

- Llei 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas [y que deroga la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Cortes de Aragón (BOA 111, de 8 de junio), de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres].

RESUMEN

CUSTODIA COMPARTIDA PROCEDENCIA E IMPROCEDENCIA

La concesión de la custodia compartida de los hijos se realiza siguiendo el principio del favor filii, ya que los menores no pueden ser utilizados como objeto o como instrumento del conflicto matrimonial. El Código Civil no establece una lista de criterios, como ocurre en el resto de ordenamientos jurídicos, por ello la jurisprudencia insiste en la necesidad de concretar en la motivación las razones esenciales de la conclusión adoptada, a fin de comprobar la existencia del interés superior del menor.

ABSTRACT

SHARED CUSTODY ADMISSIBILITY AND INADMISSIBILITY

Shared custody of children is granted according to the principle of favor filii, since children may not be used as the object of or an instrument for matrimonial conflict. The Civil Code fails to establish a list of criteria, as does the rest of legislation. Therefore case law insists on the need for the stated grounds for any such conclusion to name the essential reasons why such a conclusion was reached, so as to show that shared custody is indeed in the child's best interest.

1.3. Derechos reales

EL DEVENIR DE LA HIPOTECA FLOTANTE

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija*

SUMARIO: I. GÉNESIS DE LA HIPOTECA FLOTANTE.—II. LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, DE MODERNIZACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO: 1. JUSTIFICACIÓN Y DENOMINACIÓN. 2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.—III. EXAMEN DE LOS REQUISITOS LEGALES: 1. SUJETOS. 2. OBJETO. 3. LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. 4. PLAZO. 5. OTROS REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.—IV. JUSTIFICACIÓN ACTUAL Y CONCLUSIONES.—V. RELACIÓN DE RESOLUCIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. GÉNESIS DE LA HIPOTECA FLOTANTE

La hipoteca flotante es aquella hipoteca que garantiza una pluralidad de obligaciones diversas, presentes y futuras, sin conexión causal entre ellas, y sin que se produzca novación de las mismas en una única y resultante obligación final.

Se trata de una hipoteca de máximo que garantiza cualquier obligación de las inicialmente descritas que pueda tener el acreedor con su deudor hipotecario.

Como veremos, su admisión en el nuevo artículo 153.bis LH, a partir de la Ley 41/2007, de modernización del mercado hipotecario, ya no puede discutirse.

Sin embargo, estas hipotecas flotantes tienen su base en las hipotecas en garantía de cuenta corriente de crédito del artículo 153 LH, y surgieron a instancia de la presión y demanda de las entidades financieras y de crédito que necesitaban un instrumento que les permitiera garantizar una pluralidad de operaciones distintas con la misma e inicial hipoteca, asegurando, de este modo, el rango de aquella, con las ventajas que esto supone para el acreedor hipotecario.

Surgen en un contexto de bonanza económica, la crisis actual todavía no se vislumbraba, el nivel de créditos garantizados con hipoteca era elevadísimo, los bienes inmuebles eran considerados como valores seguros y de gran valor y, en definitiva, las entidades financieras y de crédito buscaban nuevos modelos de garantía que les permitieran asegurar sus rangos y por tanto, la prioridad en el cobro, a la vez que aumentar la seguridad de cobro de las muchas y distintas operaciones de crédito territorial que se estaban realizando. A pesar de que su admisión generó una gran discusión doctrinal, al final consiguieron imponer sus tesis y se aceptaron con rango legal.

Con anterioridad a su admisión legal, encontramos en la jurisprudencia los antecedentes que justifican o preparan a su admisión definitiva. Veamos muy brevemente cómo se gestó y evolucionó el parecer de la DGRN con respecto a ellas.

En una primera etapa, la DGRN, para favorecer el tráfico mercantil y los negocios, aceptó sin problemas coberturas globales o hipotecas globales que garantizaban obligaciones distintas. En este sentido, encontramos la RDGRN de 5 de marzo de 1929, la primera resolución favorable a su admisión, admitiendo la hipoteca que garantizaba los créditos derivados de operaciones bancarias representadas por letras de cambio libradas, aceptadas, endosadas o avaladas por el hipotecante, así como cualesquiera otras que constasen en documento de giro y créditos que llevasen su firma. Después, la RDGRN de 28 de febrero de 1933, consideró igualmente posible la hipoteca que garantizaba operaciones comerciales representables posteriormente por letras de cambio, sin limitación temporal, aunque con facultad de desistimiento unilateral de cada contratante. Igualmente las admitió la RDGRN de 16 de junio de 1936, y en todas ellas alegó el Centro Directivo que esto era posible debido a que «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 de sus clientes garantías de carácter real que las pongan a cubierto de posibles insolvencias, por lo cual debe darse a estas hipotecas la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio, porque de seguir 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 daño grave a la economía nacional». Razones, por tanto, de agilidad y rapidez en el tráfico mercantil.

En una segunda etapa se produce un giro jurisprudencial importante ya que, a partir de ahora, se va a rechazar cualquier tipo de cobertura hipotecaria global,

en garantía de diversas obligaciones al no cumplirse el principio de determinación que exige la perfecta concreción de todas ellas. Empieza tímidamente con la Resolución de 4 de julio 1984, y a partir de esta resolución se manifiestan los nuevos criterios que redefinen el principio de determinación registral, basado en la accesoriedad de la hipoteca y en la eficacia *erga omnes* de la garantía real, lo que conduce a hacer imprescindible la absoluta determinación de la garantía hipotecaria, rechazando estas hipotecas «flotantes».

