximo...», *op. cit.*, pág. 1252).

(31) Vid. AMORÓS GUARDIOLA, «Las hipotecas de máximo...», *op. cit.*, págs. 184-186; GARCÍA GARCÍA y GÓMEZ GÁLLIGO, «Las hipotecas de máximo...», *op. cit.*, pág. 1252; y DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «Algunas consideraciones...», *op. cit.*, págs. 2313-2314. Cfr., asimismo, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, «Apuntes sobre la novación y

Sobre la necesidad de pacto novatorio, hay que poner de relieve que, ciertamente, exista o no novación al final, lo que se garantiza es lo mismo, ya se trate de cantidades aisladas, ya del resultado de la suma de todas ellas.

Nos encontramos con que la DGRN, en algunas de sus Resoluciones, señala la necesidad de flexibilización del régimen hipotecario en aras del mercado y del tráfico (entre otras, la RDGRN de 17 de enero de 1994, remitiéndose ésta, a su vez, a las RRDGRN de 21 de marzo de 1917 y de 16 de junio de 1936).

¿Y por qué no permitir, con base en el mismo objetivo de la mejora del mercado y del tráfico, garantizar varias obligaciones en el marco de varias relaciones perfectamente concretadas? No creo que sea necesaria la novación de todas las obligaciones en una.

Pero la pregunta que resulta de esta afirmación es la siguiente: si no se novan en una, ¿cuál es la obligación al final garantizada? Entiendo que todas las derivadas de esas relaciones jurídicas determinadas en el momento de la constitución. Éstas siempre se establecerán entre dos sujetos concretos, de modo que daría igual sobre qué obligaciones recaerá la garantía (que otorga preferencia) en el momento de la ejecución (fase eventual o potencial) (32).

Desde el principio, todas las obligaciones son potencialmente garantizadas y sobre todas se desarrolla con plena eficacia la llamada fase de seguridad hipotecaria. Después, sólo las obligaciones incumplidas podrán ser objeto de la fase ejecutiva de la hipoteca: y, en este caso, ¿pueden ser varias las obligaciones?

Si han vencido y se han incumplido, no hay problema: son el mismo deudor y acreedor, de modo que el remate del bien o bienes hipotecados puede servir para cubrir varias obligaciones. Y en cuanto a la necesidad de señalar un orden o prelación de pago, no veo su justificación: tal exigencia se podría justificar únicamente en la necesidad de proteger a otros acreedores del hipotecante, pero, si ya consta en el Registro de la Propiedad que hay una hipoteca sobre ese bien o bienes que cubre todas las obligaciones que deriven de una o varias relaciones determinadas entre dos sujetos, esos acreedores ya saben a qué atenerse, sobre todo porque se señalaría un máximo de cuantía de la que responderán dichos bienes.

Aquí el problema podrá derivarse del hecho de que las obligaciones que surjan de esas relaciones jurídicas han podido surgir con posterioridad a las

la accesoriidad en la hipoteca de máximo», en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio [y cols.] (coords.): *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, *Derecho Civil. Derechos Reales. Derecho de Familia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 3584-3587.

(32) Del mismo modo es irrelevante, a estos efectos, el que se le conceda a una u otra parte la facultad de decidir sobre cuál o cuáles obligaciones recaerá la garantía hipotecaria con ocasión de la ejecución. *Vid.* nota 26 de este trabajo.

obligaciones de otros acreedores del hipotecante y, sin embargo, tendrán la preferencia derivada de la hipoteca respecto del remate procedente de la ejecución del bien.

Pero esto es algo propio de la hipoteca en garantía de obligación futura y ésta está perfectamente reconocida en nuestro ordenamiento. En la hipoteca en garantía de obligación futura el gravamen surge desde que se inscribe, aunque no exista aún la obligación garantizada, de modo que esa preferencia respecto a obligaciones, incluso anteriores propiamente al nacimiento de la obligación garantizada (aunque posteriores a la constitución de la garantía) está justificada por ser el juego propio de la garantía hipotecaria.

