

Hipotecas flotantes

FERNANDO AZOFRA
Abogado

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ANTECEDENTES.
- III. ELEMENTOS DE LA HIPOTECA FLOTANTE:
 - 1. LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA.
 - 2. EL ACREEDOR HIPOTECARIO.
 - 3. EL DEUDOR.
 - 4. EL PLAZO.
 - 5. LA RESPONSABILIDAD MÁXIMA HIPOTECARIA.
- IV. CESIÓN:
 - 1. TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS GARANTIZADOS POR LA HIPOTECA FLOTANTE.
 - 2. PLURALIDAD DE ACREEDORES.
- V. EJECUCIÓN:
 - 1. EJECUCIÓN POR EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL ESPECIAL.
 - 2. EJECUCIÓN PARCIAL.
 - 3. EJECUCIÓN POR EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL.
- VI. CANCELACIÓN.
- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La reciente Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de largo título, ha venido a introducir importantes modificaciones en nuestro sistema hipotecario, varias de las cuales desde luego golpean alguno de los dogmas, reales o tenidos por tales, de nuestro Derecho. Pese a su corta edad, ya ha cosechado aceradas

críticas (cuando no sarcásticas), de algunos colectivos que también han puesto mucho de su parte, durante la tramitación parlamentaria, para que la Ley, finalmente aprobada, no llegase a ser lo que inicialmente pretendía (en particular, en lo que se refiere a la posibilidad de integración extrarregistral de la ejecución hipotecaria y la tasación limitativa del contenido de la inscripción del derecho de hipoteca). Se ha querido, con gran simplificación, presentar la eficiencia del sistema hipotecario español (por mantener tipos de interés medios por debajo de la media comunitaria) como prueba de la calidad (en términos de seguridad) de nuestro sistema registral, en un intento de descalificar las modificaciones propuestas (1).

Es quizá la flamante «hipoteca flotante» la que se ha llevado lo peor (2). Se ha pretendido sembrar algo de sospecha sobre el objetivo de la norma, como si estuviera más encaminada a proteger a los bancos, que a mejorar y agilizar nuestro honorable sistema hipotecario y registral. Y ello aunque, en las declaraciones programáticas al menos, la Ley pretenda «*la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos*», «*la mejora de los instrumentos de financiación*» (3), «*alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado*» (4), etc.

Otros autores han criticado ciertos resultados de la Ley precisamente por no haberse conseguido que fraguara el objetivo inicial del proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes (en adelante, el «Proyecto»): el desenlace de la Ley en lo referente al contenido de la inscripción de la hipoteca y la anhelada y finalmente frustrada posibilidad de integración extrarregistral de la ejecución hipotecaria (5). Hay deficiencias claras, como la regulación de la comisión por amortización anticipada de préstamos y créditos hipotecarios (que la Ley bautiza como «compensación por desistimiento»), el régimen de modificación de préstamos hipotecarios inscritos en perjuicio de titulares registrales posteriores, la modificación de la regulación de la cesión de créditos hipotecarios o las dudas introducidas respecto del gravamen de derechos de

(1) CANALS BRAGE, Fernando, «El incierto porvenir de la hipoteca en España (a propósito de algunos proyectos más o menos normativos)», en *La Ley*, jueves, 12 de abril de 2007, pág. 1.

(2) DELGADO, Joaquín, «Cómo hundirse con una hipoteca flotante», en *La Gaceta de los Negocios*, 15 de enero de 2008. MARTÍNEZ GIL-VICH, José Luis, «La hipoteca flotante», en *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero de 2008, pág. 152 y sigs. CANALS BRAGE, Fernando, «El incierto porvenir...», *op. cit.*, pág. 1.

(3) Apartado I del Preámbulo, *in fine*.

(4) Apartado V del Preámbulo.

(5) CARRASCO PERERA, Ángel, «Las nuevas hipotecas», en *Expansión*, 2 de enero de 2008.

crédito que no constituyan valores ni instrumentos financieros (6). Pero la mal llamada «hipoteca flotante» es, creo, un logro evidente en ese 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.

II. ANTECEDENTES

Desactivada la verdadera reforma radical del sistema hipotecario que proponía el Proyecto, que era la relativa al alcance de la inscripción de la hipoteca y la integración extrarregistral en su ejecución, la más relevante de las aportaciones de la Ley 41/2007 ha sido la hipoteca flotante. El *Forum Group* y los analistas financieros venían denunciando «*la rigidez que deriva de algunas interpretaciones arcaicas y ultraconservadoras del principio de accesoriedad de la hipoteca que hace extraordinariamente difícil la innovación y creación de nuevos productos*» (7). También en el seno de la Unión Europea se había venido señalando al aumento de la gama de los productos hipotecarios como «*factor esencial para obtener la mayoría de los beneficios que cabe esperar de la integración de los mercados hipotecarios*». Se ha destacado que el aumento de la gama de productos produciría un crecimiento del 10 por 100 del mercado (por la entrada de prestatarios que actualmente no tienen acomodo en el mercado y por la mejora de la adecuación de los productos para un cuarto de los prestatarios existentes), así como beneficios anuales de entre el 0,15 y el 0,30 por 100 de los saldos totales del crédito hipotecario de vivienda (es decir, entre el 0,0 y el 0,12 por 100 del PIB de la Unión Europea de 2003) (8).

Se supera en un artículo (el nuevo 153 bis de la Ley Hipotecaria) y en escasos seis párrafos, toneladas de páginas escritas en artículos, recursos, resoluciones de la DGRN y alguna sentencia sobre la aplicación de los principios de accesoriedad, especialidad y publicidad al ámbito de la hipoteca global. No ha sido preciso modificar nada más. Y nuestro apreciado sistema hipotecario sigue en pie, sin desmoronarse como castillo de naipes, como vaticinaban algunos guardianes de la ortodoxia registral.

(6) MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel, «Prenda sin desplazamiento de créditos», en *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero de 2008, pág. 156 y sigs. CARRASCO PERERA, Ángel, «Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito», en *La Ley*, año XXIX, núm. 6867, 23 de enero de 2008, pág. 1 y sigs.

(7) ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA, *Posición de la AHE sobre el Anteproyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario, de Regulación del Régimen de las Hipotecas Inversas y del Seguro de Dependencia*.

(8) Libro Blanco sobre integración de los mercados de crédito hipotecario en la UE. COM (2007) 807 final. 18 de diciembre de 2007, pág. 5.

Si va a pasar a ser la flotante la garantía hipotecaria de referencia en la práctica bancaria o no, lo dirá el tiempo. Aventuro que sí, porque la admisión de la hipoteca flotante ha sido la consecuencia ineludible de la presión de la práctica mercantil, del signo de los tiempos. Aunque la discusión sobre la admisión o no de la hipoteca flotante está patente desde el primer tercio del pasado siglo (con algunas resoluciones de la DGRN y sentencias del TS al respecto, como más adelante apuntaré), ha sido a partir de los años ochenta cuando ha pasado a desatar encendidas discusiones al no conformarse el crédito profesional con la (entendida) imposibilidad de utilizar un inmueble como garantía de una panoplia de relaciones jurídicas existentes entre un deudor y un banco, más o menos determinadas, y tener que suplirlo con una antieconómica secuencia de constituciones y cancelaciones de hipotecas separadas.

Con amparo en el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, 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 sólo una parte de ella(s), extinguiéndose en principio la hipoteca tras la ejecución (aunque alguna o algunas de las obligaciones garantizadas aún no hayan vencido). 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.

Podemos usar, para definir esta novedosa figura, las palabras de ROCA SASTRE (9): una hipoteca «*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*».

La génesis legislativa de esta figura, en pocas palabras, es la siguiente:

- A) Aparece, casi con la misma redacción final, en el anteproyecto de octubre de 2006 de la Ley 41/2007 (el «*Anteproyecto*»), si bien no se excluía la necesidad de «pacto novatorio» entre las distintas obligaciones garantizadas, ni se admitía la hipoteca flotante en favor de administraciones públicas.

(9) ROCA SASTRE, Ramón, y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, Ed. Bosh, 1994 (8.ª ed.), Tomo VIII, pág. 317.

- B) Se recoge en el artículo 10.4 del Proyecto, ya excluyendo expresamente la necesidad de pacto novatorio.
- C) Se elimina en el trámite en el Congreso, fruto del acuerdo entre el Grupo Parlamentario Socialista y el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds; y,
- D) Se recupera el trámite en el Senado, mediante la enmienda núm. 85 del Grupo Socialista (de contenido análogo a las enmiendas núm. 58 del Grupo Parlamentario Popular y núms. 93 y 96 del Grupo Parlamentario Catalán), añadiéndose la posibilidad de garantizar mediante esta hipoteca créditos tributarios y de seguridad social en favor de las administraciones públicas.

Antes de examinar con detenimiento el nuevo artículo 153 bis, merece la pena tratar de hacer una clasificación de los distintos tipos de garantías que han sido o pueden ser identificadas como hipoteca flotante:

- A) Hipoteca general, hipoteca flotante general, hipoteca omnibus. Se trata de una carga que gravita sobre todos los bienes inmuebles de un deudor, no sólo los presentes al tiempo de la constitución, sino incluso los futuros, en garantía de una o más obligaciones, ya presentes, ya futuras. Es la hipoteca a la que declara la guerra el proyecto de Código Civil de GARCÍA GOYENA de 1851 (10), la Ley de Bases del Código Civil de 1858 y la primera Ley Hipotecaria de 1861. Aunque, visto desde la perspectiva de hoy, alguno podría pensar que se trata de una figura perfectamente feudal, debe destacarse que el Reino Unido, Estados Unidos y Alemania (cuyos sistemas financieros no son precisamente los más atrasados del mundo) tienen instituciones jurídicas que permiten el establecimiento de cargas hipotecarias o preferencias inmobiliarias en garantía de una pluralidad de relaciones jurídicas, determinadas o indeterminadas, incluso sobre bienes futuros del deudor.
- B) Hipoteca de propietario. Hipoteca que gravita sobre un bien, en garantía de varias obligaciones del propietario (o un tercero), sin descripción individualizada de las obligaciones o con descripción vaga [tales como «*cualquier pago que los acreditantes tuvieran con aquellos*» (11); «*cuantas obligaciones surjan entre el deudor y el acreedor derivados de la actividad bancaria en general*»; «*obligaciones que tengan su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos*» (12); «*importe de los débitos que por cualquier concep-*

(10) Artículo 1.798: «no puede constituirse [hipoteca] sino sobre bienes inmuebles especial y expresamente determinados».

(11) RDGRN de 27 de julio de 1999 (RJ 1999/6083).

(12) RDGRN de 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990/9333).

to» (13); «*diversas operaciones crediticias*» (14), etc.], de forma tal que es el propietario a quien cabe la selección de los créditos a los que se extiende el manto hipotecario.

- C) Hipoteca flotante pura: hipoteca en garantía de diversas obligaciones, de cualquier tipo, presentes y/o futuras, sin necesidad de que exista nexo causal entre ellas, sin exigir, para su ejecución, la refundición de las varias obligaciones garantizadas en una única obligación mediante una novación extintiva a través de cuenta corriente o pacto de compensación que determine la pérdida de individualidad de las obligaciones separadas (y la extinción, en consecuencia, de cualquier otra garantía específica constituida en favor de aquéllas) y dejando al arbitrio del acreedor la selección de la obligación u obligaciones garantizadas que, encontrándose vencidas, determinan la ejecución del bien (15).
- D) Hipoteca semi-flotante. Hipoteca sobre un bien en garantía de varias obligaciones, entre las que existe un nexo causal, y respecto de las que se produce, en beneficio y en contra de ambas partes, una novación de todas ellas en el saldo resultante de una cuenta corriente o de crédito, con pérdida de la individualidad de las obligaciones garantizadas así refundidas. Esta es la única que venía admitiendo la DGRN al amparo del 153 LH.

Aunque ya creo que me estoy alargando en esta introducción, creo conveniente tomar una panorámica de la evolución de la doctrina de la DGRN en torno a la hipoteca flotante:

- A) En un primer momento, se rechaza la posibilidad de constituir hipoteca en garantía de varias obligaciones, apelando a las servidumbres del principio de especialidad y la necesidad de evitar quebranto general al crédito territorial:

«Considerando que el principio de especialidad que sirve de base a la moderna legislación hipotecaria, en vez de la de generalidad de

(13) RDGRN de 6 de junio de 1998 (RJ 1998/5226).

(14) RDGRN de 4 de julio de 1984 (RJ 1984/3851).

(15) REY PÓRTOLES, Juan Manuel, «Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante», en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1993, pág. 136: «[...] intentar revestir de garantía real a un elenco de obligaciones presentes y/o futuras que ligen a un sujeto (normalmente una entidad de crédito) con otro (normalmente de solvencia personal no muy fiable), con la doble pretensión de que la selección de las deudas que a la postre resulten garantizadas la efectúe el acreedor, y de que en ningún momento éstas sufran novación por refundición en el saldo de lo que no es más que una mera situación en la cuenta corriente contable entre aquellos dos sujetos».

las hipotecas que informaba la antigua legislación, es aplicable, no sólo en cuanto hace referencia a las fincas gravadas, sino también en lo que atañe al crédito garantizado, cuya determinación o individualización se considera necesaria a la fecundidad del crédito territorial, para evitar que contratos calculados con toda prudencia y precisión se conviertan en juegos de azar» (RDGRN de 24 de enero de 1916).

Igualmente, la RDGRN de 31 de mayo de 1910 (CL 40) rechaza la inscripción de una hipoteca para aseguramiento de todas las obligaciones que pueda tener el deudor, incluso con terceros que ni se designan, por quebrantar las exigencias del principio de determinación.

- B) En una segunda fase se admite la hipoteca en garantía de varias obligaciones respecto de las que «basta con establecer las líneas fundamentales de las que han de quedar incluidas, para que los terceros puedan hacerse cargo de la posible existencia de las responsabilidades y para que los tribunales en su día puedan declarar cuáles se hayan cubiertas por la garantía», pudiendo ser empleados términos de gran amplitud (en lo que se refiere a la descripción de las obligaciones) sin llegar a ser tachados de «vagos o confusos» [RDGRN de 5 de marzo de 1929 —CL 29— (16)]. En el mismo sentido, se admite igualmente una hipoteca en garantía de operaciones de descuento de efectos (RDGRN de 21 de marzo de 1917 —CL 134— y 16 de junio de 1936 —RJ 1936/1544—) o de operaciones comerciales representables mediante letras de cambio posteriores (RDGRN de 28 de febrero de 1933, RJ 1933/1833), en ambos casos sin limitación temporal (en cuanto al plazo en que podían surgir las obligaciones garantizadas), pero con facultad de desistimiento por parte del deudor. Nuevamente se apela a la necesidad de proteger el tráfico mercantil y el crédito territorial, pero esta vez para admitir la inscripción de estas hipotecas:

«[...] la realidad muestra la conveniencia de facilitar la constitución de hipotecas en garantía de negocios mercantiles, en atención a que las entidades que se dedican a operaciones de descuento exigen a veces a sus clientes garantías de carácter real que las pongan a cubierto de posibles insolvencias, por lo cual debe darse a estas

(16) Las obligaciones garantizadas, en el caso que resuelve esta resolución, eran los créditos derivados de operaciones bancarias representadas por letras de cambio libradas, aceptadas, endosadas o avaladas por el hipotecante, así como cualesquiera otra que constasen en documento de giro y créditos que llevasen su firma, si bien no se admitió su inscripción por insuficiencia del título ejecutivo pactado.

hipotecas la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio, porque de seguirse un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y grave daño a la industria nacional».

El giro en la interpretación de la DGRN además de evidenciar la sensibilidad de este Centro Directivo respecto de la realidad social como regla de interpretación de las normas, pone a las claras que no existe una objeción constitucional a la hipoteca en garantía de varias obligaciones distintas, ni en garantía de obligaciones no perfectamente definidas al tiempo de su constitución.

- C) Quizá simplemente por esos extraños vaivenes de la historia, la interpretación cambia nuevamente a partir de 1984 (*La donna è mobile*). En la RDGRN de 4 de julio de 1984 (*RJ* 1984/3851) se rechaza la inscripción de una hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito fundamentalmente por no cumplirse el principio de determinación que exige que todas las obligaciones garantizadas (que luego se refundirán en una única obligación cubierta por la hipoteca) deban estar perfectamente identificadas, sin admitirse la imprecisión de la expresión «*diversas operaciones crediticias*».

Esta línea se refuerza en la Resolución de 23 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/9722), en la que se rechaza la inscripción de una hipoteca en garantía del saldo de una cuenta corriente entre los otorgantes, en la que se asentarán varias operaciones, «*sin que sufran modificación, alteración ni novación alguna*» como consecuencia de su inclusión en la cuenta corriente: un préstamo hipotecario existente, un crédito existente, el saldo debido por los otorgantes a un tercero [*«y las cantidades que por cualquier otro concepto resulten adeudar los señores comparecientes al Banco... en cualquiera de sus sucursales»*] (17). El rechazo se basa en: *a*) la indeterminación de las obligaciones garantizadas, a pesar de que debido a la accesoriadad de la hipoteca, la determinación es exigencia estructural (18); *b*) la inexistencia de vínculo causal entre las distintas obligaciones, que mantienen su exigibilidad individualizada, pese a su asiento en la

(17) En el mismo sentido, la STS de 27 de mayo de 2002 (*RJ* 2002/4484), comentada por H. Díez GARCÍA en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 61, págs. 69-88.

(18) Argumento reiterado en las RDGRN de 27 de julio de 1999 (*RJ* 1999/6083); 26 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990/9333); 6 de junio de 1998 (*RJ* 1998/5226). GARCÍA GARCÍA llega a decir que esto forma parte del orden público inmobiliario (GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «Acto de desagravio al principio de especialidad», en *CDI*, núm. 629, julio-agosto de 1995, pág. 1350).

cuenta (que actúa a estos efectos como una mera reunión contable) sin que la cuenta actúe, por tanto, como sustrato del contrato de apertura de crédito o cuenta corriente (19); y c) la circunstancia de que es el banco quien determina qué partidas se asientan en la cuenta que se pretende cubrir con la hipoteca (lo que determina que la hipoteca flote sobre las obligaciones) lo que supone dejar a una de las partes el cumplimiento del contrato en violación del artículo 1.256 del Código Civil (20). Igualmente se rechaza la figura por suponer una alteración ilícita del régimen imperativo en materia de prelación de créditos, ya que los acreedores del deudor pierden preferencia respecto de créditos posteriores (los del acreedor flotante) (21). Se critica la hipoteca global por permitir el bloqueo permanente e injustificado de los bienes gravados (22), al encadenar el deudor al acreedor sin causa (pues este último no está obligado a conceder crédito por la mera constitución de la hipoteca global) y al resultar difícil o casi imposible su cancelación (salvo que el acreedor se avenga voluntariamente a ello), pues exigiría prueba de hechos negativos (que las obligaciones no llegaron a existir). Y por último, se rechaza la posibilidad de liquidación de deuda por el acreedor en las hipotecas globales, por entender inaplicable el artículo 245 RH al presuponer, en opinión de la DGRN, una relación de crédito vinculante (23) y porque el principio de igualdad entre acreedor-deudor en la liquidación sólo encuentra excepción en el 153 LH (24).

(19) Argumento reiterado en las RDGRN de 26 de noviembre de 1990 (*RJ* 1990/9333); 24 de julio de 1998 (*RJ* 1998/5979); 27 de septiembre de 2000 (*RJ* 2000/10206); 3 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000/10239); 21 de junio de 2001 (*RJ* 2001/5684), 10 de julio de 2001 (*RJ* 2001/5910) y 27 de septiembre de 2001 (*RJ* 2001/10245).

(20) Argumento reiterado en la RDGRN de 23 de diciembre de 1987 (*RJ* 1987/9722), comentada por REY PÓRTOLES en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 590, 1989, pág. 141 y sigs., en la RDGRN de 6 de noviembre de 1999 (*RJ* 1999/778) y en la de 12 de septiembre de 2003 (*RJ* 2003/6275).

(21) RDGRN de 17 de enero de 1994 (*RJ* 1994/239), comentada por YSAS I SOLANES en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 36, 1994. En el mismo sentido, ÁVILA NAVARRO, Pedro, «La hipoteca en garantía de cuenta corriente», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1995-3, pág. 137 y sigs.; ÁVILA NAVARRO, Pedro, *La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*, Madrid, 1990, pág. 80. Esta objeción, en puridad, sólo podría hacerse respecto de los créditos posteriores inscritos, pues sobre los no inscritos siempre habría de tener preferencia la hipoteca en cuanto al bien (privilegio especial).