La postura mantenida en esta etapa se resume en la doctrina sentada en la RDGRN de 23 de diciembre de 1987 (1) que viene a confirmar y reafirmar el rechazo jurisprudencial de estas hipotecas y, recogiendo lo establecido en la anterior resolución, amplía (por así decirlo) los motivos de contravención del principio de determinación. O lo que es lo mismo, redefine y establece más exigencias o requisitos que deben cumplirse para la no contravención de este principio. En concreto, el Centro Directivo afirma, en esta resolución, que debe rechazarse la inscripción de la hipoteca en garantía de diversas obligaciones, puesto que falta el nexo causal o relación jurídica básica que las una y, además, no existe novación entre las distintas obligaciones, a pesar de que se anotan en una misma cuenta corriente (2). Esta novación solo es posible cuando la cuenta bancaria aparece como elemento o sustrato del contrato de apertura de crédito o cuenta corriente, en el que se pactó dicha novación. Porque la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva independiente por el saldo resultante. Al no existir una sola y única obligación para garantizar con hipoteca, sino una pluralidad, correspondería constituir varias hipotecas para garantizar cada una de ellas, y no una sola, como se pretende.

Posteriormente, y a raíz de esta resolución, se suceden otras muchas que copian sus fundamentos y acogen los mismos motivos de rechazo. De este modo, y como ejemplo, rechazan la inscripción de hipoteca en garantía de obligaciones que no están perfectamente determinadas, sino que se deja amplitud y am-

(1) En esta resolución se pretende inscribir una hipoteca en garantía de diversas obligaciones sin relación jurídica que las uniera, y excluyéndose los efectos novatorios que su inclusión en una cuenta corriente pudiera tener; estableciéndose un máximo de responsabilidad hipotecaria en garantía de la obligación futura resultante de la liquidación de la cuenta corriente en la que se insertan las obligaciones; en concreto, se constituye hipoteca con arreglo a lo previsto en el artículo 153 LH, con un máximo de responsabilidad hipotecaria de 61.600.000 pesetas, en garantía de la cantidad correspondiente al saldo de la cuenta corriente abierta por los otorgantes, y se enumeran entre los asientos que puede recoger esa cuenta, una serie de operaciones distintas como son: el saldo que presente una cuenta existente en virtud de un préstamo hipotecario; el saldo que presente otra cuenta en virtud de un crédito que les tiene concedido la misma entidad bancaria; el importe de la deuda que los otorgantes mantienen con una mercantil, y las cantidades que por cualquier otro concepto resulten adeudar los comparecientes al Banco Español de Crédito. A continuación, se añade en la escritura que: «la hipoteca que se constituye es de superposición de garantía, sin que sufran modificación, alteración ni novación alguna de las obligaciones que se derivan de los títulos en que se fundan los créditos del Banco Español de Crédito, aunque sus importes hubieran sido adeudados en la cuenta hipotecaria, títulos que conservarán toda su fuerza y vigor, así como las acciones y derechos que derivados de los mismos asistan a dicho Banco...».

(2) Hay que tener en cuenta que en la escritura de constitución de hipoteca se excluye expresamente la novación de las obligaciones. Véase la nota anterior, donde se recoge esa exclusión expresa de los efectos novatorios.

bigüedad en su concreción las siguientes Resoluciones: 27 de julio de 1999: «cualquier pago que los acreditados tuvieran con aquellos»; 26 de noviembre de 1990: «obligaciones que tengan su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos»; 6 de junio de 1998: «importe de los débitos que por cualquier concepto...»; o bien, que su concreción se deja a la elección del acreedor: Resolución de 27 de julio de 1999, 26 de noviembre de 1990, 27 de septiembre de 2000, y 3 de noviembre de 2000. Asimismo, reiteran la idea de la necesidad de que las obligaciones nacidas que se pretenden asegurar tengan una misma conexión causal que las una, en principio contrato de crédito en cuenta corriente o cuenta corriente, rechazando aquellas que no tienen esa relación jurídica básica: 26 de noviembre de 1990, 6 de junio de 1998, 24 de julio de 1998, y 6 de noviembre de 1990 (bien por falta de plazo, bien por falta de la disponibilidad propia de la cuenta corriente de crédito). La DGRN vuelve a repetir los mismos argumentos acerca de la necesidad de que se produzca una verdadera novación de las distintas obligaciones en una sola, sin que esto se produzca por la anotación en cuenta de las mismas, pues la simple reunión contable no produce efectos novatorios en las siguientes Resoluciones: 27 de julio de 1999, 6 de junio de 1998, 24 de julio de 1998, 6 de noviembre de 1999, 27 de septiembre de 2000, y 10 de julio de 2001. Asimismo, la DGRN considera que tampoco existe novación en el caso de reconocimiento de deuda (Resolución de 30 de marzo de 1998), ni por el vencimiento en cadena de las distintas obligaciones (Resolución de 27 de septiembre de 2000). Por otra parte, en cuanto a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, la DGRN, a pesar de admitir la flexibilización del principio de determinación para las mismas, confirma la tesis anterior, ya que solo admite su inscripción cuando en el momento de constituirse la hipoteca se determine la relación jurídica básica de la que nacerá la futura obligación (RRDGRN de 17 de enero de 1994, 11 de enero de 1995, 28 de abril de 1999, y 7 de junio de 1999).