Se asevera que esa novación es una exigencia impuesta por el principio de accesoriedad, manifestado a través del axioma clásico: «una hipoteca, una obligación». Mas, en mi opinión, esa novación no viene impuesta ni por el principio de accesoriedad ni por el de especialidad; es ésta una exigencia derivada de la accesibilidad a un excepcional medio de prueba y de determinación del crédito: la certificación bancaria *ex* artículo 153 LH.

Pero éste no es el único mecanismo que permite constituir el título ejecutivo de las hipotecas de seguridad, como son las hipotecas que garantizan varias obligaciones. Puede acudir a otros medios extrarregistrales aptos para acreditar la existencia de los créditos garantizados, su liquidez y cuantía y, por qué no, la especificación de los créditos que definitivamente se vean beneficiados de la garantía hipotecaria de entre todos aquéllos que genéricamente fueron concebidos en el momento de la inscripción como eventualmente garantizados o garantizables. Medios extrarregistrales que obligan a instar un proceso ejecutivo ordinario (previsto en los arts. 517 y sigs. LEC), con más amplias posibilidades de discusión que las previstas para el juicio ejecutivo hipotecario, *ex* artículos 681 y sigs. LEC (que se rige por reglas similares a las previstas en el anterior juicio sumario hipotecario regulado en los arts. 131 y sigs. LH).

Así, pues, puede acudir legítimamente a estos mecanismos y no hay justa razón para imponer esa novación de las obligaciones. De lo contrario, se estaría impidiendo el acceso a una figura hipotecaria con gran potencial y beneficio en las relaciones comerciales y en el tráfico mercantil (33).

B) LA HIPOTECA FLOTANTE EN LA LEY 41/2007

Con esta situación anteriormente descrita, de debate doctrinal y en el seno de la DGRN, planteándose diversas propuestas y recomendaciones prácticas en orden a constituir hipotecas flotantes (esto es, a garantizar varias

(33) Cfr., entre otros, PARDO NÚÑEZ, «Hipoteca de máximo...», *op. cit.*, págs. 225-226 y 230-233.

obligaciones presentes y/o futuras con una única hipoteca) sin por ello contravenir ningún principio de nuestro ordenamiento ni las exigencias de la DGRN, es con la que se encontró nuestro legislador a la hora de abordar la reforma del mercado hipotecario y, en concreto, a la hora de decidir sobre la regulación de las hipotecas flotantes.

Durante la tramitación en las Cortes Generales de esta Ley 41/2007 también encontró lugar el debate sobre esta modalidad de hipoteca: el nuevo artículo 153 bis LH estaba previsto ya en el anteproyecto de Ley y en el texto del proyecto de Ley remitido al Congreso; pero del texto aprobado en el Congreso para su remisión al Senado se eliminó ese precepto; posteriormente, ya en el Senado, se introdujo de nuevo con una pequeña variación de cara a ampliar los sujetos titulares de este tipo de hipotecas; y ya de nuevo en el Congreso se aprobó definitivamente su regulación tal y como se remitió por el Senado.

La introducción de este artículo 153 bis LH con la regulación de la hipoteca flotante se ha justificado, a tenor de lo indicado en el apartado VII del Preámbulo de la Ley 41/2007, en dar respuesta fundamentalmente a las relaciones continuadas entre dos sujetos (siendo uno de ellos una entidad de crédito o una Administración Pública en los términos previstos en el nuevo art. 153 bis LH). Y es que, al admitirse esa posibilidad, ello conlleva importantes ventajas para los sujetos en orden al ahorro de costes. De esta forma se facilita la obtención de crédito a un menor coste y de una forma más ágil y rápida que si el deudor tuviera que constituir una hipoteca diferente para cada obligación, sucediéndose, de este modo, las constituciones y cancelaciones de hipoteca.