(22) Véase la RDGRN de 17 de enero de 1994 (*RJ* 1994/239).

(23) RDGRN de 11 de enero de 1995 (*RJ* 1995/186).

(24) Pero, sin embargo, las RDGRN de 16 de febrero de 1990 (*RJ* 1990/730) y 19 de enero de 1996 (*RJ* 1996/586) afirman que, aunque no se trate de hipoteca en garantía del saldo de cuenta corriente, si se pacta que el saldo de la deuda se acreditará a través de una cuenta, no cabe inscribir la referencia a la certificación bancaria del antiguo 1.435 LEC a efectos del antiguo procedimiento de ejecución judicial sumario si no se cumplen en la escritura los requisitos del 245 RH.

Antes de la introducción del artículo 153 bis, la DGRN venía admitiendo así la hipoteca global con los siguientes requisitos (25):

- a) si quedan adecuadamente identificadas las distintas obligaciones;
- b) si existe una relación jurídica básica o nexo entre las distintas obligaciones que se tratan de cubrir y se generen hasta el momento de la refundición en un único saldo, con alcance de novación extintiva, que agota su exigibilidad individualizada y, si ello no fuera así, se pacte expresamente al amparo del artículo 1.204 del Código Civil o de la eficacia novatoria de su asiento en la cuenta corriente; y
- c) siendo alguna de las obligaciones futuras, se exija que *«en el momento de la constitución de la hipoteca exista una relación jurídica básica que vincule ya al deudor y que bien deje a la sola voluntad de una de las partes el nacimiento de la obligación asegurada con la hipoteca [...], o bien tal relación jurídica implique deberes respecto del posible acreedor cuya infracción de lugar precisamente al nacimiento de la concreta obligación asegurada»* (26). La DGRN, al advertir que estas hipotecas subvierten el orden de prelación de créditos (puesto que otorgan preferencia al crédito garantizado frente a los créditos inscritos sobre el bien nacidos después de la hipoteca, pero antes del nacimiento del crédito garantizado) y preguntarse por su justificación, concluye que este efecto sólo puede ampararse en la existencia de *«otra obligación preliminar en que se constituye la hipoteca y que lleva implícita la necesidad o la suposición de la existencia de la segunda [obligación]»* (Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861).

III. ELEMENTOS DE LA HIPOTECA FLOTANTE

Se ha admitido, en este 153 bis, la modalidad de hipoteca flotante «pura». Ha sido la agitada discusión de las últimas décadas sobre la utilización de la hipoteca en garantía de cuenta corriente del 153 de la Ley Hipotecaria como instrumento para dar cabida a la hipoteca en garantía de varias obligaciones,

(25) Véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, enero-febrero de 2004, año LXXX, pág. 265 y sigs.

(26) RDGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239). Otras resoluciones se conforman con *«identificar, al tiempo de su constitución [de la hipoteca], la relación jurídica de la que derive la obligación que se pretenda asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento, en su caso, y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria»*, RDGRN de 28 de abril de 1999 (RJ 1999/2223) y 7 de junio de 1999 (RJ 1999/4740).

lo que justifica que, al hablar de «hipotecas flotantes», se sigan usando expresiones como «*existencia o no de nexo causal entre las obligaciones*», «*pacto novatorio que extinga la individualidad de las obligaciones garantizadas o no*», «*selección discrecional por el acreedor de la obligación u obligaciones que determinan la ejecución*», etc., algunas de las cuales incluso han quedado reflejadas en la redacción final del 153 bis (27). Todas estas menciones se entienden en el contexto doctrinal y jurisprudencial en el que ha surgido la hipoteca flotante, pero son innecesarias para definir el núcleo básico de lo que es o debe ser una hipoteca flotante en Derecho español, y que es, por un lado, una hipoteca en garantía de varias obligaciones, aún con causa diferente (es decir, una hipoteca que quiebra el viejo axioma «una obligación-una hipoteca») y, por otro, una hipoteca en garantía de obligaciones futuras no perfectamente identificadas en sus perfiles y que hayan de surgir de relaciones jurídicas aún no nacidas.

El primer logro, por tanto, del artículo 153 bis LH estriba en permitir la constitución de una única hipoteca en garantía de dos o más obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza, incluso aunque no exista nexo alguno entre ellas, sentida la «*necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas*» (apartado VII del Preámbulo de la Ley 41/2007).

Se decía que la ecuación «una obligación-una hipoteca» era consecuencia inmediata e ineludible del principio de accesoria de la hipoteca en nuestro Derecho (28).

(27) «[...] *sin necesidad de pacto novatorio de las [obligaciones garantizadas]*». Esta mención no aparecía en el Anteproyecto de octubre de 2006. La AHE recomendó su inclusión en el Proyecto (Asociación Hipotecaria Española: «Resumen de las propuestas de modificación formuladas al Anteproyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario, de Regulación del Régimen de las Hipotecas Inversas y del Seguro de Dependencia», de 5 de diciembre de 2006, pág. 6) para, por un lado «*garantizar, en la propia ley que la crea, que esa nueva posibilidad que se abre a la sociedad española de movilizar su patrimonio no se verá gravada en un futuro próximo (reglamento, decreto, etc.) con ningún tipo de tasa o arancel cada vez que haya de experimentar alguna modificación en las deudas que garantiza*» y «*evitar dudas interpretativas que pudieran afectar a la creación y desarrollo de los productos vinculados a esta figura, agilizando, a la vez, la inscripción registral*». GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA también endosa la conveniencia de la mención para cercenar de raíz la posibilidad de aplicación a este nuevo producto de la interpretación registral existente (GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María, «Hacia la admisión de las hipotecas flotantes puras», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 701, 2007, págs. 1344 y 1345).

(28) Entre otros, ÁVILA NAVARRO, Pedro, «La hipoteca (estudio registral...)», *op. cit.*, pág. 64 y sigs. En contra, entre otros, ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, pág. 323; DÍAZ FRAILE, Juan María, «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», en *La Ley*, núm. 6727, año XXVIII, de 4 de junio de 2007, pág. 1 y sigs. RDGRN de 14 de febrero de 1935 (CL 134), 15 de marzo de 1935 (RJ 1935/716) y 24 de julio de 1998 (RJ 1998/5979).

Son muchos los preceptos legales que apoyan que esa ecuación no tiene rango de dogma incuestionable:

- A) A nadie repugna que una hipoteca cubra simultáneamente una deuda por principal, por intereses ordinarios, por intereses de demora y por costes y gastos, aunque la naturaleza de cada una de estas obligaciones sea bien distinta (por más que deriven de un negocio jurídico único).
- B) El principio de indivisibilidad de la hipoteca (art. 1.860 CC) permite la disociación entre crédito e hipoteca en caso de pago, condonación o confusión parcial, por ejemplo.
- C) En la subrogación del crédito con amparo en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, se permitía (incluso antes de la reforma introducida por la Ley 41/2007), una novación objetiva del crédito (incluso en perjuicio de los titulares posteriores como, por ejemplo, si se aumentaba el tipo de interés), manteniéndose la hipoteca.
- D) La hipoteca en garantía de obligaciones alternativas, la hipoteca sujeta a condición suspensiva (art. 1.125 CC y sigs.; 23 LH y 142 LH) (29), la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición (art. 142 LH), la hipoteca a término, la hipoteca unilateral del artículo 141 LH o, incluso, la hipoteca prestada por notarios y registradores conforme a los artículos 27 del Reglamento Notarial o 525 RH son ejemplos en que se trunca la coincidencia exacta hipoteca-obligación.
- E) En la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas del artículo 157 LH se autoriza la constitución de un único gravamen en garantía de cada una de las rentas o prestaciones sin que se imponga el mismo origen causal (30).
- F) El artículo 118 LH permite que una hipoteca constituida en garantía de un crédito pase a garantizar, ante su pago por el deudor personal, el crédito de éste (acción de reintegro o de enriquecimiento) contra el comprador que ha retenido o descontado su importe del precio de compra (31), igual que el 231 RH, autoriza al deudor o al tercer poseedor que pague un crédito preferente asegurado por hipoteca subrogarse en ésta frente al adjudicatario o rematante que haya asu-

(29) Resoluciones de la DGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005/6940 y 2005/6941, respectivamente).

(30) REY PÓRTOLES, Juan Manuel, «Hipoteca con cláusula...», *op. cit.*, pág. 97.

(31) DE LA RICA ARENAL, Ramón, «La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, IV, 1948, págs. 323 y 324.

mido la responsabilidad en las cargas o gravámenes anteriores o preferentes.

- G) Ejemplo más radical aún de disociación hipoteca-crédito se establece en el artículo 232 RH, en el que se admite la misma regla de subrogación respecto de las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones futuras, cuentas a crédito o análogas si se acreditase que la obligación garantizada no llegó a contraerse (art. 232 RH); y
- H) En todas las hipotecas legales existe una gran indeterminación en cuanto a las obligaciones aseguradas, asegurándose las consecuencias indemnizatorias que pueden derivar del incumplimiento de los deberes impuestos en el seno de determinadas relaciones jurídicas amplias (la de patria potestad, la de tutela, etc.).

Otra muestra de que no existe tal dogma en nuestro Derecho se encuentra, si bien referido a la prenda, en el artículo 1.866 del Código Civil, que atribuye al acreedor pignoraticio el derecho a prorrogar la retención de la cosa empeñada si el deudor contrae otra deuda mientras el acreedor la retiene [aún reconociendo (32) que este derecho no se extiende a la realización del valor, que es la esencia de la prenda y de la hipoteca].

La DGRN ha aceptado en ocasiones la hipoteca en garantía de obligaciones varias. En la RDGRN de 18 de octubre de 1979 (*RJ* 1979/3285) se admitía la constitución de una hipoteca en garantía de varias letras de cambio. Más recientemente, la RDGRN de 26 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006/8117) ha aceptado que una hipoteca cambiaria cubriera intereses no cambiarios con tal de que se respeten los límites del artículo 114 LH.

Y la segunda de las grandes utilidades de las hipotecas flotantes (que la redacción del art. 153 bis LH ha acogido) es la servir como garantía de una pluralidad de obligaciones no completamente determinadas.

Los beneficios de este cambio legislativo son, en mi opinión, grandes (33). El más obvio es el abaratamiento de costes y tramitación: se consigue mediante una única hipoteca asegurar un conjunto de créditos, extrayendo la máxima capacidad de apalancamiento de un inmueble (es decir, «estirando» el crédito territorial a las últimas consecuencias), evitando la necesidad de constituir y/o cancelar distintas hipotecas. También el acreedor se beneficia, al gozar del derecho de realización de valor 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).

(32) Como se ocupó de señalar la STS de 24 de junio de 1941 (*RJ* 1941/758).

(33) CORDERO LOBATO, Encarna, *La hipoteca global (la determinabilidad del crédito garantizado)*, Centro de Estudios Registrales (CER), Madrid, 1997, págs. 18 a 23.

Se han alegado algunas objeciones, ninguna de las cuales me parece atendible. Trataré de desgranar algunas de las más frecuentemente invocadas, al hilo de la exposición de los elementos de la hipoteca flotante.

1. LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

Se ha dicho que esta hipoteca choca con los principios registrales de especialidad y accesoriedad (34). Es posible que pueda chocar con una interpretación, creo que ya superada, de los principios de especialidad y accesoriedad como especificación absoluta e invariable del crédito garantizado, de un único crédito garantizado, como elemento constitucional de la hipoteca.

El principio de especialidad ha venido imponiendo, según doctrina de la DGRN, «*la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse [...] lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen, circunstancialmente, las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, interés, plazo de vencimiento, etc.)*» (35).

El principio, sin embargo, ha sido objeto de flexibilización paulatina en la doctrina de la DGRN. Pero quizá no de manera suficiente. Una parte de la doctrina venía exigiendo más maleabilidad (36). Los condicionamientos exigidos por la DGRN a la hipoteca en garantía de obligación futura (necesidad de que la relación jurídica de la que haya de nacer la obligación garantizada exista al tiempo de la constitución de la hipoteca), o a la hipoteca semi-flotante (refundición de todas las obligaciones con alcance novatorio, refundición obligatoria, etc.) han exigido un pronunciamiento expreso del legislador.

Este último movimiento legislativo no es, por otro lado, extraño en la tendencia casi secular de penetración en el principio de la accesoriedad de la hi-

(34) DELGADO, Joaquín, «Cómo hundirse con una hipoteca...», *op. cit.*: «*Pero en una de las nuevas “hipotecas flotantes” se garantizan muchas obligaciones distintas, presentes y/o futuras y sin necesidad de determinarlas y/o precisarlas en sus elementos esenciales*». CALVO GONZÁLEZ-VALLINA, Javier, *Las cláusulas de la hipoteca*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pág. 44 y sigs.

(35) Resolución de la DGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239).

(36) De forma general, tratadistas de la talla de DE LA RICA (DE LA RICA ARENAL, Ramón, «La obligación personal...», *op. cit.*, pág. 297) o SANZ (SANZ FERNÁNDEZ, Ángel, *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, Ed. Reus, Madrid, 1945). Con carácter específico, REY PÓRTOLES apela a la generosidad de la dicción literal del 232 RH («*en garantía de obligaciones futuras, cuentas de crédito y análogas*»), y 245 RH («*en garantía de operaciones cambiarias y crediticias*»), para defender una mayor flexibilidad en la definición de las obligaciones garantizadas (REY PÓRTOLES, Juan Manuel, «Hipoteca con cláusula...», *op. cit.*, pág. 116).

poteca (la «*crisis del dogma de la accesoriedad de la hipoteca*» a que se refería DE LA RICA) (37). Aunque este principio, ya presente en el Derecho Romano, pasó a nuestra primera Ley Hipotecaria a través de las Partidas, casi desde el principio se ha visto regularmente sujeto a una presión dilutiva (como ejemplos, la introducción en 1909 del procedimiento judicial sumario o en 1944 de la hipoteca de responsabilidad limitada del 138 LH, de la hipoteca en garantía de rentas periódicas del 156 LH o de la subrogación del art. 118).

El 153 bis recoge, en realidad, dos tipos de hipotecas flotantes: la flotante «de verdad», la que justifica la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, que es la que se prevé en favor de entidades financieras «*en garantía de una o diversas obligaciones, presentes y/o futuras*», y la flotante en favor de administraciones públicas, introducida ya en «tiempo de descuento» en el trámite en el Senado y que parece limitarse a los «*créditos tributarios o de la Seguridad Social*», y no de otro tipo.

En la hipoteca flotante bancaria está presente toda la potencialidad de la hipoteca global:

- A) No existe condicionamiento en cuanto a la naturaleza de las obligaciones garantizadas («*de cualquier clase*»).
- 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 (parafraseando alguna doctrina de la DRGN sobre la hipoteca semi-flotante), 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*».

El artículo 153 bis LH va incluso más allá de lo que sería el marco más común de la hipoteca flotante para admitir, respecto de la hipoteca flotante bancaria únicamente, que sirva para garantizar una sola obligación (¿dónde está la flotabilidad en ese caso?).

La mención legal permitiría, por tanto, constituir hipoteca al amparo del 153 bis en garantía de una única obligación futura, aunque no exista en ese momento la relación jurídica de la que pueda derivar, en contradicción con la doctrina de la DGRN sobre el artículo 142 LH, y ello: *a*) porque se elude la apelación a la «*relación jurídica básica*» a que se refería, por ejemplo, la RDGRN de 17 de enero de 1994 (*RJ* 1994/239), y *b*) porque la amplitud de

(37) DE LA RICA ARENAL, Ramón, «La obligación personal...», *op. cit.*, pág. 297.

la expresión «*deriven o puedan derivar*» permite pensar en una obligación futura ciertamente remota (incluso de las que necesiten para cristalizar la prestación de consentimientos negociales por ambas partes). Además, el argumento de la DGRN de que la necesidad de prestación de consentimientos negociales para hacer surgir la obligación futura transforma la hipoteca en potestativa (en violación de los arts. 1.115 y 1.256 CC) no se sostiene, porque esos consentimientos ulteriores nunca son necesarios para la hipoteca, sino (en su caso) para el surgimiento de la obligación futura que, desde que nazca, quedará garantizada. Me parece que debería admitirse la constitución de una flotante en garantía, por ejemplo, de las líneas de crédito que se concertaran entre deudor y banco, apenas con que se hubiera suscrito entre ellos un protocolo de colaboración bancaria (aunque del mismo no surja obligación de contratar alguna ni, tan siquiera, exclusividad o preferencia). Exista o no tal «acuerdo de colaboración», la concesión de la hipoteca flotante en garantía de tales líneas de crédito presupone, en sí misma, un convenio, invitación o mera predisposición a contratar: quien ofrece un bien para que sirva de garantía a futuras operaciones de crédito está abonando el campo para que esas operaciones fructifiquen (y ello aunque el acreedor no asuma obligación alguna al respecto por la mera constitución de la flotante).

Finalmente, el penúltimo párrafo del 153 bis permite la atribución convencional al acreedor bancario («*entidad financiera acreedora*», dice) de la facultad de liquidar la deuda.

La amplitud y generosidad de la hipoteca flotante bancaria parece no trasladarse a la flotante en garantía de administraciones públicas. Aquí se establecen condicionantes respecto de la naturaleza de las obligaciones garantizadas («*créditos tributarios o de la Seguridad Social*», únicamente). Se permite que se garanticen créditos distintos, sin número máximo, pero no uno sólo. Aunque el párrafo siguiente al apartado *b*) es de aplicación común a ambos tipos de flotantes y se refiere a los «*actos jurídicos básicos de los que [...] puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*», la falta de declaración expresa de la posibilidad de garantizar créditos futuros (que sí se hace para la flotante bancaria), junto con la mención en el apartado *b*) a la titularidad de los créditos garantizados («*[...] podrá constituirse hipoteca de máximo [...] a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social*») parecerían abonar la tesis de que no cabe hipoteca flotante en favor de administraciones públicas en garantía de obligaciones futuras. Tampoco se establece, respecto de la flotante en favor de las administraciones públicas, la posibilidad de atribuir al acreedor facultad de certificación de la deuda, si bien ello resulta innecesario porque esa facultad deriva de la propia ley.

Resulta así que nuestra normativa es más generosa con los bancos que con las administraciones públicas. Es a la flotante bancaria a la que vamos a dedicar especial atención aquí.

Como las obligaciones garantizadas pueden ser «*de cualquier clase*», cabe asegurar créditos pertenecientes a varios acreedores, sean parciarios o solidarios, sea desde el acto constitutivo, sea como consecuencia de la cesión o subrogación parcial en alguno de los créditos garantizados. Se pueden garantizar créditos líquidos, vencidos y exigibles (para cuya ejecución, obviamente, no se plantearían los inconvenientes propios de las hipotecas de seguridad) (38).

Se exige la determinación en la escritura de constitución de «*la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado*», sin establecer ninguna imposición al respecto, o sea, dejando a las partes libertad para establecer cómo se determina el importe de ejecución. Esto obviamente importa a la flotante bancaria, pues la naturaleza de créditos tributarios o de seguridad social asegurados en la flotante en favor de las administraciones públicas parecería restringir tal pacto a los límites legales aplicables a tales deudas, que son de derecho necesario. En este punto, se advierte un cierto peso de la tradición en torno a la hipoteca semi-flotante. Y es que, pese a que no se exige «*pacto novatorio*» de las obligaciones garantizadas, sí se establece la necesidad de determinar un «*saldo final líquido garantizado*», como imponiendo la refundición de las obligaciones garantizadas. O sea, cabe asegurar con una hipoteca flotante varias obligaciones, pero parece preciso acumularlas o refundirlas a efectos hipotecarios (sin necesidad de hacerlo también a efectos civiles mediante la novación) para determinar el saldo final único que garantiza la hipoteca. Entiendo que esta refundición a la que parece apuntar la norma es sólo a efectos de su ejecución, aunque la ley no lo dice. Creo que está en la esencia de la hipoteca flotante que el acreedor pueda ejecutarla ante el vencimiento de todas, alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, sin que la hipoteca flotante garantice sólo «*el saldo final líquido*» de todas esas obligaciones, sino todas y cada una de ellas, autónomamente. Creo que no hay necesidad de hacer refundición de los créditos garantizados, al margen de la ejecución y que, en consecuencia, esta previsión es ociosa. A diferencia de la hipoteca del artículo 153 LH, en la flotante no subyace la concesión de crédito (unilateral o recíproco) en cuenta corriente, ni el acuerdo de las partes de aplazar, hasta la época convenida, la exigibilidad del saldo acreedor o deudor de un cúmulo de relaciones jurídicas (39). Por eso, entre otras cosas, no se exige en la flotante la determinación del plazo de duración de la cuenta (como se impone en el 153 LH), o sea, el plazo en que deben surgir y vencer las obligaciones garantizadas. Es perfectamente posible que la flotante garantice una panoplia de deudas presentes y de cuantía ya cierta,

(38) En este sentido, la STS de 7 de junio de 2005 (RJ 2005/4425), comentada por GINEBRA MOLINS en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 71, págs. 857-872, respecto de una hipoteca del 153 LH.