Pero, sin embargo, con posterioridad, llama la atención, la RDGRN de 21 de junio de 2001. En ella la DGRN admite la inscripción de una hipoteca en garantía de la deuda resultante de la suma de los principales de diversas obligaciones anteriores, porque resulta clara la voluntad de los otorgantes de novar todas las deudas por una nueva y única, cuyas circunstancias (amortización, interés) quedan determinadas, refiriéndose a esta nueva obligación la responsabilidad hipotecaria. Se admite esta hipoteca porque se demuestra y resulta inequívoca en la escritura [otorgamiento tercero (3)], la voluntad de las partes de novar todas

(3) La escritura que se presenta a calificación recoge los siguientes extremos:

Se pretende inscribir una hipoteca en la que determinadas personas físicas dicen que «como consecuencia de determinadas operaciones crediticias y financieras, en las que intervinieron como fiadores solidarios, que se encuentran vencidas, adeudan al día de la fecha al banco los saldos que, previamente constatados y liquidados de mutuo acuerdo, ascienden a las siguientes sumas, por la póliza de crédito de fecha 27 de diciembre de 1996, la suma de 46.456.412 pesetas, por la póliza de afianzamiento de fecha de 17 de septiembre de 1994; la suma de 24.324.033 pesetas, por la póliza de comercio exterior, de fecha 6 de agosto de 1997; la suma de 52.163.308 pesetas, por la póliza de negociación de letras de cambio de fecha, de 6 junio de 1997; la suma de 29.317.207 pesetas, ascendiendo la totalidad de la deuda por los conceptos mencionados al importe de 152.260.960 pesetas, que declaran reconocida, vencida y exigible». Además, determinada entidad mercantil, representada por uno de los deudores, ha convenido con el Banco la formalización de un préstamo que en este caso se le concede por el banco de 8.000.000 pesetas, que la parte prestataria recibe a su satisfacción. Y la escritura concluye diciendo que todos los comparecientes y la entidad mercantil «asumen de forma solidaria y entre sí y con respecto al banco, renunciando a

las deudas a las que se hace referencia para que se conviertan en una nueva y única deuda solidaria, que es la que se va a garantizar con hipoteca. Como al final hay una única obligación, se cumple el principio de especialidad.

En términos parecidos en la RDGRN de 12 de septiembre de 2003 se admite la posibilidad de una hipoteca en garantía de varias obligaciones, cuando expresamente se señala que su inclusión en la cuenta implica su novación. A pesar de ello, termina por rechazar la inscripción pretendida porque persiste un obstáculo para la misma: el hecho de quedar al arbitrio del acreedor, «si la deuda líquida, vencida y exigible se ha de introducir o no en la cuenta, y sobre todo, el momento en que tal introducción puede hacerse». Es decir, la hipoteca sigue flotando porque siguen sin determinarse las obligaciones, quedando al arbitrio del Banco sobre qué obligaciones y en qué momento se extiende la cobertura hipotecaria.

Por último, otras Resoluciones han seguido a estas y han insistido en las mismas ideas, entre otras baste ver las de 30 de septiembre de 2003, 11 de octubre de 2004, y 25 de abril de 2005.

Como resumen de esta etapa podemos señalar una tímida apertura hacia la admisión de las hipotecas semi-flotantes, es decir, aquellas en las que, aunque no tienen relación causal de apertura de crédito en cuenta corriente o de cuenta corriente (que produce la novación), se pacta expresamente su novación, convirtiéndose la *causa novandi* en la propia relación jurídica básica que las une; y rechazo total a las hipotecas flotantes puras, entendiendo por tales las que se establecen en garantía de obligaciones cuya relación jurídica básica no está determinada, y no se produce verdadera novación de las mismas en una nueva y resultante garantizada con hipoteca. En estos casos hay necesidad de establecer tantas hipotecas como obligaciones.

Han sido muchas las resoluciones que en los años siguientes y antes de la Ley 41/2007 han mantenido esta línea jurisprudencial, pero ello pone de relieve que, en la práctica bancaria, existía una verdadera necesidad de obtener una cobertura hipotecaria que garantizase la pluralidad de operaciones con un mismo cliente, aunque esta posibilidad se negaba una y otra vez por el Centro Directivo.

Por último, y antes de su admisión legal, fue la RDGRN de 1 de junio de 2006 la que abrió una puerta a la flexibilización de los requisitos exigidos contundentemente hasta ahora, y por tanto, y en definitiva, una relajación o una distinta forma de entender los principios de accesoriedad y determinación que afectan de forma distinta a una hipoteca de seguridad y a una hipoteca ordinaria, en aras de la futura admisión de la hipoteca flotante. En ella, la Dirección General admitió la posibilidad de flexibilizar los principios de accesoriedad hipotecaria, y acaba con la consideración de este principio como un dogma, al manifestar que «la accesoriedad no puede llevarse al extremo» y, asimismo, sostiene que «no existe una total dependencia entre hipoteca y crédito».