Hay que destacar, en este sentido, que durante la tramitación del proyecto de Ley en el Senado, en las enmiendas presentadas al texto remitido por el Congreso (34) por las que se interesa la adición de este precepto 153 bis LH (tras su supresión en el Congreso), así como durante las intervenciones de los grupos parlamentarios previas a la votación (35), queda reflejada la intención de los grupos parlamentarios socialista, popular y de CIU de que esta nueva regulación vaya destinada especial y expresamente a mejorar la financiación de las pequeñas y medianas empresas.

En la justificación de las enmiendas 59 (del Grupo Parlamentario Popular en el Senado) y 96 (del Grupo Parlamentario de CIU en el Senado), de igual tenor literal, se señala: «El apartado 4 del artículo 10 del Proyecto de Ley de reforma del mercado hipotecario, por el que se incorporaba un nuevo artículo 153 bis a la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, tenía como objetivo fundamental garantizar una financiación adecuada a los negocios de Pymes, autónomos o profesionales que disponen de bienes inmobilia-

(34) *Vid.* BOCG. Senado. VIII Legislatura. Serie II. núm. 130 *d*), de 6 de noviembre de 2007.

(35) *Vid.* Diario de Sesiones del Senado, núm. 535, de 14 de noviembre de 2007.

rios, mediante su movilización a través de hipoteca que garantice las operaciones más adecuadas en cada momento a sus necesidades de la forma más eficiente y económica posible. No se puede ignorar que este segmento de actividad es uno de los más dinámicos de la economía española y un importante generador de empleo. En líneas generales, el patrimonio inmobiliario de este tipo de negocios y empresarios es proporcionalmente muy superior al de las grandes corporaciones, pero lamentablemente está amortizado por la rigidez en la aplicación del concepto de accesoriedad que se hace en la legislación y en la praxis hipotecaria en España [...] En la base de la mayor parte de los fracasos de estos negocios se encuentra un déficit de recursos financieros líquidos para hacer frente a situaciones y problemas coyunturales que podrían salvarse sin dificultad de contar con la cobertura de una hipoteca flotante».

Lamentaban estos grupos parlamentarios la previa supresión de esta norma en el Congreso al considerar que, contra lo que se afirmó entonces (36), no se incentivaba el sobreendeudamiento de las familias españolas con el incremento del riesgo de perder su vivienda habitual, sino que buscaban favorecer el acceso a una financiación adecuada de los pequeños negocios que potenciara su crecimiento, expansión y desarrollo. Con esta medida se abatarían así los costes respecto de la obtención de financiación a través de créditos personales o, en su caso, de constitución de hipotecas sucesivas. En cambio, la no previsión de esta modalidad de hipoteca supondría el grave riesgo de que esas pequeñas empresas desaparecieran.

En la justificación de sus enmiendas reiteran que esta nueva figura no está orientada «a cubrir “todo tipo de deudas personales y familiares” que, por otra parte y sin lugar a dudas, pueden ser perfectamente cubiertas con los

(36) En el Congreso se presentó por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds una enmienda (la núm. 17) proponiendo la supresión de la introducción de ese nuevo artículo 153 bis LH. Como justificación a esta enmienda se señalaba: «El proyecto de Ley justifica la introducción de la ampliación de la figura de la hipoteca de “máximo” en garantía de toda clase de obligaciones presentes o futuras sin necesidad de pacto novatorio, en la aparente necesidad de “flexibilizar” el mercado. En la práctica, la extensión de la hipoteca de máximo, también conocida como “hipoteca recargable”, dedicada a garantizar todo tipo de deudas personales y familiares, supondrá un fomento del endeudamiento familiar con incremento del riesgo cierto de perder la vivienda habitual. No parece razonable que la garantía hipotecaria sobre la vivienda se desplace al crédito al consumo cuando existe la experiencia de otros países, como es el caso de Estados Unidos, donde dicha figura ha disparado los problemas de morosidad y provocado quiebras de varias entidades de crédito. La posibilidad de que las entidades bancarias y de crédito puedan cubrir con garantía hipotecaria sus operaciones de crédito al consumo, incluso posteriores en el tiempo a otros acreedores, supondrá convertir a dichas entidades en unos privilegiados absolutos ante otros acreedores. De otra parte, esta figura provocará la imposibilidad de que los acreedores puedan acudir a otras entidades bancarias». *Vid.* BOCG, Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A, núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007.

instrumentos hipotecarios, ya en vigor en el actual marco legislativo, sin necesidad de introducir el mencionado artículo 153 bis».