(39) SAP de Palencia, de 28 de octubre de 1998 (RJ 1998/300).

en cuyo caso el «saldo final líquido» no sería otra cosa que la suma de las cuantías de las deudas vencidas e impagadas por las que el acreedor desee proceder. La libertad del acreedor para integrar, a efectos de la ejecución, con absoluta libertad, la o las obligaciones garantizadas (obviamente vencidas) sobre las que «flota» la garantía es una de las características esenciales de esta figura (40).

En todo caso, como el precepto permite libertad de pacto, y en el párrafo siguiente del artículo 153 bis se recoge la posibilidad de pactar en el título que la cantidad exigible en la ejecución (advírtase que no se utiliza aquí la expresión «*saldo líquido final garantizado*») será la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida en la escritura, sugeriría que en las escrituras de constitución de hipoteca flotante se atribuya expresamente al acreedor hipotecario la facultad de liquidar cada una de las obligaciones garantizadas individualmente —en la forma que se establezca— y, además, el saldo final que determina la ejecución, otorgando plena libertad al acreedor para que integre en dicho saldo aquella o aquellas obligaciones garantizadas vencidas que estime adecuado. Es decir, ya que la ley no lo hace expresamente, creo adecuado que las escrituras de hipoteca flotante consignent el derecho omnímodo del acreedor a integrar o no en el saldo reclamable la cantidad o cantidades vencidas y exigibles bajo cualquiera de las obligaciones garantizadas (liquidando las que no fueran líquidas), a su entera discreción. Este pacto no encuentra, en mi opinión, otros límites que los generales del Derecho Civil. Y los terceros poseedores o los titulares de derechos inscritos posteriores no podrán hacer valer el 144 LH para eludir o hacerles inoponible la selección de la deuda o deudas reclamables por el acreedor en la ejecución (obviamente hasta el límite de la responsabilidad máxima garantizada), sea *a*) porque se considere inaplicable ese precepto respecto de las hipotecas de seguridad (41) (como es la flotante pura), ya que en otro caso la hipoteca de seguridad devendría absolutamente estéril al poder el deudor o el hipotecante en cualquier momento «inutilizarla» mediante la venta o la constitución de otra hipoteca, sea *b*) porque el título constitutivo de la hipoteca habilite (y publicite frente a los terceros, tras su inscripción) este mecanismo de integración extrarregistral de la cantidad reclamada.

La ley no impone, y por tanto no debemos suponer, la exigencia de refundir todas las obligaciones necesariamente —ni todos los distintos conceptos que puedan existir en cada una de ellas— para determinar el saldo reclamable. La mención al «*saldo final líquido garantizado*» y la literalidad del último párrafo del artículo 153 bis, sin embargo, podría conducir a un

(40) REY PÓRTOLES, Juan Manuel, «Hipoteca con cláusula...», *op. cit.*, págs. 109 y 125.

(41) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1986, pág. 479. ROCA SASTRE, Ramón María, «Variaciones sobre la hipoteca cambiaria», en *Centenario de la Ley del Notariado*, vol. I, Madrid, 1964, pág. 264.

resultado perverso, como sería entender que el acreedor de una hipoteca flotante sólo puede ejercitar la acción hipotecaria «*al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas*» y no antes. De entenderse así quedaría mermado, casi por completo, la utilidad de la hipoteca flotante. Esta y cualquier hipoteca atribuye a su propietario de forma destacada, entre otros derechos, el de realización del bien hipotecado ante el impago (arts. 1.858 y 1.879 CC). No puede admitirse una restricción tan obvia de un elemento esencial de la hipoteca sin una previsión legal expresa y contundente. Y no puede invocarse, en apoyo de esta interpretación literal rigurosa del último párrafo del 153 bis, que la hipoteca flotante tiene una servidumbre en la ejecución derivada del carácter esencial que el plazo juega respecto de ella (como luego se expondrá), entendiéndose que el plazo determina, no sólo las circunstancias de la oponibilidad, sino también la posibilidad de ejecución. La hipoteca del artículo 153 bis LH no presupone, al contrario que la del artículo 153 LH, un elemento de cuenta de crédito o cuenta corriente.

En cuanto a la extensión de las obligaciones garantizadas, el uso de la expresión «*de cualquier clase*» permite, desde luego, que las haya de distinta causa. Evidentemente, la flotante, como cualquier otra hipoteca, no puede más que asegurar las consecuencias del incumplimiento de cualquier obligación de dar, hacer o no hacer.

Por lo demás, la hipoteca flotante continúa siendo accesoria de las obligaciones garantizadas (arts. 1.857, 1.212 y 1.528 CC; 104 y 105 LH), indivisible (arts. 1.860 CC, 122 y 123 LH), causal y no abstracta (art. 1.277 CC, 19 y 80 LH, 51 RH), absoluta o con eficacia *erga omnes* tras su inscripción (arts. 1.858, 1.875 y 1.876 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).

La indiferenciabilidad esencial de la flotante evita que le sea aplicable la regla del 119 LH que obliga, en caso de hipoteca de varias fincas, a especificar la parte del crédito de que cada finca responde (42). Pese a que la flotante se encuentra respecto del 119 LH en situación similar a la hipoteca en garantía de emisión de obligaciones del 156 LH (a la que tampoco se le aplica), no es posible, como luego se verá, liberar parcialmente las fincas gravadas por la flotante, ni cualquiera de ellas en su totalidad, en caso de

(42) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, pág. 431, y RDRGN de 27 de agosto de 1912 (CL 150), en relación a la hipoteca de máximo (no específicamente a la global). CORDERO LOBATO, Encarna, «La hipoteca global...», *op. cit.*, pág. 135.

pago parcial del crédito o créditos garantizados como se contempla en el cuarto párrafo del 156 LH, y ello porque la hipoteca del 156 LH presume una correlación cierta y conocida registralmente entre responsabilidad hipotecaria y deuda, al contrario que la indiferenciabilidad propia de la flotante.

Igualmente, en caso de división de la finca gravada con la flotante, no se distribuirá entre las fincas resultantes el crédito o créditos garantizados (sino en presencia de pacto entre deudor y acreedor), pudiendo el acreedor ejecutar cualquiera de las fincas resultantes por la totalidad de las obligaciones garantizadas. Si el acreedor consintiera la distribución de la responsabilidad inicial entre las fincas resultantes de la división, sólo podrá perseguir cada una de ellas en perjuicio de tercero hasta donde alcance la responsabilidad asignada, pudiendo el acreedor reclamar cualquier parte no cubierta contra las demás fincas que retenga el deudor en su poder (aunque sin preferencia respecto de terceros registrales) (*ex arts. 120 y 121 LH*). Para renunciar a la indivisibilidad y para aceptar la liberación de alguna de las fincas en caso de pago parcial, se requerirá adicionalmente el consentimiento de los propietarios posteriores de cada una de las fincas que continúen gravadas (ya que se perjudica su acción de regreso) (43).

La accesoriedad de la flotante, aunque matizada, existe, y ello haría imposible, por ejemplo, constituir la en garantía de «*todos los créditos que surjan entre acreedor y deudor*» sin más precisión, ni siquiera de «*operaciones regulares del negocio bancario*». Se hace imprescindible identificar, cuando menos, el o los actos o negocios jurídicos de que puede derivar la deuda (aunque el artículo se refiera solamente a actos jurídicos básicos), la «*indicación remotísima de la deuda*», a que se refería GONZÁLEZ MARTÍNEZ (44). No se advierte dificultad para garantizar obligaciones de largo tracto (y ésta puede ser, en la práctica, la hipótesis más usual).

Como la flotante sigue siendo accesorio (45), la nulidad de los créditos garantizados (de todos ellos), determina la nulidad de la hipoteca (STS de 18 de noviembre de 1993 —*RJ* 1993/9149—, y 26 de marzo de 1999 —*RJ* 199/2009—), sin que en tal caso pase la hipoteca a garantizar la obligación de restitución *ex* artículos 1.303 y siguientes del Código Civil (46). La extinción de los créditos garantizados (nuevamente de todos ellos) determina la extinción de la hipoteca, sin que pueda sobrevivirles (STS de 2 de diciembre de 1999 —*RJ* 1999/8530—). Por último, la extinción parcial de las obligaciones

(43) RDGRN de 16 de marzo de 1999 (*RJ* 1999/2177).

(44) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo, «Estudios...», *op. cit.*, II, pág. 107.

(45) BADÁS CODEJÓN, Néstor, «Cómo no hundirse con una hipoteca flotante», en *La Gaceta del Lunes*, 28 de enero de 2008, pág. 22.

(46) Véase la STS de 20 de junio de 2001 (*RJ* 2001/4346). Por excepción, aunque la hipoteca sea nula por falta de causa, el cesionario del crédito hipotecario que goce de la condición de tercero hipotecario del artículo 34 LH puede beneficiarse de la hipoteca (STS de 23 de noviembre de 2004, *RJ* 2004/7553).

garantizadas (de todas ellas) también afecta a la hipoteca (art. 80.2.º LH). La extinción parcial de alguna de las obligaciones garantizadas, pero no de todas, por el contrario, no se traslada a la hipoteca, dada la «indiferenciabilidad» de esta garantía y la regla de la indivisibilidad propia de la hipoteca.

No comparto, por ello, la tesis (47) de que el deudor no tiene el derecho a exigir la cancelación de la hipoteca flotante por el acreedor si no ha transcurrido aún el plazo de duración de la hipoteca, aunque todas las obligaciones presentes garantizadas estén satisfechas y aunque todas las restantes obligaciones futuras garantizadas por la hipoteca sólo puedan generarse en virtud de un nuevo pacto entre el deudor y el acreedor (o dependan, al menos, de la prestación de consentimiento negocial por el deudor). Pues, aunque es cierto que una hipoteca flotante puede cubrir obligaciones futuras que deriven de una relación jurídica aún no nacida, en la medida en que el nacimiento de esas relaciones jurídicas implique el consentimiento del deudor y del acreedor, la mera exclusión firme e irrevocable por las partes (o de una de ellas) de su voluntad de perfeccionar esas relaciones jurídicas imposibilita su nacimiento y, con ello, el devengo de las obligaciones futuras acordadas. Es obvio que el acreedor puede negarse a cumplir voluntariamente con su deber de cancelar, igual que puede hacerlo el acreedor de un préstamo garantizado por hipoteca de tráfico al que se le ha satisfecho íntegramente la deuda, debiendo en tal caso el deudor requerir el auxilio judicial, conforme a lo previsto en el artículo 82.III LH. Sin el auxilio del acreedor, el deudor o propietario puede encontrarse en la dificultad de probar un hecho negativo (48) (238 RH en relación con el 240 RH). Pero si bien se mira, la situación aquí es semejante, que no peor, que en la hipoteca en garantía de obligación futura o sujeta a condición del artículo 142 LH (49): en tanto persista la incertidumbre que determina el nacimiento o no de la obligación asegurada, no se puede compeler al acreedor a que cancele la hipoteca; a *sensu contrario*, una vez cumplida la condición resolutoria o incumplida la condición suspensiva, incluso aunque la hipoteca se haya pactado de forma indefinida, o por un plazo aún distante, el acreedor está obligado a cancelar la hipoteca (con independencia de si obre o no en poder del deudor material

(47) DELGADO, J., «Cómo hundirse...», *op. cit.* MARTÍNEZ GIL-VICH, J. L., «La hipoteca flotante», *op. cit.*, pág. 154.

(48) Cfr. RDGRN de 14 de enero de 1994 (RJ 1994/239).

(49) A esto se referían GALINDO DE VERA y ESCOSURA en *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España*, Madrid, 1899-1900, III, pág. 351, cuando criticaban que el 142 LH se hubiera separado de sus precedentes: «*si el contrato se realiza, siempre perjudicará al tercero y, siempre, si el cumplimiento de la obligación futura no se realiza, la inscripción ha de ser una amenaza perpetua contra los que después quieran contratar con el hipotecante que, para cancelar la inscripción, necesitará un pleito ordinario, si no se aviene el que contrató, y si asegura que piensa en realizar la estipulación más adelante*».

probatorio suficiente para instar él mismo la cancelación). Para salvar esta dificultad, CORDERO LOBATO propone que se incluya siempre en la hipoteca global el derecho del deudor a desistir *pro futuro* de las obligaciones garantizadas por la hipoteca (o sea, a extinguir por anticipado la posibilidad de que nazcan las relaciones jurídicas de las que se desprenderán obligaciones garantizadas con la flotante) y, en esta medida, poder conseguir la extinción anticipada de la hipoteca flotante (50). En mi opinión, incluso en ausencia de acogimiento convencional de tal derecho de desistimiento, el principio de accesoriadad de la garantía debería imponer idéntica consecuencia (por más que con o sin pacto, el acreedor pueda, llegado el caso, discutir la cancelación anticipada de la garantía, abocando al deudor a ventilar su pretensión en un pleito). Para evitar cualquier duda, no obstante, será prudente incluir en las escrituras de constitución un derecho de desistimiento. Es obvio que este derecho de desistimiento no podría hacerse valer existiendo obligaciones garantizadas por la hipoteca nacidas pero pendientes de vencimiento o cuya afloración no dependa exclusivamente del consentimiento de acreedor y deudor. Es decir, sólo podrá usarse cuando no exista riesgo alguno de cristalización de alguna de las obligaciones aseguradas por la flotante.

La posición de la DGRN en contra de la hipoteca global se ha asentado, en gran parte, en la consideración de que constituye una anticipación de un gravamen sin interés legítimo, en la medida que bloquea esferas del patrimonio del deudor, en garantía del acreedor hipotecario, incluso en el caso de que la obligación garantizada no llegue a existir nunca (puesto que el acreedor hipotecario no asume, por la constitución del gravamen, la obligación de prestar o contratar en el futuro), constituyendo así un vínculo inútil que menoscaba el crédito territorial del hipotecante. Se ha dicho también que perturba irrazonablemente el tráfico inmobiliario: el deudor queda «encadenado» al acreedor hipotecario que gana así margen de maniobra, por la mera constitución de la hipoteca flotante, para imponer condiciones peores en las operaciones futuras que, de concertarse, quedarían cubiertas por la garantía (toda vez que el acreedor es consciente de las antieconomías derivadas de la cancelación y constitución de hipotecas nuevas en favor de los nuevos acreedores). Estas objeciones sólo son atendibles presuponiendo la minoría de edad mental del deudor: el hipotecante razonable hace (o debería hacer) un cálculo racional sobre las probabilidades de que se concierten las operaciones futuras, el importe probable de las mismas y el plazo en que podrán generarse. Sería absurdo que concediera una hipoteca flotante por una responsabilidad de 1.000 para cubrir negocios durante los próximos 200 años si únicamente prevé hacer operaciones con el acreedor hipotecario por importe

(50) CORDERO LOBATO, Encarna, «La hipoteca global...», *op. cit.*, págs. 115 a 119 y 195 y sigs. CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pág. 578.

máximo de 5 en los próximos 2 años. El deudor trata de maximizar sus recursos y disponerse en condiciones de generar el mayor nivel de crédito al menor coste y, a ambos fines, contribuye o puede contribuir positivamente la flotante. Es verdad que el deudor puede equivocarse en ese cálculo (porque, en última instancia, la generación de ese crédito futuro también depende del consentimiento del acreedor hipotecario que incluso podría cambiar su percepción del riesgo subyacente o su posición en ese mercado por circunstancias completamente exógenas al deudor, al bien hipotecado, al mercado inmobiliario, etc.), pero eso hará simplemente su cálculo erróneo, no ilegítimo ni reprochable en un sistema que, como el nuestro, prima la autonomía de la voluntad (en este sentido, el efecto no sería muy diferente al de la hipoteca unilateral no aceptada). Aunque ninguna de esas tachas era, en mi opinión, atendible antes de la Ley 41/2007, ahora ya sí que no cabe duda alguna. El legislador presupone la existencia de un interés legítimo suficiente en la constitución de una hipoteca flotante en garantía de obligaciones futuras derivadas de relaciones aún no concertadas, y ello aunque esas relaciones jurídicas puedan no llegar nunca a materializarse. Y lo hace de forma general, sin imponer plazo máximo al gravamen (dejándolo a la libertad contractual), ni exigir plazo máximo para la materialización de las relaciones jurídicas, ni fijar ninguna otra correlación necesaria entre el plazo de la hipoteca y plazo máximo de generación de las relaciones jurídicas. Ni siquiera impone la concesión al deudor de un derecho de desistimiento *ad nutum* «pro futuro» como elemento natural de estas hipotecas, nuevamente porque presupone que el deudor no va a aceptar condiciones de plazo de hipoteca, responsabilidad máxima cubierta, etc., absolutamente incongruentes con su cálculo de probabilidades. Y sin que ello deba interpretarse como que la ley acepte el «enclavamiento» irremediable del deudor en situaciones de imposibilidad metafísica de generación de todas las obligaciones futuras garantizadas; antes al contrario, el principio de accesoriedad de la hipoteca debería permitir al deudor compeler al acreedor a cancelar la carga en esos casos.

Algunos autores entienden que no pueden quedar cubiertas por una hipoteca flotante las obligaciones derivadas de una subrogación por pago del acreedor hipotecario a otro acreedor (51), ni los créditos contra el deudor cedidos al acreedor hipotecario por tercero, porque esto supondría dejar al arbitrio del acreedor la determinación de las obligaciones aseguradas y porque no cabe entender implícito en el consentimiento negocial fundacional de la hipoteca flotante que ésta pueda cubrir todas las deudas del deudor (incluso con terceros) por efecto de la acción subrogatoria del acreedor (*ex art. 1.211 CC*). Además, se dice que cualquiera de estos créditos habrá nacido sin garantía hipotecaria, lo que obviamente debería haber tenido su influencia en el sinalag-

(51) RDGRN de 23 de diciembre de 1987 (*RJ 1987/9722*).

ma del negocio. Se podría considerar injusto, en tales casos, la extensión sobrevinida de la protección hipotecaria manteniéndose los términos y condiciones del crédito (el acreedor se encuentra sobrevinidamente a cubierto del riesgo de insolvencia del deudor, por ejemplo, sin que para ello deba aceptar una rebaja en la onerosidad de la obligación para el deudor). Ninguno de los dos supuestos repugna, si quedan amparados en la descripción general de negocios u obligaciones garantizadas por la flotante y, además, se admite expresamente la generación del crédito garantizado por cualquiera de estas vías. En relación a la cuita sobre la modificación sobrevinida del sinalagma convencional, no creo que el deudor tenga derecho a aplicar la teoría de la modificación sobrevinida de las condiciones para excusar el cumplimiento o imponer el reequilibrio del sinalagma del crédito. Al fin y al cabo, no se encuentra en situación muy diferente del vendedor al que se descontó o retuvo parte del precio en atención a la existencia de una hipoteca sobre la finca vendida *ex* artículo 118 LH en caso de pago de la deuda garantizada: su derecho de pedir, antes puramente obligacional, adquiere protección hipotecaria por actos del propio deudor —ahora acreedor— (el pago).

Se ha dicho también que la hipoteca global o flotante no debería servir de cobertura a obligaciones futuras derivadas de contratos ya celebrados o a obligaciones nacidas aún no vencidas, sino únicamente a obligaciones futuras derivadas de contratos también futuros y ello porque si el acreedor contrató sin garantía —con el correspondiente efecto en el sinalagma contractual—, no puede entenderse que en la constitución de la flotante la intención de las partes —en especial, del deudor— fuese la de cubrir obligaciones antes no garantizadas (52). En la configuración de la hipoteca flotante finalmente acogida, se admite expresamente la cobertura de obligaciones nacidas, pero no vencidas, o de obligaciones futuras derivadas de negocios suscritos o de negocios a suscribir. Tampoco se ve objeción alguna a la cobertura de obligaciones vencidas, pero impagadas (otra cosa sería la atacabilidad de esa hipoteca frente al ejercicio de las acciones rescisorias concursales o extraconcursoales).