Pero es que la Dirección sigue afirmando que «indudablemente obligaciones distintas pueden recibir una única cobertura hipotecaria cuando aquellas tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de la otra. No lo impide la aplicación del principio de especialidad ni el de accesoriedad de la hipoteca, en tanto en cuanto las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos

cualquier beneficio de orden, división y escisión, la total deuda resultante de la fijación de los saldos, de las operaciones financieras que fueron referidas, más el préstamo que por medio de la presente ha sido concedido por el banco a la entidad mercantil y que asciende a un total de 160.260.960 pesetas, que todos ellos, en virtud de esta asunción solidaria de deuda reconocen adeudar al banco en concepto de capital».

definidores (o al menos sean estos determinables, como —con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito— se permite en algunos supuestos, siempre que se cumplan ciertas exigencias mínimas) y la hipoteca constituida quede enlazada con esas distintas obligaciones de suerte que aquella quede debidamente supeditada a estas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad».

Es decir, si las obligaciones están perfectamente determinadas y tiene relación con la hipoteca, pueden garantizarse varias con una sola hipoteca. Importante avance, pues ya no se exige ese pacto novatorio expreso, o esa novación en una nueva obligación resultante para poder garantizar distintas obligaciones con una sola hipoteca.

Esta resolución ha sido repetida, palabra por palabra, por la de 26 de septiembre de 2006, y ambas fueron el umbral necesario para la admisión de las hipotecas flotantes, pues permiten que varias obligaciones distintas, sin novación de ellas en otra nueva, puedan ser garantizadas con una misma hipoteca, y que aunque no hubiera unidad de régimen o en cuanto a la realización, sí se pueden inscribir con una sola hipoteca y una sola responsabilidad hipotecaria, siempre que en la misma se engloben y se identifiquen la cuantía por la que se responde por cada obligación.

A raíz de estas resoluciones, solo quedaba que se diera un paso más: que se admitiera definitivamente la inscripción de las hipotecas flotantes y que esta se regulara por Ley para limitar los supuestos y controlar sus requisitos de inscripción, debido a su carácter excepcional. Y ese paso más lo dio, como de todos es sabido, la Ley de Modernización de Mercado Hipotecario, regulándolas en el artículo 153.bis LH.

Corresponde, ahora, por tanto, analizar cómo y con qué requisitos la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Modernización del Mercado Hipotecario, ha admitido las hipotecas flotantes.

II. LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, DE MODERNIZACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO

1. JUSTIFICACIÓN Y DENOMINACIÓN

Las hipotecas flotantes, como ya se ha dicho, se regulan por primera vez en el nuevo artículo 153.bis LH, introducido por la Ley 41/2007 (4). La exposición

(4) El nuevo artículo 153.bis LH tiene el siguiente tenor literal:

«También podrá constituirse hipoteca de máximo:

- a) A favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas.
- b) A favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible, en caso de ejecución, sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

de motivos de la Ley justifica su necesidad de la siguiente forma: «se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente *flotantes*. La accesoriedad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquellas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria».

Una vez más, razones de la práctica bancaria y motivaciones económicas han llevado a la admisión de esta hipoteca, flexibilizando el principio de accesoriedad y especialidad hipotecario.

Con la admisión expresa de las hipotecas flotantes se pone fin a la polémica doctrinal y jurisprudencial anterior, en torno a la posibilidad de garantizar con una única hipoteca diversas obligaciones. Hoy ya no cabe duda de que esto es posible, pues así se establece en el propio artículo 153.bis LH.

Este tipo de hipoteca recibió, anteriormente, otros nombres: paraguas, sumidero, global, empresa, etc., todos ellos nombres que pretenden, de una manera gráfica, poner de manifiesto la posibilidad de que varias obligaciones queden cubiertas con la misma hipoteca.

El artículo 153.bis LH las regula y define y, aunque no les da la denominación de «flotantes», este nombre es admitido comúnmente por la doctrina desde que la DGRN lo empezó a utilizar en sus resoluciones; en el borrador del Anteproyecto de la Ley de Reforma de Mercado Hipotecario se utilizó, por contra, la expresión de «hipotecas empresa», para referirse a ellas. El preámbulo de la Ley 41/2007, sin embargo, sí que utiliza esta expresión, al señalar que: «En el capítulo VI se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente “flotantes”».

Este es un nombre comúnmente aceptado, y cuando se constituyan como tales, en la escritura de constitución, y en la inscripción consecuente deberá expresarse su denominación (art. 153.bis LH), que no es otra que la de «flotante».

2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

Si nos atenemos a la definición que hemos dado al inicio de este trabajo sobre hipoteca flotante, los rasgos que la identifican son, por tanto, los siguientes (5):

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

(5) Sobre el concepto y rasgos característicos de la hipoteca flotante, véase: SAÉNZ DE JUBERA, B., «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma de mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, págs. 1245-1274; AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, J. L., «Hipotecas en mano común», en *RCDI*, núm. 725, págs. 1285-1323; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., «Hipoteca flotante», en *RCDI*, núm. 685, 2004, págs. 2510-2526; MONTÁNCHEZ RAMOS, M., «Especial referencia en la hipoteca flotante», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, págs. 39-56.

- a) Varias obligaciones presentes y/o futuras.
- b) Obligaciones indeterminadas pero al menos determinables sus líneas básicas.
- c) No existe relación causal entre esas obligaciones. Son diferentes y no están relacionadas.
- d) No existe novación extintiva de las diferentes obligaciones en una nueva resultante. Esto significa que cada obligación conserva desde el inicio y hasta el final su independencia y autonomía.
- e) Existe una sola hipoteca que las garantiza, para lo cual hay que establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria.
- f) Ese máximo de responsabilidad hipotecaria es invariable.