Por otro lado, estos grupos parlamentarios, junto con estas enmiendas 59 y 96, presentaron sendas enmiendas de igual tenor literal (la 42 y la 93, respectivamente) por la que se modificaba el apartado séptimo del Preámbulo de la Ley, con la intención de, al igual que se hacía con los prestamistas o titulares autorizados de esta nueva figura hipotecaria, señalar expresamente los prestatarios a los que objetivamente va dirigida la misma. Así, tras indicar que la constitución de estas hipotecas se restringe a las entidades de crédito por estar sujetas a especiales normas de supervisión, interesaban la adición del siguiente inciso: «Estas hipotecas estarán destinadas a financiar actividades empresariales, especialmente de pymes, autónomos y profesionales, que pueden encontrar en este instrumento una vía de acceso más segura y económica a las diversas modalidades de crédito».

Pero estas enmiendas 42, 59, 93 y 96 fueron retiradas posteriormente en favor de la enmienda 85 del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, por considerarlas de contenido similar (37).

En la justificación de esta enmienda 85 también se hacía referencia a las pymes como destinatario principal de esta regulación: «Debe mantenerse la regulación de las hipotecas de máximo, también conocidas como hipotecas flotantes o de empresa, como mecanismo imprescindible para lograr una adecuada financiación de las pequeñas y medianas empresas». También a estas empresas se alude en la intervención de este grupo parlamentario previa a la votación de las enmiendas (38). Pero a esta enmienda 85 no se le acompañaba otra enmienda (al estilo de las enmiendas 42 y 93 anteriormente indicadas y que fueron retiradas) proponiendo la adición de un nuevo inciso en el apartado VII del Preámbulo de la Ley, de manera que se concretasen los prestatarios principales de esta nueva regulación.

Por ello, expresamente en esta Ley 41/2007, en lo relativo a la hipoteca flotante, no se hace ninguna mención a las pymes, autónomos y profesionales como destinatarios de esta figura hipotecaria. Para afirmar esto tendremos que apelar al espíritu de la norma, atendiendo a la intención del legislador,

(37) Por otro lado, es esta enmienda 85 del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado la que introduce como prestamista autorizado de esta figura hipotecaria a las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, si bien se olvidó su inclusión en el apartado VII del Preámbulo, al lado de las entidades de crédito a las que únicamente se refiere. En la justificación de esta enmienda este grupo parlamentario señalaba que «se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquellas, y extenderlo excepcionalmente a cualesquiera administraciones públicas con la finalidad de refinanciar créditos de naturaleza pública, bien tributarios, bien de la Seguridad Social» [BOCG. Senado. VIII Legislatura. Serie II, núm. 130 d), de 6 de noviembre de 2007].

(38) *Vid.* Diario de Sesiones del Senado, núm. 535, de 14 de noviembre de 2007.

puesta de manifiesto en los diferentes textos, enmiendas y discusiones parlamentarias. Aunque también hay que tener en cuenta que, ciertamente, no cabe duda de que los destinatarios naturales de esta norma no pueden sino ser estas pequeñas y medianas empresas y autónomos, por cuanto son ellos los que fundamentalmente mantienen relaciones continuadas con las entidades de crédito de las que se derivan una pluralidad de obligaciones garantizables con esa hipoteca flotante. Pero ello no está restringido expresamente, por lo que no se descarta que grandes empresas puedan acceder a ellas y, asimismo, los particulares consumidores.

