

Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria

por

JOSÉ IGNACIO CANLE FERNÁNDEZ
Abogado

SUMARIO

- I. LA SITUACIÓN PRECEDENTE A LA LEY 41/2007.
- II. LA REFORMA HIPOTECARIA POR LA LEY 41/2007. EL NUEVO ARTÍCULO 153 BIS LH Y LA ADMISIBILIDAD DE LA HIPOTECA GLOBAL:
 1. EL ALCANCE DE LA REFORMA EN LA LEY HIPOTECARIA.
 2. EL NUEVO RÉGIMEN NORMATIVO. LA HIPOTECA GLOBAL O FLOTANTE Y EL ARTÍCULO 153 BIS LH:
 - 2.1. *El nomen iuris empleado: ¿Hipoteca de máximo?*
 - 2.2. *Aspectos subjetivos:*
 - 2.2.1. El acreedor hipotecario.
 - 2.2.2. El deudor hipotecario.
 - 2.3. *Aspectos objetivos.*
 - 2.4. *Aspectos formales.*
 3. SITUACIONES DE PLURALIDAD SUBJETIVA EN LA POSICIÓN ACTIVA DE LA HIPOTECA FLOTANTE.
 4. LA CESIÓN Y LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL DE CRÉDITOS GARANTIZADOS POR HIPOTECA FLOTANTE:
 - 4.1. *La cesión y subrogación convencional de créditos futuros e ilíquidos. Cesión y subrogación convencional total y parcial.*
 - 4.2. *Posibilidad de cesión de la hipoteca flotante con independencia de los créditos nacidos.*
 5. LA SUBROGACIÓN LEGAL EN LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS POR HIPOTECA FLOTANTE.

6. LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE:

- 6.1. *Proceso judicial sumario: Presupuestos de la acción ejecutiva.*
- 6.2. *Admisibilidad de ejecución judicial sumaria de la hipoteca flotante.*
- 6.3. *¿Admisibilidad de ejecución notarial de la hipoteca flotante?*
- 6.4. *La ejecución parcial:*
 - 6.4.1. *Ejecución parcial por existencia de pluralidad de acreedores.*
 - 6.4.2. *Ejecución parcial por existencia de obligaciones no vencidas. Pactos de vencimiento anticipado cruzado (cross default agreement).*

7. LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE:

- 7.1. *La extinción de la hipoteca flotante por extinción de la obligación garantizada.*
- 7.2. *La extinción de la hipoteca flotante por causas independientes de la extinción de las obligaciones garantizadas.*
- 7.3. *La extinción por prescripción de la hipoteca flotante.*
- 7.4. *La extinción por caducidad de la hipoteca flotante.*

8. LA CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE:

- 8.1. *Cancelación de la hipoteca flotante por extinción de las obligaciones garantizadas:*
 - 8.1.1. *Cancelación instada por el deudor.*
 - 8.1.2. *Cancelación instada por el tercer poseedor o por el hipotecante no deudor.*
- 8.2. *La cancelación de la hipoteca flotante por causas independientes de la extinción de las obligaciones garantizadas.*

III. CONCLUSIONES.

I. LA SITUACIÓN PRECEDENTE A LA LEY 41/2007

El gran calado de la reforma introducida en nuestro sistema jurídico-hipotecario mediante la incorporación a nuestro ordenamiento del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, fruto de la aprobación de la *Ley estatal 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria* (a la que, en adelante, nos referiremos como «la Ley 41/2007») únicamente puede ser cabalmente aprehendido si se toma en consideración la situación jurídica preexistente, tanto en lo referente a las normas vigentes hasta la reforma, cuanto a la propia doctrina de la DGRN, resolviendo sobre la adecuación a nuestro Derecho de negocios jurídicos denominados doctrinalmente *hipotecas globales, flotantes o de máximo*; hipotecas que ya antes de la reforma operada

por la Ley 41/2007 se caracterizaban, a grandes rasgos, por la reunión de las siguientes notas definitorias:

- i) En primer lugar, por contraposición a la tradicional regla *una obligación, una hipoteca*, se trataba de derechos reales susceptibles de otorgar cobertura a una multiplicidad indiferenciada de obligaciones cuya existencia y/o características no venían exactamente determinadas en el título constitutivo de la garantía, pero cuya individualización se preveía que se realizase *a posteriori* conforme a lo contractualmente pactado en el título constitutivo, siguiendo una serie de reglas de integración de la cobertura, contenidas en la llamada *cláusula de globalización* (1).
- ii) En segundo lugar, se caracterizaban por la existencia de una pluralidad de obligaciones garantizadas que, sin embargo, no determinaba la existencia de múltiples hipotecas. La garantía era única, si bien las obligaciones garantizadas constituían una multiplicidad, asegurando al mismo tiempo tanto obligaciones perfectamente determinadas en el momento de constitución de la garantía, cuanto obligaciones que, sin reunir todas las circunstancias definitorias de las mismas en dicho momento inicial, eran susceptibles de determinación posterior de acuerdo a las reglas de integración de la cobertura convenidas por las partes en la escritura pública de constitución de la garantía.
- iii) En tercer lugar, y como consecuencia del aseguramiento con estas hipotecas de diversas obligaciones no determinadas inicialmente en su existencia y/o en su cuantía, se caracterizaban por establecer, como elemento esencial del contrato de hipoteca, un límite máximo a la responsabilidad hipotecaria (2).

(1) En función de las mismas, distingue CORDERO LOBATO (CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, pág. 566) tres técnicas de globalización de la cobertura en garantía: *a)* aquella por la que se incluye en la cobertura un número indeterminado de obligaciones que tengan su fuente en una relación jurídica material existente o futura que resulta especificada en el título; *b)* aquella por la que se incluye en la cobertura hipotecaria un número ilimitado de obligaciones que puedan surgir de uno o varios tipos materiales que resultan identificados en el título (por ejemplo, la hipoteca en garantía de todas las operaciones de descuento cambiario, o la que asegure todos los pagos por avales prestados al deudor); y *c)* aquella por la que se incluyen en la cobertura hipotecaria todas las obligaciones que el deudor tenga contraídas y/o que pueda contraer en el futuro en el ámbito de la concreta actividad negocial a la que se dedique el acreedor hipotecario (por ejemplo, la hipoteca que garantice las «operaciones regulares del negocio bancario»).

(2) Es por ello que, como veremos, la reforma de la legislación hipotecaria operada en España a través de la Ley 41/2007, de 8 de diciembre, al introducir la regulación de la hipoteca flotante en el artículo 153 bis, la identifica con la hipoteca de máximo, al resaltar una de sus características: el establecimiento de una responsabilidad máxima des-

- iv) En cuarto y último lugar, como consecuencia de la relativa indeterminación inicial de las obligaciones garantizadas, se hacía necesaria la determinación por medios extra hipotecarios de aquéllas obligaciones que finalmente habrían de resultar garantizadas. En efecto, el hecho de que en la escritura de constitución y en la inscripción registral de la hipoteca flotante constasen únicamente las reglas de integración de la cobertura hipotecaria impedía al acreedor que pretendiese proceder a la ejecución de la garantía apoyarse única y exclusivamente para el ejercicio de la acción hipotecaria en el contenido del título o de los asientos registrales, debiendo determinar por medios ajenos al Registro la existencia, cuantía y vencimiento de los créditos garantizados. Es por ello que en esta modalidad hipotecaria solía facultarse al acreedor para emitir una certificación del saldo debido susceptible de reclamación judicial, procediendo de este modo a la integración extrarregistral del título a efectos ejecutivos.

En efecto, tal y como indicábamos en las líneas introductorias precedentes, la doctrina registral, tras unas primeras resoluciones inicialmente favorables a la admisibilidad de esta suerte de *hipotecas de seguridad*, fue con posterioridad particularmente intransigente con dicha figura (3), aduciendo en síntesis, y sobre la base del ordenamiento vigente hasta la reforma introducida por la Ley 41/2007, que esta clase de negocios de garantía no eran jurídicamente admisibles, por las siguientes razones:

- a) Vulneración del principio registral de especialidad o de determinación de la obligación garantizada (también conocido respecto del

vinculada de concretas obligaciones garantizadas. No obstante, esta equiparación no es jurídicamente correcta en términos absolutos, pues si bien toda hipoteca flotante es de máximo (incluso las hipotecas de tráfico lo son), no toda hipoteca de máximo puede ser calificada como flotante (vid. 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, 2008, pág. 1247).

(3) La doctrina inicialmente seguida por la DGRN, en diversas resoluciones dictadas durante el primer tercio del siglo XX [vid. RRDGRN de 5 de marzo de 1929 (*EDD* 1929/73), 28 de febrero de 1933 (*EDD* 1933/8) ó 16 de junio de 1936 (*EDD* 1936/14)] emprendió un proceso de radical transformación a raíz de la RDGRN de 4 de julio de 1984, confirmada posteriormente por las RDGRN de 23 de diciembre de 1987 y 26 de noviembre de 1990, a las que siguieron en aluvión multitud de resoluciones posteriores negando validez jurídica a la hipoteca flotante, con las de 3 de octubre de 1991, (*EDD* 1991/9281), 17 de agosto de 1993 (*EDD* 1993/7772), 17 de marzo de 1994 (*EDD* 1994/6502), 11 de enero de 1995 (*EDD* 1995/197), 22 de junio de 1995 (*EDD* 1995/4172), 17 de septiembre de 1996 (*EDD* 1996/5531), 6 de junio de 1998 (*EDD* 1998/7491), 7 de junio de 1999 (*EDD* 1999/26341), 10 de julio de 2001 (*EDD* 2001/33485), 17 de enero y 30 de abril de 2002 (*EDD* 2002/3256 y 23444); y, finalmente, idéntico parecer muestra la más reciente RDGRN de 24 de abril del 2005 (*EDD* 2005/83435).

derecho de hipoteca como principio de determinación) (4), al pretender otorgar cobertura por medio de un derecho de garantía único a diversas obligaciones, nacidas y/o futuras, entre las cuales no existe una causa común (relación jurídica básica existente al tiempo de la constitución de la hipoteca), negando:

- i) La posibilidad de asegurar hipotecariamente el saldo resultante de una cuenta corriente de crédito en la que se anoten las diversas obligaciones indicadas, si dicha anotación no supone el nacimiento de una única y nueva obligación como resultado de la novación extintiva de las precedentes (5).
 - ii) La licitud de la facultad atribuida por las partes al acreedor hipotecario para que unilateralmente pueda proceder a la determinación de las concretas obligaciones que, finalmente, serán objeto de garantía hipotecaria, con infracción tanto de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil cuanto del principio de la *pars conditio creditorum* (6).
- b) Vulneración del principio de accesoriedad hipoteca-obligación garantizada, estableciendo la necesidad de que la hipoteca garantice una concreta obligación, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 1857.1.º CC y 104 LH, determinando ello la imposibilidad de que en una hipoteca garantice diversas obligaciones indistintamente, de suerte que las obligaciones extinguidas sean sustituidas por otras también susceptibles de aseguramiento mediante la hipoteca originaria. Es por ello que, hasta la reforma introducida por la Ley 41/2007, la DGRN ha venido exigiendo, para el aseguramiento de distintas obligaciones, la constitución de tantas hipotecas como obligaciones pretendan garantizarse (7).

(4) Según nos indica, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA [«la determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pág. 249], la denominación referida se debe a BERGES, habiendo sido posteriormente asumida por la generalidad de la doctrina hipotecaria.

(5) Son muestra de dicho parecer las RRDGRN de 23 de diciembre de 1987 (*EDD* 1987/9962), 3 de octubre de 1991 (*EDD* 1991/9281), 6 de junio de 1998 (*EDD* 1998/7491), 27 de septiembre del 2000 (*EDD* 2000/36393) y 12 de marzo del 2003 (*EDD* 2003/5846).

(6) En tal sentido, vid. RRDGRN de 26 de noviembre de 1990 (*EDD* 1990/10707), 17 de enero de 1994 (*EDD* 1994/6491), 12 de septiembre de 2003 (*EDD* 2003/89458), 11 de octubre del 2004 (*EDD* 2004/173778) y 25 de abril del 2005 (*EDD* 2005/83435).

(7) Así sucedía, por ejemplo, en las RRDGRN de 23 de diciembre de 1987 (*EDD* 1987/9962), 3 de octubre de 1991 (*EDD* 1991/9281) y 28 de julio de 1998 (*EDD* 1998/30619), influenciadas quizá, como indica GARCÍA ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, C. (*Patología*

- c) Vulneración de las normas jurídico-imperativas sobre prelación de créditos cuando se pretenda el aseguramiento de obligaciones puramente futuras (8), de suerte tal que los acreedores del deudor garantizando titulares de créditos (9) posteriores en el tiempo a la constitución de la garantía pero anteriores al nacimiento de la obligación futura garantizada sean pospuestos por vía contractual a un acreedor, el hipotecario, cuyo crédito puramente futuro no ha nacido aun (10).
- d) La inmovilización jurídica de los bienes del deudor hipotecario, de un lado porque, al soportar un gravamen que garantiza eventuales operaciones futuras, supone un encadenamiento del deudor al acreedor hipotecario, quien no está obligado, sin embargo, a concederle crédito; y de otro, porque la cancelación de esta modalidad hipotecaria exigiría al deudor la prueba de hechos negativos (inexistencia de futuras obligaciones garantizadas), lo que supondría perpetuar registralmente una hipoteca que podría no garantizar obligación alguna.

Ante el criterio de la DGRN expuesto, negando la admisibilidad en nuestro Ordenamiento Jurídico de la hipoteca global o flotante, un sector de la doctrina mostró su desacuerdo destacando en los últimos tiempos, por la profundidad de su estudio, CARRASCO PERERA (11), CORDERO LOBA-

actual de la hipoteca de máximo, *Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 191, pág. 231) por una interpretación histórica de nuestro Derecho, vinculada a la consideración de la hipoteca en el Derecho Romano, en el que, cuando una hipoteca se extinguía porque la obligación garantizada se extinguía (o no llegaba a nacer, en el caso de las obligaciones futuras o sujetas a condición suspensiva), lo procedente era la cancelación del asiento registral, sin que el rango quedase a favor del acreedor hipotecario, de modo tal que los principales beneficiarios eran los restantes acreedores del deudor hipotecario, que venían desaparecer una carga preferente a su derecho.

(8) Con la expresión *obligaciones puramente futuras* hacemos referencia a aquellas obligaciones futuras que no tienen conexión con una relación jurídica existente al tiempo de constitución registral de la garantía.

(9) Entendemos que la pretendida vulneración legal argumentada por la DGRN hace referencia exclusivamente a la situación jurídica de los acreedores intermedios que no son acreedores preferentes por ministerio de la ley, como los contemplados en los artículos 32.1 y 2 ET, o en el artículo 9.1.e) LPH; y que tampoco han anotado registralmente su derecho. En consecuencia, entendemos que la crítica se centra en la tutela de la posición jurídica de aquellos acreedores que, careciendo de preferencia legal, han anotado o inscrito su derecho con posterioridad a la inscripción de la escritura de constitución del gravamen, pero con anterioridad a la fecha de nacimiento de la obligación asegurada por dicha hipoteca.

(10) Este argumento fue manejado también por la sentencia de la AP de Alicante, de 21 de febrero de 2007, Sección 6.ª, núm. 81/2007 (*JUR* 265461), FJ 1.º

(11) Vid. CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002; CARRASCO PERERA, M., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditori*», en *Diario La Ley*, núm. 6988, julio 2008 (36908/2008).

TO (12) y GÓMEZ GÁLIGO (13), autores todos ellos que han formulado una razonada crítica jurídica respecto a los argumentos empleados por el Centro Directivo, abogando al tiempo por una interpretación más amplia de la normativa existente antes de la reforma, y de cuya ardua tarea, al menos en parte, trae causa el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. Asimismo, otros autores, entre los que destaca el maestro REY PORTOLÉS (14), desde una perspectiva eminentemente práctica, propusieron modelos de hipotecas *semi-flo-*

(12) Vid. CORDERO LOBATO, *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997; «Sentencia de 31 de julio de 2002: hipoteca de máximo en garantía de la restitución de descubiertos en cuenta corriente que el acreedor se obliga a aceptar: distinciones con la hipoteca en garantía de obligaciones futuras y con la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 2003, págs. 437 a 450; «Proyectadas novedades en materia hipotecaria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 732, 12 de julio de 2007.

(13) Vid. GÓMEZ GÁLIGO, J., «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia?», en *RDCI*, núm. 702, 2007, pág. 1675.

(14) Vid. REY PORTOLÉS, J. M., «Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante», en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, págs. 314-315. También es de gran interés su artículo «Bombazo contra la hipoteca sumidero», publicado en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, págs. 273-275; o, finalmente, su «Comentario a la RDGRN de 23 de diciembre de 1987», publicado en la *RCDI*, núm. 590, 1989, págs. 156-157.