Si esos son los rasgos que identifican una hipoteca flotante, la cuestión de su naturaleza jurídica queda bastante clara, pues solo pueden tratarse de hipotecas de seguridad, en concreto, de máximo.

En efecto, la exigencia de un máximo de responsabilidad hipotecaria que garantice la pluralidad de obligaciones diversas hace que debamos calificarlas como hipotecas de máximo. Son una especie de estas, y porqué no decirlo, las más significativas e importantes, al menos en cuanto a su utilidad, en la actualidad.

Que se trata de una clase de hipoteca de máximo queda claro, cuando la propia ley en el artículo 153.bis así las califica, al decir: «también podrá constituirse hipoteca de máximo...», justo a continuación del artículo 153 LH dedicado a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito que han sido las tradicionales hipotecas de máximo (6).

III. EXAMEN DE LOS REQUISITOS LEGALES

1. SUJETOS

El acreedor hipotecario, en este tipo de hipotecas, se encuentra restringido a dos sujetos:

- a) Por una parte, las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.
- b) Por otra, las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social.

La limitación de sujetos titulares de estas hipotecas hay que encontrarla en el mayor control al que se encuentran sometidas estas entidades e instituciones, ya que están sujetas a una normativa de supervisión y control, mucho más estricta que el resto de personas y entidades, lo que conduce a una mayor seguridad jurídica en este tipo de operaciones.

Sin embargo, a pesar de esta limitación del acreedor hipotecario, nada dice la Ley sobre el deudor (7) que, por lo tanto, puede ser cualquier persona física o jurídica que entable relación contractual con las entidades financieras o administración.

(6) Véase, SÁENZ DE JUBERA, B., «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», *ob. cit.*, págs. 1246-1247.

(7) Si bien es cierto que, si atendemos a la tramitación parlamentaria de la Ley, parece que este tipo de hipoteca estaba destinada o pensada para un deudor-empresa, o pyme

La Ley tampoco dice nada acerca del número de personas que pueden ocupar la posición acreedora o deudora, y aunque creemos que inicialmente, tal y como ha sido su evolución jurisprudencial, se pensaba en un solo acreedor y un solo deudor, nada obsta, en la literalidad de la Ley —pues nada dice al respecto—, para poder admitir la posibilidad de una pluralidad de sujetos, tanto en la parte activa como en la pasiva. Desde luego, esto es así, cuando se trate de pluralidad de acreedores titulares del mismo crédito (no deja de ser una sola posición acreedora); pero, como también ya se ha admitido, cuando se trate de pluralidad de acreedores titulares de créditos distintos.

Este ha sido uno de los temas más discutidos en torno a esta modalidad de hipoteca: la posibilidad de admitir la pluralidad de acreedores hipotecarios titulares de diferentes créditos, como corresponde en una hipoteca flotante, organizados en mano común. La DGRN, en Resolución de 8 de junio de 2011 ha admitido las hipotecas flotantes con pluralidad de acreedores en mano común en supuestos de refinanciación de deuda, sin necesidad, por tanto, de que se distribuya la responsabilidad hipotecaria en diversas cuotas correspondientes a los distintos créditos y acreedores. El Centro Directivo considera que no se vulnera el principio de especialidad, pues no existe indeterminación ni en los casos de cesión del derecho de cada acreedor, ya que está claro que cada uno cede su concreta posición contractual con sus derechos y obligaciones propios, ni tampoco hay indeterminación en la ejecución parcial de la hipoteca por alguna de las obligaciones garantizadas, siempre que después se determine la cuantía por la que queda vigente la hipoteca en relación con el resto de obligaciones, de acuerdo con los artículos 154, 155 y 157 LH y 227 RH. Esta cuestión no ha sido pacífica entre la doctrina, pero a raíz de la resolución citada, hay que afirmar que se pueden admitir las hipotecas flotantes en mano común (8), pues como bien dice la DGRN en esta resolución, los derechos reales son *numerus apertus*, por lo que nada impide que se generen nuevos derechos reales o nuevas modalidades de los mismos, siempre que se respeten los límites establecidos por la propia Dirección General (9).

2. OBJETO

Las obligaciones que se garantizan con este tipo de hipotecas, como dijimos al inicio de este trabajo, son una pluralidad de obligaciones, presentes y/o futuras, sin nexo causal entre ellas, sin novación de las mismas en una única final resultante; es decir, obligaciones indeterminadas *a priori*, aunque eso sí, determinables, porque, aunque sean desconocidas, en su constitución debe determinarse los actos

o empresario. La dicción final de la Ley no recogió ninguna de las enmiendas que así lo consideraban. Véase sobre esto, SÁENZ DE JUBERA, B., «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, págs. 1245-1274.

(8) Véase, sobre las razones de la admisión de las hipotecas en mano común, a AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, J. L., «Hipoteca en mano común», en *RCDI*, núm. 725, págs. 1285-1323.