Tal y como se ha venido indicando en este trabajo, atendiendo al gran potencial económico y al beneficio para las relaciones comerciales y el tráfico mercantil que puede suponer la admisibilidad de la constitución de una hipoteca flotante, ésta ha sido una de las medidas que se han instrumentado en la reforma del mercado hipotecario prevista en la Ley 41/2007 en aras a su flexibilización.

En referencia a la regulación de las hipotecas flotantes, en el Preámbulo de esta Ley se señala que esta figura es un mecanismo de flexibilización del mercado hipotecario. Y justifica esta medida poniendo de manifiesto que, en ocasiones, la aplicación estricta de los principios de accesoriedad y de especialidad excluyen de nuestro ordenamiento figuras como las hipotecas en garantía de diversas obligaciones, lo cual determina la necesidad de constituir varias hipotecas, con el coste económico que ello implica, a la par que supone una práctica poco competitiva en el tráfico bancario (39). De ahí que se busque con esta reforma «generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas» (40). Se persigue que con la regulación de esta hipoteca de máximo se dé cobertura, asimismo, a la admisión de «nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados».

En definitiva, en este Preámbulo se pone de manifiesto «una necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas». A este espíritu responde la nueva Ley.

(39) Expresamente, este Preámbulo indica 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. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria».

(40) Esta previsión, sin embargo, está limitada a las entidades de crédito como acreedoras hipotecarias y a las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social (aunque a estas últimas no se alude en el Preámbulo de la Ley 41/2007), no admitiéndose que se constituyan a favor de cualquier otra persona, entidad o institución.

Como sujetos a favor de los cuales se puede constituir esa hipoteca de máximo flotante, el nuevo artículo 153 bis LH señala que únicamente pueden serlo: las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario; o las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social. Este segundo favorecido por esta modalidad hipotecaria no estaba inicialmente previsto, sino que se introdujo en el trámite de enmiendas en el Senado y allí se aprobó su inclusión (aunque a ello no se hace referencia en el Preámbulo, que no se modificó a este respecto, refiriéndose como prestamistas autorizados únicamente a las entidades de crédito).

De modo que se ha restringido la legitimación para ser titular de estas hipotecas, no permitiendo que sea cualquier persona, sino sólo las indicadas en este precepto, por estar éstas sujetas a una normativa de supervisión y control con que no cuentan todas las entidades, personas e instituciones. En cualquier caso, tratándose de la garantía de una pluralidad de obligaciones entre dos personas concretas enmarcadas lógicamente en una relación continuada entre ambas, en la práctica el acreedor más apto para la constitución de esa hipoteca era una entidad de crédito.

Como se ha indicado anteriormente, a esta restricción, en cuanto al prestamista autorizado para esta hipoteca, no se acompaña una previsión expresa del prestatario objetivo de la misma, pese a que ello fue intentado durante la tramitación de la Ley en el Senado.

A la hora de indicar los posibles sujetos autorizados para que se constituya a su favor una hipoteca flotante se alude también al objeto de la misma. Así se señala que podrá constituirse esa hipoteca de máximo flotante a favor de esos sujetos «en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio».

Es en este último inciso de este primer párrafo del artículo 153 bis LH indicado («sin necesidad de pacto novatorio»), donde se pone de manifiesto una de las notas más destacadas de esta figura y que tanto ha criticado la DGRN hasta el punto de centrar en esta cuestión la principal de las razones para la no admisión de esta modalidad de hipoteca: la falta de novación de las obligaciones garantizadas. Nota que, además, tal y como se ha señalado en el anterior apartado, era objeto de diferentes recomendaciones prácticas con el fin de conseguir la inscripción y constitución de esta garantía.