Este autor, siendo consciente sobre todo del problema que la exigencia de novación inicial (en el momento de anotación en la cuenta corriente) suponía para el acreedor hipotecario (fundamentalmente, pérdida de la exigibilidad aislada de cada obligación y de las garantías originariamente constituidas en aseguramiento de la misma), efectuó un planteamiento genérico de un modelo de hipoteca flotante configurada, no al amparo de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito (*ex art. 153 LH*) de acuerdo al modelo admitido por la DGRN, sino bajo el paraguas jurídico de los artículos 142 y 143 LH (y concordantes del RH), y cumpliendo, a su entender, las exigencias de las resoluciones antes citadas; se trataría, en suma, de una hipoteca caracterizada por las siguientes notas:

- a) Una hipoteca en garantía de una única obligación futura, en la que una vez cumplido el plazo pactado, se agruparían las diversas obligaciones heterogéneas subsumibles en las reglas de integración de la cobertura convenidas en el título constitutivo de la garantía.
- b) Una hipoteca en la que el acreedor sería libre de incorporar o no como elementos garantizados otras obligaciones nacidas antes del vencimiento del plazo pactado, y subsumibles en la garantía según las reglas de integración de la cobertura pactadas en la constitución del gravamen hipotecario, del mismo modo que el deudor podría oponerse a tal inclusión con el mero hecho de pagar con carácter preferente aquella obligación cuya no inclusión en la garantía hipotecaria pretenda.
- c) Una hipoteca en garantía de una obligación futura constituida por el resultado de la novación de un conjunto de obligaciones determinadas conforme a las reglas de integración previstas en el título constitutivo; novación que se produciría, por pacto *inter partes*, no en el momento de anotación de la remesa en la cuenta corriente, sino en el momento de cierre final de la cuenta, conservando las obligaciones hasta ese momento su independencia e individualidad jurídicas y, en consecuencia, la posibilidad de reclamación separada y las garantías originarias asociadas a las mismas.

tantes, susceptibles de cumplir con las exigencias expresadas por la DGRN a través de sus resoluciones.

Es en este estado jurídico en el que debemos enmarcar y entender el trascendente *giro copernicano* que se ha operado respecto de la admisibilidad de la hipoteca flotante en nuestro Derecho, como consecuencia de la reforma operada por la Ley 41/2007, al añadir el nuevo artículo 153 bis a la Ley Hipotecaria, cuyo contenido, consecuencias y eventuales problemas de aplicación práctica centran las reflexiones contenidas en el presente trabajo.

II. LA REFORMA HIPOTECARIA POR LA LEY 41/2007. EL NUEVO ARTÍCULO 153 BIS LH Y LA ADMISIBILIDAD DE LA HIPOTECA GLOBAL

1. EL ALCANCE DE LA REFORMA EN LA LEY HIPOTECARIA

Como hemos indicado, ante la reticencia de la DGRN a admitir las nuevas figuras hipotecarias que la práctica mercantil (15) venía demandando insistentemente, la promulgación de la Ley 41/2007, ha venido a dar carta de naturaleza en nuestro Derecho positivo a la hipoteca global o flotante, bajo la denominación de *hipoteca de máximo*. En tal sentido, es particularmente explícita la propia Exposición de Motivos de la Ley cuando, en su apartado VII, dispone lo siguiente:

«En el Capítulo VI se flexibiliza el mercado hipotecario regulando las hipotecas de máximo, también llamadas doctrinalmente “flotantes”. La accesoriidad 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.

Lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de cré-

(15) La existencia de dicho sentir en el conjunto de los operadores jurídicos tuvo su reflejo en sede legislativa a través de una proposición no de ley para la reforma del mercado hipotecario formulada por el Grupo Parlamentario Socialista, publicada en el *BOCG*. Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 154, de 15 de febrero del 2005, aprobada con ligeras modificaciones por la Comisión de Economía y Hacienda el 9 de marzo de 2005 (*BOCG*. Congreso de los Diputados. Serie D, núm. 174, de 21 de marzo del 2005, pág. 6).

dito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas. La hipoteca de máximo permitirá admitir nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados».

En efecto, el artículo 11 de la citada Ley, con la simple modificación de un precepto (el art. 12 LH) y la introducción de otro *ex novo* (el art. 153 bis LH), ha supuesto definitivamente la inaplicación, o aplicación notablemente atenuada, de los principios registrales de determinación y accesoriedad, tal y como habían sido interpretados hasta ese momento por la DGRN con respecto a la *hipoteca de máximo*, consagrando su definitiva admisión en nuestro ordenamiento jurídico, y dotándola de un régimen jurídico básico (quizá, como se indicará, demasiado básico) susceptible de desarrollo al amparo de la autonomía de la voluntad.

Veamos a continuación con detalle los dos preceptos citados (arts. 12 y 153 bis LH):

- a) En primer lugar, el artículo 11.1 de la Ley 41/2007 modifica el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, cuya redacción, por lo que aquí interesa (primer párrafo), pasa a ser la siguiente: *«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración»*. Conforme a la redacción anterior, inalterada desde la promulgación de la Ley Hipotecaria en 1946, disponía este precepto que: *«Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses si se hubiesen estipulado»*. Répárese, en consecuencia, en la sustancial diferencia con la redacción tras la reforma legal, donde la referencia al *«importe de la obligación asegurada»* se mantiene, en clara referencia a las hipotecas ordinarias o de tráfico, en tanto que se introduce *ex novo* la expresión, *«importe máximo de responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas»*, que únicamente cobra sentido en relación con las hipotecas de seguridad, de las cuales la hipoteca global o flotante, también denominada hipoteca de máximo por el artículo 153 bis LH, constituye su principal exponente.
- b) En segundo lugar, el artículo 11.4 de la Ley 41/2007 introduce un nuevo artículo 153 bis en la Ley Hipotecaria, que dispone: *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 obligacio-*

nes, 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.

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».

Centrando nuestra atención en este último precepto, nos parece interesante, con carácter previo a consideraciones ulteriores, exponer sucintamente los distintos avatares que su redacción ha sufrido en los diversos trámites parlamentarios hasta llegar a su publicación en el *BOE*. Así:

- a) Figuraba ya con una redacción sustancialmente similar a la final en el Anteproyecto de Ley (16), si bien se seguía requiriendo el pacto novatorio de las distintas obligaciones en la obligación final garantizada. Asimismo, no se contemplaba la actual hipoteca de máximo a favor de Administraciones Públicas.*
- b) En el Proyecto de Ley (17), remitido por el Gobierno a las Cortes, figuraba en el artículo 10.4, y en él se excluía expresamente la necesidad de pacto novatorio.*
- c) En el trámite ante el Congreso de los Diputados, retorna al texto la exigencia de pacto novatorio, al desaparecer de la reforma la adición a la Ley Hipotecaria del artículo 153 bis.*

(16) *Anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia*, aprobado por el Ministerio de Justicia en fecha 27 de octubre del 2006 (accesible en la dirección web www.ahe.es/bocms/sites/ahe/pages/Home.jsp?mID=98).

(17) *BOCG*. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 127-9, de 25 de octubre de 2000, págs. 115-116.

- d) Finalmente, en el trámite ante el Senado (18), con carácter previo a su definitiva aprobación, se retoma la exclusión expresa de la necesidad de pacto novatorio, introduciendo nuevamente el artículo 153.bis suprimido, posibilitando además el aseguramiento mediante esta modalidad hipotecaria de créditos tributarios y de Seguridad Social a favor de las Administraciones Públicas, figura no contemplada en los trámites parlamentarios precedentes.

En consecuencia, superada por la reforma legal la discusión sobre la admisibilidad en nuestro Derecho de la hipoteca global, flotante o de máximo, analizaremos en los apartados siguientes los distintos interrogantes que se nos plantean a raíz de su entrada en vigor, a la espera de una nueva doctrina de la DGRN que, respetando la voluntad del legislador, muestre el camino que en el futuro ha de seguir en nuestro Derecho la *hipoteca flotante*.

2. EL NUEVO RÉGIMEN NORMATIVO. LA HIPOTECA GLOBAL O FLOTANTE Y EL ARTÍCULO 153 BIS LH

2.1. *El nomen iuris empleado: ¿Hipoteca de máximo?*

En primer término resulta procedente plantearse hasta qué punto es jurídicamente riguroso el empleo por parte del legislador del término *hipoteca de máximo* para referirse a la modalidad hipotecaria que establece a través del artículo 153 bis LH; utilización quizá motivada por la generalización de dicha expresión en la práctica mercantil para referirse, no única y exclusivamente a esta figura hipotecaria, sino con carácter general a hipotecas en garantía de obligaciones indeterminadas *ab initio* e, incluso, a su uso por una parte de la doctrina (19). Tomando como referencia las notas características de la hipoteca flotante anteriormente expuestas, es posible colegir que el derecho real de garantía regulado por el artículo 153 bis LH es susceptible de ser catalogado como hipoteca flotante. Es más, la propia Exposición de Motivos de la Ley, en su apartado VII aboga por dicha conclusión al señalar que «*en el capítulo VI se regulan las hipotecas de máximo, llamadas doctrinalmente hipotecas flotantes*».

Sin embargo, ha de quedar clara desde un principio la imposibilidad de equiparar los términos *hipoteca de máximo* e *hipoteca flotante*, por cuanto

(18) La enmienda del Senado añadiendo el artículo 153 bis LH (art. 11.4) aparece publicadas en *BOCG*, Serie A, núm. 127-10, de 21 de noviembre del 2007, págs. 149-150, su aprobación consta en el Diario de Sesiones del Congreso, núm. 302, de 22 de noviembre de 2007, pág. 15072.

(19) Vid. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 2.º, 6.ª ed., 1968, págs. 706-707.

que la primera constituye el género del cual la segunda es especie (20). Según nos indica GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (21), quizá el motivo para esta equiparación surja ante la imposibilidad de determinar en el momento de constitución de la hipoteca, el importe, cuantía o incluso existencia de las obligaciones garantizadas, pues hasta el cierre de la cuenta en que se anotan las obligaciones garantizadas, y previa elección del acreedor hipotecario, son desconocidas las obligaciones concretas que van a quedar integradas en la garantía y, por lo tanto, ha de establecerse un máximo de responsabilidad hipotecaria que las garantice.

Así las cosas, hemos de entender, desde un punto de vista estrictamente conceptual, más acertada la denominación hipoteca global o flotante, pues su característica esencial no radica en el establecimiento de una cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, circunstancia común a todo género de hipotecas (incluso a las ordinarias o de tráfico), sino en que se trata de un gravamen que no se acopla en origen a ninguna obligación determinada, garantizando globalmente (o *flotando*) sobre un conjunto de ellas (figurando en la escritura de constitución únicamente «*la descripción de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*»), a todas las cuales cubre o protege en potencia, aun cuando al tiempo de la ejecución se ciña solo a las determinadas por el acreedor hipotecario (22).

Ahora bien, es obligado indicar, en segundo término, que la propia norma parece ser consciente de la falta de adecuación del concepto empleado pues,

(20) En efecto, en función del contenido, es posible distinguir entre hipotecas ordinarias y de seguridad, según se asegure una obligación existente e inicialmente determinada, de suerte que la fe pública que dispensa su inscripción en el Registro se extiende tanto al derecho de garantía como al crédito garantizado (hipoteca ordinaria o de tráfico) o, por el contrario, se garantice el cumplimiento de una obligación de cuantía o incluso existencia indeterminada inicialmente, de modo que la fe pública registral únicamente se extiende a la garantía hipotecaria, pero no al crédito o créditos asegurados, cuya existencia, cuantía y exigibilidad deberá acreditarse extra registralmente en el momento oportuno (hipoteca de seguridad). Así las cosas, en tanto que a través de la hipoteca flotante se pretende otorgar cobertura a una multiplicidad de obligaciones cuya existencia y/o características no vienen determinadas en el título constitutivo de la garantía, pero cuya individualización se efectuará conforme a lo contractualmente pactado en el mismo, siguiendo una serie de reglas de integración de la cobertura, ha de ser clasificada ésta dentro de las llamadas hipotecas de seguridad. A su vez, junto con la hipoteca flotante, constituyen especies dentro del género constituido por las hipotecas de seguridad, la hipoteca en garantía de títulos emitidos a la orden o al portador (art. 155 LH), la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición suspensiva (art. 142 LH), y la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH).

(21) Vid. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pág. 254.

(22) Vid. REY PORTOLÉS, J. M., «Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante», en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, págs. 295-296.

aun de un modo indirecto, el propio artículo 153 bis LH, en sus líneas iniciales hace referencia a la existencia de otras *hipotecas de máximo*, en referencia, ha de entenderse, al precepto inmediatamente anterior en dicho texto legal; esto es, al artículo 153 LH, que regula la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, tradicionalmente considerada como el prototipo de las hipotecas de máximo (23). Se nos indica así de un modo claro que el legislador tiene conciencia de la existencia de otras modalidades hipotecarias, también merecedoras del calificativo *hipoteca de máximo*, viniendo a constituir la contemplada en el artículo 153 bis LH una especie dentro de dicho género, en los términos ya expuestos.

2.2. ASPECTOS SUBJETIVOS

2.2.1. *El acreedor hipotecario*

Conforme a la teoría general de la contratación, no pesan sobre el acreedor hipotecario mayores limitaciones legales para la constitución de una hipoteca, bastando con que dicha persona tenga capacidad jurídica y de obrar (24). Ahora bien, la posición acreedora en el contrato de hipoteca flotante contemplado en el artículo 153 bis LH, exige requisitos adicionales respecto a los anteriormente expuestos. En efecto, dispone el referido precepto que «*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».*

(23) A título de ejemplo, vid. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 2.º, 6.ª ed., 1968, pág. 717; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *RCDI*, núm. 681, 2004, pág. 254; PRETEL SERRANO, J. J., «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (Examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2000)», en *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2818-2819.

(24) Con carácter general respecto de las condiciones para ostentar capacidad jurídica, vid. artículos 29-34 del Código Civil respecto de personas físicas; y artículos 35-39 del Código Civil respecto de personas jurídicas. Respecto de la capacidad de obrar necesaria para ser acreedor hipotecario, vid. artículo 1263 del Código Civil; sobre esta materia, vid. CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, págs. 465-466.

A la vista de dicha redacción, y en cuanto a la posición jurídica de acreedor hipotecario en la hipoteca flotante, entendemos posible extraer una doble conclusión:

- 1.º Que no cualquier sujeto de derecho puede ostentar dicha condición jurídica, sino exclusivamente ciertas entidades de crédito (bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito, así como las entidades oficiales de crédito autorizadas estatutariamente al efecto) y las Administraciones Públicas.
- 2.º Que en función de su titular, existen diferencias en cuanto a la extensión objetiva de la hipoteca flotante, en lo que a las obligaciones susceptibles de aseguramiento se refiere, pues mientras el primer grupo de sujetos (fundamentalmente, entidades de crédito) está facultado para ostentar la condición de acreedor hipotecario derivada de una hipoteca flotante en garantía «*de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras*», las Administraciones Públicas ven objetivamente cercenada dicha posibilidad exclusivamente a la garantía de «*créditos tributarios o de la Seguridad Social*».

Centrando la cuestión en la hipoteca constituida a favor de entidades financieras, cumple indicar que las razones para el establecimiento de esta *discriminación positiva* las ofrece el propio preámbulo de la Ley donde se justifica la restricción de esta modalidad desde el punto de vista activo «*a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a que están sometidas aquéllas*». Sin embargo, ninguna referencia se contiene en la Exposición de Motivos respecto a las Administraciones Públicas como potenciales acreedores hipotecarios al amparo del artículo 153 bis LH, omisión quizá debida a que dicha posibilidad no fue contemplada en las sucesivas versiones de la norma habidas a lo largo de su gestación en sede parlamentaria, hasta que fue objeto de postrera introducción en el trámite ante el Senado (25).

Esta opción de política legislativa empleada por el legislador en punto a restringir el ámbito subjetivo expuesto, aun cuando ha sido objeto de crítica por parte de algún sector doctrinal (26), nos parece razonablemente acorde

(25) Vid. 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, 2008, pág. 1271.

(26) Vid. AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, págs. 1203-1205. En tal sentido, este jurista pone de manifiesto que esta opción restrictiva podría ser contraria a las últimas tendencias en la Unión Europea, pues en el Libro Blanco sobre la Integración de los Mercados de Crédito Hipotecario en la Unión Europea, la Comisión reconoce estar «*en principio, a favor de autorizar que las entidades no bancarias desa-*

tanto con el predominio que las entidades de crédito tienen en la financiación de empresas y particulares (27), como con el plus de confianza que el sometimiento de dichas entidades a la supervisión del Banco de España debe generar en cuanto a la correcta utilización de esta nueva figura hipotecaria por dichos operadores jurídicos.

Ahora bien, el legislador no parece haber sido consciente de que la exigencia de requisitos subjetivos adicionales para ser titular en la relación jurídico-hipotecaria puede introducir dificultades en sede de transmisión de créditos garantizado con la hipoteca del artículo 153 bis LH, al ser perfectamente posible que, constituida la hipoteca flotante a favor de una de las entidades legalmente habilitadas, se pretenda por ésta con posterioridad la cesión, total o parcial, del crédito hipotecario a un tercer sujeto en el cual podrían no concurrir dichas condiciones subjetivas específicas, lo que obligaría a pronunciarse sobre la posibilidad de que dicha transmisión sea posible conforme a nuestro Derecho vigente. E idénticas consideraciones deberían efectuarse en el supuesto de que un acreedor no financiero se subrogue por la vía del artículo 1211 del Código Civil. Cuestiones problemáticas todas ellas que no han recibido atención normativa expresa por la reforma legislativa, y cuya solución definitiva estará pendiente de los pronunciamientos de la DGRN respecto de dichas cuestiones, cuando las mismas le sean planteadas.