2. EL ACREEDOR HIPOTECARIO

El régimen es restrictivo. Sólo se permite hipoteca flotante en garantía de cualquiera de las entidades financieras indicadas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario o de las administraciones públicas (si bien, en este último caso, a la condición subjetiva se añade una objetiva respecto de la naturaleza de las obligaciones garantiza-

(52) CORDERO LOBATO, Encarna, «La hipoteca global...», *op. cit.*, pág. 131. CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pag. 580.

das). Queda vedada, por tanto, la constitución de hipotecas flotantes en garantía de cualquier otro acreedor.

La opción de política legislativa quizá sea criticable. La Ley pretende, según la Exposición de Motivos, flexibilizar «*el mercado hipotecario, regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente “flotantes”*» para «*generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas*». Reconociendo el claro predominio de las entidades financieras en la financiación de las empresas, las familias y las instituciones, no puede obviarse el papel que las entidades no financieras también desempeñan, si no tanto a las familias, sí a las instituciones y empresas (financiaciones entre empresas del grupo, créditos comerciales, etc.). Esta limitación se trata de explicar en la Exposición de Motivos en la conveniencia, «*dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas [las entidades de crédito]*», como levantando de manera no expresa alguna sospecha sobre la actuación de las entidades no financieras. Soy consciente de la mala prensa que tienen en este momento las denominadas «entidades de refinanciación» o «agrupación de deudas» (53). También de la enorme trascendencia mediática de algunos fracasos empresariales recientes en el ámbito de la filatelia y su asimilación (o intento de asimilación) a la actividad financiera. Pero estos hechos singulares, dispersos y de poca trascendencia económica deberían ser combatidos por las vías preventivas o recriminatorias habilitadas (legislación de protección de consumidores, prácticas desleales, etc.), administrativas, civiles o incluso penales o extendiendo legalmente el ámbito de la actividad supervisora de las autoridades sectoriales (Banco de España, Tribunal de Defensa de la Competencia, etc.), sin ser usadas como excusa para negar un instrumento de la potencialidad de la hipoteca flotante a los agentes económicos «no bancarios». Hasta ahora, el legislador había venido caminado por la senda de reconocer mayoría de edad a los operadores económicos no bancarios, otorgándoles derechos o prerrogativas inicialmente reservadas a las entidades de crédito (como la facultad de certificar el saldo exigible a efectos de ejecución). La nueva ley, al reservar para las entidades financieras la hipoteca inversa (Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007), la hipoteca recargable (prevista en el artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en la redacción introducida por el artículo 13 de

(53) GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, y RODRÍGUEZ, Carlos E., «Un mundo de oportunidades: Se buscan inversores para participar en operaciones usurarias de refinanciación hipotecaria», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 10, noviembre-diciembre de 2006, pág. 22 y sigs. GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, y RODRÍGUEZ, Carlos E., «Un mundo de oportunidades (y II): Refinanciación de las hipotecas mediante préstamos concedidos por particulares: una inversión inquietante», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 12, marzo-abril de 2007, pág. 44 y sigs. Editorial, «Por fin controles a la refinanciación», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 13, mayo-junio de 2007, pág. 8 y sigs.

la Ley 41/2007) camina en la dirección contraria. Y si es sociológicamente más fácil defender la reserva respecto de las hipotecas inversas (¡pobres ancianitos en las garras de usureros!), no lo es en absoluto respecto de hipoteca flotante, que podría ser perfectamente usada como refuerzo del crédito comercial entre empresarios. Es, además, una opción de política legislativa que podría ir contra la tendencia europea. Así, en el Libro Blanco sobre la Integración de los Mercados de Crédito Hipotecario de la Unión Europea, la Comisión reconoce estar «*en principio, a favor de autorizar que las entidades no bancarias desarrollen actividades de préstamo hipotecario*», preocupada solamente porque «*ello no vaya en ningún caso en perjuicio de una actitud responsable en la concesión de los préstamos, ni en la estabilidad financiera y la eficacia de la supervisión*».

Parece claro que los notarios no deberían autorizar, ni los registradores inscribir, una hipoteca flotante constituida *ab initio* en favor de un acreedor no bancario. Surge, sin embargo, la duda de la calificación que habría de dar a una hipoteca flotante constituida en favor de un acreedor bancario en garantía de una o más obligaciones en las que con posterioridad se subroga (vía art. 1.211 CC, por ejemplo) un acreedor no bancario o se ceden a éste. Parecería que la inscripción de esa subrogación (o cesión de créditos) en el Registro de la Propiedad, por más que debiera ser consecuencia obvia del principio de accesoriedad de la garantía, chocaría con un argumento de legalidad derivado de la limitación subjetiva del acreedor hipotecario del 153 bis. Me parece claro que no debería admitirse. También resulta obvio que la ineficacia de la cesión de la hipoteca flotante a un acreedor no bancario no impide la plena eficacia de la cesión de los créditos por ella garantizados, porque lo contrario supondría interpretar el principio de accesoriedad al revés. El acreedor no bancario no puede inscribir su título ni, en consecuencia, ejercitar los derechos y acciones que se atribuyen a su hipoteca, pero eso tampoco determina la resolución o extinción de la misma. Mientras que la inscripción inicial de la hipoteca, dado su carácter constitutivo, es condición *sine qua non* de su existencia (y por eso la hipoteca constituida inicialmente en favor de un acreedor no bancario, no llegará a nacer), no tiene eficacia constitutiva la cesión del crédito hipotecario (sin que la modificación introducida en el art. 149 de la LH por la Ley 41/2007 altere, en mi opinión, ese juicio). Por tanto, la asunción de la titularidad de los créditos garantizados por una hipoteca flotante por parte de un acreedor no bancario, aunque no pueda hacerse constar en el registro, no da lugar a la resolución o nulidad de la hipoteca. El acreedor no bancario debe poder ceder los créditos garantizados nuevamente o novarlos, renunciar total o parcialmente a su hipoteca flotante, etc. Otro acreedor bancario pudiera igualmente subrogarse en la posición del no bancario en los créditos garantizados (y, con ello, en la hipoteca). Las dificultades para la inscripción de todos esos negocios (por

aplicación de los principios de legalidad, tracto sucesivo, etc.) no alcanzan a invalidarlos.

¿Y si se cediera la totalidad de una sola de las obligaciones garantizadas por la hipoteca flotante a un acreedor no bancario, permaneciendo las restantes en manos del acreedor bancario? En este caso, creo que debe defenderse que el acreedor no bancario se convierte en titular único de un crédito no garantizado por una hipoteca flotante, sino por una hipoteca de tráfico o de máximo «normal», dado que respecto de ese acreedor no bancario, ya no existe «flotabilidad» entre las distintas obligaciones inicialmente garantizadas (en el apartado IV siguiente se analiza qué facultades sobre la hipoteca cabría ejercer al cesionario en esta hipótesis). El derecho de realización del bien hipotecado de ese acreedor no bancario se circunscribe a la obligación cedida. Lo que la ley parece querer evitar es que se utilice la hipoteca flotante en garantía de una o más obligaciones (definidas con la menor exigencia que se exige en el 153 bis, como antes se expuso) a favor de un acreedor no bancario, pero eso no ocurre cuando una de las obligaciones garantizadas, definida de manera suficiente para haber permitido la inscripción de una hipoteca de tráfico o de máximo, se cede a un acreedor no bancario.

3. EL DEUDOR

Aunque al tiempo de la aprobación definitiva del 153 bis en el Parlamento se usa fundamentalmente el argumento de que es un mecanismo imprescindible para lograr una adecuada financiación de las pequeñas y medianas empresas, la condición subjetiva del deudor no es un elemento configurador del tipo de la hipoteca flotante. Puede, por tanto, ser una pequeña, mediana o gran empresa, un particular e incluso una administración pública.

4. EL HIPOTECANTE NO DEUDOR

Pese a que no se recoja expresamente, no se advierte dificultad para admitir la figura del hipotecante no deudor. Dado que no es necesario que exista vínculo alguno entre las obligaciones garantizadas, el hipotecante puede tener condición de deudor respecto de alguna o algunas obligaciones garantizadas y de hipotecante no deudor respecto de otra u otras. Eso tendrá, obviamente, impacto en las acciones de regreso que correspondan al propietario (o no) en caso de ejecución por incumplimiento de unas u otras obligaciones (recordemos, a este respecto, que se acepta generalmente la aplicación de las reglas propias de la fianza al tercero hipotecante, con alguna excepción —por ejemplo, carece del beneficio de excusión *ex arts. 1.830 a 1.834 CC*

por consecuencia del art. 119 y sigs. LH—). Obviamente, la prórroga concedida por el acreedor respecto de todas las obligaciones garantizadas por una hipoteca flotante constituida por un hipotecante no deudor extingue la flotante (porque, al igual que en la fianza, el regreso del hipotecante contra el deudor no puede ser perjudicado sin su consentimiento). Análogamente, la prórroga concedida por el acreedor respecto de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, pero no de todas, produciría apenas la extinción parcial de la hipoteca respecto de esa(s). Por el contrario, la condonación parcial de las obligaciones garantizadas aprovecha al hipotecante flotante, por el carácter accesorio de la garantía. Puesto que el tercero hipotecante se subroga en los derechos y privilegios del acreedor por el pago (54) (arts. 1210.3.º, 1.212, 1.838 y 1.839 CC) (además del derecho de regreso contra el deudor), la hipoteca flotante debería extinguirse totalmente si el acreedor perjudica esta subrogación (*ex art. 1.852 CC*).

5. EL PLAZO

Impone el nuevo artículo 153 bis LH que la escritura de constitución establezca «*el plazo de duración de la hipoteca*».

Nuestro Derecho reconoce con generosidad y generalidad los negocios condicionales (art. 1.113 y sigs. CC) y a plazo (art. 1.125 y sigs. CC). Junto con esa declaración general, y como desarrollo de la misma, se admite o presupone la validez del negocio a plazo respecto de determinados contratos o derechos, como respecto de la servidumbre (art. 546.4.º CC) o la institución de heredero o el legado (art. 805 CC), al legado de usufructo, uso o habitación (art. 793 CC) o la oferta pública voluntaria de adquisición de valores (arts. 13 y 26 del Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio). Frente a esta postura, en ocasiones, el legislador niega tal posibilidad expresamente a supuestos concretos, tales como la aceptación de la herencia (art. 990 CC), el matrimonio (art. 45 CC)...

En el ámbito registral, el principio genérico de la admisibilidad de la condición está específicamente recogido por los artículos 9.2.º y 23 LH, 51.6.º RH y en el 82.1 LH (caducidad convencional de la hipoteca), sin que se aprecie ningún inconveniente especial en sujetar los derechos reales a plazo o condición (55). Pese a que el artículo 23 LH se refiere únicamente

(54) De forma creo que no acertada, en la STS de 23 de marzo de 2000 (*RJ 2000/2025*), el Tribunal Supremo negó al hipotecante *solvens* la condición de interesado a los efectos de la subrogación del artículo 1210.3.º del Código Civil, considerándolo una especie de «obligado».

(55) Díez-PICAZO, Luis, «*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*», Vol. III, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1995, pág. 863.

a la condición, se ha entendido generalmente que su normativa es de aplicación al plazo (56).

En lo tocante, específicamente, al derecho real de hipoteca, el plazo ha sido admitido sin dificultad, a diferencia de la condición, que ha costado mucho más trabajo que llegara a ser admitida (57). El artículo 241.2.º RH, por ejemplo, impone como uno de los elementos necesarios para la inscripción de la posposición de una hipoteca inscrita a otra futura que se determine la «duración máxima» de la hipoteca futura, no de la deuda garantizada.

Así, la RDGRN de 30 de septiembre de 2003 (RJ 2003/8544) admite expresamente que la hipoteca, al margen de que la obligación que garantiza pueda ser firme, pueda quedar condicionada (negocio condicional) o sujeta a plazo de duración (negocio a término) al afirmar: «Pese a la accesoriidad de la hipoteca respecto de la obligación en cuya garantía se constituye, mantiene aquélla cierta autonomía como derecho independiente, de suerte que bien puede establecerse un plazo de duración para la misma o sujetarse a condición resolutoria, con lo que llegado aquél, o cumplida ésta, se extingue la hipoteca al margen de que subsista la obligación sin la cobertura de la garantía real que hasta entonces tenía».

En sentido análogo se pronuncia la RDGRN de 22 de junio de 1995 (RJ 1995/5329): admite que la hipoteca pueda constituirse por plazo determinado, de modo que únicamente durante su vigencia pueda ser ejercitada la acción hipotecaria.

En relación a la hipoteca en general, la Ley 41/2007 ha introducido una leve modificación en el párrafo primero del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, añadiendo al final, «cualquiera que sea la naturaleza de éstas [de las obligaciones garantizadas] y su duración». No es claro si la mención a «la duración» se predica de la hipoteca o de las obligaciones garantizadas. De la génesis legislativa debe inferirse que se refiere a las obligaciones garantizadas, ya que este inciso se incorpora por mor de la Enmienda núm. 46 del Grupo Parlamentario Catalán (58) (idéntica a la Enmienda núm. 90 del Grupo Parlamentario Popular) (59), que justifica la adición en que «debe constar en el registro un elemento esencial de la obligación garantizada, de evidente

(56) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», vol. V, 3.ª ed., Pamplona, 1983, pág. 251.

(57) RDGRN de 2 y 3 de septiembre de 2005 (RJ 2005/6940 y 2005/6941), respectivamente, y sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 50, de Barcelona, de 14 de mayo de 2007. Sobre la hipoteca condicionada, véase AZOFRA VEGAS, Fernando, y REDONDO APARICIO, Agustín, «La “hipoteca condicionada” como instrumento de garantía en fianciaciones complejas», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, año XXIV, octubre-diciembre de 2005.

(58) Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 9 de mayo de 2007, págs. 51-52.

(59) Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 9 de mayo de 2007, pág. 75.

interés para los terceros, como es la duración o el plazo de la deuda». El inciso «*cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración*» se encontraba en el Anteproyecto, desapareciendo sin embargo en el Proyecto.

A diferencia de las restantes hipotecas de tráfico o de seguridad, el legislador ha entendido el plazo de la hipoteca flotante como un elemento esencial cuya justificación, creo, se incardina en la flexibilización del principio de determinación propia de la hipoteca flotante: dado que para la hipoteca flotante se admite una mayor indeterminación de las obligaciones garantizadas, incluso aceptando las que vengan a surgir de negocios explicitados, pero aún no concluidos, resulta necesario fijar un plazo máximo a la hipoteca, en beneficio de los titulares registrales posteriores sobre el bien, así como de los acreedores del dueño (hipotecarios o no), que posibilite el ejercicio de acciones de caducidad y que impida, en consecuencia, la amortización «perpetua» del bien hipotecado en favor del acreedor hipotecario. El mantenimiento del crédito territorial impone que esa afectación en exclusiva que la hipoteca impone sobre el bien (patrimonio de destino, se ha dicho) (art. 1.876 CC) limite temporalmente sus efectos.

Algunas de las resoluciones de la DGRN de los años ochenta contra la hipoteca flotante se basaron particularmente en la ausencia de plazo de «flotabilidad»: no se consideraba, conforme con los principios hipotecarios y civiles, que la relación intersubjetiva de la que resultan las obligaciones garantizadas fuera indefinida (60).

Para evitar este efecto «amortizador», la ley podría haber optado por limitar el plazo de las obligaciones garantizadas o el plazo en el que pueden surgir los negocios jurídicos de los que resulten las obligaciones garantizadas (61) o haber exigido la determinación de uno o de otro en la escritura de constitución. Ello también abriría la posibilidad de instar la caducidad, a partir del vencimiento de aquéllas (*ex art. 177 RH*), si bien con una menor transparencia para los titulares de derechos posteriores y, en general, los acreedores del propietario (62). Creo más acertada la opción legal de fijar el plazo de la hipoteca y no de las obligaciones garantizadas.

El plazo es, así, un elemento accesorio de la hipoteca («*insólito*» dice ROCA-SASTRE) (63) que, en alguna ocasión, alcanza carácter de esencial, como

(60) RDGRN de 4 de julio de 1984 (*RJ* 1984/3851).

(61) CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pag. 574 y sigs.

(62) La RDGRN de 17 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/7797), sobre hipoteca en garantía de obligación futura, afirma que cuando la hipoteca garantiza una obligación que ha de nacer en un cierto plazo, el vencimiento de éste no permite la cancelación por caducidad, porque no es lo mismo plazo de la hipoteca que plazo en que ha de nacer la obligación garantizada.

(63) ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, pág. 587.

en la flotante (art. 153 bis LH) o en la hipoteca futura a la que se pospone una inscrita (art. 241.2.º RH).

Obviamente, la llegada del plazo pactado determina *ipso iure* la extinción del derecho de hipoteca flotante (RDGRN de 22 de junio de 1995, *RJ* 1995/5329), debiendo procederse a la cancelación de la inscripción (art. 82 LH). La mención del párrafo último del 153 bis al «*vencimiento pactado por los otorgantes*», como presupuesto de ejercicio de la acción hipotecaria, no pueda entenderse hecho a la hipoteca, sino a la obligación u obligaciones garantizadas, en línea con la postura defendida más arriba, pues mal podría ejercitarse una acción hipotecaria respecto de una hipoteca extinguida.

Creo que no es aplicable, respecto del plazo de la hipoteca flotante, la presunción general del artículo 1.127 del Código Civil de que el término se entiende establecido en beneficio de acreedor y deudor. Me parece que el acreedor debiera poder acortar el plazo de la hipoteca flotante, sin necesidad de consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, ni del tercer poseedor, dado que el acortamiento del plazo de la garantía les beneficia. Tampoco necesitaría contar el acreedor con el consentimiento de los titulares registrales de derechos posteriores, salvo, obviamente, de quienes ostenten derechos inscritos sobre el crédito hipotecario (subhipoteca, anotación preventiva, etc.).

La extensión del plazo sí requeriría consentimiento de deudor y acreedor, e incluso de los titulares posteriores (en línea con lo que se parece colegir del art. 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, en la redacción atribuida por el art. 13 de la Ley 41/2007) (64).

6. LA RESPONSABILIDAD MÁXIMA HIPOTECARIA

Como elemento esencial de la hipoteca flotante, se exige la determinación de la cantidad máxima de que responde la finca, pues no es admisible

(64) La modificación introducida en el artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios por el artículo 13 de la Ley 41/2007, da carta de naturaleza a la llamada «hipoteca recargable», en la que se permite a las partes de un préstamo hipotecario introducir novaciones modificativas de determinadas previsiones sin perjudicar el rango hipotecario y sin necesidad de contar con la autorización de los titulares registrales posteriores. Sí se necesita autorización en el caso de ampliación de la responsabilidad hipotecaria o «*la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación*». Aunque el tenor literal no es, en absoluto, claro, y parecería referirse a la ampliación del plazo del incremento de la responsabilidad hipotecaria, en mi opinión la única interpretación coherente de este artículo es la que exige consentimiento de los titulares posteriores en caso de ampliación de la responsabilidad hipotecaria (pues supone una mayor afectación del bien, un engrandecimiento de ese patrimonio de destino en que consiste una hipoteca) o en caso de ampliación del plazo de la hipoteca.

que a la indeterminabilidad del crédito garantizado (en la flotante pura, se entiende) se una la del gravamen.

No es un elemento específico de la hipoteca flotante. La determinación de la responsabilidad máxima hipotecaria tiene carácter esencial para cualquier hipoteca, singularmente las de máximo (65), pero para las ordinarias, sin que el establecimiento de una responsabilidad hipotecaria por debajo de la obligación permita hablar de dos obligaciones, una hipotecaria y otra no.

El artículo 153 bis no exige la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los varios créditos garantizados. Ello parece lógico en la hipoteca flotante pura (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) (66).