Este aspecto era, como ya se ha indicado con anterioridad, el más controvertido antes de la aprobación de esta Ley 41/2007. Sobre esta cuestión es en la que la doctrina y los diferentes agentes económicos más esfuerzos hacían con el fin de superar los obstáculos que se ponían a la inscripción de nuevas fórmulas hipotecarias en garantía de varias obligaciones. Y probablemente es éste el aspecto sobre el que más «presión» habrán hecho los diferentes agentes económicos intervinientes en el mercado y tráfico mercantil y

crediticio como principales interesados en que esta regulación se aprobara (empresas, entidades de crédito, etc.).

Junto con esta previsión, también se establecen unas condiciones para la efectividad de la constitución de esta hipoteca. Se exige que se especifique en la escritura de constitución de hipoteca y que se haga constar en la inscripción registral de la misma:

- a) Su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas.

De modo que, con el fin de respetar el principio de determinación registral en la garantía de obligaciones futuras, se acoge la doctrina de la DGRN en cuanto a señalar las líneas fundamentales de las relaciones jurídicas básicas de las que derivarán esas obligaciones futuras garantizadas (cfr. las RRDGRN de 3 de octubre de 1991, de 17 de enero de 1994, de 11 de enero de 1995, de 28 de abril de 1999 y de 10 de julio de 2001 (41), entre otras), aunque ahora se utiliza la expresión «actos jurídicos básicos» y no «relación jurídica básica» (42).

(41) La RDGRN de 3 de octubre de 1991 señala que «no se precisa ciertamente que la obligación a asegurar tenga ya existencia jurídica, puede constituirse también en garantía de una obligación futura (art. 142 de la Ley Hipotecaria), pero no por ello queda comprometida su accesoriedad y su esencial finalidad de garantía de un crédito específico, por cuanto también en esta hipótesis es preciso identificar, al tiempo de su constitución, la relación jurídica de que deriva la obligación a asegurar, y solamente si se prueba su efectivo nacimiento y autónoma exigibilidad procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria».

(42) La utilización de la expresión «actos jurídicos básicos» en lugar de «relación jurídica básica», como hasta ahora venía haciendo la DGRN, a mi juicio, puede interpretarse como cierta inclinación a admitir la falta de necesidad de que esos actos jurídicos sean ya existentes. Con la expresión «relación jurídica básica» se busca hacer referencia a una situación más continuada en el tiempo, que puede mantenerse por las partes y que, entre otros actos, existan unos concretos de los que se derivarían las obligaciones futuras; mientras que los «actos» evocan más a unas circunstancias más puntuales (dentro de una relación más continuada o fuera de ella) de las que se derivaría la obligación futura. Esto es, teniendo lugar esos actos jurídicos descritos, *a priori* puede entenderse que en ese mismo momento surgiría la obligación futura (sin embargo, en una relación jurídica eso no es así, pues en ella se suceden multitud de actos unos aptos para el nacimiento de la obligación y otros no) y, teniendo en cuenta que el nuevo artículo 153 bis LH indica expresamente la necesidad de hacer constar la «descripción general de los actos jurídicos básicos de los que se deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas», parece entonces que esos actos también pueden ser futuros. En cualquier caso, entiendo que la descripción general de la relación o de los actos de los que surgirá la obligación u obligaciones garantizadas es suficiente para cumplir con la función protectora del principio de especialidad, y a ello no obsta el hecho de que tal relación o tales actos no hayan tenido lugar ya en el momento de la inscripción registral de la garantía hipotecaria.

- b) La cantidad máxima de que responde la finca.
Se reitera de esta manera que la naturaleza de esta garantía es de hipoteca de máximo.
- c) El plazo de duración de la hipoteca.
Se introduce así un mecanismo de caducidad de estas garantías, que puede facilitar la cancelación de su inscripción por la vía del párrafo segundo del artículo 82 LH.
- d) La forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.
Cabe entender que se prevé la existencia de cada una de las obligaciones individual y autónomamente hasta el momento del vencimiento sin que se noven para la constitución de una única obligación, pero sí se exige con este último requisito que se señale un mecanismo para que, al final, sea sólo uno el saldo final líquido garantizado. El mecanismo típico es la contabilidad por la vía de las cuentas corrientes de crédito, si bien en este precepto no es el mecanismo que se impone, como pretendía la DGRN (tras la novación de las diversas obligaciones), sino que se deja a las partes libertad para fijar esa forma de cálculo del saldo final garantizado.