2.2.2. El deudor hipotecario

En lo que a la posición del deudor hipotecario respecta, a diferencia de lo indicado en el apartado precedente respecto a las limitaciones introducidas en relación con la posición acreedora, hemos de indicar que la Ley 41/2007 no ha establecido particularidad alguna distinta de las exigidas, con carácter general, para la constitución de cualquier garantía hipotecaria en aseguramiento de obligaciones, propias o ajenas (28), debiendo dejar constancia, no obstante, de que, a lo largo de su tramitación legislativa, se ha planteado la posibilidad de limitar su empleo a pequeñas y medianas empresas, con exclusión expresa de las per-

rollen actividades de préstamo hipotecario», preocupada solo 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».

(27) En este mismo sentido se manifiesta 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, 2008, pág. 1271.

(28) Además de la capacidad jurídica y de obrar antes referida respecto de la posición acreedora, para poder ser deudor hipotecario (deudor *stricto sensu* o hipotecante no deudor) se requiere adicionalmente «*que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al que la hipoteca*» y «*que las personas que constituyan la hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto*» (art. 1857.2.º y 3.º CC).

sonas física no empresarias (esto es, de los consumidores), e incluso ha habido algún autor que ha llegado a afirmar que a tal conclusión conduce una interpretación conforme al espíritu de la norma, que atienda a la intención del legislador, puesta de manifiesto en las enmiendas verificadas al Proyecto durante el trámite parlamentario (29). En relación con esta cuestión, nos parece que la dicción de la Ley es clara en este punto y, en consecuencia, si nada nuevo se nos dice respecto del deudor, debemos entender que rigen las reglas generales antes referidas (ello en aplicación de la regla *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* y de los principios sobre la interpretación de las normas contemplados en el art. 3 del Código Civil). A mayor abundamiento cumple indicar que, si la *voluntas legislatoris* hubiese sido contraria a la dicción literal, tiene abierta la posibilidad de manifestarlo claramente a través de una reforma legislativa, habiendo transcurrido más de dos años desde la entrada en vigor de la norma sin que la misma se haya producido.

2.3. Aspectos objetivos

Con independencia de lo manifestado respecto de los sujetos intervinientes en el contrato de hipoteca flotante, es desde el punto de vista de las obligaciones garantizadas (30) donde se han verificado innovaciones de mayor calado, pues la reforma legislativa llevada a cabo, como ya hemos indicado, viene a dar carta expresa de naturaleza en nuestro Derecho a la figura de la hipoteca global o flotante, determinando su ámbito objetivo de modo diverso, tal y como hemos apuntado anteriormente, en función del sujeto que ocupe la posición de acreedor hipotecario:

- a) Si dicha posición es ocupada por las entidades descritas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, la hipoteca podrá garantizar «una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras».
- b) Si la posición activa es ocupada por una Administración Pública, la hipoteca podrá garantizar «créditos tributarios o de la Seguridad Social» de los que dichas administraciones fuesen titulares.

En primer lugar, esta distinta extensión del objeto garantizado por la hipoteca flotante, otorgando mayor amplitud a la hipoteca flotante que pueda

(29) Vid. enmiendas de los Grupos Parlamentarios Popular (núm. 42 y 59) y de CIU (núm. 59 y 96), que fueron objeto de retirada en beneficio de la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista (núm. 85) en la que, sin embargo, ya no se contemplaba limitación alguna respecto de los posibles hipotecantes al amparo de la figura objeto de estudio.

(30) Desde la perspectiva del otro objeto del contrato de hipoteca (la finca hipotecada), el régimen jurídico de la hipoteca global no presenta diferencias significativas respecto al régimen general de la hipoteca establecido en nuestro Ordenamiento Jurídico.

garantizar operaciones de entidades de crédito, y limitando la hipoteca flotante a favor de Administraciones Públicas a la garantía de los créditos tributarios y de Seguridad Social de que aquéllas sean titulares, nos hace afirmar que la Ley 41/2007 ha introducido en nuestro ordenamiento dos tipos de hipotecas flotantes: la que podríamos llamar hipoteca flotante *pura o plena*, que es la que se prevé en favor de entidades financieras «*en garantía de una o diversas obligaciones, presentes o futuras*», y la flotante a favor de Administraciones Públicas, introducida ya en tiempo de descuento en el trámite en el Senado, limitada exclusivamente a los créditos tributarios o de la Seguridad Social. En línea con ello, centraremos el análisis de la figura en la que podríamos dar en llamar *hipoteca flotante bancaria*, por el extraordinario juego que entendemos puede dispensar en la práctica a las entidades de crédito indicadas por el artículo 153 bis en su apartado a).

Sentado lo anterior, en segundo término, hemos de llamar la atención sobre la referencia expresa contenida en el artículo 153 bis, relativa a que la garantía de las obligaciones se verificará *sin necesidad de pacto novatorio alguno*. De dicha expresión, de breve extensión pero intensa significación práctica, es posible concluir que esta modalidad hipotecaria constituye la más clara excepción al principio de accesoriedad, manifestado tal y como ha sido interpretado por la DGRN, en la regla *una obligación-una hipoteca*.

En efecto, el propio artículo 153 bis, tras prever la posibilidad de asegurar con una garantía única *una o diversas obligaciones* que pueden ser *de cualquier clase*, incluso futuras, establece la innecesaridad de pacto novatorio para la integración de las mismas en una única obligación final objeto de garantía hipotecaria, resultado de la refundición de las obligaciones originarias precedentes, mediante su integración en una cuenta corriente, con la consiguiente pérdida de su autonomía y exigibilidad independiente.

En consecuencia, tras la reforma legal operada por la Ley 41/2007, las obligaciones garantizadas por la hipoteca flotante mantienen su autonomía, y con ella su exigibilidad independiente, subsistiendo íntegramente las garantías originariamente constituidas para su aseguramiento (distintas de la hipoteca flotante). Y sin que ello implique en modo alguno que la hipoteca deje de ser accesorio, entendida dicha accesoriedad como relación entre la garantía hipotecaria y el incumplimiento de las obligaciones aseguradas, de suerte tal que si todas las obligaciones susceptibles de ser garantizadas son nulas, también lo será la hipoteca flotante (31).

(31) Ahora bien, hemos de tomar en consideración que, aunque la hipoteca sea nula por falta de causa (nulidad de la obligación garantizada), el cesionario del crédito que lo haya adquirido según la información que publica el Registro, a título oneroso y de buena fe, por virtud del artículo 34 LH, puede beneficiarse de la garantía, según ha manifestado la STS de 23 de noviembre de 2004 (núm. 1141/2004, rec. 3189/1998, EDJ 2004/184811).

En otro orden de cosas, cumple indicar que, a raíz de la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, el principio de determinación también se ha visto notablemente afectado, pues si bien no ha resultado excepcionado totalmente en relación con la hipoteca flotante, si ha sido objeto de una extraordinaria flexibilización, al permitir constituir una única *hipoteca flotante bancaria* en garantía de múltiples obligaciones, de cualquier clase, presente o futuras, siendo suficiente a tal efecto que se especifique en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción registral oportuna «la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas» (art. 153 bis. II LH).

Es patente la amplitud términos con que, según la dicción de la Ley, pueden configurarse en el título constitutivo las reglas de integración de la cobertura hipotecaria, con superación de las exigencias formuladas por la DGRN al amparo del principio de determinación de la obligación garantizada. De esta forma, sobre la base del nuevo artículo 153 bis LH, entendemos que han sido legalmente superadas las exigencias de expresión circunstanciada de los elementos identificadores de las obligaciones garantizadas (32), y de existencia al tiempo de formalización de la garantía de una relación jurídica previa de la que las obligaciones garantizadas futuras traigan causa, siendo ahora suficiente una descripción general de los tipos negociales de los que puedan traer causa las obligaciones susceptibles de aseguramiento a través de la hipoteca flotante. Ahora bien, ello no implica que el principio de determinación se haya excepcionado y, por tanto, entendemos que no resultarían admisibles determinaciones de la cobertura hipotecaria del tipo: «la hipoteca se establece en garantía

(32) Vid. la reciente RDGRN de 25 de abril del 2005 (EDD 2005/83435), que, continuando la doctrina sentada desde diciembre de 1987, nos dice en su FD 3.º que «es doctrina reiterada de este Centro Directivo [cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 (EDD 1987/9962), 3 de octubre de 1991 (EDD 1991/9281), 3 de noviembre de 2000 (EDD 2000/40056), 10 de julio de 2001 (EDD 2001/33485), 12 de septiembre de 2003 (EDD 2003/89458) y 11 de octubre de 2004 (EDD 2004/173778), entre otras] que el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (cfr. arts. 9.2.º de la Ley Hipotecaria y 51.6.º del Reglamento Hipotecario), lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen circunstanciadamente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.); y aunque —con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito— se permite en ciertos supuestos la hipoteca sin la previa determinación registral de todos sus elementos, siempre se imponen algunas exigencias mínimas, para impedir que tal derecho constituya, en realidad, una mera reserva de rango registral o una especie de hipoteca “flotante”, en la que, si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del acreedor determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes, totales o parciales, de obligaciones ya existentes o con el importe de otras obligaciones que en el futuro pueda contraer el mismo deudor en favor del acreedor. Sobre una posible interpretación de la expresión contenida en el artículo 153 bis LH, vid. CARRASCO PERERA, M., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditori*», en *Diario La Ley*, núm. 6988, julio de 2008 (36908/2008).

de todos los créditos surgidos o que puedan surgir entre acreedor y deudor», o incluso del tenor: «la hipoteca garantiza las operaciones regulares del negocio bancario que se verifiquen entre las partes», pues, a nuestro juicio, debe darse cumplimiento al mandato legal en virtud del cual la indicación de la cobertura debe referirse a la descripción general de los actos o negocios jurídicos básicos de los que puedan derivar las obligaciones garantizadas, y ello requiere una identificación efectiva de tales aspectos, con proscripción de referencias absolutamente generales e imprecisas (33).

Sin perjuicio de todo lo manifestado, no es posible desconocer que también en este punto habrá de estarse al contenido doctrinal de las futuras Resoluciones de la DGRN sobre la interpretación de dicha expresión para conocer el verdadero alcance de la reforma pretendida.

Continuando con la exposición de las novedades que la hipoteca flotante plantea desde un punto de vista objetivo, hemos de indicar que para su válida constitución también se exige la constancia de:

- a) «La cantidad máxima de que responda la finca»; exigencia inexcusable derivada de su pertenencia al género de las hipotecas de seguridad (34). En el caso de que sean varias las fincas hipotecadas, a nuestro parecer resulta inexcusable la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre ellas, frente al parecer contrario de un sector doctrinal (35), e incluso de alguna antigua Resolución de la DGRN (relativa a la hipoteca de máximo) (36); opinión personal fundada en la regla general que contempla el artículo 119 LH, y cuya aplicación únicamente cabe excepcionar si existe una norma expresa en contrario, referida concretamente a la hipoteca flotante; en su defecto, entendemos que debe regir la regla general de distribución de respon-

(33) A título de ejemplo, nos parece que cumpliría con las exigencias legales una hipoteca flotante que estableciese como posibles obligaciones garantizadas los créditos derivados de contratos de préstamo, crédito, *leasing*, *renting*, *factoring*, *confirming*, situaciones de descubierto en cuenta corriente, líneas de descuento que las partes hayan concertado o concierten en un determinado plazo.

(34) Puesto que dicha cifra determina el riesgo máximo que tanto el deudor como, en su caso, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor de la misma deben soportar como consecuencia de la hipoteca, siempre tendrán la posibilidad de exigir la cancelación de la garantía, previo o simultáneo pago de dicha cifra. A este respecto, vid. RDGRN de 2 de enero de 1996 (EDD 1996/237), por la aplicación analógica que efectúa a este supuesto del artículo 124 LH.

(35) Un parecer contrario muestran CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, págs. 507-508; CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, pág. 135; AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en RCDI, núm. 707, 2008, pág. 1197; y por todos citado, vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, I, Ministerio de Justicia, 1948, pág. 431.

(36) Vid. RDGRN de 27 de agosto de 1912 (EDD 1912/26).

sabilidad entre las diversas fincas objeto de hipoteca, aun cuando ésta última sea flotante.

Cuestión distinta de la anterior es que el artículo 153 bis LH, en consonancia con la naturaleza global o flotante de la hipoteca que regula, no exija la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos susceptibles de ser garantizados, pues ello iría en contra de su propia naturaleza. En efecto, la hipoteca flotante garantiza en su integridad, y hasta la responsabilidad hipotecaria máxima pactada, la totalidad de los créditos susceptibles de ser garantizados conforme a las reglas de integración de la cobertura convenidas en el título constitutivo de la garantía. Ello no obsta, sin embargo, a que sí consideremos necesaria la distribución de la responsabilidad hipotecaria asignado partidas diferenciadas para intereses, ordinarios y/o moratorios, con el fin de respetar la norma imperativa contenida en el artículo 114 LH respecto de la limitación del aseguramiento de intereses en perjuicio de terceros.

- b) «*El plazo de duración de la hipoteca*». Al igual que se venía exigiendo ya en el artículo 153 LH, el nuevo precepto obliga al establecimiento de un plazo de duración de la hipoteca (37). Ahora bien entendemos que ello no implica en modo alguno que el deudor hipotecario esté sujeto al mismo, en los términos del artículo 1127 del Código Civil, pues éste, aun cuando no haya transcurrido el plazo de vigencia de la hipoteca contractualmente establecido, tendrá derecho a exigir del acreedor hipotecario la cancelación de la garantía hipotecaria flotante, si se cumplen cumulativamente las siguientes condiciones (38):

- 1.º Que todas las obligaciones presentes susceptibles de aseguramiento estén satisfechas.

(37) En relación con esta cuestión, indica AZOFRA («Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1208) que «*el legislador ha entendido el plazo de la hipoteca flotante como un elemento esencial cuya justificación 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 aun 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 a favor del acreedor hipotecario*», recordando en este punto que la RDGRN, de 4 de julio de 1984, fundamentó la denegación de la inscripción de la hipoteca por la inexistencia de plazo.

(38) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 118-119; AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, págs. 1199-1200.

- 2.º Que para el nacimiento de las obligaciones futuras susceptibles de garantía mediante la hipoteca flotante (en el supuesto de que se haya pactado su aseguramiento) se requiera un nuevo consentimiento por parte de deudor y acreedor o, no siendo así, por haberle sido conferidas facultades unilaterales a alguna de las partes contratantes para la perfección de dichas obligaciones futuras, que la parte cuyo consentimiento sea preciso para el nacimiento de las obligaciones futuras garantizadas manifieste irrevocablemente su voluntad contraria al mismo.

En todo caso, para evitar conflictos en torno a la posible aplicación del artículo 1127 del Código Civil al plazo establecido en la hipoteca flotante y la consiguiente vinculación del deudor al mismo, CORDERO LOBATO (39) propone que, sobre la base del principio de autonomía de la voluntad, se faculte al deudor hipotecario para desistir en el futuro del contrato, extinguiendo simultánea y anticipadamente la posibilidad de nacimiento de nuevas obligaciones susceptibles de integración en la cobertura, y siempre que las obligaciones garantizadas que ya hubieren nacido se hayan extinguido. Respecto a esta cuestión, entendemos lícito dicho pacto, siempre que se prevea, a modo de periodo máximo, el plazo de duración exigido por el artículo 153 bis LH.

Sea como fuere, parece que la voluntad del legislador en la exigencia del establecimiento de un plazo a la hipoteca flotante tiene por finalidad permitir, al amparo del artículo 82.II LH, una más sencilla cancelación del gravamen sin necesidad de recabar el consentimiento del acreedor o, en su defecto, obtener la sentencia judicial firme aludida el párrafo precedente del citado precepto legal (40); plazo que entendemos de caducidad, operando de un modo automático por su mero transcurso, sin necesidad de actuación posterior de las partes, y bastando, en consecuencia, la mera instancia del deudor ante el Registro en orden a su cancelación registral.

(39) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 115-119; AZOFRA, F. («Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1200) va aun más allá, pues considera innecesario el pacto, dado que por virtud del principio de accesoriedad, la inexistencia de obligaciones, ni presentes ni futuras, susceptibles de ser garantizadas por la hipoteca flotante, determina automáticamente el nacimiento a favor del deudor del derecho a requerir al acreedor la cancelación de la garantía.

(40) Vid. 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, 2008, págs. 1273.

- c) «*La forma de cálculo del saldo final líquido garantizado*». La referencia entre las menciones obligatorias de la hipoteca flotante a la forma de cálculo del saldo líquido garantizado parece ser una reminiscencia de las exigencias novatorias contempladas por la DGRN para la admisión de una suerte de modalidad hipotecaria parecida a la hipoteca global autorizada por la reforma. En nuestra opinión, esta referencia tiene pleno sentido en el marco del artículo 153 LH, donde se produce una novación extintiva de las obligaciones que se anotan en la cuenta corriente, cuyo saldo es el único crédito hipotecariamente garantizado, pero su establecimiento en la hipoteca flotante carece de rigor técnico, pues en ella las obligaciones garantizadas conservan su independencia y autonomía, sin necesidad de novarse y, por adición, integrarse en saldo final alguno.