Más dudoso es que no haya que distribuir la responsabilidad global entre las distintas partidas de principal, intereses ordinario o de demora, y ello principalmente para asegurar el control del cumplimiento de la limitación de aseguramiento de intereses en perjuicio de terceros establecida en el 114 LH. Es claro que este límite se aplica a la flotante, al contrario que a la hipoteca del 153 LH que, por asegurar la devolución del saldo final, se ha considerado al margen de esta limitación (67). Si la flotante se usara como hipoteca ordinaria (o sea, en garantía de varias obligaciones presentes y de cuantía cierta), ¿qué argumento usar para rechazar la necesidad de individualizar las porciones de responsabilidad por intereses máximas en perjuicio de tercero que se exige tradicionalmente para una hipoteca ordinaria de una única deuda? (68). El argumento de que el 153 bis no lo impone quizá no sea suficiente para eludirlo.

La responsabilidad máxima hipotecaria determina el riesgo máximo que soporta el tercer poseedor y el hipotecante no deudor (que podrán, en consecuencia, exigir la cancelación de la hipoteca abonando dicha cifra) (69).

Esta última parte puede jugar, obviamente, respecto de hipotecas flotantes (en las que, necesariamente es preciso establecer un plazo para la garantía), aunque también respecto de cualquier otra hipoteca en la que se haya pactado plazo.

(65) ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, pág. 319.

(66) CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pág. 572.

(67) ÁVILA NAVARRO, Pedro, «La hipoteca en garantía...», *op. cit.*, pág. 193.

(68) RDGRN de 22 de julio de 1996 (*RJ* 1996/5617).

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

IV. CESIÓN

1. TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS GARANTIZADOS POR LA HIPOTECA FLOTANTE

El artículo 153 bis no regula los efectos de la cesión de la obligación u obligaciones garantizadas por una hipoteca flotante. Al no establecerse reglas especiales, deberíamos intentar aplicar los criterios recogidos en nuestro sistema civil y registral en torno a la cesión del crédito hipotecario. Tres son las cuestiones fundamentales que en este ámbito debemos plantearnos:

- A) En primer lugar, si cabe la transmisión de alguno o algunos de los créditos asegurados por la flotante, parcial o totalmente.
- B) En segundo lugar, si existen regímenes diferentes respecto de los créditos presentes y los futuros garantizados por una flotante.
- C) Por último, si vale la cesión de la flotante al margen de los créditos (presentes y/o futuros) que garantiza.

Con carácter general, la transmisión convencional del crédito hipotecario (sea por cesión, sea por subrogación *ex art. 1.209 CC*) determinará, de ordinario, el traslado de la hipoteca al cesionario. No de forma necesaria, sin embargo, toda vez que el artículo 1.528 del Código Civil no tiene carácter imperativo. Es posible, pues, excluir expresamente el traslado de la hipoteca al cesionario del crédito hipotecario. En este caso, salvo que la hipoteca siga asegurando un crédito en manos del cedente, la exclusión voluntaria de su traslado al cesionario implicará su cancelación (por efecto de la accesoriedad de la garantía).

En el ámbito de la transmisión convencional, podemos distinguir entre la transmisión de créditos presentes y de créditos futuros, ya por inciertos en su cuantía y/o en su propia existencia (resultantes de una relación jurídica aún no concertada). Para los primeros, no hay duda alguna de que la accesoriedad de toda hipoteca (también de la flotante) implica la cesión, con el crédito, de la garantía hipotecaria (STS de 25 de febrero de 2003, *RJ* 2003/1052, entre otras muchas), lo que no impide, obviamente, que el cedente, antes de ceder, pueda cancelar la hipoteca. La cesión del crédito sin la hipoteca determina su cancelación, ya que no puede garantizar créditos diferentes (*ex art. 1.857 CC*).

Con carácter general, y por el principio de accesoriedad, no cabe la cesión del crédito garantizado a una persona y de la hipoteca a otra, ni que el cedente se reserve la hipoteca, cedido el crédito o créditos asegurados (70).

(70) GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, Ed. Thomson - Civitas, 5.ª ed., 2006, pág. 261.

En relación a los créditos futuros, la cesión es también posible (71), sea antes o después de la práctica de la nota marginal del artículo 143 LH. En caso de cesión anterior a la nota marginal, el cesionario, incluso aunque inscriba su título al amparo del 149 LH, no gozará de la protección registral *ex* artículo 34 LH en cuanto a la existencia y cuantía del crédito futuro, y estará obligado a evidenciar ambos extremos como condición para proceder ejecutivamente contra el bien (72).

Cabe también la cesión parcial de créditos presentes o futuros garantizados con hipoteca (arts. 1.878 CC; 149 LH), lo que determinará una cotitularidad en los créditos parcialmente cedidos. La pluralidad de titulares en la parte activa de un crédito asegurado por hipoteca no perjudica al deudor, ni al hipotecante no deudor, ni al tercer poseedor, ni a los acreedores posteriores, ni siquiera en el caso de que pueda defenderse el derecho de cada acreedor a ejecutar parcialmente la hipoteca (subsistiendo la garantía respecto de los restantes acreedores), pues las múltiples ejecuciones no incrementan la responsabilidad hipotecaria de la finca, que es el riesgo cierto que soportan los titulares registrales posteriores y el tercer poseedor. La cesión parcial de un crédito, sin la cesión parcial correspondiente de la hipoteca, determinará la extinción parcial de la hipoteca (aún cuando por imperativo del art. 122 LH no sea posible la cancelación parcial superficial de la hipoteca en tanto no se haya extinguido totalmente la obligación asegurada), salvo que la hipoteca garantizara obligaciones de cuantía indeterminada (hipoteca de máximo) o no existiera asignación o atribución de responsabilidad hipotecaria entre los créditos (o porciones de los créditos) cedidos y los que no.

Aplicado todo lo anterior a la flotante, podríamos llegar a las siguientes conclusiones:

- A) Aunque se ceda únicamente un crédito presente (con exclusión de cualquier otro crédito presente o futuro amparado por la flotante), el cesionario sigue disfrutando de una hipoteca flotante (puesto que el legislador la admite en garantía de un único crédito).
- B) Se puede ceder uno o más créditos garantizados por la flotante (presentes y/o futuros), parcial o totalmente, manteniendo el cedente en su esfera la titularidad de los restantes créditos garantizados. En tal caso, cedente y cesionario mantendrán hipotecas flotantes respecto de sus respectivos créditos. La cuestión de si disfrutaran de una única hipoteca (en mano común) o de varias, se analizará más tarde.

(71) PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Comentario a los artículos 1.526 a 1.536», en *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, II, pág. 1019 y sigs.

(72) ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, pág. 884.

- C) No es posible la cesión de la hipoteca flotante al margen de la cesión parcial o total de los créditos presentes y/o futuros que garantice, porque la flotante sigue siendo accesoria de los créditos.
- D) Puede admitirse la cesión (total o parcial) de los créditos futuros garantizados por la flotante derivados de negocios jurídicos aún por concluir (es simplemente una modalidad de cesión de créditos futuros, inciertos en su existencia y no sólo en su cuantía). Se requerirá para ello el consentimiento del deudor cuando dichos créditos futuros incluyan elementos personales del acreedor (*intuitu personae*) que han trascendido a la constitución de la flotante (piénsese, por ejemplo, en la obligación estatutaria o contractual del deudor de que sus acreedores bancarios tengan una determinada calificación crediticia mínima) o cuando la configuración de tales créditos futuros no sea posible sin integrar correlativamente obligaciones a cargo del acreedor (por ejemplo, si los créditos futuros consistieran en descubiertos en una cuenta corriente bancaria).

La cesión total de los créditos futuros asegurados por la flotante no supone transmisión de la flotante al margen de las obligaciones por ella aseguradas, una hipoteca de propietario o una deuda territorial, puesto que los créditos futuros tendrán que seguir siendo de la naturaleza de los contemplados en la escritura de constitución, si bien ahora derivados de un negocio entre el cesionario y el deudor. La hipoteca continuará garantizando créditos de la naturaleza contemplada en la escritura de constitución, hasta el máximo igualmente previsto en la escritura de constitución, por el mismo plazo, etc. La única diferencia es la condición subjetiva del acreedor (que ha variado) sin que pueda advertirse por qué eso podría perjudicar al deudor, al hipotecante no deudor, al tercer poseedor o a los titulares registrales posteriores (y de ahí que no se precise su consentimiento). El deudor está expuesto a que el cesionario quiera cubrir por la garantía créditos ya nacidos al tiempo de la cesión, entre él y el deudor. Dado que cuantos más créditos queden asegurados por la hipoteca, menor será el margen aún no «consumido» del máximo y, por tanto, menor también la disposición del acreedor a conceder crédito futuro, el deudor que no haya consentido la cesión debería poder oponerse, con amparo en el artículo 1.198 del Código Civil, a que el cesionario extienda la cobertura hipotecaria a créditos ya vencidos entre él y el deudor al tiempo de la cesión por importe superior a los existentes de esta naturaleza entre cedente y deudor al tiempo de la cesión.

- E) En caso de cesión parcial de todos o algunos de los créditos asegurados, sin traslado simultáneo de la flotante al cesionario, no se

produce la extinción parcial de la flotante, dada la «indiferenciabilidad» de la responsabilidad hipotecaria propia de ésta.

- F) Parece claro que cada uno de los créditos asegurados por una hipoteca flotante es, en sí mismo, un crédito hipotecario. Es, sin embargo, un crédito hipotecario especial, puesto que no tiene atribuido una parte o importe de la responsabilidad hipotecaria total que asegura éste y los demás créditos garantizados por la flotante (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 de su crédito, hasta el máximo de la responsabilidad global. La accesoriedad de la garantía no lleva, en este caso, a la atribución automática de una porción de la responsabilidad al crédito, porción del crédito o créditos cedidos, siendo preciso que el acreedor cedente la distribuya expresamente al tiempo de la cesión. 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 al tiempo de la cesión el reparto de responsabilidad hipotecaria entre los créditos cedidos y los no cedidos, sin precisar para ello consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, el tercer poseedor o los titulares registrales posteriores. El acreedor precisaría, claro, de autorización de los titulares de cualquier derecho sobre su crédito (acreedor subhipotecario, titular de embargo anotado, etc.). En relación a la hipoteca global, CORDERO LOBATO (73) exige la determinación, en el negocio de transmisión, de la porción de la responsabilidad hipotecaria global de que podrá servirse cada acreedor tras la cesión. Considera que es consecuencia obligada de lo dispuesto en los artículos 1.529 y 1.258 del Código Civil. Sea o no exigible dicho reparto, no hay duda de que es extremadamente conveniente, como luego se verá, para habilitar la posibilidad de ejecución separada. En ausencia de pacto sobre distribución de responsabilidad, como la transmisión de la garantía es natural a la cesión del crédito hipotecario, cada acreedor resultante continúa beneficiándose de hipoteca flotante para reclamar la totalidad de su crédito,

(73) CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pág. 598. CORDERO LOBATO, Encarna, «La hipoteca global...», *op. cit.*, pág. 148.

porción de crédito o créditos cedidos hasta el total de la responsabilidad hipotecaria global. Más adelante me pronunciaré sobre si existiría una situación de proindivisión en la hipoteca (que obligaría al ejercicio conjunto de las acciones o individual pero en beneficio de todos los acreedores) o de parciariedad (en cuyo caso, cualquiera de los acreedores podría proceder separadamente).

La subrogación legal *ex* artículos 1.210 y 1.211 del Código Civil o Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, da lugar necesariamente al traslado de la hipoteca al nuevo acreedor respecto de los créditos objeto de subrogación, que tienen siempre naturaleza de créditos existentes, sin que pueda extenderse a otros créditos ya existentes o futuros entre el *solvens* y el deudor (pues lo contrario supondría interpretar el principio de accesoria al revés). Si la flotante amparaba créditos presentes y futuros, el acreedor *accipiens* conservará la facultad de extender la hipoteca a los que concierte tras la subrogación legal del *solvens*. A diferencia de la subrogación convencional, en la legal el acreedor *accipiens* no tienen ningún estímulo para compartir la garantía hipotecaria con el *solvens* y, por tanto, hay que contar con que no se avenga a pactar con el *accipiens* un reparto de la responsabilidad máxima hipotecaria. Sin embargo, no es razonable que el *solvens* y el *accipiens* se mantengan, tras la subrogación legal, en situación de comunidad de riesgo sobre el máximo, porque el derecho del *accipiens* a seguir extendiendo crédito futuro devaluaría la efectividad de la garantía hipotecaria del *solvens*. También debe rechazarse laminarmente la posibilidad de que cualquiera de ellos ejecute la hipoteca en tanto se mantenga la indiferenciabilidad del máximo, porque ello extinguiría la hipoteca en perjuicio del otro (art. 394 CC). CORDERO LOBATO considera que la subrogación legal otorga al *solvens* «una parcela del máximo en garantía de los créditos en que se haya subrogado» (74), suponiendo por tanto una división de la flotante inicial en dos hipotecas: *a*) una en favor del *solvens* en garantía de los créditos subrogados y con responsabilidad hipotecaria igual a los créditos subrogados (con el máximo de la responsabilidad hipotecaria inicial), y *b*) otra en favor del *accipiens* por la diferencia de responsabilidad hipotecaria hasta la inicial, en garantía de los restantes créditos presentes y/o futuros. Me parecería más correcto prorratear la responsabilidad hipotecaria que deba asignarse a cada acreedor en base a los créditos existentes de cada uno al tiempo de la subrogación (de forma tal que correspondiera al *solvens* una hipoteca en garantía de los créditos subrogados con responsabilidad hipotecaria igual a la porción de la responsabilidad hipotecaria inicial que representen los créditos subrogados sobre el total de los créditos presentes del *accipiens* al tiempo de la subrogación legal

(74) CORDERO LOBATO, Encarna, «La hipoteca global...», *op. cit.*, pág. 170.

y al *accipiens* otra hipoteca por la diferencia de responsabilidad hipotecaria hasta la inicial, en garantía de los restantes créditos presentes y/o futuros). En esta solución se incrementan las dificultades a las que se enfrenta el *solvens* para acreditar el volumen de los créditos presentes del *accipiens* al tiempo de la subrogación legal con el objeto de conseguir el reflejo registral de su derecho de hipoteca.

2. PLURALIDAD DE ACREEDORES

Aunque la posibilidad de existencia de varias hipotecas de distinto rango sólo 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 (en cuyo caso, se requeriría el consentimiento del acreedor de rango anterior y quienes ostenten derechos inscritos sobre este crédito hipotecario —subhipoteca, anotación preventiva, etc.— y de los titulares de gravámenes o derechos intermedios).

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). 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).

En este capítulo debemos plantearnos dos supuestos: el más simple sería la coexistencia de varios acreedores sobre el mismo crédito o créditos asegurados por la flotante. El más complejo sería la coexistencia de varios acreedores que comparten garantía, pero no los créditos garantizados.

Empezando por el supuesto más simple, 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 art. 1.137 CC*) (75). Ninguno de los acreedores solidarios podrá cancelar o renunciar a la hipoteca, ni renunciar a la indivisibilidad (art. 1.141 CC). Y ello aunque nuestro Derecho no admite las titularidades dominicales solidarias salvo sobre derechos de crédito. 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.

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

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 (76) consistiría en entender que los acreedores parciarios son copropietarios *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 (77), 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 aislada de cada acreedor (*ex arts. 1.138 y 1.139 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 ideó 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 parciario (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:

- a) No parece advertirse dificultad para aplicar esta tesis a una hipoteca flotante que asegure un único crédito de titularidad compartida entre varios acreedores (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

(76) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Derechos reales...», *op. cit.*, págs. 489- 490.

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

cualquiera 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 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 en ese caso. No habría dificultad para hacer constar la cuota que a cada acreedor corresponda en cada crédito, pero 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. ¿Cómo, sin poder establecer la medida en que cada acreedor puede servirse de la hipoteca, se puede aplicar la regla del 227 RH? La respuesta es que, en ausencia de una asignación de la deuda que responde de cada crédito, el ejercicio por alguno de los acreedores de las acciones hipotecarias perjudica al resto, como se explica en el apartado V siguiente. Y de ahí que deba mantenerse, en los casos en los que sea imposible determinar la cuota en la hipoteca que corresponde a cada acreedor, por la existencia de diferentes cuotas en los créditos garantizados, la aplicación de las reglas de la comunidad de bienes, que impiden a cualquiera de los copartícipes «servirse de la cosa común» (es decir, ejecutar la hipoteca) en perjuicio del derecho de los restantes comuneros (art. 394 CC).

Se ha admitido, con carácter general, la posibilidad de hipotecar un bien en garantía de parte de un crédito, sin necesidad de identificar las cuotas o plazos de amortización que asegura, de forma que el incumplimiento de cualquier parte del crédito permite la ejecución (y ello porque aunque la hipoteca sólo garantice una parte del crédito, la totalidad del bien está afecto al cumplimiento de la deuda, *ex* arts. 1.822 CC y 122 LH) (78). En tales casos, no se puede entender que existan diversas deudas (una garantizada y otra no) de forma que el pago parcial deba imputarse, en primer lugar, a la cancelación de la parte del crédito asegurada por la hipoteca (por ser más onerosa), ni tampoco de forma proporcionalmente, puesto que hasta que se extinga la deuda (en su totalidad), la hipoteca se mantiene. Esta construcción sólo es válida cuando consta la distribución de la responsa-

(78) RDGRN de 2 de enero de 1996 (RJ 1996/584) y 3 de enero de 1996 (RJ 1996/585).

bilidad hipotecaria global asegurada por la flotante entre los diversos créditos. En tanto no conste, no es posible defender la existencia de una situación de coexistencia de hipotecas de mismo rango, sino de copropiedad indivisa sobre esta hipoteca.

Por último, debemos plantearnos qué parte o partes ha de consentir la distribución de responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos asegurados por la flotante. Sin duda, deberá consentirlo el acreedor (art. 122 LH) y cualesquiera titulares sobre el derecho del acreedor (acreedor subhipotecario, por ejemplo). Creo, por lo que se explica en el apartado V siguiente, que no es precisa la participación del deudor, ni del hipotecante no deudor, ni de los titulares registrales posteriores.

Las conclusiones anteriormente alcanzadas son extrapolables al caso de concurrencia de acreedores distintos de créditos asegurados por la hipoteca (es como si cada uno de ellos tuviera un 100 por 100 de participación en el crédito propio y un 0 por 100 de participación en los créditos de los demás). Así, en ausencia de una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos, existirá una relación de comunidad *pro indiviso* de los acreedores sobre la flotante, mientras que se podrá defender la coexistencia de múltiples hipotecas (flotantes o no) del mismo rango, si es posible establecer registralmente 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 —y los titulares de derechos sobre el crédito hipotecario— con posterioridad).

V. EJECUCIÓN

1. EJECUCIÓN POR EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL ESPECIAL

Se plantean algunas incertidumbres en cuanto a la ejecución de este tipo de hipotecas. En la normativa finalmente aprobada, no se hace ninguna modificación de los procedimientos de ejecución con referencia expresa a las hipotecas flotantes, ni se recogen disposiciones específicas para la ejecución de estas hipotecas. Solamente se introduce una remisión, en cuanto al ejercicio de la acción hipotecaria, a los artículos 129 y 153 LH, lo cual habilita de forma general el procedimiento de ejecución hipotecaria del 571 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil («LEC») (con las particularidades de los arts. 681 y sigs. LEC) y el extrajudicial (con las cautelas que expon-dremos más abajo). Aunque no se incluya la referencia expresa, no hay dificultad para entender también aplicables a la hipoteca flotante lo dispuesto

en los artículos 131 y siguientes LH y 225 y siguientes RH. El declarativo es, claro, otra posibilidad.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 41/2007, algunos autores habían mostrado preocupación sobre la falta de adecuación de las causas de oposición dentro del proceso de ejecución directa sobre los bienes hipotecados a la nueva hipoteca flotante (79). En este sentido, es de lamentar que se eliminara en el Proyecto remitido a las Cortes la Disposición Final Segunda del Anteproyecto, que proponía modificar los artículos 656 y 688 LEC. Y digo que es de lamentar, no porque fueran dos buenas modificaciones, que no lo eran desde un punto de vista técnico, sino porque salían al paso (aunque fuera de forma insuficiente) a esa preocupación. Así, se proponía añadir un nuevo número 3 en el artículo 656.1 de la LEC, relativa al contenido de la certificación de dominio y carga para obligar al registrador a hacer constar «[...] *el importe del principal reclamado o del saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo*». Mediante una adición al final del primer párrafo del 688.2, se obligaba al registrador a hacer constar esa misma referencia en la nota marginal acreditativa de la expedición de la certificación de dominio y cargas. El Proyecto prescindió de una modificación en este sentido, sin que las enmiendas presentadas en el Congreso y en el Senado por el Grupo Popular (también defendidas por la AHE) (80) fueran finalmente aceptadas.