Además, en el tercer párrafo de este artículo 153 bis LH se legitima a las partes para pactar en el título «que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura». En definitiva, se está reconociendo la posibilidad de que, bajo una concreta forma pactada, se deje en manos del acreedor la determinación del saldo resultante y finalmente garantizado (43).

En el último párrafo de este nuevo artículo 153 bis LH se acoge una previsión lógica en esta materia, en la medida en que se reconoce la posibilidad de acudir, para el ejercicio de la acción hipotecaria, a lo dispuesto en los artículos 129 y 153 LH y los preceptos concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El acreedor hipotecario titular de una hipoteca de máximo en garantía de varias obligaciones presentes y/o futuras podrá acudir, como cualquier otro acreedor hipotecario, al procedimiento ejecutivo directo contra los bienes hipotecados, o bien al extrajudicial ante Notario, si así se previó en la escritura de constitución, pero, también, podrá valerse de lo especialmente previsto para la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito. Esto permite afirmar la íntima conexión existente entre ambas figuras.

Así pues, puede decirse que también, en cierta medida, desde esta nueva regulación se reconduce esa hipoteca en garantía de varias obligaciones presentes y/o futuras a la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito

(43) *Vid.* lo señalado anteriormente en la nota 26 de este trabajo.

(art. 153 LH), lo mismo que exige la DGRN; aunque con el nuevo artículo 153 bis LH esto es a efectos meramente ejecutivos, pues ya se advierte expresamente de que no es necesario el pacto novatorio de las obligaciones garantizadas.

Se trata de lo que se afirmaba anteriormente: esa novación exigida por la DGRN no puede imponerse con base en una supuesta colisión con los principios de accesoriedad y de determinación registral. Esa exigencia o interés en la novación es consecuencia de la accesibilidad a un excepcional medio de prueba y de determinación del crédito: la certificación bancaria *ex* artículo 153 LH.

Con esta nueva regulación de la hipoteca flotante se ha pretendido dar respuesta a las diversas demandas de flexibilización del mercado hipotecario, buscando dar viabilidad a fórmulas que potencien la movilidad de créditos y el tráfico mercantil, a la vez que no supongan un incremento de los costes de la operación que desincentive llevar a cabo el negocio jurídico correspondiente.

El tiempo y la práctica determinarán si con esta regulación se han cumplido las expectativas con ella creadas.

RESUMEN

HIPOTECA FLOTANTE

La Ley 41/2007 ha introducido en nuestro ordenamiento la regulación de la hipoteca flotante, utilizando, además, por primera vez, la expresión «hipoteca de máximo» para referirse a ella. En este trabajo se analizan las notas características de la hipoteca de máximo y de la hipoteca flotante, así como la situación doctrinal, jurisprudencial y práctica que sobre esta última figura existía antes de la Ley 41/2007, con el fin de compararla con la regulación prevista en el nuevo artículo 153 bis LH.

ABSTRACT

FLOATING MORTGAGE

Act 41/2007 has introduced into our legislation terms regulating the floating mortgage, using, what is more, for the first time the expression «hipoteca de máximo» (literally, «maximum-sum mortgage») to refer to it. This paper analyses the characteristic notes of the «maximum-sum mortgage» and the floating mortgage, as well as the doctrinal, jurisprudential and practical situation concerning this latter concept that existed prior to Act 41/2007, in order to compare it with the terms provided for in the new article 153 bis of the Mortgage Act.

(Trabajo recibido el 17-12-07 y aceptado para su publicación el 1-4-08)