No obstante, quizá una lectura de esta exigencia con el párrafo tercero del precepto, que permite *en caso de ejecución* el pacto en virtud del cual la cantidad exigible será la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma prevenida en el contrato, nos permita concluir que la determinación en la escritura de constitución de la forma de cálculo del saldo garantizado debe hacerse únicamente a los indicados efectos ejecutivos; esto es, efectuado la integración de las obligaciones finalmente garantizadas en una cuenta contable a efectos meramente operativos, proceder éste que era el pretendido por los operadores jurídicos con carácter previo a la reforma, y sistemáticamente denegado por la DGRN.

2.4. ASPECTOS FORMALES

Desde un punto de vista formal, la hipoteca flotante no presenta mayores particularidades. Así, constituirán requisitos *ad solemnitatem* para su válida constitución la constancia en escritura pública (art. 145 LH), con las menciones especialmente indicadas en el propio artículo 153 bis LH, y la posterior inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad donde se encuentre inmatriculada la finca (vid. arts. 1875 CC y 130 y 145 LH). Hasta la práctica de la inscripción, la hipoteca no existirá, si bien, en caso de calificación positiva, los efectos de la inscripción se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación (arts. 24 y 25 LH).

3. SITUACIONES DE PLURALIDAD SUBJETIVA EN LA POSICIÓN ACTIVA DE LA HIPOTECA FLOTANTE

Conforme se ha indicado previamente, la reforma de la legislación hipotecaria con la introducción del nuevo artículo 153 bis, lamentablemente no ha supuesto el establecimiento de un régimen jurídico completamente acabado de la hipoteca flotante, tanto desde el punto de vista de la reglamentación de situaciones especialmente vinculadas con dicha figura hipotecaria, cuanto con otras que, afectando con carácter general al derecho de hipoteca, no encuentran una específica solución en la Ley Hipotecaria. Y en este último grupo se encuentran las dificultades interpretativas derivadas de situaciones de pluralidad subjetiva, y más concretamente, en lo que aquí interesa, en la posición jurídica de acreedor hipotecario (41), con relevantes consecuencias, entre otros aspectos, en sede de ejecución de la garantía.

Así, son patentes las particulares dificultades que puede plantear la existencia, con carácter originario o sobrevenido, de una situación de pluralidad de sujetos que ocupen la posición acreedora. En efecto, por regla general, la posición jurídica de acreedor hipotecario será ocupada por un único sujeto (normalmente una entidad de crédito de entre aquellas a las que remite el art. 153 bis LH), circunstancia que no plantea mayores problemas; no obstante, en la práctica se producen con relativa frecuencia situaciones en las que varias personas ostentan a la vez dicha condición, pudiendo distinguirse dos supuestos básicos:

- a) Uno primero, donde existen varios acreedores hipotecarios que son copartícipes del crédito o créditos garantizados por hipoteca, es decir, son copropietarios del crédito hipotecariamente garantizado.
- b) Uno segundo, donde también existen varios acreedores hipotecarios, que comparten garantía (hipoteca flotante), pero que ostentan titularidades individualizadas sobre los distintos créditos garantizados.

A su vez, en ambas situaciones la existencia de coacreedores hipotecarios puede verificarse al propio tiempo en que es objeto de constitución la hipoteca

(41) En tal sentido, ha afirmado VERDERA SERVER, R. (*La hipoteca a favor de dos o más acreedores*, Tirant lo Blanch, 1999, colección privada, núm. 24, pág. 27), que «nuestro Ordenamiento no sanciona de manera tajante la posibilidad de que la condición de acreedor hipotecario corresponda a una pluralidad de personas (...) desde el punto de vista hipotecario, las especialidades de la obligación garantizada a las que se presta una mayor atención son las que atienden a un enfoque más objetivo [estas normas ocupan buena parte de las dedicadas a las hipotecas voluntarias: para la seguridad de las obligaciones futuras o condicionales (arts. 142 y 143 LH), para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador (arts. 150, 154, 155 y 156 LH), en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH) y en garantía de rentas o prestaciones periódicas (art. 157 LH)]».

flotante, con lo cual nos encontraríamos ante situaciones de pluralidad subjetiva originarias; o puede producirse en un momento posterior, como consecuencia de diversas vicisitudes (42), encontrándonos entonces ante coacreedores hipotecarios con carácter sobrevenido. La relevancia de esta última distinción (carácter originario o sobrevenido de la cotitularidad en la garantía) radica en la propia capacidad de las partes, al tiempo de otorgamiento de esta hipoteca, para poder establecer las reglas necesarias en orden a regular las relaciones entre acreedores y evitar así controversias futuras. En efecto, mientras en las situaciones de pluralidad subjetiva originaria los coacreedores hipotecarios están plenamente capacitados para establecer la reglamentación jurídica de sus relaciones intersubjetivas (*ex art. 1255 CC*), en los supuestos en que la plurisubjetividad se origine sobrevenidamente al acto de constitución de la garantía, ello supondrá de ordinario la falta de previsión contractual respecto a las relaciones entre cotitulares garantizados y, en consecuencia, la solución habrá de provenir de la escueta y parca regulación legal existente.

Por ello, en la práctica mercantil es frecuente que, cuando el deudor común constituye una garantía a favor de diversos acreedores (normalmente entidades de crédito), titulares de derechos de crédito diferenciados, en la escritura de constitución del gravamen se establezca, tanto la participación de cada acreedor en la garantía y el carácter mancomunado de la misma, cuanto un sistema de ejecución del gravamen que es sometido, normalmente, a un régimen de mayorías (43), solución intermedia entre las manejadas por la doctrina, según se ha expuesto.

En defecto de la indicada previsión expresa, entendemos que en los supuestos de pluralidad de acreedores cotitulares, bien de los créditos hipotecariamente garantizados, bien de la garantía, ostentando titularidades individuales de los distintos créditos objeto de aseguramiento, habrá de atenderse al régimen de cotitularidad establecido entre ellos. Así:

- a) Si sus relaciones se rigen por la solidaridad, ha de concluirse que cualquiera de ellos (sin el concurso de los restantes) podrá ejercitar de un modo independiente todas las facultades propias del acreedor hipotecario, como la acción de devastación (art. 117 LH) o el inicio de la ejecución de la garantía por el incumplimiento de la obligación

(42) A título de ejemplo, fallece el acreedor hipotecario dejando varios herederos titulares del crédito; el acreedor cede el crédito totalmente, pero a varios sujetos; el acreedor hipotecario cede parcialmente el crédito a otro u otros sujetos; se produce totalmente la subrogación en el crédito por varios acreedores o parcialmente por uno o varios.

(43) Esta práctica, común en procesos de reestructuración financieras de grandes compañías llevadas a cabo con su *pool* bancario, suele concretarse en el establecimiento, como condición previa para instar válidamente la ejecución de las garantías, alcanzar una mayoría, no inferior al 50 por 100 ni superior al 75 por 100 de entidades cuyos créditos representen dichos porcentajes en el endeudamiento global sujeto a reestructuración.

garantizada (44). En estos supuestos, la DGRN ha venido exigiendo únicamente que se desprenda de la escritura de constitución el carácter solidario del crédito, sin que sea preciso determinar la proporción en que cada acreedor participa en el mismo (45).

- b) Si se trata de créditos en mano común (o mancomunados indivisibles) (46); esto es, sometidos, como consecuencia de su indivisibilidad *ex* artículo 1139 del Código Civil, a las reglas de la comunidad de bienes, ningún acreedor podrá exigir aisladamente el cumplimiento de la obligación, debiendo para ello contarse con el consentimiento unánime de todos ellos (47).
- c) Finalmente, si en sus relaciones internas se rigen por la mancomunidad o parciariedad (48), son diversas las soluciones aportadas la doctrina. Así:

(44) Vid. RRDGRN de 1 y 23 de marzo de 1994 (EDD 1994/6925 y 6503). En relación con esta cuestión, vid. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (*Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Aranzadi, 1993, pág. 530), para quien «*en la hipoteca solidaria existe una sola hipoteca, sin que la pluralidad de acreedores haga surgir así una comunidad de derechos, en ningún caso, sino solo el que son varias las personas facultadas para actuar respecto de toda ella*». Ahora bien, GARCÍA GARCÍA (*El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, 1994, pág. 115) pone de manifiesto que, si bien cualquier acreedor puede solicitar la ejecución de la hipoteca, por imperativo del artículo 54 RH, ha de indicarse registralmente la proporción en que se atribuye dicho derecho a cada acreedor, indicando además que para la cancelación de la hipoteca por el ejercicio de la acción hipotecaria por uno solo de los coacreedores solidarios, será precisa resolución judicial o el consentimiento de todos aquéllos.

(45) En relación con esta materia, vid. RRDGRN de 23 de marzo de 1994 (EDD 1994/6503) y 28 de julio de 1998 (EDD 1998/30619). En la primera de estas resoluciones, se planteaba la inscripción de una hipoteca constituida en garantía de un crédito perteneciente a dos personas, sin que resulte de la escritura constitutiva el carácter solidario de la obligación ni la participación correspondiente a los coacreedores. La DGRN, entendiendo que es principio básico de nuestro sistema jurídico registral la exigencia de determinación precisa e inequívoca del contenido y extensión de los derechos que pretenden su acceso al Registro, concluye que, en los supuestos de cotitularidad de un derecho real, deberá expresarse en el asiento, de forma precisa, bien la participación en el crédito hipotecario de los acreedores mancomunados, bien el carácter solidario del mismo, sin que se admita la mera referencia a las presunciones de igualdad derivadas de los artículos 393 y 1138 del Código Civil. La segunda de dichas resoluciones confirma la doctrina expuesta en su FD 3.º

(46) Vid. VERDERA SERVER, R., *La hipoteca a favor de dos o más acreedores*. Tirant lo Blanch, 1999, colección privada, núm. 24, pág. 41.

(47) Si bien el precepto dispone que «*si la división fuere imposible, solo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y solo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores*», puesto que únicamente a *posteriori* es posible determinar si una acción llevada a cabo por un cotitular ha sido o no perjudicial para los intereses del conjunto, parece que la regla más aconsejable viene constituida por la exigencia de actuación conjunta de todos ellos, tanto en fase de seguridad, cuanto en fase de ejecución del derecho real.

- a) ROCA SASTRE (49) entiende que «la fragmentación del crédito en varias partes, de posible ejercicio independiente, ha de repercutir necesariamente en la hipoteca (...) bien en el sentido de producirse tantas hipotecas parciales como acreedores, bien en el de provocar una hipoteca por cuotas indivisas», decantándose finalmente por esta última opción. No obstante, también advierte que ambas soluciones conducen a un resultado sustancialmente idéntico, pues en ambos supuestos la garantía asociada a las fracciones de crédito no ejecutadas son preferentes, a los efectos de su subsistencia tras el auto de adjudicación del remate, conforme a la solución que ofrece el artículo 227 RH.
- b) Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (50), los acreedores mancomunados son propietarios de la hipoteca en régimen de comunidad ordinaria, lo que determina la imposibilidad de que cualquier acreedor ejecute la hipoteca sin contar con el consentimiento unánime de todos ellos, otorgando así una solución análoga a la dispuesta para los supuestos en los que se verifica una situación de comunidad romana antes examinados. No obstante, y siendo consecuencia con la naturaleza de comunidad ordinaria a que se encuentra sometido el derecho de hipoteca, entiende jurídicamente posible que un coacreedor, actuando en beneficio de la comunidad, solicite ejecución por la totalidad del crédito, lo que supondría que el precio de remate hubiere de quedar a disposición de todos los coacreedores hipotecarios, y no solo de aquel que ejercitó la acción. En este mismo orden de cosas, indica que aun cuando alguno de los acreedores haya cobrado su parte, la hipoteca no puede ser cancelada en perjuicio de los demás (51).
- c) Finalmente, GARCÍA GARCÍA (52) considera que ha de distinguirse según el carácter originario o sobrevenido de la pluralidad de

(48) Vid. VERDERA SERVER, R., *La hipoteca a favor de dos o más acreedores*. Tirant lo Blanch, 1999, colección privada, núm. 24, pág. 43.

(49) Vid. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 1.º, 6.ª ed., 1968, págs. 560-576. Esta posición es sostenida también por CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (*Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Aranzadi, 1993, pág. 532), y CHICO Y ORTIZ (*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 3.ª ed., 1994, págs. 1623-1624).

(50) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 2.ª ed., 1986, págs. 489-490. En sentido crítico, vid. ORTÍ VALLEJO, A., *Garantías de los títulos en el mercado hipotecario*, Civitas, 1993, págs. 146-147.

(51) Vid. Díez PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, Tecnos, 1993, 5.ª ed., pág. 517.

(52) Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, 1994, págs. 112-113. Este autor valora para alcanzar su conclusión, el perjuicio que se le produce al deudor que, habiendo convenido la hipoteca con un único acreedor, se enfrenta de un modo sobrevenido a la posibilidad de varias ejecuciones parciales.

acreedores hipotecarios. Y concluye que, mientras en el supuesto de la pluralidad subjetiva sobrevenida (en general, por sucesión *inter vivos* o *mortis causa*) uno solo de los acreedores no puede ejercitar la acción hipotecaria sin la concurrencia de los demás, pues el crédito hipotecario se constituyó como único, y el artículo 1860 del Código Civil dice que «*la prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor*» (53), en el caso de que la pluralidad subjetiva en la posición acreedora se haya producido con carácter originario, habrá de estarse a los pactos entre las partes: por tanto, si se pacta la mancomunidad, bien deberán constituirse tantas hipotecas como acreedores haya, bien deberá constituirse una única garantía, si bien señalando el porcentaje que en la misma corresponde a cada acreedor, y pactando el sistema de igualdad de rango del artículo 227 RH (54).

4. LA CESIÓN Y LA SUBROGACIÓN CONVENCIONAL DE CRÉDITOS GARANTIZADOS POR HIPOTECA FLOTANTE

En cuanto a la transmisión convencional del crédito hipotecario, por la similitud de las cuestiones que suscitan en relación con la hipoteca flotante, entendemos conveniente tratar de modo unitario los supuestos de transmisión que operan por voluntad de las partes contratantes (cesión y subrogación convencional de créditos, *ex arts. 1205 y 1209 CC*).

Por el contrario, tal transmisión no es voluntaria, sino que se trata de una consecuencia jurídica impuesta por una norma legal, derivada del pago del crédito efectuado por ciertos terceros (los indicados en los arts. 1210 y 1211 CC, y las entidades referidas por el art. 1 de la Ley 2/1994), la subrogación alcanza tanto al crédito como a las garantías constituidas para su aseguramiento por imperativo legal, sin que sea admisible, a nuestro juicio, el juego de la autonomía de la voluntad en este punto.

(53) En consonancia con la regla expuesta, el párrafo 3.º del citado artículo 1860 del Código Civil dispone que: «*tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos*».

(54) En este punto, considero que carece de sentido pactar la igualdad de rango por referencia al artículo 227 RH, puesto que si solo existe una hipoteca, no alcanzo a comprender respecto de que otro negocio jurídico se predica tal igualdad. En su caso, entiendo que lo que debe ser objeto de pacto es el régimen de ejecución parcial, en el sentido de que, ejecutada la hipoteca en la porción correspondiente por uno de los coacreedores hipotecarios, la porción restante de la garantía tendrá la condición de carga preferente, a los efectos de evitar su cancelación tras el auto de adjudicación del remate.

Por ello, las cuestiones apuntadas a continuación respecto de la cesión de créditos deben entenderse aplicables *mutatis mutandis* a la subrogación convencional. En el siguiente apartado del presente estudio serán objeto de análisis las particularidades que la subrogación legal tiene en el ámbito de la hipoteca global o flotante.

4.1. *La cesión y subrogación convencional de créditos futuros e ilíquidos. Cesión y subrogación convencional total y parcial*

Cumple indicar, en primer lugar, que, a falta de regulación expresa *ex* artículo 153 bis LH, el crédito garantizado con la hipoteca flotante debe seguir la regla general por virtud de la cual todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, salvo pacto en contrario (arts. 1112 y 1526 a 1537 CC). Por su parte, la transmisibilidad del crédito hipotecario es contemplada por los artículos 1878 CC y 149, 150 y 152 LH, al establecer que aquél puede ser enajenado o cedido a un tercero, en todo o en parte, con las formalidades que establezcan las leyes. Finalmente, cumple indicar que la transmisión convencional del crédito hipotecario lleva consigo el traslado de la hipoteca al cesionario, salvo disposición contraria de las partes (arts. 1209 y 1526 CC) (55).

Por ello, entendemos que no existe obstáculo jurídico alguno para admitir la cesión tanto de los créditos futuros, cuando de créditos ilíquidos a la fecha de la cesión, que se encuentren garantizados por hipoteca flotante. En efecto, respecto de los créditos futuros, no siendo objeto de discusión la posibilidad de su cesión, la cuestión radica en determinar si la meritada cesión puede implicar la transmisión de la titularidad del crédito futuro o ilíquido hipotecariamente garantizado antes de la constancia registral del nacimiento de la obligación (*ex* art. 143 LH). En este punto, nos parece acertada la opinión de CORDERO LOBATO (56), quien entiende transmisible el crédito futuro o ilíquido garantizado por hipoteca con independencia de que se haya practicado o no la anotación marginal del artículo 143 LH, sin perjuicio de que, llegado el momento de ejecución de la garantía hipotecaria, y puesto que la legitimación registral solo alcanzaría a la garantía (y no a la obligación asegurada), el acreedor hipotecario deba proceder a la integración extrarregistral del título, acreditando la existencia, cuantía y exigibilidad del crédito hipotecariamente asegurado (57), con objeto de acudir a los procesos sumarios de ejecución.