(9) En este sentido, a favor de la creación de nuevos derechos reales, véanse las RRDGRN de 27 de marzo de 1947, 27 de octubre de 1947, 7 de julio de 1949, 19 de mayo de 1952, 29 de marzo de 1955, 20 de septiembre de 1966, 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987, 4 de marzo de 1993 y 21 de diciembre de 2007.

jurídicos básicos de los que van a derivar esas obligaciones garantizadas. Pero como vemos, no hay limitación alguna respecto a cuáles sean esos actos jurídicos básicos, pudiendo por tanto las obligaciones derivar de cualquier negocio jurídico propio de la actividad bancaria: préstamos, créditos, líneas de descuento, avales, productos derivados, *factoring*, *renting*, etc. Todas y cada una de las obligaciones así aseguradas conservan su individualidad propia al no instrumentalizarse a través de una cuenta corriente, y ya no es necesario ni siquiera establecer un pacto novatorio por las partes.

Es decir, los rasgos básicos de las obligaciones garantizadas con este tipo de hipoteca son:

- a) Pluralidad de obligaciones. Presentes y/o futuras.
- b) Independencia e individualidad de esas obligaciones hasta el final, hasta la ejecución ya que:
 - i) no están unidas por una relación o nexo causal,
 - ii) y no revierten a través de la novación en una sola y única nueva obligación que las unifique.
- c) No están perfectamente determinadas: basta con indicar la «descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en un futuro» (art. 153.bis LH).

En consecuencia, la amplitud objetiva de estas hipotecas es enorme, pues cabe asegurar con ellas cualquier crédito, varios créditos, futuros, no determinados, independientes, o los que las partes tuvieran a bien considerar.

3. LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

Si la indeterminación del objeto es amplísima y es también posible la cierta amplitud en los sujetos titulares de las hipotecas, donde sí debe cumplirse el principio de determinación o especialidad registral de forma estricta es respecto a la responsabilidad hipotecaria.

Es absolutamente necesario que se determine un máximo de responsabilidad hipotecaria (no podemos olvidar que la flotante es, valga la redundancia, uno de los «máximos» exponentes de la hipoteca de máximo). Así lo recoge la Ley en el artículo 153.bis, y no podría inscribirse si este máximo no está determinado pues es, en definitiva, lo que es oponible a terceros, y lo que en consecuencia estos deben conocer, pues esa cantidad es la que tienen que «soportar» con respecto a su posibilidad de cobro. Sin embargo, la necesidad de determinar el máximo de responsabilidad hipotecaria no exige que se determine o distribuya la responsabilidad hipotecaria entre cada una de las diferentes obligaciones aseguradas. Como dice AZOFRA: «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» (10).

(10) AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, J. L., «Hipoteca en mano común», *ob. cit.*, pág. 1307.

De igual forma, CARRASCO PERERA (11) afirma que en la responsabilidad hipotecaria no hay cuotas de valor asignadas a créditos singulares, no hay cancelaciones parciales por pago de alguna de las obligaciones garantizadas, ni puede tampoco reducirse la cifra máxima de responsabilidad ante el pago de una de las obligaciones. Esta permanece íntegra para asegurar el resto de los créditos.

No es necesario, por tanto, distribuir entre cada crédito u obligación su correspondiente parte de responsabilidad hipotecaria. La responsabilidad es única, y responde en su totalidad de cualquiera de las obligaciones aseguradas. Esto tiene especial importancia o supone una mayor ventaja cuando exista una pluralidad de acreedores hipotecarios en mano común, y sobre todo en supuestos de refinanciación de deuda. En estos casos, como afirma AZOFRA, existen distintas obligaciones garantizadas pertenecientes a distintos acreedores, y la hipoteca «flota» sobre todos ellos, y les supone una mayor ventaja, pues cada uno de los acreedores tiene su crédito garantizado con la total garantía hipotecaria, sin que les afecte —porque esta no disminuye— el vencimiento o pago de las otras obligaciones garantizadas. La garantía permanece íntegra para la posible agresión de los otros acreedores, a diferencia de lo que pasaría si los distintos acreedores establecieran una pluralidad de hipotecas simultáneas, con igualdad de rango sobre los bienes del deudor, en garantía de una pluralidad de obligaciones refinanciadas, atribuyendo a cada obligación una parte en la responsabilidad máxima establecida. En este caso, el pago de cualquiera de ellas llevaría la cancelación de su parte o fracción de hipoteca, y por tanto, se disminuiría la cobertura hipotecaria global de la suma de todas ellas. Como dice AZOFRA (12), la hipoteca flotante «respalda la totalidad de cualquiera de las obligaciones garantizadas y tiene el acreedor el derecho omnímodo a decidir qué obligación u obligaciones (de las amparadas objetivamente por el alcance de la hipoteca) quiere que se beneficien de la protección hipotecaria, debería admitirse, sin dificultad, el derecho del acreedor de establecer unilateralmente en cualquier momento el reparto de responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, sin precisar para ello el consentimiento del deudor, del hipotecante no deudor, el tercer poseedor o los titulares registrales posteriores. Ello no perjudica a los restantes acreedores del hipotecante, ni a los embargantes o titulares de cualquier derecho sobre la cosa hipotecada de rango posterior, pues todos conocen, porque el Registro así lo publica, que el acreedor hipotecario tiene el derecho de agresión sobre el bien hasta el límite de la responsabilidad máxima hipotecaria en caso de vencimiento de cualquiera de los créditos garantizados, de todos ellos, o de alguno de ellos».