Aunque el paralelo de nuestra hipoteca flotante en el Derecho alemán (la *Höchstbetragshypothek* del 1.190 BGB) no goza de ejecutabilidad directa, allí se justifica en la imposibilidad de acudir a la ejecución sin previa liquidación (judicial o consensuada) de la deuda, extremo este que no es trasladable a nuestro Derecho, en el que se admite la ejecución de hipotecas con liquidación de la deuda por el propio acreedor, como en el penúltimo párrafo del artículo 153 bis.

Señalados autores habían considerado la hipoteca de seguridad (y la flotante responde a este tipo) incompatible con el procedimiento judicial sumario y con el extrarregistral, «[...] *pues el acreedor ha de probar no sólo que se constituyó la hipoteca, sino también “extrarregistralmente” —con documentos distintos de la escritura de constitución o de la inscripción registral— las condiciones que precisan totalmente el crédito. Es una característica típica de la hipoteca de seguridad, pues, que no baste el título constitutivo inscrito como título ejecutivo hipotecario. En consecuencia, en general, no se puede pactar el procedimiento judicial sumario ni el extraju-*

(79) DÍAZ FRAILE, Juan María, «La nueva regulación...», *op. cit.*, págs. 18-19.

(80) ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA: *Asamblea General de la Asociación Hipotecaria Española. Informe del Presidente*, 27 de junio de 2007, pág. 20. La AHE entiende, sin embargo, que la expresión «hipoteca de máximo», a que se refiere la Disposición Final Segunda del Anteproyecto, se refería a la nueva «hipoteca recargable» (es decir, a la posibilidad de ampliar un préstamo hipotecario sin perder rango).

dicial (Resolución de 3 de marzo de 1952)» (81). Creo que la tacha no es aceptable, predicada de forma general, por más que pueda ser necesario integrar extrarregistralmente el título de crédito al tiempo de la ejecución en algún caso, lo mismo que hay que hacerlo en la ejecución de una hipoteca en garantía de obligación futura (obviamente si al tiempo de la ejecución no está expedida la nota marginal del art. 143 LH) o de una hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador. Es más, algún tipo de integración extrarregistral es precisa hasta para la ejecución de una hipoteca en garantía de obligación en moneda extranjera, con interés variable o en garantía de préstamo con amortización periódica en que se hayan pagado unas cuotas y otras no, se haya pagado el principal pero no los intereses, etc. El artículo 685.2 LEC sólo exige que se acompañe a la demanda el título de crédito revestidos de los requisitos que la LEC exige para el despacho de ejecución, lo que puede incluir documentos extrarregistrales (escrituras públicas, pólizas intervenidas, etc.). Otros autores, por el contrario, se habían pronunciado en favor de la ejecutabilidad de la flotante (82).

La DGRN admitió, inicialmente, la ejecución de una hipoteca global a través del judicial sumario del antiguo 131 LH, pese a que la hipoteca no acreditaba fehacientemente la existencia y el vencimiento de la deuda, permitiendo para ello la integración extrarregistral del título constitutivo a través de, por ejemplo, un protesto de letras de cambio (83) o la certificación del saldo de una cuenta bancaria realizada por el acreedor (84). Después, con el criterio restrictivo respecto de la hipoteca global en sí, llegó también el rechazo de la facultad de liquidación unilateral de deuda por el acreedor como mecanismo habilitador del ejecutivo hipotecario (se aducía que esta posibilidad era excepcional y aplicable únicamente a la hipoteca del 153 LH) (85).

(81) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, «Derechos reales...», *op. cit.*, pág. 478. En sentido análogo (aunque referido al antiguo 131 LH), GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipotecas*, 1994, págs. 135-136. *Idem.*, comentando la RDGRN, de 21 de marzo de 1917 (citada), RIBÓ, Mariano, «La hipoteca de máximo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 6, 1925, pág. 419.

(82) REY PÓRTOLES, Juan Manuel, «Hipoteca con cláusula...», *op. cit.*, pág. 130 y sigs. CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pág. 568 y sigs.

(83) RDGRN de 28 de febrero de 1933 (*RJ* 1933/1833).

(84) RDGRN de 16 de junio de 1936 (*RJ* 1936/1544), que llega a esta conclusión aplicando analógicamente el 153 LH, al igual que la de 4 de julio de 1984 (*RJ* 1984/3851). Respecto de las hipotecas de seguridad en general, la RDGRN de 3 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000/10239) afirma que la falta de determinación registral de la deuda y la cuantía no impide que el acreedor pueda obtener en su día un título suficiente para despachar la ejecución por el procedimiento judicial sumario. *Idem.* RDGRN de 6 de octubre de 1994 (*RJ* 1994/7655), 28 de enero de 1998 (*RJ* 1998/279) y 24 de agosto de 1998 (*RJ* 1998/6585).

(85) RDGRN de 11 de enero de 1995 (*RJ* 1995/186).

La referencia al carácter sumario y excepcional del ejecutivo hipotecario y su incompatibilidad consustancial con la incompleta determinación registral de las obligaciones garantizadas en una hipoteca flotante «pura» no me parece atendible. Otro tanto ocurre en relación con otras hipotecas de seguridad y hasta de tráfico, como se ha señalado antes. La sanción de constitucionalidad del ejecutivo hipotecario que resulta de la famosa sentencia del Tribunal Constitucional («TC») de 18 de diciembre de 1981 (RJ 1981, 41) se hace sin dejar de admitir el TC el riesgo de «pluspetición» o de ejercicio injustificado de la ejecución por parte del acreedor ejecutante, razón precisamente por la cual, *«no se produce el efecto de cosa juzgada, y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo»*, ya que *«la radical limitación de las excepciones [oponibles en el ejecutivo hipotecario] no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor»*. Adicionalmente, el TC apela al carácter constitutivo de la hipoteca, y a las especiales garantías de su necesario otorgamiento en escritura pública y de su inscripción, operación y cancelación registral, como mecanismo de defensa del deudor frente a la cierta limitación del principio de contradicción en el procedimiento ejecución hipotecaria, justificando así una suerte de vínculo indisoluble entre hipoteca y ejecución sumaria: *«El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral, que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurran los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la Ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título. Se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados. [...] Mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, se consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución»*.

La existencia, en fin, de garantías suficientes para defenderse contra una ejecución injustificada (como la obligación de indemnizar daños y perjuicios del ejecutante en iniquidad —art. 538.4 LEC—, el sobreseimiento del procedimiento en caso de cancelación de la hipoteca —art. 688.3 LEC—, la reserva del declarativo posterior o la posibilidad de asegurar la efectividad del fallo del juicio declarativo posterior mediante retención de todo o parte de la cantidad que haya de entregarse al acreedor —art. 698 LEC— permiten entender compatible hipoteca flotante y ejecución hipotecaria.

Como se ha indicado anteriormente, nos parece claro que el acreedor hipotecario ha de tener plena libertad para integrar la totalidad o parte de las obligaciones garantizadas vencidas en el saldo reclamable en ejecución, sin necesidad de esperar hasta el vencimiento del plazo de la hipoteca consignada en el título.

En todos los casos en los que el nacimiento, vencimiento y cuantía de la obligación garantizada que funda la ejecución no resulte de la propia hipoteca flotante (por ejemplo, cuando se trate de una obligación futura), será preciso acreditar dichos extremos. En la hipoteca flotante pura «*se niega al acreedor la facultad de ampararse en presunciones hipotecarias para probar la existencia de la deuda y la cantidad a que asciende*», dice la RDGR de 21 de marzo de 1921, pero «*se da valor a los hechos o convenios entre las partes que puedan modificar o destruir la eficacia de la obligación garantizada, aunque tales circunstancias no se hagan constar en el Registro*».

Una primera fórmula de acreditación de esos extremos sería a través de la nota marginal del artículo 143 LH (para la que, a su vez, sería preciso consentimiento del hipotecante o constancia en documento público, conforme al art. 238 RH), que debería entenderse de aplicación analógica a la hipoteca flotante en garantía de obligación futura (86).

El segundo camino sería mediante la integración extrarregistral de la hipoteca, a través de cualquier título que lleve aparejada ejecución conforme al artículo 517 LEC. Y a este respecto, téngase en cuenta la posibilidad, admitida en los artículos 572 y 573 LEC y en el penúltimo párrafo del artículo 153 bis, de que la cantidad líquida sea determinada por el acreedor «*en la forma convenida por las partes en la escritura*».

En el pasado, se había objetado a la posibilidad de ejecución de la hipoteca global pura (esto es, en garantía de obligaciones futuras no perfectamente identificadas) alegando que la certificación del saldo por el acreedor bancario es sólo un medio de liquidación de la deuda, pero no de acreditación de su nacimiento (87). En contra de este razonamiento se había argumentado que el efecto ejecutivo que se atribuye en el artículo 153 LH a la liquidación hecha por el acreedor resulta de que el legislador otorga a dicha certificación, en sí misma (es decir, desvinculada de la constancia pública del crédito), la certeza suficiente para presumir *iuris tantum* la responsabilidad del deudor que permite la ejecución. Es el valor probatorio de los libros de los comerciantes, la atribución convencional de la facultad de liquidación

(86) PRETEL SERRANO no advierte dificultad para dicha nota marginal respecto de la hipoteca del 153 LH (PRETEL SERRANO, Juan José, «Comentario al artículo 153 LH», en ALBALADEJO, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia [Dir.], *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VII, Vol. 8.º, Madrid, Endersa, 2000, pág. 398).

(87) GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, César, «Comentario de urgencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610, 1992, pág. 1403.

al acreedor, la exigencia de notificación previa al deudor de la certificación y las posibilidades de contestación establecidas en el artículo 153 LH, lo que permiten atribuir a la liquidación misma el carácter de título ejecutivo. Siendo eso así para la hipoteca del artículo 153 LH (art. 245 RH), no había ninguna razón convincente para excluir esta forma de determinación de la deuda respecto de la hipoteca global. Es decir, el 153 LH podría ser interpretado en el sentido de atribuir a la certificación del acreedor, cuando se haya pactado esta facultad en la escritura de hipoteca, la condición de título ejecutivo en sí mismo, aunque la existencia y vencimiento de la obligación u obligaciones por las cuales se procede no resulte del registro ni de otro título extrarregistral que lleve aparejada ejecución. Sobre la base de esta interpretación, debería admitirse ejecución incluso aunque no constase en título que llevase aparejada ejecución el nacimiento y vencimiento de un crédito garantizado por hipoteca flotante, con tal de que en la escritura de constitución se hubiere atribuido al acreedor facultad certificante (88). La dicción literal de los últimos dos párrafos del 153 LH parecería corroborar esta tesis:

- En primer lugar, porque se refiere a la cantidad líquida determinada por el acreedor «*en la forma convenida por las partes en la escritura*», y ello porque la referencia a la «*escritura*» parece señalar a la de constitución de hipoteca y no al título de crédito del que resulte la obligación (que podría documentarse de otras muchas formas).
- Y en segundo lugar, porque hay una remisión expresa al ejercicio de la acción hipotecaria de conformidad con lo previsto en el artículo 153 LH, referencia que, obviamente, habilita tanto el mecanismo de certificación del acreedor bancario como el sistema de doble libreta (en la medida que fuera objetivamente aplicable a la naturaleza de las obligaciones garantizadas por la flotante) allí contenidos.

No obstante, lo anterior, la exigencia de que se acompañe con la demanda «*el título o títulos de crédito revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de ejecución*» del artículo 685.2 LEC impediría, en mi

(88) CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, págs. 694 y 695. En el mismo sentido, VEIGA COPO, Abel, «Comentario a la Resolución de la DGRN de 12 de septiembre de 2003» (*RJ* 2003/6275), en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 64, 2004, págs. 435-459, y BELLO FERNÁNDEZ DE PLASENCIA, Eva, «Apuntes sobre la novación y la accesoriedad en la hipoteca de máximo», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díaz Picazo*, Vol. 3, 2002, pág. 3593. Aunque no específicamente en relación a la hipoteca global, GARCÍA GARCÍA muestra también simpatía hacia la atribución convencional de facultad certificante al acreedor en relación con la extensión de la nota del 143 LH, exigiendo para ello que se articule una cuenta corriente (GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «Código de Legislación Inmobiliaria...», *op. cit.*, pág. 266).

opinión, que se ejecutase una hipoteca flotante ante el vencimiento de una obligación no nacida al tiempo de la constitución de la flotante, cuya existencia no haya tenido acreditación registral ni pueda evidenciarse en título que lleve aparejada ejecución (conforme al 517 LEC), incluso en el caso de que se haya pactado en la escritura de hipoteca flotante la facultad del acreedor de liquidar la deuda. De ahí que se imponga la conveniencia, respecto de las obligaciones futuras que pueda garantizar una flotante, de que el nacimiento de la obligación se evidencie mediante escritura, póliza o cualquier otro documento con fuerza ejecutiva, sin perjuicio de atribuir al acreedor en la escritura de hipoteca facultad certificante, para evitar completamente el riesgo de que el juez rechace el despacho de ejecución por no entender fehacientemente acreditada la deuda.

Respecto de la obligación futura, el artículo 238 RH permite la extensión de la nota marginal del 143 LH mediante la presentación al registro del documento público que acredite el nacimiento de la obligación o de una solicitud firmada por las partes a este efecto, ratificada ante el Registrador o con firmas legitimadas. Piénsese en la hipótesis, para el caso de que las partes no quieran documentar el nacimiento de una obligación garantizada por la flotante mediante título que lleve aparejada ejecución (o no se quiera, por ejemplo, soportar los gastos e impuestos que pudieran devengarse), de utilizar la vía que habilita el artículo 238 RH para requerir al deudor que preste esta colaboración, como condición de la extensión de un crédito llamado a quedar cubierto por la flotante, por ejemplo. No veo objeción alguna en utilizar la vía prevista en el artículo 238 RH respecto de una hipoteca flotante (89).

Al hilo de este asunto, me parece conveniente traer a escena una de las objeciones tradicionalmente blandidas frente a la hipoteca global, y es la de que imponía una derogación inadmisibles de la *par condicio*: las obligaciones aseguradas por la flotante tendrían el privilegio especial y el rango que resultase de la inscripción de la hipoteca, aunque pudieran haberse contraído muy posteriormente, siendo preferentes por tanto a los créditos intermedios, inscritos o no inscritos: *«Todos los demás acreedores, incluso los que tienen documentados unos créditos en escritura pública o incluso en sentencia de fecha posterior a la hipoteca, ven postpuesto su derecho al del Banco, aunque los créditos del Banco tengan una fecha claramente posterior a los títulos (escrituras o sentencias) de dichos acreedores. Y si los créditos del Banco ni siquiera están formalizados en escritura pública o pólizas notariales... ¿Cómo sin tener fecha fehaciente pueden anteponerse a los acreedores anteriores por el simple hecho de que el acreedor (Banco o Caja) ha decidido —en*

(89) ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, pág. 333.

cualquier tiempo— que estén cubiertos por la hipoteca?» (90). La objeción no es correcta, en mi opinión:

- A) Respecto de créditos no inscritos, cualquier crédito hipotecario goza de preferencia o privilegio especial sobre el bien (art. 90.1.1.º de la Ley Concursal) (no hay aquí derogación alguna de la *par condicio*).
- B) La justificación fundamental de la preferencia está en la publicidad registral que resulta de la inscripción. Todos los acreedores, los que inscriban y los que no, están avisados de la existencia de la hipoteca flotante, como lo están los acreedores del deudor que ha ofrecido una hipoteca condicional o una hipoteca en garantía de obligación condicional: los acreedores que inscriben su título con posterioridad a la inscripción de una hipoteca condicional (o de una hipoteca en garantía de obligación condicional) son legalmente pospuestos al crédito garantizado por la primera hipoteca una vez cumplida la condición, aunque ésta sobrevenga con posterioridad. No se ve razón para aplicar peor tratamiento a la flotante: si los créditos garantizados por la flotante han tenido determinación registral mediante la nota marginal del artículo 143 LH, aunque sea posterior a la de otro crédito inscrito, la eficacia retroactiva de la nota marginal (arts. 23 y 24 LH) salva cualquier objeción. Si, sin tener constancia registral, es posible proceder a la ejecución hipotecaria por los créditos garantizados mediante cualquiera de las vías de integración extrarregistral mencionadas, parece también lógico que hayan de tener preferencia respecto de créditos inscritos con posterioridad a la hipoteca, pero anteriores a la fecha en que podrían haberse ejecutado mediante integración extrarregistral del título. En definitiva, que hasta la cancelación de la flotante es perfectamente razonable que los créditos asegurados por ella (que, no olvidemos, son hipotecarios) tengan la preferencia que resulta del juego de la prioridad registral y del privilegio especial concursal (y la publicidad registral de la hipoteca «avisa» de la amenaza a cualquier acreedor posterior) frente a acreedores, inscritos o no inscritos, posteriores a la hipoteca (aunque anteriores a la generación, vencimiento y ejecución del crédito asegurado por la flotante).

- El concurso del deudor no añade complejidad, ni distorsiona el examen anterior: si el crédito garantizado por una flotante ha nacido con anterioridad al concurso, habrá que reconocerlo como crédito

(90) MARTÍNEZ GIL-VICH, José Luis, «La hipoteca flotante», *op. cit.*, pág. 154. En sentido análogo, entre otros muchos, ÁVILA NAVARRO, Pedro, «La hipoteca (estudio registral...)», *op. cit.*, pág. 64 y sigs.

concurral con privilegio especial al amparo del artículo 90.1.1.º de la Ley Concursal, con la preferencia, en caso de concurrencia con otros créditos con privilegio especial sobre el mismo bien, que determina el artículo 155 de la Ley Concursal. Si el crédito es posterior, será un crédito de la masa y tendrá la preferencia establecida en el artículo 154 de la Ley Concursal.

En relación a la atribución convencional al acreedor de facultad certificante que se desprende del penúltimo párrafo del 153 bis, téngase en cuenta que la remisión al 153 LH, en cuanto al ejercicio de la acción hipotecaria, habilitaría los mecanismos de oposición a la liquidación allí establecidos que, aunque no derogados por la LEC, deben entenderse modificados por ésta (en particular, por el art. 695 LEC, que establece plazos diferentes) (91). Existiendo esa remisión normativa a reglas procedimentales, no resultaría admisible su derogación convencional.

2. EJECUCIÓN PARCIAL

Queda una duda, sin embargo, respecto de los efectos de la ejecución sobre la hipoteca misma, en caso de mantenerse obligaciones pendientes (no vencidas) al tiempo de la ejecución.

Con carácter general, la ejecución de una hipoteca, aunque sólo sea por una parte del crédito garantizado vencido, determina su cancelación a la conclusión del procedimiento de realización del bien (arts. 642 y 674 LEC, 133 y 134 LH). El acreedor es libre de ejercitar la acción hipotecaria para el cobro de la totalidad o sólo una parte de los conceptos adeudados (sin que obviamente se entiendan condonados los no reclamados), pero admitiendo la cancelación de la carga. Igualmente, con carácter general, el acreedor que, ante el vencimiento de alguno o algunos de los créditos garantizados, ejecuta el bien, debe pasar por la extinción de la hipoteca incluso aunque haya otros créditos garantizados aún no vencidos. Y ello sin perjuicio del derecho que se reconoce al ejecutante de solicitar la ampliación de la ejecución a los plazos de la misma obligación por la que se procede que vayan venciendo o a la obligación en su totalidad (art. 578 LEC).

Con carácter de excepción a este régimen general, el artículo 693 LEC prevé que, para el caso de que el deudor deje de pagar una parte del principal del crédito o de los intereses cuyo pago deba hacerse en fechas diferentes, se siga la ejecución sólo por el plazo o plazos vencidos, siempre que dicha estipulación conste inscrita, manteniéndose la hipoteca respecto de la parte

(91) GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «Código de Legislación Inmobiliaria...», *op. cit.*, pág. 266.

del crédito no satisfecha. La misma consecuencia jurídica impone el artículo 155 LH (92) respecto del ejercicio de la acción hipotecaria por impago de títulos nominativos o al portador garantizados por una hipoteca (*ex art.* 154 LH) cuando se mantengan pendientes de vencimiento otros títulos de la misma emisión, si bien en este caso sin exigirse pacto expreso (es la ley la que de forma directa ampara el efecto). Es esta también la conclusión de la DGRN respecto de la hipoteca cambiaria (en garantía de títulos cambiarios, aunque no formen parte de una emisión). No se trata de subsistencia de hipotecas de rango anterior o preferente, sino de hipotecas simultáneas, conexas o del mismo rango a que se refiere el artículo 227 RH. Es obvio que en estos casos, la hipoteca sobrevive en la parte proporcional que corresponda a los importes pendientes respecto de la responsabilidad inicial. O sea, si la parte pendiente fuera la mitad de la deuda posible total, se mantiene la hipoteca por la mitad de la responsabilidad hipotecaria. En todos estos supuestos, se parte de la premisa de la perfecta correlación entre deuda y responsabilidad hipotecaria.