(55) La consideración de la posibilidad de cesión independiente de la garantía será objeto de análisis en apartados posteriores del presente estudio.

(56) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 138-144.

(57) Además, en ambos supuestos el cesionario no disfrutará del amparo del artículo 34 LH, pues la fe pública no puede extenderse a la existencia o cuantía de las obligaciones aseguradas, cuando tales datos no constan en el Registro.

Partiendo por tanto como regla general de la posibilidad de ceder los créditos (incluso los futuros e ilíquidos) garantizados por hipoteca flotante, entendemos preciso efectuar una nueva distinción en función de las diversas situaciones que pueden darse en la práctica. Así:

- a) En caso de cesión total de todos los créditos (nacidos y/o futuros) susceptibles de ser garantizados mediante la hipoteca flotante, las alternativas posibles consistirán, bien en la cesión del derecho de hipoteca junto con los referidos créditos (si la cesión pactada comprende la transmisión de la garantía), bien en la extinción del derecho de hipoteca (si la cesión no la comprende), por cuanto que el artículo 1528 del Código Civil prohíbe que el cedente sea titular de la garantía después de haber dejado de ser acreedor.

Operada la cesión, el cesionario, además de las obligaciones ya nacidas entre cedente y deudor que han sido objeto de cesión actual, podrá garantizar también las nuevas obligaciones dimanantes de operaciones que en el futuro lleve a cabo con el deudor hipotecario, siempre que las mismas estén comprendidas en las reglas de integración de la cobertura y hayan sido contraídas dentro del plazo, circunstancias ambas contempladas en el título constitutivo de la hipoteca flotante concertada previamente entre cedente y deudor.

En este orden de cosas, cumple indicar asimismo que la cesión total de los créditos futuros asegurados por la hipoteca flotante, sin cesión de crédito actual alguno, no supone transmisión de la hipoteca al margen de las obligaciones garantizadas (lo que implicaría la constitución de una hipoteca de propietario, rechazada por la doctrina) (58); los únicos créditos futuros susceptibles de asegurarse serán aquellos que encajen con lo establecido en las reglas de integración de la cobertura contempladas en la escritura de constitución de la hipoteca, si bien ahora no tendrán como partes contratantes a cedente y deudor, sino que el vínculo obligacional se establecerá entre este último y el cesionario.

- b) Si lo que se produce es una cesión parcial de créditos (nacidos y/o futuros) susceptibles de ser garantizados con la hipoteca flotante, puesto que cedente y cesionario van a ostentar la titularidad de créditos garantizados por dicha hipoteca, entendemos que habrá de establecerse en la escritura de cesión un reparto de la responsabilidad hipotecaria máxima originariamente establecida entre las obligaciones de las que el cedente sigue siendo titular, y las obligaciones transferidas al cesionario o, en el caso de que se cedan créditos fu-

(58) Vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario a los artículos 1874 y siguientes», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1912.

turos, constituidas en el plazo y de acuerdo a las reglas de integración de la cobertura contemplados en la escritura de constitución de la hipoteca flotante (59). No obstante, al amparo de la autonomía de la voluntad, entendemos perfectamente posible convenir expresamente la cesión de alguno de los créditos potencialmente garantizados, sin transmisión simultánea de la garantía potencialmente asociada al mismo y, en consecuencia, conservando el cedente en su integridad la garantía hipotecaria originaria respecto de las obligaciones que, de acuerdo a la cláusula de globalización y en el plazo pactado en la escritura, sean susceptibles de integración en la garantía por parte del acreedor originario.

Debe señalarse asimismo que tanto en supuestos de cesión total como parcial, consideramos asimismo posible la cesión de créditos hipotecarios futuros, aun cuando para el nacimiento de dichas obligaciones susceptibles de ser garantizadas al amparo de la hipoteca flotante sea preciso recabar nuevamente el consentimiento del deudor hipotecario, pues de lo que en definitiva se trata es de posibilitar al cesionario la integración en la cobertura hipotecaria de los créditos que en el futuro convenga con el deudor y sean susceptibles de subsunción dentro de los tipos negociales contemplados en la cláusula de globalización, sin necesidad de constitución de una nueva garantía hipotecaria, con los costes adicionales a ella asociados.

Otro aspecto relevante a considerar en sede de cesión de créditos es la posibilidad de que el cesionario pretenda integrar en la cobertura créditos que ostente contra el deudor ya nacidos a la fecha en que se celebre el contrato de cesión. En efecto, dada la especial configuración de la hipoteca flotante, y la determinabilidad conforme a la cláusula de globalización de las obligaciones susceptibles de ser garantizadas por la misma, en sede de cesión, es posible que un sujeto que ostente un crédito contra el deudor hipotecario, carente de garantía real, tenga interés en obtener la cesión de la hipoteca flotante, tanto para poder garantizar las obligaciones nacidas objeto de cesión anteriormente existentes entre cedente y deudor, o las obligaciones que en el futuro concierte con aquél, cuanto para poder así integrar en dicha garantía hipotecaria las obligaciones preexistentes a la cesión, concertadas entre deudor y cesionario, siempre que ello sea posible según las reglas de integración de la cobertura. En esta situación, puesto que cuantos más créditos queden asegurados por la hipoteca

(59) Se verificará de este modo una situación de pluralidad subjetiva en la posición de acreedor hipotecario, la cual ha sido ya objeto de análisis en un apartado precedente, siendo conveniente recordar aquí sus relevantes consecuencias prácticas, en función del establecimiento entre coacreedores hipotecarios de una relación de mancomunidad, comunidad romana o solidaridad, a la hora de proceder a la ejecución parcial de la garantía, con subsistencia de la parte no ejecutada.

flotante, menor será el importe disponible dentro del máximo garantizado y, en consecuencia menores incentivos tendrá el acreedor cesionario para conceder al deudor crédito adicional, consideramos razonable, siguiendo el planteamiento efectuado por AZOFRA (60) que, si el deudor no ha consentido la cesión, pueda oponerse, *ex* artículo 1198 del Código Civil (61), a que el cesionario extienda la cobertura hipotecaria obtenida por cesión a créditos ya existentes entre éste y el deudor al tiempo de celebración de la cesión por importe superior al de los créditos ya nacidos entre el cedente y el deudor en dicho momento.

Como ya ha sido apuntado, en esta modalidad hipotecaria, como resulta consustancial al carácter global o flotante que imbuje al gravamen, cada crédito garantizado no tiene asignada una parte del importe de la responsabilidad hipotecaria total. Siendo así las cosas, el acreedor podrá elegir las obligaciones que, por ser susceptibles de integración en la cobertura conforme a las reglas contempladas en la escritura de hipoteca, pueden ser beneficiarias de la garantía hipotecaria, de suerte tal que será posible que éste, unilateralmente, establezca al tiempo de la cesión una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos cedidos y los no cedidos, sin que para ello sea preciso el consentimiento del deudor, el hipotecante no deudor, el tercer poseedor o los titulares de derechos anotados o inscritos con posterioridad a la hipoteca flotante. La necesidad o, al menos, conveniencia, respecto del establecimiento de dicha distribución de responsabilidad hipotecaria viene determinada por la práctica pues, celebrada la cesión, y en ausencia de la misma, cada acreedor continúa siendo beneficiario de la garantía hipotecaria por el importe máximo garantizado, con los problemas derivados de la existencia de pluralidad subjetiva en la posición acreedora a los que ya nos hemos referido.

4.2. Posibilidad de cesión de la hipoteca flotante con independencia de los créditos nacidos

Para finalizar el presente apartado, consideramos de interés plantearnos si resulta jurídicamente admisible la cesión autónoma de la hipoteca flotante,

(60) Vid. AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1213; en el mismo sentido se manifiesta CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, pág. 156.

(61) Precepto que dispone: «El deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente.

Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores.

Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión».

manteniendo el cedente la titularidad de los derechos de crédito susceptibles de dicha garantía, que será transmitida al cesionario para que éste pueda proceder al aseguramiento de nuevos créditos, de la clase de los contemplados en la cláusula de globalización. Para CORDERO LOBATO (62) es posible la cesión autónoma de la garantía, en el entendimiento de que no se trata de admitir una *hipoteca de propietario*, sino de la cesión de una hipoteca ya constituida, que va a poder otorgar garantía a las obligaciones futuras que, entre cesionario y deudor, se establezcan, dentro del plazo y de acuerdo con las reglas de integración de la cobertura pactadas en el título constitutivo de la garantía, sin que, en consecuencia, la cobertura deba ser objeto de nuevo convenio, lo que acarrearía la nulidad de la cesión (*ex art. 1273 CC*). Además, dicha transmisión autónoma de la garantía hipotecaria no perjudica a terceros, siempre que no se extienda el plazo de vigencia del gravamen, se incremente la suma máxima garantizada o se modifiquen las reglas de integración de la cobertura, pues las obligaciones susceptibles de garantía a través de la hipoteca flotante no varían; y, no siendo objeto de modificación los extremos reseñados, tampoco la posición del deudor resulta agravada, considerando su derecho a oponerse a que se perjudique su capacidad de endeudamiento con cargo a la hipoteca (*ex art. 1198 CC*).

5. LA SUBROGACIÓN LEGAL EN LOS CRÉDITOS GARANTIZADOS POR HIPOTECA FLOTANTE

Como ya hemos expuesto, a diferencia del régimen jurídico de la cesión y subrogación convencionales, la subrogación legal de un tercero en el crédito garantizado por hipoteca flotante determina la obligatoria transmisión de la garantía asociada al mismo (63). En efecto, el pago efectuado por ciertos

(62) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 151-156. Como indica esta autora, esta posibilidad, que para REY PORTOLÉS («Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante», en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, pág. 317) constituía un supuesto de *ciencia ficción jurídica*, puede ser interesante en el caso de que el acreedor hipotecario atraviere dificultades financieras que le hagan gravoso atender las peticiones de crédito del deudor amparadas por la garantía, y prevea que no va a poder rentabilizarla. Contempla asimismo el supuesto en el que una entidad de crédito, como consecuencia de una escisión, recomponga su activo patrimonial, cediendo la hipoteca a la entidad resultante o a alguna de sus filiales.

(63) Son supuestos de subrogación legal el pago por un acreedor del crédito de otro acreedor preferente [arts. 1210.1.º CC, 659.3 LEC y 236.e) RH]; el pago por tercero ajeno a la obligación con la aprobación expresa o tácita del deudor (art. 1210.2.º CC); el pago realizado por quien tenga interés en el cumplimiento de la obligación (art. 1210.3.º CC), que serán normalmente el hipotecante no deudor y/o el tercer poseedor (no obstante, en estos supuestos si bien existe subrogación en el crédito, no la puede haber en la garantía

terceros tiene el efecto legal de transmitir al *solvens* (el sujeto que paga y se subroga) tanto el crédito objeto de transmisión como las garantías constituidas en aseguramiento del mismo. En todos estos supuestos, la subrogación es un efecto legal que no precisa ser convenido expresamente, y que no puede ser excluido, total o parcialmente, por el *accipiens* (el sujeto que recibe el pago y es subrogado), ni aun bajo el argumento de que no tenía intención de integrar dicha obligación en la cobertura hipotecaria global. Es por ello que a continuación trataremos las peculiaridades que la subrogación legal presenta cuando se refiere a créditos garantizados por hipoteca flotante.

En tal sentido, cumple indicar, en primer lugar, que la subrogación legal da lugar al traslado de la hipoteca al nuevo acreedor respecto de los créditos objeto de subrogación, que siempre serán existentes al tiempo de la subrogación, bien porque consten identificados en la propia escritura de constitución de la hipoteca flotante, bien porque, tratándose de créditos futuros susceptibles de aseguramiento por aquélla, los mismos han nacido al mundo jurídico al tiempo en que haya de operarse la subrogación legal (entendemos que no cabe subrogación legal respecto de créditos futuros). Es por ello que, en esta materia consideramos necesario distinguir diversos supuestos según la configuración de la cláusula de globalización y el alcance de la subrogación legal que se opere:

- a) Si la cláusula de globalización contempla exclusivamente créditos existentes al tiempo de operarse la subrogación legal (bien existentes al tiempo de constitución de la garantía, bien futuros en dicho momento, pero existentes al tiempo de la subrogación legal), y la subrogación opera sobre la totalidad de los mismos, el *solvens* pasará a ostentar la titularidad única de la garantía, pues ninguna obligación a favor del *accipiens* puede surgir ya susceptible de aseguramiento por medio de la hipoteca flotante.
- b) Si la cláusula de globalización contempla tanto créditos existentes al tiempo de la subrogación legal como futuros, puesto que la subro-

por efecto de la confusión de derechos *ex art.* 1192 CC); el pago por fiador de la obligación no cumplida por el deudor (*art.* 1839 CC) y los cofiadores solidarios; así como el pago por el propio deudor tomando dinero prestado por escritura pública y haciendo constar en ella su propósito, con expresión en la carta de pago de la cantidad pagada (*art.* 1211 CC y, con otros matices, la Ley 2/1994), y, finalmente, la subrogación del vendedor en caso de descuento o retención del importe de la deuda hipotecada, cuando aquélla no es atendida por el comprador (*art.* 118.II LH).

Sin embargo, CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO [«El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditori*», en *Diario La Ley*, núm. 6988, julio de 2008 (36908/2008)] se han manifestado recientemente en contra de la posibilidad expuesta, considerando que «*tampoco la subrogación por pago de un tercero en el crédito supone subrogación en la hipoteca, pues ni puede detraerse del máximo el importe del crédito satisfecho, ni puede tampoco estimarse que el solvens es cotitular en una cuota indeterminada (la que represente el crédito satisfecho en el total de créditos de la cesta) en el derecho de hipoteca*».

gación legal únicamente puede operar sobre los primeros (aquellos existentes al tiempo de la subrogación), el *accipiens* conservará la facultad de extender la hipoteca a las obligaciones que concierte con posterioridad a la subrogación legal del *solvens*. En esta situación, a diferencia del régimen de cesión/subrogación convencional antes analizado, el *accipiens* no tendrá incentivo alguno para compartir la garantía con el *solvens*, siendo improbable que acepte pactar una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos de los que cada uno resulta ser titular. En ausencia de dicho pacto, se hace preciso determinar en qué modo ha de efectuarse el reparto entre los créditos garantizados (titularidad de *solvens* y *accipiens*) de la suma resultante de la realización de la hipoteca flotante, en el supuesto de que dicha suma no sea suficiente para la íntegra satisfacción de la totalidad de los créditos garantizados. En este punto, las posibles soluciones podrían plantearse en alguno de los siguientes sentidos:

- i) La aplicación analógica de la preferencia concedida al *accipiens* en caso de pago parcial, contemplada por el artículo 1213 del Código Civil, no nos parece adaptable al supuesto contemplado, pues la obligación subrogada es atendida totalmente (64).
- ii) El establecimiento entre *solvens* y *accipiens* de una comunidad romana sobre el derecho de hipoteca flotante, si bien es jurídicamente factible, presenta el grave problema derivado de la posibilidad de que el *accipiens* siga garantizando créditos futuros con cargo al importe máximo, minorando así indirectamente la participación del *solvens* en la garantía flotante que también asegura la satisfacción de sus créditos.
- iii) Que como consecuencia de la subrogación legal, propone CORDERO LOBATO (65), se le otorgue al *solvens* una «*parcela de máximo en garantía de los créditos en que se haya subrogado*», de suerte tal que la inicial hipoteca flotante pasaría a ser de titularidad mancomunada de *solvens* y *accipiens*: a favor del *solvens* en garantía de los créditos legalmente subrogados y con responsabilidad hipotecaria por el importe de los mismos; a favor del *accipiens* por el importe restante hasta la cantidad inicialmente garantizada, para responder de los restantes crédi-

(64) Adicionalmente, la aplicación de esta regla supondría dejar al arbitrio del *accipiens* la determinación del alcance de la garantía respecto de las obligaciones de las que el *solvens* fuese titular, concediendo aquél crédito adicional hasta cubrir el importe total de la suma garantizada.

(65) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, pág. 170.

tos, presentes y/o futuros. Para CORDERO LOBATO (66), «*si la subrogación consumió todo el máximo, entonces la titularidad del gravamen será única. En caso contrario, existirá una pluralidad de titulares de hipoteca*».

- iv) Por su parte, AZOFRA (67) considera más adecuado prorratear la responsabilidad hipotecaria sobre la base de los créditos existentes al tiempo de la subrogación, «*correspondiendo al solvente 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 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 nuestra opinión, si bien esta parece la solución más adecuada desde un punto de vista respetuoso con el principio de equidad, no cabe duda alguna que habrá de estarse a los futuros pronunciamientos de la DGRN en esta materia.