4. PLAZO

Señala la propia ley que debe establecerse el plazo máximo de duración de estas hipotecas. Es lógico que así sea, pues como la indeterminación de las obligaciones hipotecarias es grande y cada obligación asegurada tiene un plazo diferente, muchas veces desconocido, el deudor quedaría sometido «de por vida» con el acreedor flotante. Se duda por la doctrina si el plazo de estas hipotecas

(11) CARRASCO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: ¡caveat creditor!», en *Diario La Ley*, núm. 6988, de 14 de julio de 2008, año XXIX, págs. 1-7.

(12) AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, J. L., «Hipoteca en mano común», *ob. cit.*, págs. 1310-1312.

es un plazo de caducidad o de prescripción, inclinándose la mayoría por considerarlo como un plazo de caducidad, transcurrido el cual, puede el Registrador cancelar de oficio la hipoteca inscrita en virtud del artículo 82.2 LH. Según CARRASCO PERERA (13), el plazo es de duración del asiento, y corresponde a las partes establecer ese plazo de duración máximo, transcurrido el cual deberá cancelarse automáticamente por el registrador, sin necesidad de consentimiento del acreedor.

5. OTROS REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN

Por último, es necesario que conste en el propio asiento registral la forma de cálculo del saldo final resultante, consecuencia de la liquidación. Aunque las obligaciones mantienen su individualidad hasta el momento de la ejecución, sí que es necesario que, llegada esta, se calcule el saldo final por el que sale la finca a ejecución.

La ley no dice cómo debe realizarse esta liquidación final, ni acreditarse el saldo resultante, pero concede libertad de pacto entre las partes, atribuyendo al acreedor la facultad de liquidación (14). En consecuencia, en la mayoría de las ocasiones quedará al arbitrio del acreedor esta determinación, al igual que la elección de la obligación asegurada cuya realización se va a llevar a cabo, y no se exige forma alguna concreta para acreditar dicha determinación.

Se genera, entonces, cierta incertidumbre en cuanto a la forma de acreditar la liquidación, a diferencia de lo establecido para las hipotecas en garantía de cuenta corriente de crédito del artículo 153 LH, donde claramente se dice que se acreditará por la certificación bancaria. Como pone de manifiesto SÁENZ DE JUBERA (15), la acreditación de esta circunstancia a través de la certificación bancaria, *ex* artículo 153 LH, era la verdadera razón para que la DGRN exigiera la instrumentalización en cuenta corriente de las distintas obligaciones garantizadas con una sola hipoteca más que una pretendida exigencia del principio de accesoriedad y especialidad, en virtud de la cual se proclamaba la exigencia de novación a través de la cuenta corriente. Según esta autora, la instrumentalización en cuenta corriente es más bien una necesidad de obtener un medio de prueba de la determinación del crédito garantizado, que una exigencia del principio de especialidad para que haya verdadera novación.

Por eso, podemos decir que se puede asimilar la forma de acreditación del saldo resultante de la hipoteca flotante a las del artículo 153 LH, es decir, a través de la certificación bancaria, sin necesidad de aportar, además, el título constitutivo del crédito garantizado, que no servirá como título ejecutivo, pero a lo mejor sí como título que asegura la correcta acreditación del saldo (16).

(13) CARRASCO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: ¡caveat creditor!», *ob. cit.*, pág. 4.

(14) Artículo 153.bis LH, penúltimo párrafo: «Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible, en caso de ejecución, sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura».

(15) SÁENZ DE JUBERA, B., «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», *ob. cit.*, pág. 1274.

(16) CARRASCO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: ¡caveat creditor!», *ob. cit.*, pág. 5.

IV. JUSTIFICACIÓN ACTUAL Y CONCLUSIONES

Vistos los elementos y requisitos configuradores de la hipoteca flotante en la actualidad, cabe que nos planteemos la justificación y necesidad actual de este tipo de hipoteca en nuestro sistema.

Como ya dijimos, esta hipoteca surge en un momento económico de gran actividad bancaria y financiera, donde se hacía imprescindible reconocer un instrumento más ágil y adecuado a las necesidades bancarias que diera salida a la demanda de las instituciones financieras de asegurar un mayor número de operaciones comerciales —que eran muchas— manteniendo un mismo rango hipotecario, y por tanto una prioridad en el cobro.

Hoy la situación ha cambiado radicalmente, las operaciones bancarias han descendido notablemente, y el crédito hipotecario es menor que hace unos años. Los deudores se encuentran en una situación de sobreendeudamiento, con graves dificultades para hacer frente a sus obligaciones. En este panorama, es difícil pensar en un aumento de la actividad financiera y en la posibilidad de que el deudor contrate nuevos créditos y obligaciones con su acreedor, pues el mercado está parado.

Sin embargo, lejos de suponer esta situación un inconveniente para el desenvolvimiento de las hipotecas flotantes, se convierte en una ventaja extraordinaria para los deudores, ya que, a través de las mismas, pueden conseguir y dar salida a las necesidades de refinanciación que tienen en estos momentos para poder hacer frente a sus obligaciones anteriores.