En las situaciones de pluralidad de acreedores, en general, se ha rechazado por algunos autores la posibilidad de ejecución parcial, alegando: *a*) que la pluralidad activa ha de regirse por las reglas de la comunidad ordinaria, que impondría la necesidad de ejercicio conjunto o bien por cualquier acreedor, pero a beneficio de la comunidad, con consignación del saldo de la realización a beneficio de los demás (93); *b*) que lo contrario es insatisfactorio para el primer acreedor que ejecuta, si el valor es insuficiente, y *c*) que no se puede imponer al dueño de la finca hipotecada la carga de pasar por varias ejecuciones (una por cada acreedor), especialmente en el caso de que se haya llegado a la situación de pluralidad de acreedores de forma sobrevenida. Ninguna de estas objeciones es incuestionable: por una parte, porque la división del crédito determinará, como se expuso antes, la concurrencia de acreedores parciarios en el crédito (arts. 1.138 y 1.139 CC), con legitimación de ejecución separada conforme a la regla del 227 RH (94), aunque ninguno de los acreedores pueda proceder a la cancelación superficial de la hipoteca —dada su indivisibilidad *ex art.* 122 LH— en perjuicio de los demás (1.860 CC; 122 y 125 LH) (lo que no implica, sin embargo, que no pueda hacerse constar el pago parcial mediante nota marginal conforme al art. 240 RH). Por otra, porque la eventualidad del remate insuficiente también lo soportan los ejecutantes posteriores, ya que depende de la mayor o menor apreciación del bien al tiempo de cada una de las ejecuciones. El argumento

(92) El mismo efecto se recoge en el artículo 157 LH sobre la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas, aunque esta es una hipoteca singular por no disponer de responsabilidad máxima hipotecaria.

(93) RDGRN de 26 de noviembre de 1917 (CL 174).

(94) ROCA SASTRE, Ramón María, y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis, «Derecho Hipotecario», *op. cit.*, págs. 267-268. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, «Garantías patrimoniales...», *op. cit.*, pág. 532.

del perjuicio para el propietario de la multiplicidad de ejecuciones tampoco se ve, porque en ningún caso se accionará por más que la responsabilidad hipotecaria y es indiferente que sea en una o en varias veces (además de que el propietario en cada una de ellas será, en principio, el rematante de la anterior y, en consecuencia, diferente). Por otra parte, la división del crédito entre varios acreedores aumenta las posibilidades de oponer la compensación del deudor (art. 1.195 y 1.198 CC) y, por tanto, le beneficia. Por eso, algunos autores (95) incluso entienden que la ejecución parcial con subsistencia de la carga debería ser la regla general, más que la excepción en las situaciones de pluralidad de acreedores.

El problema de aplicar analógicamente estos preceptos a la hipoteca flotante, incluso en el caso de que se pacte expresamente y de que las obligaciones garantizadas sean todas de la naturaleza prevista en el artículo 693 LEC (o sea, obligaciones con vencimientos de principal o intereses en fechas distintas) o 154 (títulos transmisibles por endoso o al portador) viene dado por la indeterminación de la parte de la responsabilidad máxima hipotecaria «atribuida» a cada obligación garantizada en la hipoteca flotante (96). En esta modalidad de garantía no se impone atribuir a cada obligación garantizada una porción de la responsabilidad hipotecaria total, sino que puede el acreedor ejecutar el bien hasta la responsabilidad hipotecaria por cualquiera de las obligaciones garantizadas. Para la recta aplicación analógica de estos preceptos sería necesario que, además de constar el pacto en la escritura y en el Registro, y tener cada una de las obligaciones garantizadas la naturaleza de las previstas en el artículo 693 LEC o 154 (que son, con el 157 LH, los únicos casos admitidos por la ley en los que la ejecución parcial no determina la extinción de la hipoteca), a cada una de las obligaciones garantizadas por la flotante se reservara, a los efectos de la ejecución, una porción de la responsabilidad hipotecaria o que se incluyera una regla de reparto de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones pendientes.

(95) CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pág. 720.

(96) No ayuda en este intento de aplicación analógica la posición mantenida por la DGRN respecto de la hipoteca cambiaria: la RDGRN de 18 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9384) considera la hipoteca cambiaria distinta de la hipoteca en garantía de obligaciones del 154 y 155 LH, y ello porque «cuando los diversos títulos cambiarios están llamados a desenvolverse jurídicamente con plena autonomía e independencia, cuando cada una de las obligaciones cartulares puede ser exigida aisladamente y promover la ejecución hipotecaria separadamente, el supuesto contemplado no es ya el de constitución de una hipoteca única sobre las varias fincas en garantía de un crédito único, sino el de constitución, en un solo acto, de una pluralidad de hipotecas en garantía de otros tantos créditos diferenciados». Corrige así su posición anterior en la RDGRN de 18 de octubre de 1979 (RJ 1979/3285), que rechazaba sobre la base del artículo 1.861 del Código Civil y «de una interpretación lógica en la materia», la posibilidad de constituir una hipoteca en garantía de una pluralidad de títulos transmisibles por endoso «sin ser preciso distribuir por cada letra y en cuanto a cada finca la responsabilidad hipotecaria».

A falta de previsión al respecto, el registrador no podría atribuir el 100 por 100 de la responsabilidad hipotecaria global a las obligaciones pendientes (porque eso sería como el milagro de los panes y los peces), ni tampoco hacer su propia estimación de la responsabilidad consumida (aplicable a las deudas por las que se despacha ejecución) y la pendiente (aplicable a las aún pendientes), salvo que se entienda que puede simplemente detraer de la responsabilidad hipotecaria total inicial la cantidad efectivamente recibida en la primera ejecución (o sea, que se entienda que la hipoteca flotante puede sobrevivir a la ejecución de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, para continuar gravando el bien respecto de las pendientes por el importe de responsabilidad hipotecaria remanente tras la ejecución bajo la fórmula «responsabilidad remanente = responsabilidad inicial - importe de la ejecución»). Esta última parece ser la postura defendida en la RDGRN de 20 de julio de 1999, en relación a la ejecución de una hipoteca en garantía de cuatro obligaciones al portador por incumplimiento de una de ellas. En mi opinión, esta solución es incorrecta por el diferente significado que tienen responsabilidad hipotecaria e importe resultante de la ejecución (o importe de la adjudicación por el acreedor). La responsabilidad hipotecaria es un concepto jurídico que define el riesgo máximo que soporta el tercer poseedor y los titulares de derechos posteriores. Por el contrario, el importe resultante de la realización es un dato de hecho, que depende de la apreciación del valor del bien al tiempo de la realización. La responsabilidad hipotecaria de las hipotecas subsistentes no puede anudarse al saldo de ejecución, porque eso supondría trasladar a los acreedores de esas obligaciones subsistentes (que podrían ser distintos del acreedor ejecutante) el riesgo fáctico de la primera ejecución (falta de licitación suficiente, deterioro del mercado, etc.). Además, la responsabilidad atribuida a las hipotecas subsistentes es un dato que interesa a cualquier licitador que concurre a la subasta, pues tiene derecho a hacer su propia estimación del riesgo de incumplimiento de las obligaciones pendientes en relación con el montante asegurado por las hipotecas subsistentes. De ahí que deba conocer esa magnitud antes de licitar, sin que pueda admitirse que deba de esperar a las resultas de la subasta para conocerla.

En sede específica de la hipoteca flotante, me parece difícil aplicar análogicamente las reglas previstas en los artículos 693 LEC o 155 LH (que parten de la absoluta correlación entre deuda y responsabilidad hipotecaria) para un supuesto de hecho distinto (indiferenciabilidad entre las obligaciones garantizadas por la flotante, tanto entre las distintas obligaciones como entre los distintos conceptos —principal, intereses, etc.— de cada obligación), en ausencia de previsión contractual al efecto.

CORDERO LOBATO afirma que la hipoteca de máximo es incompatible con la ejecución parcial con subsistencia del gravamen, cuando no existe una previa determinación de la responsabilidad hipotecaria que asegura cada cré-

dito. En estos casos, entiende que «no es admisible la ejecución parcial, pues ello consumiría el máximo de responsabilidad que serviría de garantía a todos [los acreedores], sin que la subsistencia del gravamen que ordena el artículo 227 RH bastase para salvaguardar el derecho de los no ejecutantes, pues la extensión cuantitativa de su derecho quedaría limitada a lo que el ejecutante no hubiera agotado» (97). Comparto, en líneas generales, este juicio para el caso de que efectivamente la pluralidad de titulares de crédito no se haya trasladado a una pluralidad de cuotas hipotecarias (que se ha analizado en el apartado IV.2. anterior). La referencia a las resultas de la primera ejecución, sin embargo, me parece incorrecta por lo expuesto anteriormente. Ocurre, es verdad, que sin distribución de responsabilidad hipotecaria mediante pacto entre los titulares de la hipoteca, no es posible asignar cuotas hipotecarias a cada crédito (pues no hay una correlación cierta y conocida registralmente entre deuda y responsabilidad), ni puede imponerse a los acreedores no ejecutantes que soporten las resultas de una mejor o peor realización del primer acreedor ejecutante.

En caso de pluralidad en la parte activa del gravamen sin asignación de la parte de responsabilidad hipotecaria que asegura cada crédito de cada acreedor, comparto el juicio de CORDERO LOBATO de que serían aplicables las normas de la comunidad de bienes, lo que impediría a alguno de los acreedores servirse de la cosa en perjuicio de los demás (art. 394 CC) e impondría por tanto la necesidad de ejercicio conjunto de la acción hipotecaria con prorrateo posterior entre los acreedores.

¿Y si se hiciera constar en la escritura hipotecaria y en el Registro el modo de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones pendientes en caso de ejecución por una parte únicamente de las obligaciones garantizadas? En este pacto se determinarían los criterios para aplicar la responsabilidad hipotecaria «no consumida» en su conjunto a la obligación u obligaciones garantizadas pendientes o incluso para distribuirla entre ellas. En este segundo caso, la hipoteca flotante se convertiría en tantas hipotecas de igual rango (ordinarias o de seguridad) como obligaciones garantizadas pendientes y, en consecuencia, habría que admitir la imposibilidad subsiguiente de ejecutar cualquiera de ellas por el incumplimiento de una obligación distinta de la asegurada. En el primero, la hipoteca flotante se mantendría en vigor, si bien cubriendo solamente las obligaciones aún pendientes, manteniéndose la indiferenciabilidad propia de la flotante.

Se podría discutir la licitud de un pacto de este tipo, incluso insertado en la escritura de hipoteca flotante, sobre la base de que pugna algo con la naturaleza de la hipoteca flotante, que es que la hipoteca «flote» sobre todas

(97) CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pág. 723.

las obligaciones garantizadas y que, además, se está anudando de forma peligrosa ejecución e hipoteca, al efecto de atribuir la categoría de condición de la hipoteca flotante remanente lo que no es más que un efecto de una condición esencial de la hipoteca (cual es el derecho de realización), como la cantidad por la que se ha despachado la primera ejecución. De mantenerse esta última tesis, debería excluirse la licitud de este pacto con apoyo en las Resoluciones de la DGRN de 4 de diciembre de 1980 (*RJ* 1980/4833) ó 27 de febrero de 1999 (*RJ* 1999/744) en las que se atribuye al incumplimiento de la obligación principal el carácter de elemento estructural o *condicio iuris* de la hipoteca, excluyendo que pueda admitirse como *condicio facti* a la que sujetar la hipoteca, puesto que de ésta depende su propia efectividad, al poner en marcha el *ius distrahendi*. No me parece del todo atendible este argumento, dado que la hipoteca remanente no se sujeta a ninguna condición estructural (el incumplimiento), sino que simplemente se liga una de sus determinaciones esenciales (el importe de la responsabilidad máxima hipotecaria) al pacto alcanzado por las partes en la escritura de hipoteca.

También podría alegarse que este pacto quiebra las exigencias del principio de determinación. La RDGRN de 12 de marzo de 1936 (*RJ* 1936/809), que versa sobre la posibilidad de que se constituya una hipoteca sobre un bien suspensivamente condicionada a la insuficiencia de otra hipoteca sobre otro bien para satisfacer la misma obligación garantizada sin hacerse determinación de la parte cubierta por cada una de las hipotecas (conforme al art. 119 LH), deniega la inscripción por no constar dicha distribución de responsabilidad (en definitiva, por el rechazo a la hipoteca solidaria) afirmando que «*aun admitiendo la validez de tal hipoteca subsidiaria, existiría indeterminación de responsabilidad de la finca, ya que ésta no podría determinarse hasta que no se concretase el descubierto que quedare en la ejecución de la finca primeramente hipotecada, lo que sobre oponerse a las prescripciones de los artículos 119 y 120 de la Ley Hipotecaria, es atentatorio al libre desenvolvimiento del crédito territorial*». Tampoco este argumento me parece contundente porque la hipoteca flotante rompe, precisamente, con esa estricta aplicación del principio de determinación, para servir de garantía de una pluralidad de obligaciones sin imputación de la responsabilidad individual de la que responde el bien por cada una de ellas.

Podría negarse la licitud de este pacto sobre la base de que la purga de la hipoteca, en caso de ejecución parcial, es el principio general, y la exclusión de la purga la excepción, sin que sea correcto extender las excepciones al principio fuera de los supuestos de hecho expresamente contemplados por la ley. Aunque no se recoge, como en el antiguo 131 LH, la imperatividad del procedimiento de ejecución de los artículos 681 y siguientes LEC, es pacífico el carácter imperativo de estas disposiciones (art. 129 LH) por establecerse no sólo en beneficio del hipotecante, sino también de los terceros

poseedores, los terceros registrales y los arrendatarios y ocupantes. Es cierto que en estos casos en los que la ley admite la ejecución parcial, con subsistencia de la hipoteca, se arbitran mecanismos de protección de los intereses de los terceros poseedores, para evitar la perpetuación de la carga. Por ejemplo, es requisito de la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas que se determine la fecha en que deba satisfacerse la última prestación o pensión o el evento que determine su extinción (art. 248. III RH), de forma que el propietario pueda solicitar la cancelación de la hipoteca transcurridos seis meses desde la fecha en que, según la inscripción, debería haberse satisfecho la última pensión (salvo que conste en el registro la novación del contrato o la reclamación de pago formulada contra el deudor) (art. 157, IV LH), admitiéndose no obstante que convencionalmente se excluya este derecho durante un plazo no superior a cinco años (art. 248. IV RH). Pero se puede contraargumentar que esa es una exigencia del 157 LH que no se contempla en los otros supuestos en los que se admite la ejecución parcial con subsistencia del gravamen y que, además, es requisito fundacional de la hipoteca flotante el establecimiento de un plazo para la hipoteca (a cuyo vencimiento, el registrador podría cancelar de oficio la inscripción).

Podría argumentarse en contra de la licitud o inscribibilidad de este pacto sobre la base del 144 LH que declara inoponible a los terceros hipotecarios todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, hasta que se haga constar en el Registro. Este artículo ha sido usado para rechazar la posibilidad de fijar un plazo inicial prorrogable y uno máximo para la obligación garantizada por la hipoteca. No puedo compartir la crítica porque el artículo 144 LH sanciona la inoponibilidad frente a terceros hipotecarios de esos hechos o pactos modificativos o extintivos de la obligación asegurada en tanto no se hagan constar en el Registro. Por tanto, si el pacto constase en la propia inscripción inicial de la hipoteca, no se daría el supuesto de hecho del 144 LH. Es más, la constancia en la escritura de hipoteca permitiría incluso entender aplicable, por analogía, lo previsto en el artículo 240 RH respecto de los hechos o convenio *«que tenga por objeto llevar a efecto un contrato inscrito pendiente de condiciones suspensivas»* y que obliga a extender la nota marginal correspondiente (aunque obviamente en el supuesto que contemplamos no hay condición suspensiva alguna de la hipoteca).

Por último, podría decirse que la protección del tercero, que resulta de los artículos 32 y 34 LH, se basa en la necesidad de proteger los cálculos de riesgos efectuados por los terceros cuando acceden al Registro. Con carácter general, al titular registral que asienta su derecho con posterioridad a una hipoteca, le es oponible la carga, y, en consecuencia, la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación garantizada, en la manera en que una y otra están consignadas en el Registro, pero no si se alteran, pues tiene dere-

cho a ser protegido en el cálculo de riesgos que ha efectuado sobre la base de la información registral (98). Si existía una hipoteca de cien euros en garantía de una obligación de diez millones de euros, y otra hipoteca de diez millones de euros en garantía de una obligación de cien euros, sabe que su riesgo es de doscientos euros, aunque el riesgo del deudor (si fuera el mismo en ambas obligaciones) es de diez millones cien euros. Obviamente, tiene derecho a oponerse al pacto de acreedor y deudor por el que acuerden «trasvasar» responsabilidad de la segunda a la primera hipoteca, aunque no se supere la responsabilidad hipotecaria inicial conjunta. Se podría decir que el mantenimiento de la hipoteca flotante por las obligaciones no vencidas en caso de ejecución parcial violenta esa previsibilidad del riesgo del tercer titular. Tampoco me parece un razonamiento sólido, porque el titular posterior va a conocer que el acreedor flotante goza del derecho a realizar el bien por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas, o por todas ellas, hasta el máximo de la responsabilidad hipotecaria. Por tanto, si en vez de dos hipotecas, como en el ejemplo anterior, tuviéramos una hipoteca flotante de doscientos euros en garantía de las mismas obligaciones, el riesgo máximo que soporta el titular registral posterior sigue siendo de doscientos euros y no más. Y ese sería igualmente el riesgo que soportaría si se ejecutase el bien por incumplimiento de una de las obligaciones (cualquiera que sea) con permanencia de la hipoteca por la otra, sin ampliarse la responsabilidad hipotecaria.

Estimo que, aceptado lo más (que el acreedor flotante pueda dirigirse por la totalidad de la responsabilidad hipotecaria ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas), debería igualmente aceptarse lo menos (que, ejecutado el bien por el incumplimiento de alguna obligación garantizada, se mantenga la hipoteca en seguridad de las restantes obligaciones), si así ha quedado expresamente consignado en la escritura de hipoteca, fijándose de forma cierta e indubitada los criterios que deben seguirse para la atribución de la responsabilidad hipotecaria a la obligación u obligaciones pendientes y sin que se incremente en ningún caso la responsabilidad hipotecaria total (pues para ello sería exigible, además, el consentimiento del deudor, el hipotecante y de los titulares registrales posteriores). Tengo la duda de si sería necesario exigir, para aceptar la licitud de este pacto, que todas y cada una de las obligaciones garantizadas por la flotante fueran precisamente de alguna de las especies a las que no se aplica, excepcionalmente, el efecto general de la purga de la hipoteca en caso de ejecución parcial, o sea, de las descritas en los artículos 639 LEC o 154 LH (o incluso en

(98) Con carácter excepcional, la ley excluye la protección en algunos casos concretos como, por ejemplo, en el ámbito de la hipoteca recargable o las restantes novaciones modificativas sin pérdida de rango contempladas en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación de préstamos hipotecarios.

el 157 LH). Por una parte, produce algo de repulsión defender este efecto excepcional respecto de obligaciones no comprendidas en estos artículos. Pero por otra, la clave para aplicar estos preceptos está en la existencia de una pluralidad de obligaciones garantizadas por la flotante y no tanto en la naturaleza de dichas obligaciones. Es desde luego más sólido el razonamiento si las obligaciones participan de la naturaleza de las descritas en los artículos 639 LEC, 154 LH o 157 LH.