Otra cuestión relevante en cuanto a la subrogación legal en la hipoteca flotante, es el modo en que ha de producirse la constancia registral de tal situación jurídica. En nuestra opinión, ello requerirá de una doble operación registral, al no constar en el Registro identificadas las obligaciones cuya subrogación se ha producido:

- a) En primer lugar, en los supuestos en los que el registro no da fe de la obligación subrogada (supuesto común en el caso de la hipoteca flotante en garantía de obligaciones no existentes al tiempo de su constitución), deberá procederse a dotarla de tal constancia mediante nota marginal *ex* artículo 143 LH. Para ello, deberá presentarse documento público en el que conste el nacimiento de la obligación asegurada, junto con una solicitud firmada por acreedor y deudor, ratificada ante el Registrador o con firmas notarialmente legitimadas. En caso de negativa de alguno a la firma de la solicitud, será preciso sentencia judicial firme, ordenando la práctica de la nota marginal (art. 238 RH) (68).

(66) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, pág. 171.

(67) Vid. AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1215.

(68) Como indica CORDERO LOBATO (*La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 171-172), «*no habrá dificultad alguna para practicar la nota marginal de subrogación en el caso del artículo 131.5.ª LH donde, para instar el procedimiento judicial sumario, el acreedor ejecutante*

- b) En segundo término, una vez tomada razón por el registro de la existencia de la obligación garantizada, deberá procederse, también por medio de nota marginal, a anotar la subrogación legal llevada a cabo, adjuntando acta notarial o escritura pública acreditativas del pago.

Practicada la nota marginal de subrogación, una parte del máximo quedará garantizando los créditos ya determinados del *solvens*, en tanto que otra garantizará los créditos ya nacidos, o los futuros (si están previstos en las reglas de integración de la cobertura) en los que el *accipiens* ocupe una posición acreedora. Respecto de la distribución del importe máximo garantizado entre *solvens* y *accipiens*, habrá que estar a la solución que, de entre las expuestas previamente, se acoja (aplicación analógica del art. 1213 CC, comunidad romana, situación de mancomunidad).

6. LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE

Para proceder a la ejecución de la garantía hipotecaria, el acreedor dispone, con carácter general, de cuatro posibilidades procedimentales: i) el juicio declarativo ordinario, mediante el ejercicio de la acción personal fundada en crédito asegurado a través de hipoteca; ii) el juicio ejecutivo ordinario, a través del ejercicio de la acción personal fundada en el crédito asegurado a través de hipoteca, y documentado conforme establece el artículo 517 LEC; iii) el juicio ejecutivo sumario (arts. 681 y sigs. LEC); y iv) el procedimiento de venta extrajudicial (arts. 129 LH y 234 y sigs. RH).

En concreta relación a la hipoteca flotante, es indiscutible la posibilidad de su ejecución a través de los dos primeros procesos indicados (declarativo ordinario y ejecutivo ordinario). Por el contrario, con anterioridad a la reforma introducida por la Ley 41/2007, tanto una parte de la doctrina (69) cuanto la

ya habrá tenido que acreditar el nacimiento, vencimiento y cuantía de la obligación insatisfecha (...) El problema podrá presentarse en los casos de subrogación por pago. Obsérvese que aunque el acreedor originario cooperase, para acreditar el nacimiento de la obligación no bastaría el mero acuerdo entre acreedores, sino que sería preciso que consintiera el deudor».

(69) Sobre la imposibilidad de ejecución de deudas garantizadas hipotecariamente pero de cuantía registralmente indeterminada, vid. GARCÍA GARCÍA, J. M., *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, 1994, págs. 135-136; vid. GARCÍA ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, C. (*Patología actual de la hipoteca de máximo, Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 191, págs. 1145-1148); PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, II, 2001, 4.ª ed., págs. 297-298.

Esta opinión, no obstante no era unánime en la doctrina, pues, como pone de manifiesto REY PORTOLÉS («Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante», en *Escritos*

DGRN (70) consideraban que no era jurídicamente posible proceder a la ejecución de la hipoteca flotante tanto a través del proceso judicial sumario cuanto mediante el procedimiento de venta extrajudicial, argumentando, en síntesis, que el procedimiento de integración extrarregistral del título ejecutivo contemplado en los artículos 153 LH y 245 RH para las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito no era susceptible de aplicación analógica a la hipoteca flotante, pues dichos preceptos presuponen una relación de crédito vinculante entre las partes; relación inexistente en la hipoteca flotante (71), además de que el principio de igualdad entre partes contratantes únicamente resulta excepcionado por la ley para la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, y no respecto de otros supuestos (72). Esta interpretación, discutida por parte de la doctrina (73), privaba a la hipoteca flotante de utilidad práctica, al excepcio-

varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995, págs. 317-321), aun en las hipotecas de tráfico, puesto que ordinariamente garantizan contratos de préstamo o crédito sometidos a un sistema de amortización, y es harto infrecuente el otorgamiento con cada pago parcial de carta de pago en documento público y posterior inscripción registral de dicho hecho, llegada la ejecución por el procedimiento judicial sumario, cuya posibilidad no es discutida, se da el riesgo de pluspetición del actor, dentro del importe máximo a que asciende la obligación asegurada. Concluye el autor que, si ello es así en las hipotecas de tráfico, y se permite su acceso al procedimiento ordinario, no es de recibo por dicho motivo otorgar peor tratamiento a las hipotecas de seguridad, siempre que se permita al deudor oponerse al saldo liquidado unilateralmente por el banco, con aplicación analógica de los mecanismos previstos en el artículo 153 LH.

(70) Vid. RDGRN de 11 de enero de 1995 (*EDD* 1995/197). No obstante, lo cierto es que, en otras resoluciones precedentes, la DGRN admitió la inscripción de una hipoteca global que preveía la ejecución de la misma a través del proceso judicial sumario del antiguo artículo 131 LH, pese a que la hipoteca no acreditaba fehacientemente la existencia y vencimiento de la deuda, permitiendo para ello la integración extrarregistral del título ejecutivo a través, bien de un protesto de letra de cambio (RDGRN de 28 de febrero de 1933, *EDD* 1933/8), o a través de la certificación del saldo de una cuenta bancaria realizada unilateralmente por el acreedor (RDGRN de 16 de junio de 1936, *EDD* 1936/14).

(71) Vid. RDGRN de 26 de noviembre de 1990 (*EDD* 1990/10707) y RDGRN de 11 de enero de 1995 (*EDD* 1995/197).

(72) Vid. RDGRN de 26 de noviembre de 1990 (*EDD* 1990/10707).

(73) Así se manifiesta AZOFRA («Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, págs. 1223-1224), para quien, si se efectúa una interpretación analógica de lo preceptuado en el artículo 153 LH respecto de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, no hay obstáculo que impida acudir al procedimiento de integración extrarregistral del título ejecutivo constituido por la certificación unilateral del saldo, «*incluso aun cuando no constase en título que llevase aparejada ejecución el nacimiento y vencimiento del crédito garantizado con hipoteca flotante, con tal de que en la escritura se hubiere atribuido al acreedor facultad certificante*». No obstante, advierte asimismo del obstáculo que para este planteamiento supone la exigencia contenida en el artículo 685.2 LEC, en el sentido de exigir que se acompañen con la demanda «*el título o títulos de crédito revestidos de los requisitos que esta ley exige para el despacho de ejecución*». Por ello, finaliza con la advertencia de la conveniencia, respecto de las obligaciones futuras garantizadas por hipoteca flotante, de que el nacimiento de la obligación se evidencie mediante documento con fuerza ejecutiva *ex* artículo 517 LEC, sin perjuicio de la previsión expresa de atribuir

nar su ejecución por medio de los procedimientos ejecutivos sumarios judicial y notarial, dotados de la agilidad y celeridad precisas para obtener la realización del valor de los bienes hipotecados.

Sea como fuere, dichas objeciones se han visto superadas por efecto de la reforma hipotecaria introducida por la Ley 41/2007 que, si bien no ha efectuado una modificación sustancial en los preceptos reguladores de ambos procedimientos (procesos ejecutivos sumarios judicial y notarial) (74), ha supuesto, en nuestra opinión, una inequívoca extensión a la hipoteca flotante del régimen de certificación unilateral de saldos con efectos ejecutivos, al disponer el nuevo artículo 153 bis LH que *«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»*, manifestando asimismo que *«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»*.

En definitiva, consideramos que no existe en la actualidad obstáculo jurídico alguno para proceder a la ejecución de la hipoteca flotante a través del juicio ejecutivo sumario previsto en la LEC para la realización de bienes hipotecados (75). Respecto a la posibilidad de acudir al proceso de ejecución notarial, nos remitimos al apartado 2.6.3 del presente estudio.

al acreedor facultad certificante. Sobre esta cuestión, vid. también, CORDERO LOBATO (*La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 212-213), concluye que: *«si en los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente y de cuenta corriente comercial, el legislador ha permitido que la existencia y cuantía de la obligación sea acreditada a efectos ejecutivos por medio de la certificación de saldo emitida por la entidad acreedora, no hay ninguna razón convincente para excluir esta forma de ejecución de cualquier otro caso en el que una entidad de crédito pretenda la ejecución de una hipoteca por el incumplimiento de obligaciones que hayan sido objeto de asiento contable»*.

(74) En cuanto a esta cuestión, AZOFRA («Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1215) lamenta que se eliminase del Proyecto que finalmente fue remitido a las cortes una Disposición Final 2.^a que figuraba en el anteproyecto, y que suponía la modificación de los artículos 656 y 688 LEC. Al artículo 656.1 LEC se añadía un número 3, que decía: *«el importe del principal reclamado o del saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo»*, en tanto que se añadía al artículo 688.2 un inciso final por cuya virtud 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.

(75) Con carácter general, la constitucionalidad de esta clase de proceso sumario fue aceptada por la STC de 18 de diciembre de 1981 (núm. 41/1981, rec. 55/1981, *EDJ* 1981/41), la cual, pese a admitir el riesgo potencial de pluspetición por parte del acreedor ejecutante, razón por la cual este proceso no produce efectos de cosa juzgada, dejando abierta la puerta al proceso declarativo que corresponda, concluye que el carácter constitutivo del derecho de hipoteca, y las garantías que supone su otorgamiento en escritura pública y su examen previo a la inscripción por el Registrador, operan como mecanismos de defensa del deudor, justificando así la oportunidad del juicio sumario vinculado a la ejecución de la garantía real. En concreto, respecto de la hipoteca flotante, entendemos que la existencia de garantías suficientes para protegerse contra una ejecución injustificada, por la vía

6.1. *Proceso judicial sumario: Presupuestos de la acción ejecutiva*

Partamos de que para la ejecución de una hipoteca a través del procedimiento ejecutivo sumario, contemplado en los artículos 681 a 698 LEC, deben cumplirse los siguientes presupuestos:

- a) Que, bien el propio título documente una obligación líquida, vencida y exigible, bien se haya procedido a la integración extrarregistral del mismo (bilateralmente entre acreedor y deudor o, si así se ha pactado, de modo unilateral por el acreedor a través del sistema de la certificación de saldos, *ex* arts. 153 LH y 245 RH).
- b) Que se haya determinado en la escritura de constitución de la hipoteca y conste en la inscripción registral correspondiente (art. 682.1.1.º y 2.º LEC):
 - i) El precio de los inmuebles a efectos de su venta en subasta.
 - ii) Un domicilio del deudor a efectos de requerimientos y notificaciones.
- c) Que la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados en garantía de la deuda reclamada (art. 682.2 LEC).

6.2. *Admisibilidad de ejecución judicial sumaria de la hipoteca flotante.*

Conforme a lo expuesto en el apartado precedente, es requisito esencial para acceder al procedimiento judicial sumario que la demanda ejecutiva se acompañe con el título de crédito, revestido de los requisitos que la LEC contempla en el artículo 517 LEC para proceder al despacho de ejecución (es decir, primera copia o segunda copia dada en virtud de mandamiento judicial o con citación de la persona a quién deba perjudicar o de su causahabiente, o que se expida con conformidad de todas las partes, *ex* art. 517.2.4.º LEC). Por tanto, la regla general viene determinada por la necesaria aportación de la escritura de hipoteca debidamente inscrita y, en defecto de su posibilidad de aportación, deberá acompañarse con el título que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca (art. 685.2.II LEC).

Ahora bien, tratándose de la hipoteca flotante, donde la acreditación de la existencia y exigibilidad de los créditos hipotecariamente garantizados no

de la obligación de indemnizar daños y perjuicios (art. 538.4 LEC), el sobreseimiento del proceso en caso de cancelación de la hipoteca (art. 688.3 LEC) y, sobre todo, la no generación de efectos de cosa juzgada y, en consecuencia, la posibilidad de acudir a un proceso declarativo ulterior, permiten que se entienda compatible hipoteca flotante y ejecución hipotecaria.

resulta del propio título, por tratarse de obligaciones indeterminadas inicialmente en su existencia y/o cuantía, es preciso que tal acreditación sea llevada a cabo por medios extrarregistrales, sin que, tras la reforma legal operada, exista obstáculo alguno para ello. En efecto, en la hipoteca flotante, el acreedor garantizado, respetando tanto la responsabilidad hipotecaria máxima contemplada en el título, como las reglas de integración de la cobertura y el plazo convenidos en el mismo, puede dotar discrecionalmente de garantía hipotecaria a los distintos créditos que ostente frente al deudor, bien en la actualidad, bien en el futuro, de suerte tal que ni el título constitutivo de la garantía, ni la información que el Registro suministra permiten conocer si tales créditos han nacido efectivamente, son líquidos, están vencidos y resultan exigibles.

En efecto, como la determinación de las concretas obligaciones garantizadas es efectuada por el acreedor con posterioridad a la constitución del gravamen hipotecario, y la misma no consta de la inscripción registral practicada, resulta preciso proceder, a efectos ejecutivos, a la integración extrahipotecaria del título, con el fin de acreditar la existencia, liquidez y exigibilidad de las obligaciones por cuyo incumplimiento se pretende la prosecución del proceso judicial sumario (76). Dicha integración del título puede ser llevada a cabo de diversos modos:

- a) Un primer método de integración consistiría en el convenio entre acreedor y deudor sobre la certeza, cuantía y exigibilidad de la cantidad reclamada, si bien, como resulta obvio, será difícil la tarea de obtener la aquiescencia del deudor en el momento en que lo pretendido es la ejecución de la garantía.
- b) Un segundo sistema vendría determinado por la previa constancia registral, a través de la aplicación analógica del artículo 143 LH, de la obligación u obligaciones que finalmente van a recibir aseguramiento a través de la hipoteca flotante. En tal sentido, el artículo 238 RH permite la extensión de la nota marginal mediante la presentación en el Registro de documento público que acredite el nacimiento de la obligación, o por medio de una solicitud firmada por las partes, y ratificada ante el Registrador o, en su defecto, con firmas notarialmente legitimadas. Pues bien, consideramos que, en sede de ejecución de la hipoteca flotante, este método de integración presenta dos claros inconvenientes, asociados al incremento de costes que la práctica de la anotación marginal lleva aparejados. Así:

(76) En tal sentido, la propia DGRN, en su ya vetusta Resolución de 21 de marzo de 1921 (EDD 1921/33), afirmó que en esta clase de hipotecas «se niega al acreedor la facultad de ampararse en presunciones hipotecarias para probar la existencia de la deuda y la cantidad a que asciende», 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».

- i) Si las obligaciones cuyo aseguramiento se pretenda son varias, habrá que efectuar tantas anotaciones registrales como obligaciones, con el correlativo incremento de costes asociado a las mismas (asumido de ordinario por el deudor).
 - ii) Si se pretende practicar la nota marginal mediante la presentación de documento público que acredite el nacimiento de la obligación, vuelve a ser precisa la satisfacción de los costes de otorgamiento del referido documento.
- c) Finalmente, el método de integración cuyo empleo ha sido más controvertido, a la par que generalizado en la práctica de las entidades financieras, es el constituido por la certificación unilateral del saldo debido por parte de la entidad financiera acreedora (hipotecariamente garantizada), en aquellos supuestos en que, habiéndose formalizado el contrato en escritura pública o póliza intervenida, se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la referida liquidación unilateral, practicada de acuerdo con lo convenido por las partes en el título ejecutivo (vid. arts. 517, 572.2 LEC y 153 bis LH). En este supuesto, por imperativo del artículo 572.2 LEC *in fine*, «solo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación».
- Como hemos indicado, es a este último sistema al que se acoge el legislador en el artículo 153 bis LH, al autorizar a las partes para que la liquidación de la cantidad ejecutivamente exigible se determine como consecuencia de la liquidación efectuada unilateralmente por la entidad financiera «*en la forma convenida por las partes en la presente escritura*»; previsión, a nuestro juicio, coherente con el valor probatorio atribuido a los libros de los comerciantes (art. 31 C.Com.), la posibilidad de convenir *inter partes* la eficacia ejecutiva de la certificación unilateral de saldo (art. 1255 CC), la ineludible notificación de la misma al deudor con carácter previo al inicio del procedimiento hipotecario, y la posibilidad de oposición de este último de acuerdo con lo dispuesto en los cuatro últimos apartados del artículo 153 LH, argumentos todos ellos válidos con anterioridad a la reforma, y que han determinado a nuestro juicio la definitiva extensión por parte del legislador del procedimiento de integración extrarregistral del título ejecutivo ya previsto respecto de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito a la nueva hipoteca flotante.