Como dice AZOFRA (17), dos son las grandes ventajas de esta figura —y más si se admite la posibilidad de las hipotecas flotantes en mano común—: *a)* suponen un abaratamiento de costes y tramitación, «pues se consigue mediante una única hipoteca asegurar un conjunto de créditos, extrayendo la máxima capacidad de apalancamiento de un inmueble (estirando el crédito territorial a las últimas consecuencias), evitando la necesidad de constituir y/o cancelar distintas hipotecas y permitiendo al acreedor o acreedores realizar la hipoteca respecto de cualquiera de los créditos garantizados vencidos», y *b)* Como permite asegurar un conjunto de obligaciones muy diversas y de distintos acreedores, «de forma que la totalidad del valor del bien o bienes dados en garantía sirva o cubra cualquiera de las obligaciones garantizadas, permitiéndose la creación de una comunidad de destino en favor de todos o la inmensa mayoría de los acreedores de una determinada sociedad».

Esto, en las actuales circunstancias de crisis económica, es una ventaja importante para las operaciones de refinanciación empresarial, de las que desgraciadamente estamos siendo testigos en los últimos dos años. La hipoteca flotante ha realizado, de este modo, como dice AZOFRA (18), «una notable contribución para permitir la superación de difíciles escenarios de crisis empresarial, evitándose la generalización de procesos concursales con los colaterales efectos de pérdida masiva de puestos de trabajo, y en general, de daño mayúsculo a la economía del país».

En conclusión, la hipoteca flotante de origen discutido, de tardía admisión legal, pensada para agilizar el tráfico jurídico y el crédito territorial, en la actua-

(17) AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, J. L., «Hipoteca en mano común», *ob. cit.*, pág. 1307.

(18) AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, J. L., «Hipoteca en mano común», *ob. cit.*, pág. 1308.

lidad, con las modificaciones y matizaciones que jurisprudencialmente se le han añadido, sigue teniendo una importancia indudable, y se está configurando como una de las bases más sólidas que contribuyen a la refinanciación de los deudores hipotecarios, ayudándoles a superar los duros momentos de crisis económica en los que nos encontramos.

V. RELACIÓN DE RESOLUCIONES CITADAS

RRDGRN

5 de marzo de 1929.
28 de febrero de 1933.
16 de junio de 1936.
4 de julio de 1984.
23 de diciembre de 1987.
6 de noviembre de 1990.
26 de noviembre de 1990.
17 de enero de 1994.
11 de enero de 1995.
30 de marzo de 1998.
6 de junio de 1998.
24 de julio de 1998.
28 de abril de 1999.
7 de junio de 1999.
27 de julio de 1999.
6 de noviembre de 1999.
7 de septiembre de 2000.
27 de septiembre de 2000.
3 de noviembre de 2000.
21 de junio de 2001.
10 de julio de 2001.
12 de septiembre de 2003.
30 de septiembre de 2003.
11 de octubre de 2004.
25 de abril de 2005.
1 de junio de 2006.
8 de junio de 2011.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J. M., y ALONSO LAPORTA, J. L.: «Hipotecas en mano común», en *RCDI*, núm. 725, págs. 1285-1323.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: «Hipoteca flotante», en *RCDI*, núm. 685, 2004, págs. 2510-2526.
- CARRASCO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E.: «El doble filo de la hipoteca global: ¡caveat creditor!», en *Diario La Ley*, núm. 6988, de 14 de julio de 2008, año XXIX, págs. 1-7.
- MONTÁNCHEZ RAMOS, M.: «Especial referencia en la hipoteca flotante», en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*, CER, Madrid, 2009, págs. 39-56.

SAÉNZ DE JUBERA, B.: «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma de mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, págs. 1245-1274.

RESUMEN

*HIPOTECA FLOTANTE
REGISTRO PROPIEDAD*

La hipoteca flotante surge como una nueva modalidad de hipoteca a raíz de la Ley 41/2007 de Reforma del Mercado Hipotecario. Se analiza, en este trabajo, su origen y evolución jurisprudencial hasta su reconocimiento por la ley, para después analizar los requisitos legales de la misma, en cuanto a su constitución e inscripción registral. A la vez se trata de analizar los cambios y novedades que ha experimentado en estos cuatro años desde su aprobación legal, para tratar de concluir cuál es su papel en la actualidad y si responde a las expectativas de su creación.

ABSTRACT

*GLOBAL MORTGAGE
PROPERTY REGISTRY*

The global mortgage came into being as a new variety of mortgage under Act 41/2007 on Mortgage Market Reform. This paper looks at the origin of global mortgages and their evolution in case law up to the time of their recognition by law. This is followed by an analysis of the legal requisites for the creation and registration of global mortgages and a scrutiny of the changes and new turns global mortgages have experienced in the four years since their legal approval. There is some concluding discussion of what the current role of global mortgages is and whether they are living up to the expectations under which they were created.

1.4. Sucesiones

*REVISIÓN CRÍTICA Y PROPUESTA LEGE FERENDA DEL CONCEPTO
DE LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA: CUESTIONES CONTROVERTIDAS
SOBRE SU POSICIÓN EN EL REPARTO HEREDITARIO,
LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y LA DOCTRINA
DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO*

por

MARÍA DEL CARMEN NÚÑEZ MUÑOZ
*Profesora Contratada Doctora
del Departamento de Derecho Civil de la UNED*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: LA CONTROVERSIA LEGAL Y DOCTRINAL SOBRE EL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA Y LA MENCIÓN TESTAMENTARIA DE «LEGAR PARTE DE LA HERENCIA».—II. LA ADMISIBILIDAD DEL LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA EN NUESTRO DERECHO, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS Y DE LA DOCTRINA.—III. CONCEPTO CONCLUSIVO DE LEGADO DE PARTE ALÍCUOTA: SU DIFERENCIA-