Por tanto, a falta de pacto expreso parecería pacífico que la ejecución de una hipoteca flotante por alguna o algunas de las obligaciones garantizadas debería determinar su extinción (pese a que se mantenga alguna obligación garantizada pendiente o algún concepto pendiente en el seno de la obligación por la que se solicita ejecución). Por el contrario, si se hace constar en la escritura de hipoteca el pacto de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas a los meros efectos de la ejecución parcial (ejecución de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, total o parcialmente, permaneciendo pendientes el resto) y esta asignación no supone en ningún caso ampliación de la responsabilidad máxima hipotecaria total inicial, debería admitirse la licitud e inscribibilidad de este pacto y, en consecuencia, aceptarse la permanencia de la hipoteca flotante respecto de la obligación u obligaciones garantizadas pendientes no obstante la ejecución por el incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas (con mayor seguridad si las obligaciones garantizadas tienen las características previstas en los arts. 693 LEC, 154 ó 157 LH).

Y aunque tengo en este momento la sensación del navegante a vela que gobierna con todo el trapo arriba y empieza a plantearse si ha llegado el momento de rizar o arriar alguna vela antes de que se rompa algo, me pregunto ahora si sería válido apoderar al acreedor en la escritura constitutiva de la flotante para que distribuya la responsabilidad no consumida entre las obligaciones pendientes a su antojo, a todas ellas en conjunto (y, en consecuencia, perviviendo la flotante) o bien individualmente (siendo entonces sustituida la flotante por tantas hipotecas de tráfico o de máximo «normales» del mismo rango como obligaciones aún pendientes), con el condicionante, en todo caso, de no incrementar la responsabilidad hipotecaria total. Y me parece que también este pacto debería considerarse lícito e inscribible, con amparo en la libertad de pactos, porque no perjudica al deudor, ni al tercer poseedor, ni a los titulares registrales posteriores.

En todo caso, para evitar las dudas que toda esta polémica podría generar, me parece más prudente, siempre que se pueda, pactar el vencimiento anticipado de todas y cada una de las obligaciones garantizadas por la flotante ante el incumplimiento de cualquiera de ellas (lo que se conoce como *cross acceleration* o *cross default*, en la terminología inglesa) para que, tras su constancia registral y en línea con lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC, se

pueda proceder por la totalidad de la deuda derivada de todas las obligaciones garantizadas. Respecto de hipotecas cambiarias, la DGRN ha admitido la posibilidad de pactar el vencimiento anticipado de las letras de cambio ulteriores en caso de impago de una o varias anteriores en su vencimiento (99). Sin necesidad de acudir a la doctrina de la DGRN respecto de otras hipotecas, el criterio mantenido en resoluciones de la DGRN, de 21 de diciembre de 2007 (100), otra de 1 de febrero de 2008 (101) y otra de 15 de marzo de 2008 (102) sobre el acceso al Registro de todas las cláusulas de vencimiento anticipado en hipotecas bancarias [y la flotante del art. 153 bis *a*) lo es], aunque no tengan contenido real, permite la inscripción del pacto de vencimiento anticipado de todas las obligaciones garantizadas por la flotante, ante el incumplimiento de cualquiera de ellas. Es evidente que este remedio será, con carácter general, mucho más pesado para el deudor, el tercer poseedor y los titulares registrales posteriores que admitir la ejecución parcial con mantenimiento de la hipoteca, lo cual es un nuevo argumento en favor de la licitud e inscribibilidad del pacto aquí discutido.

3. EJECUCIÓN POR EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL

A la pregunta de si cabe ejecutar extrajudicialmente una hipoteca flotante, la respuesta correcta es «depende». Conforme al artículo 235 RH, si la obligación u obligaciones por las que se pide la ejecución de la flotante está determinada registralmente (en existencia y cuantía) bien porque se trate de obligaciones presentes al tiempo de constitución de la hipoteca flotante o porque, siendo futuras o resultantes de «*actos jurídicos básicos*» solo generalmente descritos

(99) RDGRN de 31 de octubre de 1978 (Ley 91/1978) admite el vencimiento anticipado, si bien exige que se aporten las cambiales de vencimiento posterior en la ejecución. La RDGRN de 26 de octubre de 1973 (RJ 1973/5138) lo rechaza.

(100) BOE, núm. 13, de 15 de enero de 2008, pág. 2851 y sigs.: «*Lo que sucede es que como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007, en la modificación del artículo 12 LH, ha incluido un párrafo segundo que, respecto de las hipotecas constituidas en favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación. Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras, el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico-real inmobiliaria — las enumeradas en el párrafo primero del art. 12 de la LH— hubieran sido calificadas favorablemente*». Defendiendo, aunque criticando, esa misma tesis, MARTÍNEZ GIL-VICH, José Luis, «La hipoteca flotante», *op. cit.*, págs. 152-153.

(101) BOE, núm. 48, de 25 de febrero de 2008, pág. 11274 y sigs.

(102) RJ 2008/807.

en la constitución, se ha hecho constar su nacimiento en el Registro mediante la nota marginal del artículo 143 LH (103), entonces no debe ponerse reparo alguno, incluso aunque alguna o algunas de las obligaciones garantizadas no vencidas (y que, en consecuencia, no justifiquen la ejecución) no esté(n) aún determinada(s) registralmente. Por el contrario, si no consta esa determinación registral previa, no debería admitirse (104).

VI. CANCELACIÓN

Cabe la cancelación total de la flotante hecha por el acreedor (y quienes ostenten derechos inscritos sobre los créditos hipotecarios —subhipoteca, anotación preventiva, etc.—) o, en ausencia de consentimiento prestado por éste, mediante la acreditación conforme al artículo 82 LH de la extinción de todas las obligaciones garantizadas. En el caso de las obligaciones futuras derivadas exclusivamente de negocios jurídicos aún no concluidos entre el deudor y el acreedor, entiendo que debería aceptarse la renuncia irrevocable a la concertación de tales negocios (exclusión de la voluntad contractual) por cualquiera de las partes (documentada de alguna de las maneras contempladas en el art. 82 LH) conste o no de forma expresa el derecho de desistimiento del deudor.

En caso de extinción parcial de las obligaciones garantizadas, la indiferenciabilidad de la hipoteca flotante parecería impedir la cancelación parcial. Al igual que argumentaba antes, no existiendo ninguna relación de proporcionalidad entre las obligaciones garantizadas y la responsabilidad máxima asegurada, resulta imposible aplicar, analógicamente, las fórmulas de cancelación parcial previstas, por ejemplo, en el artículo 156 LH respecto de las emisiones de títulos endosables o al portador.

Cabe, en cualquier momento, la cancelación parcial con consentimiento del acreedor (o acreedores) del crédito extinguido. En caso de pluralidad de acreedores parciarios sobre el (único) crédito garantizado por la flotante, ninguno de los acreedores parciarios podría cancelar la hipoteca en su totalidad en perjuicio de los demás (arts. 1.860 CC; 122 y 125 LH).

(103) La posibilidad de ejecutar extrajudicialmente hipotecas en garantía de obligaciones no determinadas al tiempo de la constitución, pero cuyo nacimiento se hace constar registral mediante la nota marginal del artículo 143 LH goza de amplio consenso: LANZAS GALVACHE, Joaquín, «El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, coordinado por GIMENO y GÓMEZ-LAFUENTE, Ed. Marcial Pons, 1995, pág. 840.

(104) Aunque se rechaza la ejecución extrajudicial de la hipoteca global antes de la extensión de la nota marginal en CARRASCO PERERA, Ángel; CORDERO LOBATO, Encarna, y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Tratado...», *op. cit.*, pág. 716, se refiere a la flotante pura (es decir, la que asegura obligaciones imperfectamente determinadas a la constitución).

Si existiera otro acreedor o acreedores sobre los restantes créditos asegurados por la hipoteca, manteniéndose la indiferenciabilidad natural de la flotante, también se requeriría su consentimiento para la cancelación.

También aquí creo perfectamente admisible la convención incluida en la escritura de hipoteca por la que el acreedor acepte la cancelación parcial de la flotante, en caso de extinción de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas (y su acreditación por cualquiera de los métodos previstos en el 82 LH), con determinación de la porción de responsabilidad hipotecaria atribuida, a estos efectos, a cada obligación garantizada.

VII. CONCLUSIONES

- I. El nuevo artículo 153 bis LH permite la inscripción de hipotecas en favor de entidades financieras en garantía de una o más obligaciones, presentes y/o futuras, incluso sin conexión causal entre ellas, sin que se individualice la responsabilidad máxima hipotecaria atribuida a cada una de ellas. Se exige, en todo caso, la determinación del plazo de la hipoteca (pero no así del plazo de generación de los créditos garantizados). El acreedor puede acortar el plazo de la hipoteca flotante, sin necesidad de consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, del tercer poseedor, ni de los titulares registrales de derechos posteriores (salvo, obviamente, de quienes ostenten derechos inscritos sobre el derecho del acreedor). La extensión del plazo sí requeriría consentimiento de deudor y acreedor, e incluso de los titulares posteriores.
Cabe también hipoteca flotante en favor de las administraciones públicas en garantía de dos o más créditos tributarios o de la Seguridad Social.
- II. La hipoteca flotante permite garantizar obligaciones futuras, definidas por referencia a los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar, sin que sea preciso que existan, al tiempo de la constitución de la hipoteca, la relación o relaciones jurídicas en cuyo seno se gestarán.
- III. La escritura de constitución debe determinar «*la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado*», dejando a las partes plena libertad al respecto. Está en la esencia de la hipoteca flotante que el acreedor pueda ejecutarla ante el vencimiento de todas, alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, sin que la hipoteca flotante garantice sólo «*el saldo final líquido*» de todas esas obligaciones, sino todas y cada una de ellas, autónomamente (a dife-

rencia de la hipoteca del art. 153 LH, en la flotante no subyace la concesión de crédito —unilateral o recíproco— en cuenta corriente, ni el acuerdo de las partes de aplazar, hasta la época convenida, la exigibilidad del saldo acreedor o deudor de un cúmulo de relaciones jurídicas).

Se permite la atribución al acreedor bancario de la facultad de liquidar la deuda a efectos de la ejecución.

- IV. Aún cuando no se haya agotado el plazo de la hipoteca que se extienda programáticamente a la cobertura de créditos futuros, el deudor que excluye firme e irrevocablemente la prestación del consentimiento negocial que determinaría el nacimiento de los créditos futuros, puede exigir al acreedor la cancelación de la flotante (obviamente, siempre que no existan créditos presentes garantizados ni pueden venir a surgir, habida cuenta de tal exclusión otros créditos garantizados) y ello aunque no se haya reservado expresamente al deudor la facultad de denuncia *ad nutum* y *pro futuro* de la hipoteca.
- V. El acreedor flotante puede extender la cobertura hipotecaria a los créditos derivados de una subrogación por pago del acreedor hipotecario a otro acreedor y a los créditos contra el deudor cedidos al acreedor hipotecario por tercero, con tal de que unos y otros créditos quedan amparados en la descripción general de negocios u obligaciones garantizadas por la flotante y se admita expresamente la generación del crédito garantizado por cualquiera de estas vías. La flotante puede garantizar obligaciones futuras derivadas de contratos ya celebrados, obligaciones nacidas aún no vencidas, obligaciones futuras derivadas de contratos también futuros e incluso a obligaciones vencidas, pero impagadas.
- VI. Cabe la constitución de hipoteca flotante por un hipotecante no deudor. Dado que no se exige nexo causal entre las obligaciones garantizadas, el hipotecante podría tener condición de deudor respecto de alguna de las obligaciones garantizadas y de hipotecante no deudor respecto de otras. La prórroga concedida por el acreedor respecto de todas las obligaciones garantizadas por una hipoteca flotante constituida por un hipotecante no deudor extingue la flotante. Análogamente, la prórroga concedida por el acreedor respecto de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, pero no de todas, produciría apenas la extinción parcial de la hipoteca respecto de esas. La condonación parcial de las obligaciones garantizadas aprovecha al hipotecante no deudor flotante. La hipoteca flotante se extingue totalmente si el acreedor perjudica la subrogación del hipotecante no deudor por el pago.

- VII. Se puede ceder uno o más créditos garantizados por la flotante (presentes y/o futuros), parcial o totalmente, manteniendo el cedente en su esfera la titularidad de los restantes créditos garantizados. No es posible la cesión de la hipoteca flotante al margen de la cesión parcial o total de los créditos presentes y/o futuros que garantice. En caso de cesión parcial de todos o algunos de los créditos asegurados, sin traslado simultáneo de la flotante al cesionario, no se produce la extinción parcial de la flotante, dada la «indiferenciabilidad» de la responsabilidad hipotecaria propia de ésta. Debe admitirse, sin dificultad, el derecho del acreedor de establecer unilateralmente al tiempo de la cesión el reparto de responsabilidad hipotecaria entre los créditos cedidos y los no cedidos, sin precisar para ello consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, el tercer poseedor o los titulares registrales posteriores.
- VIII. La subrogación legal (*ex arts. 1.210 y 1.211 CC o Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*) total o parcial en créditos garantizados por la flotante atribuye necesariamente al nuevo acreedor el beneficio de la hipoteca flotante. Si la flotante amparaba créditos presentes y futuros, el acreedor *accipiens* conservará la facultad de extender la hipoteca a los futuros que concierte tras la subrogación legal del *solvens*. No es razonable que el *solvens* y el *accipiens* se mantengan, tras la subrogación legal, en situación de comunidad de riesgo sobre el máximo (porque el derecho del *accipiens* a seguir extendiendo crédito futuro devaluaría la efectividad de la garantía hipotecaria del *solvens*). También debe rechazarse la posibilidad de que cualquiera de ellos ejecute la hipoteca en tanto se mantenga la indiferenciabilidad del máximo (porque ello extinguiría la hipoteca en perjuicio del otro). Por eso, la solución más razonable es entender que la flotante inicial se fragmenta en estos casos en dos hipotecas: *a*) una en favor del *solvens* en garantía de los créditos subrogados y con responsabilidad hipotecaria igual a la porción sobre la responsabilidad hipotecaria inicial que representen los créditos subrogados sobre el total de los créditos presentes del *accipiens* al tiempo de la subrogación legal, y *b*) otra en favor del *accipiens* por la diferencia de responsabilidad hipotecaria hasta la inicial, en garantía de los restantes créditos presentes y/o futuros.
- IX. Cuando concurren varios acreedores solidarios en todos los créditos asegurados por la flotante, cualquiera de ellos debería poder ejecutar autónomamente los derechos propios del acreedor hipotecario (acción de devastación, ejecución, etc.). En caso de parcia-

riedad entre los acreedores, cuando todos los acreedores ostentan igual porcentaje en todos los créditos garantizados, la cuota de cada acreedor en los créditos se traslada a la hipoteca flotante, posibilitando la ejecución separada de cualquiera de los acreedores, subsistiendo la hipoteca o hipotecas de los restantes (art. 227 RH). Si las cuotas de los distintos acreedores variaran de un crédito a otro, la «indiferenciabilidad» de la flotante impide el cumplimiento del requisito de constancia registral de la cuota de cada acreedor, salvo en presencia de pacto de distribución de la responsabilidad hipotecaria de cada crédito. En los casos en los que sea imposible determinar la cuota en la hipoteca que corresponde a cada acreedor, se aplicarían las reglas de la comunidad de bienes, que impiden a cualquiera de los copartícipes «servirse de la cosa» (es decir, ejecutar la hipoteca) en perjuicio del derecho de los restantes comuneros. Las conclusiones anteriormente alcanzadas son extrapolables al caso de pluralidad de acreedores distintos de créditos asegurados por la hipoteca (es decir, cuando cada uno de los varios beneficiarios de la flotante es acreedor exclusivo de uno o más créditos garantizados). Así, en ausencia de una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos, existirá una relación de comunidad *pro indiviso* de los acreedores sobre la flotante, mientras que se podrá defender la coexistencia de múltiples hipotecas (flotantes o no) del mismo rango si es posible establecer registralmente la cuota en que cada acreedor se beneficie de la hipoteca.

- X. En todos los casos en los que el nacimiento, vencimiento y cuantía de la obligación garantizada que funda la ejecución no resulte de la propia hipoteca flotante (por ejemplo, cuando se trate de una obligación futura), será preciso acreditar dichos extremos, sea a través de la nota marginal del artículo 143 LH, sea mediante la integración extrarregistral de la hipoteca a través de cualquier título que lleve aparejada ejecución conforme al artículo 517 LEC. Debe admitirse la posibilidad de ejecución parcial de la hipoteca flotante ante el incumplimiento de cualquiera de los créditos o porciones de créditos garantizados, manteniéndose la flotante para asegurar los restantes créditos o porciones de créditos, siempre que conste la distribución de la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada crédito garantizado.

En caso de pluralidad de acreedores en la flotante sin asignación de la parte de responsabilidad hipotecaria que asegura cada crédito de cada acreedor, serían aplicables las normas de la comunidad de bienes (lo que impediría, a cualquiera de los acreedores, ejecutar

separadamente la hipoteca e impondría la necesidad de ejercicio conjunto de la acción hipotecaria con prorrateo posterior entre los acreedores).

Debe admitirse la licitud e inscribibilidad del pacto de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos garantizados contenidos en la escritura de hipoteca, al objeto de permitir la ejecución parcial con subsistencia de la carga (sea por un único acreedor o por cualquiera de los varios acreedores). También del apoderamiento al acreedor en la escritura constitutiva de la flotante para que, al tiempo de una ejecución parcial, distribuya la responsabilidad no consumida entre las obligaciones pendientes a su antojo, a todas ellas en conjunto (y, en consecuencia, manteniéndose una hipoteca flotante) o bien individualmente (siendo entonces sustituida la flotante por tantas hipotecas de tráfico o de máximo «normales» del mismo rango como obligaciones aún pendientes), con el condicionante, en todo caso, de no incrementar la responsabilidad hipotecaria total.

Cabe pactar el vencimiento anticipado de todas y cada una de las obligaciones garantizadas por la flotante ante el incumplimiento de cualquiera de ellas para que, tras su constancia registral, se pueda proceder por la totalidad de la deuda derivada de todas las obligaciones garantizadas.

- XI. Se admite la cancelación total de la flotante hecha por el acreedor o, en ausencia de consentimiento prestado por éste, mediante la acreditación conforme al artículo 82 LH de la extinción de todas las obligaciones garantizadas.

Creo admisible la convención incluida en la escritura de hipoteca por la que el acreedor acepte la cancelación parcial de la flotante, en caso de extinción de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas (y su acreditación por cualquiera de los métodos previstos en el 82 LH), con determinación de la porción de responsabilidad hipotecaria atribuida, a estos efectos, a cada obligación garantizada.

RESUMEN

HIPOTECA FLOTANTE

La hipoteca flotante permite garantizar una o más obligaciones, presentes y/ o futuras, incluso sin conexión causal entre ellas, en favor de entidades finan-

ABSTRACT

FLOATING MORTGAGE

Floating mortgages may secure one or more credits, either current or future, mutually interconnected or not, for the benefit of financial entities, without se-

cieras, sin individualizar la responsabilidad máxima hipotecaria atribuida a cada obligación. Respecto de las futuras, basta con que se incluya la referencia en la escritura a los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar. La flotante también puede garantizar créditos tributarios o de seguridad social en favor de administraciones públicas. Se puede ceder uno o más créditos garantizados por la flotante (presentes y/o futuros), parcial o totalmente (adquiriendo el cesionario, salvo pacto en contrario, la hipoteca) y manteniendo el cedente la hipoteca en garantía de los restantes créditos garantizados no cedidos. El acreedor puede establecer unilateralmente al tiempo de la cesión el reparto de responsabilidad hipotecaria entre los créditos cedidos y los no cedidos. Cabe la ejecución parcial de una flotante (con subsistencia de la hipoteca respecto de los créditos aún pendientes, sean del mismo o de distintos acreedores), con tal de que conste o se establezca la parte de la responsabilidad hipotecaria que asegura cada crédito.

parating the maximum mortgage liability allocated to each secured obligation. Future liabilities may be secured simply by reference to the acts or transactions from which they will arise. Floating mortgages may also secure tax and social security credits. Credits secured by a floating mortgage (current or future) may be partially or totally assigned (together with the mortgage) to third parties, the assignee keeping the mortgage as security for any non-assigned credit(s). The mortgagee may unilaterally establish the maximum mortgage liability amongst the assigned and non-assigned secured credits at the time of the assignment. Floating mortgages may be enforced upon the breach of any of the secured credit(s), the mortgage remaining for the security of any pending credits (either owned by the same creditor or a different one) provided that the aggregate maximum mortgage liability has been previously allotted into the various secured credits.

(Trabajo recibido el 25-2-08 y aceptado para su publicación el 1-4-08)