6.3. ¿Admisibilidad de ejecución notarial de la hipoteca flotante?

Respecto a la posibilidad de ejecución de la hipoteca flotante a través del procedimiento sumario extrajudicial (notarial), entendemos que la respuesta nos la ofrecen sendos preceptos del Reglamento Hipotecario reguladores de esta modalidad ejecutiva. Así, establece el artículo 235.1 RH que «*la ejecución extrajudicial solo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y de los gastos de ejecución a que se refiere el artículo 236.k*». Por su parte, el artículo 236.a.2.b) RH, establece que el requirente debe aportar «*el documento o documentos que permitan determinar con exactitud el interés, ya sea directamente, ya a través de simples operaciones aritméticas, en los casos de hipoteca en garantía de créditos con interés variable*».

Vistos los preceptos legales de referencia, entendemos posible extraer las siguientes conclusiones:

- a) El artículo 235 RH únicamente permite canalizar a través del procedimiento ejecutivo extrajudicial las hipotecas constituidas, bien en garantía de obligaciones determinadas *ab initio*, bien en garantía de aquellas otras que, inicialmente indeterminadas, han tenido constancia registral con anterioridad a la ejecución (nota marginal del art. 143 LH). En definitiva, de lo que se trata es de que el Registro ofrezca información sobre la existencia, cuantía y exigibilidad del crédito o créditos garantizados (bien de modo directo, o bien indirectamente, con la realización de simples operaciones aritméticas, como se ha indicado respecto de los créditos con interés variable).
- b) En consecuencia, no cabe ejecución a través del procedimiento ejecutivo extrajudicial de hipotecas en garantía de obligaciones a cuya ejecución pueda oponerse el deudor por la vía del artículo 153 LH y que necesariamente ha de sustanciarse ante el Juez, único funcionario con potestad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.
- c) Cabe cuestionarse, por último, la ejecutabilidad extrajudicial de las hipotecas formalizadas para aseguramiento de obligaciones inicialmente determinadas en cuanto a su cuantía, pero indeterminadas en relación al nacimiento de la relación obligatoria; duda que se acrecienta si se considera que es ejecutable a través del procedimiento extrajudicial la hipoteca en garantía de intereses moratorios, paradigma de garantía de obligaciones cuyo nacimiento es incierto, pero su cuantía determinable conforme a *simples operaciones aritméticas*. En estos supuestos, consideramos con CORDERO LOBA-

to (77) que para dicha ejecución será *conditio sine qua non* la práctica de la nota marginal del artículo 143 LH, pues en caso contrario el notario sería el encargado de calificar la suficiencia de los títulos ejecutivos aportados por el acreedor que documentasen la obligación garantizada, y dicha función se encuentra constitucionalmente reservada al Juez.

Para concluir, consideramos con AZOFRA (78) que, a la pregunta sobre si cabe ejecutar notarialmente una hipoteca flotante, la respuesta debe ser *depende*; si las obligaciones cuyo cumplimiento ejecutivo se pretende están determinadas *ab initio* o, no siendo así, han sido concretadas por medio de anotación marginal conforme al artículo 143 LH, no existe objeción alguna para proceder a la misma. En caso contrario, la ejecución notarial no será admisible.

6.4. *La ejecución parcial*

Cumple recordar en primer término que, con carácter general, la ejecución de una hipoteca, aun cuando solo sea por una parte del crédito garantizado vencido, determina su cancelación en el momento en que concluye el procedimiento de realización del bien (arts. 642 y 674 LEC; arts. 133 y 134 LH). En efecto, el acreedor puede ejercitar la acción hipotecaria para el cobro de la totalidad o solo una parte de los importes y conceptos adeudados, pero admitiendo la cancelación de la carga, aun cuando existan otros créditos no vencidos amparados por la cobertura hipotecaria, sin perjuicio de las posibilidades de reclamación de los mismos a través de los procedimientos que correspondan, para perseguir, al amparo de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, los restantes bienes del deudor (79).

Por excepción a la regla general expuesta en el párrafo precedente, cuando el deudor hipotecario no paga a su vencimiento una parte del capital del crédito o los intereses (quedando otra parte de la obligación hipotecariamente garantizada pendiente de vencimiento), el artículo 693 LEC, ofrece la posibilidad de ejecutar la hipoteca para que tras su pública subasta, se produzca

(77) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 222-223. En este mismo sentido se manifiesta AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, págs. 1236-1237.

(78) Vid. AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, págs. 1236-1237.

(79) Ello, claro está, sin perjuicio del derecho legalmente reconocido al ejecutante de solicitar la ampliación de la ejecución a los plazos de la misma obligación que, no estando vencidos en el momento de presentación de la solicitud de ejecución, vayan venciendo durante el procedimiento ejecutivo (art. 578 LEC).

su adjudicación al mejor rematante gravada con hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha, siempre que tal estipulación conste en la escritura de hipoteca y esté inscrita en el Registro (80). En el mismo sentido, el artículo 155 LH, en relación con el ejercicio de la acción hipotecaria por el impago de títulos nominativos o al portador hipotecariamente asegurados, cuando se mantengan pendientes de vencimiento otros títulos de la misma emisión, permite la ejecución de los vencidos, con subsistencia de la garantía hipotecaria por los restantes, sin que sea preciso en este supuesto pacto expreso al efecto.

Dicho lo anterior, entendemos que en esta materia es especialmente relevante el estudio de los siguientes supuestos:

- a) Aquellos casos en que, habiendo sido inicialmente constituida la hipoteca flotante a favor de un acreedor, concurren con posterioridad en la posición jurídico-activa una pluralidad de sujetos.
- b) Aquellos otros supuestos en los que sin existir pluralidad de acreedores, el acreedor hipotecario pretenda la ejecución parcial de la hipoteca por las cantidades efectivamente adeudadas, pero conservando su derecho de garantía respecto de las restantes obligaciones susceptibles de aseguramiento, sin perjuicio de la reducción del límite máximo garantizado en la cantidad concurrente con la suma obtenida en ejecución.

6.4.1. Ejecución parcial por existencia de pluralidad de acreedores

Los supuestos en los que se verifica una situación de cotitularidad activa en la garantía hipotecaria flotante han sido objeto de análisis en el apartado 2.3 precedente, a cuyo contenido nos remitimos íntegramente, recordando en este punto la especial incidencia que el carácter originario o sobrevenido de tal situación de pluralidad activa sobrevenida tiene en la cuestión relativa a admitir como jurídicamente posible la ejecución parcial de la hipoteca, en general, que, compartiendo la opinión de CORDERO LOBATO (81), considera-

(80) No obstante esta posibilidad, la práctica bancaria demuestra su falta de uso, pues suele pactarse en la escritura de constitución de la garantía, al amparo de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 692 LEC, como causa de vencimiento anticipado de la totalidad del crédito el impago de alguno de los plazos de pago del mismo, siempre que dicho pacto se contenga en la escritura de constitución hipotecaria, y el mismo haya sido objeto de inscripción en el Registro correspondiente. En tal sentido, vid. apartado 4.6.5.3 del presente estudio.

(81) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 228-229. Entiende esta autora que el artículo 1860 del Código Civil lo que prohíbe es que el gravamen pueda cancelarse con respecto a una parte de la finca o a una de las varias fincas hipotecadas, sin que, a su juicio,

mos admisible, por aplicación analógica del antiguo artículo 135 LH, cuyas previsiones, tras la entrada en vigor de la LEC 2000, han pasado a contemplarse en el artículo 692 de dicha norma.

Por tanto, concluida la posibilidad de ejecución parcial de una hipoteca con pluralidad sobrevenida de acreedores cuando sus relaciones, aun sobrevenidamente, se rigen por la parciariedad, resta interrogarse sobre la posibilidad de ejecutar parcialmente una hipoteca flotante, especie hipotecaria en la que, como hemos visto, la exacta determinación de la obligación u obligaciones garantizadas no se produce en el momento de constitución de la garantía, y en la que la existencia, cuantía y vencimiento de las obligaciones susceptibles de aseguramiento no tienen, de ordinario, constancia registral.

Para ello, siguiendo nuevamente la opinión de CORDERO LOBATO (82), consideramos preciso distinguir dos situaciones:

- a) Si la hipoteca está establecida a favor de varios acreedores, de modo originario o sobrevenido (como consecuencia de una subrogación parcial o una cesión parcial), y cada uno de ellos tiene asignada en garantía de sus respectivos créditos una parte en la responsabilidad hipotecaria máxima, cualquiera de los coacreedores está habilitado para instar la ejecución parcial hasta donde alcance su cuota de participación en la responsabilidad hipotecaria, quedando salvaguardado el derecho de los ejecutantes por la vía de la subsistencia de cargas del artículo 227 RH.
- b) Si la hipoteca está establecida a favor de varios acreedores, con independencia también del carácter originario o sobrevenido de la

nada impida que, pagada parte de la deuda, el acreedor consienta la cancelación parcial del *quantum* asegurado o se alcance dicha solución por una ejecución parcial. De otro lado, la objeción relativa a la posibilidad de que el acreedor ejecutante parcial, dada la subsistencia de cargas de los coacreedores no ejecutantes, salga perjudicado, no es admisible, pues no está obligado a entablar ejecución parcial, sino que ésta es simplemente una posibilidad. Y, finalmente, respecto del supuesto perjuicio ocasionado al dueño de la finca por la multiplicidad de ejecuciones, el mismo no existe, por cuanto que, tras el remate, el inmueble se adjudica, aun cuando la garantía subsista, y ante una nueva ejecución parcial, el propietario será, no el antiguo, sino el rematante, que conocía la preexistencia de cargas.

(82) Vid. CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997, págs. 229-231; AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, págs. 1228-1236. No obstante, debe indicarse que la opinión de esta autora parece haber sufrido un cambio, reflejado en el artículo que, conjuntamente con CARRASCO PERERA, ha publicado recientemente *La Ley*, titulado «el doble filo de la hipoteca global: *caveat creditori*» (*Diario La Ley*, núm. 6988, julio de 2008), al afirmar ambos autores que «la hipoteca global se extingue con la ejecución, aun cuando quede máximo no consumido, aunque quede plazo de duración no consumido, aunque queden obligaciones vencidas y no pagadas que no hayan sido objeto de reclamación en la ejecución hipotecaria. Conforme a los artículos 674 y 692.3 LEC y 133 y 134 LH, el juez expedirá mandamiento para la cancelación de la hipoteca en cuestión y de las cargas posteriores inscritas».

situación de pluralidad subjetiva, pero no existe asignación de cuotas a cada uno de ellos en la responsabilidad hipotecaria máxima, la ejecución parcial no será admisible, pues su ejercicio por uno de ellos determinaría un perjuicio para los demás, que verían reducido el límite máximo de responsabilidad hipotecaria en garantía de sus créditos, y sin que la regla del artículo 227 RH les otorgue protección alguna.

En estos supuestos, las relaciones entre acreedores, *ex* artículo 1139 del Código Civil, se regirán, a nuestro juicio, por las reglas de la comunidad de bienes, que no permiten a uno solo de los comuneros pueda servirse de la cosa común en perjuicio de los restantes (83) y, en consecuencia, su ejecución requeriría bien acuerdo unánime de todos los condueños, bien resolución judicial acordando la división de la cosa (en este caso, del derecho de hipoteca). No obstante, en este punto llamamos la atención sobre las siguientes cuestiones que se nos plantean:

- i) En primer lugar, en previsión de una futura ejecución parcial, ¿sería posible pactar en la propia escritura de hipoteca e inscribir en el Registro el modo de distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas para el supuesto de su ejecución parcial? A nuestro juicio, el artículo 1255 del Código Civil nos otorga amparo, y la respuesta a la cuestión planteada ha de ser afirmativa, trasladándonos al primero de los supuestos comentados (esto es, existencia de una distribución de cuotas dentro del máximo garantizado). Así, si se pactase la distribución del máximo entre las obligaciones cuya ejecución parcial se interesa y las obligaciones subsistentes, la hipoteca flotante subsistiría en este último importe. Si por el contrario, se pactase la atribución, en caso de ejecución parcial, de un máximo determinado a cada una de las obligaciones garantizadas, la hipoteca flotante se transformaría en tantas hipotecas de tráfico como obligaciones se garanticen.
- ii) En segundo lugar, ¿sería lícito apoderar irrevocablemente al acreedor para que unilateralmente distribuya la responsabilidad no consumida por la ejecución parcial entre las obligaciones pendientes según su criterio, sin elevar su límite máximo? De este modo, el acreedor podría asignar la responsabilidad hipotecaria

(83) En tal sentido, ante una actitud obstruccionista por uno de los coacreedores que se encuentren en la situación antes indicada (ausencia de distribución de cuotas en la responsabilidad máxima), la única alternativa vendrá constituida por el ejercicio de la *actio communis dividundo*, conforme a lo dispuesto en el artículo 402 del Código Civil, pues ningún comunero puede ser obligado a permanecer en indivisión (art. 400 CC).

restante a todas ellas en su conjunto (subsistiendo la hipoteca flotante) o establecer parcelas de responsabilidad hipotecaria asociadas a cada una de las obligaciones garantizadas (en cuyo caso existirían tantas hipotecas de tráfico como obligaciones). A nuestro juicio, no existen objeciones a la admisibilidad de dicho pacto, sobre la base del reiterado principio de la autonomía de la voluntad, y de la inexistencia de perjuicio para el deudor o para los terceros acreedores, al moverse siempre la discrecionalidad apoderada dentro del marco constituido por el plazo, la responsabilidad hipotecaria máxima y la cláusula de globalización inicialmente convenidos en el título constitutivo de la hipoteca.

6.4.2. Ejecución parcial por existencia de obligaciones no vencidas. Pactos de vencimiento anticipado cruzado (*cross default agreement*)

Como hemos indicado anteriormente, la posibilidad de la ejecución parcial de la hipoteca flotante no se plantea únicamente en hipótesis de pluralidad de acreedores, sino también en aquellos supuestos en los que el acreedor hipotecario pretende la ejecución de la hipoteca por las cantidades efectivamente adeudadas, si bien conservando incólume su derecho de garantía respecto de las restantes obligaciones susceptibles de aseguramiento, sin perjuicio de la reducción del límite máximo garantizado en la cantidad concurrente con la suma obtenida en ejecución. En estas situaciones, es perfectamente posible a nuestro juicio la ejecución parcial de la hipoteca flotante, por aplicación analógica de la previsión contenida en el artículo 693 LEC, o la contemplada en el artículo 155 LH respecto de la hipoteca en garantía de títulos a la orden o al portador (84).

No obstante, ante las objeciones que en su caso esta ejecución parcial puede plantear, y como alternativa a aquélla, desde el punto de vista del acreedor hipotecario quizá resulte más prudente pactar en la escritura de constitución del gravamen el vencimiento anticipado de todas y cada una de las obligaciones garantizadas por la hipoteca flotante ante el incumplimiento de cualquiera de ellas, sean estas de titularidad única de un solo acreedor hipotecario, sean de

(84) Por el contrario, AZOFRA («Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1230) indica que «*en sede específica de la hipoteca flotante, me parece difícil aplicar analógicamente las reglas previstas en los artículos 693 LEC y 155 LH (que parten de la absoluta correlación entre deuda y responsabilidad hipotecaria) para un supuesto de hecho distinto (indiferenciabilidad de las obligaciones garantizadas por la flotante) en ausencia de previsión contractual al efecto*». En el mismo sentido, se manifiestan en contra de dicha aplicación analógica, CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO [«El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditori*», en *Diario La Ley*, núm. 6988, julio de 2008 (36908/2008)].

titularidad de una multiplicidad de ellos (situación común en procesos de refinanciación empresarial). Este pacto, conocido en la práctica anglosajona como *cross default* o *cross acceleration agreement*, celebrado con amparo en el artículo 693.2 LEC, y objeto de la correspondiente inscripción registral, faculta al acreedor o acreedores hipotecarios para proceder a ejecutar por la totalidad de la deuda garantizada, pese a que únicamente haya sido objeto de incumplimiento una pequeña parte de la misma (85).

En este sentido, hemos de recordar que la DGRN, al amparo de la nueva redacción del artículo 12 LH, tras la reforma operada por la Ley 41/2007, ha admitido recientemente la posibilidad de acceso al Registro de pactos de vencimiento anticipado en contratos bancarios (86). Como fácilmente puede apreciarse, la admisión de esta posibilidad es considerablemente más gravosa para el acreedor que proceder a la ejecución parcial de la garantía exclusivamente

(85) En la práctica bancaria, y especialmente en los procesos sindicados de refinanciación empresarial, cuando se establece contractualmente la posibilidad del vencimiento anticipado cruzado, para mitigar su extraordinario rigor, suele establecerse una cuantía mínima a la que deben ascender los incumplimientos de las obligaciones garantizadas (bien una cuantía fija, bien calculada estableciendo un porcentaje sobre el importe total de las obligaciones aseguradas).

(86) Vid. RRDGRN de 21 de diciembre de 2007 (EDD 2007/241202), 1 de febrero de 2008 (EDD 2008/6470) y 15 de marzo de 2008 (EDD 2008/10649), disponiendo esta última que «la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que en su Exposición de Motivos proclama que las medidas contenidas en ella y dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios “tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa”, añadiendo tal Exposición que “a tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración”, de donde “las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real”.

La conclusión lógica de esa voluntad del legislador es que, respecto de la hipoteca, sea quien sea el acreedor en cuyo favor se haya constituido y como regla general, el registrador solo puede calificar y, por tanto inscribir si su calificación es favorable, las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria que son el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración (art. 12, párr. primero de la LH).

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 de la LH ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a 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».

por la cantidad vencida, lo que supone una razón adicional en orden a admitir su procedencia (87).

7. LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE

Conforme nos indica ROCA SASTRE (88), «*la hipoteca es un derecho o relación que dentro del mundo jurídico nace, vive y muere*». En consecuencia, habiendo analizado hasta este punto los requisitos de constitución de la hipoteca flotante, así como su régimen de transmisión y ejecución, resta finalmente abordar la cuestión relativa a la desaparición del referido derecho real del mundo jurídico, y, finalmente, al modo en que dicha circunstancia adquiere reflejo registral.

En cuanto al régimen jurídico de la extinción de la hipoteca flotante, es plenamente aplicable en este punto la tradicional distinción doctrinal, ya apuntada por CHICO Y ORTIZ (89), en función de la vinculación o no de la hipoteca con las vicisitudes sufridas por la obligación garantizada, si bien algunas de sus categorías sufren ciertas alteraciones por las particulares características objetivas de la hipoteca objeto de análisis. Así:

- a) En primer lugar, analizaremos las causas de extinción de la hipoteca como consecuencia de la extinción de las obligaciones garantizadas.
- b) A continuación abordaremos las causas de extinción de la hipoteca que operan con independencia de la suerte que sufran los créditos objeto de aseguramiento.

7.1. *La extinción de la hipoteca flotante por extinción de la obligación garantizada*

Por regla general, y sin perjuicio de las matizaciones que se indicarán posteriormente respecto de la flotante, la hipoteca se extingue por la extinción de las obligaciones garantizadas como consecuencia del acaecimiento de cualquiera de las circunstancias contempladas en el artículo 1156 del Código Civil. De entre ellas, la condonación de la deuda, la compensación, y la novación no presentan mayores peculiaridades en su aplicación a la hipoteca global. Por ello, cumple centrar la cuestión respecto del pago como causa de extinción de la hipoteca flotante, y las diferencias del régimen jurídico en esta materia

(87) Vid. AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1236.

(88) Vid. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 2.º, 6.ª ed., 1968, pág. 1101.

(89) Vid. CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 3.ª ed., 1994, págs. 1692-1697.

con la hipoteca ordinaria o de tráfico. En efecto, como consecuencia directa del principio de accesoriedad, el pago de la obligación garantizada es la causa de extinción más habitual de las hipotecas de tráfico, por cuanto que la extinción por pago de la obligación garantizada lleva inexorablemente aparejada la extinción de los derechos de garantía a ella asociados (90).

En la hipoteca flotante, durante la fase de seguridad, y a diferencia de lo que sucede en las hipotecas de tráfico, la suma máxima que se garantiza hipotecariamente no se ve reducida por cada uno de los pagos que de los créditos asegurados efectúe el deudor hipotecario, pues éste ha ofrecido al acreedor hipotecario una garantía real para aseguramiento de una multiplicidad indiferenciada de obligaciones, nacidas y/o futuras, respetando el límite de la cantidad máxima establecida en el título constitutivo de la misma (91). Por el contrario, el acreedor verá reducida la cuantía máxima de la que la finca responde hipotecariamente en garantía de la totalidad de las obligaciones comprendidas dentro de la cláusula de globalización si el pago efectuado por el deudor es consecuencia de la realización de la garantía; esto es, de la transición de la hipoteca flotante desde la fase de seguridad hacia la fase de ejecución o realización forzosa. Pero resulta que, llegado el caso expuesto, el pago realizado como consecuencia de la realización de la garantía no es causa de extinción de la hipoteca como consecuencia de la extinción por pago de la obligación u obligaciones garantizadas, sino porque dicho pago se ha llevado a cabo a través de la realización forzosa del derecho de hipoteca (salvo que se admita la posibilidad de ejecución parcial) (92).

Efectuadas las anteriores consideraciones, consideramos que, en relación con las consecuencias jurídicas del pago del crédito garantizado respecto de la extinción del derecho de hipoteca, ha de distinguirse según el mismo sea llevado a cabo por el deudor o por un tercero (hipotecante no deudor o tercer poseedor), y en el primero de los supuestos (pago por el deudor), si se efectúa en fase de seguridad o en fase de realización de la garantía:

- a) Si el pago lo efectúa el deudor en fase de seguridad, como ya hemos indicado, no se produce la correlativa extinción de la hipoteca flotante, que continuará garantizando los créditos que en el futuro existan entre acreedor y deudor, dentro de los términos de la cláusula de

(90) Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, por excepción, existen algunos supuestos donde el pago de la obligación garantizada no supone extinción del derecho de hipoteca. Así, a título de ejemplo, vid. artículo 118.II LH.

(91) Ello sucede no solo en la hipoteca flotante, objeto de estudio, sino en todas las hipotecas en garantía de obligaciones inicialmente indeterminadas, pero determinables *ex* artículo 1273 del Código Civil. Por ejemplo, en la hipoteca en garantía de intereses variables o intereses de demora, el máximo de responsabilidad hipotecaria no está en función de los intereses de cada clase efectivamente devengados, sino de los que, en el momento de realización de la garantía estén vencidos e impagados.

(92) Vid. apartado 2.6.4 del presente estudio.

globalización, y respetando, en todo caso, el plazo y la suma máxima garantizada.

- b) Si el pago lo efectúa el deudor en fase ejecutiva, salvo que se admita como posible la ejecución parcial de la garantía, se produce la extinción del derecho de hipoteca, si bien, como se ha indicado, no por pago de la obligación garantizada, sino por realización judicial de la misma.
- c) Con independencia de que el pago se efectúe en fase de seguridad o de ejecución de la garantía, si éste lo efectúa el hipotecante no deudor o, en su caso, el tercer poseedor del bien hipotecado, se produce la extinción de la hipoteca flotante, puesto que el pago no es realizado por éstos para continuar con la relación de aseguramiento, sino para extinguir el gravamen hipotecario; esto es, el tercer poseedor o el hipotecante no deudor que paga no tiene interés alguno en que se le conceda crédito futuro al deudor hipotecario, sino que la única finalidad del pago es la liberación de una carga que pesa sobre un bien de su propiedad. En el supuesto de que las obligaciones garantizadas no se encuentren vencidas y, en consecuencia, no sean exigibles, entendemos que dicha cantidad deberá ser consignada hasta que se produzca el vencimiento, quedando afecta a dicho pago por el principio de subrogación real (interpretando analógicamente el art. 110.2.º LH). A tal efecto, entendemos asimismo que no plantea especiales inconvenientes en cuanto a licitud el pacto de conversión, total o parcial, de la hipoteca global en prenda sobre los derechos de crédito derivados del pago por tercero para la extinción de la hipoteca flotante.

7.2. La extinción de la hipoteca flotante por causas independientes de la extinción de las obligaciones garantizadas

Como hemos recordado, la hipoteca flotante también puede extinguirse por causas independientes de la extinción de la obligación asegurada en los diversos supuestos contemplados en el artículo 1156 del Código Civil. Analicemos a continuación que supuestos integran dichas causas:

- a) El convenio entre deudor y acreedor (93) para extinguir la hipoteca flotante o la renuncia a dicha garantía por parte del acreedor hipotecario, siempre ello no encierre fraude para los derechos de terceros (*ex art. 6.2 CC*).

(93) Debe entenderse incluida dentro de esta causa de extinción la cesión total de los créditos nacidos (y, en su caso, futuros) garantizados excluyendo por pacto entre cedente y cesionario la correlativa transmisión de la garantía.

- b) La pérdida de la cosa hipotecada (94). No obstante, en supuestos de pérdida de objeto hipotecado que se encuentre asegurado o como consecuencia de un procedimiento de expropiación forzosa, las cantidades percibidas quedarán afectas, por vía de subrogación real, a las responsabilidades aseguradas por la de la hipoteca flotante (art. 110.2.º LH).
- c) La ejecución de la garantía que, para ROCA SASTRE (95) supone un modo natural de extinción de la hipoteca cuando por impago de la obligación garantizada se produce la ejecución forzosa de la garantía. En tales supuestos, salvo que se produzca un supuesto de ejecución parcial y la hipoteca subsista por la diferencia entre el importe ejecutivamente obtenido y la suma máxima garantizada (vid. art. 693.1 LEC), la ejecución de la garantía determina su cancelación (arts. 674 LEC y 134 LH).
- d) La purga de las inscripciones registrales posteriores por realización forzosa de garantías o derechos con preferencia registral a la hipoteca flotante, si ésta se encuentra en tal situación jurídica (arts. 674 LEC y 134 LH).
- e) La confusión de derechos, por confluir en un mismo sujeto la propiedad de la finca hipotecada y la titularidad activa de la hipoteca, pues en nuestro Derecho no se admite la existencia de una hipoteca sobre cosa propia (96). Es por ello que el pago efectuado por el hipotecante no deudor o el tercer poseedor no comporta en ningún caso subrogación en la hipoteca contra el deudor, sin perjuicio del derecho de crédito que contra éste aquéllos ostenten.
- f) La extinción por prescripción o caducidad del derecho de hipoteca, que analizaremos a continuación.

7.3. *La extinción por prescripción de la hipoteca flotante*

El régimen jurídico vigente en materia de prescripción del derecho de hipoteca es el establecido en los artículos 128 LH y 1964 CC, cuando deter-

(94) Aun cuando se trata de un supuesto extintivo contemplado por el artículo 1156 del Código Civil, se trata de un supuesto de extinción de la hipoteca por causa independiente de la extinción de la obligación garantizada.

A título de ejemplo, se extingue la hipoteca por extinción del usufructo gravado (art. 107.1.º LH), por extinción de la hipoteca gravada (art. 107.4.º LH), por extinción o caducidad de las concesiones administrativas gravadas (art. 107.6.º LH), por pérdida del hipotecante del bien litigioso gravado (art. 107.9.º LH), por cumplimiento de la condición resolutoria de rango preferente en negocio sobre el bien gravado (art. 107.10.º LH).

(95) Vid. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 2.º, 6.ª ed., 1968, pág. 1109.

(96) Vid. CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 3.ª ed., 1994, pág. 1696.

minan la prescripción de la acción hipotecaria por el transcurso del plazo de veinte años. La diferencia del mismo con el plazo general de quince años para la prescripción de las acciones civiles que no tengan señalado uno específico, ha sido objeto de múltiples interpretaciones por parte de la doctrina, cuya exposición prolija excedería objetivamente las pretensiones del presente estudio (97), si bien puede indicarse, aun cuando sea someramente, siguiendo a GÓMEZ GÁLLIGO (98), que ha habido posicionamientos: «*desde quién defiende que en tanto subsista la hipoteca no se puede producir el ejercicio aislado e independiente de la acción personal (LALAGUNA); pasando entre quienes distinguen entre las relaciones entre el acreedor y el deudor que se regirán por el plazo de prescripción de las acciones personales, y las acciones entre el acreedor y el tercer poseedor, que se regirán por el plazo de veinte años (REGLERO CAMPOS); hasta quienes sostienen que, prescrita la acción personal, solo puede ejercitarse la acción real sobre los bienes hipotecados, sin posibilidad de ejecutar otros bienes (DÍEZ PICAZO)*».

En este mismo orden de cosas, a nuestro entender resulta especialmente interesante la interpretación efectuada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (99), para quien «*el derecho de hipoteca puede quedar extinguido por prescripción de dos modos: por vía de consecuencia, es decir, cuando prescriba el crédito; o por vía directa, cuando aunque persista el crédito, prescriba, sin embargo, el derecho real*». Indica el referido autor que: «*esto guarda armonía con la naturaleza del derecho de hipoteca: como es un derecho accesorio no puede existir sin el crédito y se extingue y prescribe con el crédito; pero también como el derecho de hipoteca en sí es un propio derecho subjetivo, puede extinguirse y prescribir con independencia*».

No obstante, este último no es el parecer que recientemente ha mostrado la Jurisprudencia, pues la STS de 10 de diciembre de 2007 (100), tratándose de créditos hipotecariamente garantizados, considera aplicable el plazo de prescripción de veinte años tanto a la hipoteca como al crédito, al entender que la existencia de una hipoteca como garantía de un crédito le otorga a este último un régimen jurídico distinto, extensivo al instituto de la prescripción.

Antes de finalizar el apartado relativo a la extinción por prescripción de la hipoteca flotante, cumple abordar el análisis de los especiales problemas que

(97) Sobre las distintas posturas doctrinales existentes, vid. nota al pie, núm. 85.

(98) Vid. GÓMEZ GÁLLIGO, J., «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia», en *RDCI*, núm. 702, 2007, págs. 1673-1674.

(99) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, 2.ª ed., 1986, págs. 458-459.

(100) Sentencia número 1331/2007, recurso 4154/2000, *EDJ* 2007/233280. Haciendo referencia a una resolución precedente del Alto Tribunal, de 8 de noviembre de 1960, analiza un supuesto en el que, iniciado el cómputo de la prescripción, el acto interruptivo de ésta se produjo cuando habían transcurrido más de quince años, pero sin llegar a los veinte.

esta modalidad hipotecaria plantea como consecuencia de la indeterminación inicial de las concretas obligaciones objeto de aseguramiento. En efecto, como consecuencia de la falta de constancia registral de las concretas obligaciones garantizadas, el Registro no otorga publicidad a la fecha de vencimiento de las mismas, momento a partir del cual se inicia el cómputo del plazo de prescripción de la acción hipotecaria (y de la acción personal). Por tanto, quien pretenda aducir como excepción material la prescripción de la acción para exigir el cumplimiento de la obligación garantizada, deberá acreditar extrarregistralmente tanto su vencimiento cuando el transcurso del plazo prescriptivo correspondiente, y ello respecto de todas las obligaciones susceptibles de ser aseguradas a través de la hipoteca flotante.

7.4. *La extinción por caducidad de la hipoteca flotante*

A diferencia de lo que sucede en materia de anotaciones preventivas, donde existe una regulación específica de la caducidad en el artículo 86 LH, hasta la reforma del RH efectuada por el Real Decreto 1867/1998, no existía en nuestro Derecho una regulación de la caducidad de los asientos registrales (101). Por lo que al derecho de hipoteca respecta, solo se contemplaba un plazo de caducidad para la hipoteca de constitución unilateral (art. 141.II LH) y para la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (art. 157.IV LH).

Con la nueva redacción reglamentaria, el artículo 177 RH pasó a disponer que *«los asientos relativos a derechos que tuvieran un plazo de vigencia para su ejercicio convenido por las partes, se cancelarán por caducidad transcurridos cinco años tras su vencimiento, salvo caso de prórroga legal, y siempre que no conste asiento alguno que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título, o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento. Del mismo modo se procederá respecto (...) de las hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación, cuando hayan transcurrido, salvo que las partes pacten un plazo más breve (...) veinte años en el caso de las hipotecas, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro»*. No obstante, esta regla ha sido objeto de anulación por la STS de 31 de enero de 2001 (RJ 1083), de suerte tal que esta materia, en la actualidad, continúa carente de régimen jurídico expreso.

Ahora bien, pese a la referida ausencia de regulación legal expresa, no solo no era discutida la posibilidad de establecer un plazo de caducidad convencional respecto del derecho de hipoteca en general, sino que, respecto de

(101) Ello a salvo de las reglas transitorias contenidas en la DT 3.ª LH, respecto de hipotecas constituidas con anterioridad al 1 de enero de 1945.

la flotante, dicho extremo ha sido elevado a la condición de mención inexcusable en la escritura de constitución con la reforma introducida por la Ley 41/2007 pues, como pone AZOFRA (102) de manifiesto, «*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 a favor del acreedor hipotecario*». En tal sentido, el transcurso del plazo de duración de la hipoteca flotante constituye, a nuestro juicio, un supuesto de extinción de la hipoteca flotante por caducidad.

Además, hemos de recordar en este punto lo manifestado respecto a la posibilidad de que el deudor, aun cuando no se haya cumplido el plazo citado, pueda proceder a extinguir la hipoteca flotante cuando las obligaciones garantizadas hayan sido totalmente satisfechas y no sea posible el nacimiento de otras, bien porque no fue contemplado en la cláusula de globalización, bien porque para ello sea preciso un nuevo consentimiento contractual y medie renuncia irrevocable al mismo por una de las partes obligadas a prestarlo (103); posibilidad esta de la que dispondría, no por virtud de la caducidad de la hipoteca, sino como consecuencia del cumplimiento de la totalidad de las obligaciones garantizadas y la imposibilidad de nacimiento de otras futuras susceptibles de aseguramiento a través de dicha garantía real.

Al contemplar el artículo 153 bis LH como obligatoria la indicación de un plazo de duración de la hipoteca flotante, entendemos (104) que la caducidad debe operar de un modo automático, sin necesidad de establecer un plazo específico para que tenga reflejo registral el inicio de la ejecución instada con anterioridad por el acreedor; margen temporal exigido en alguna ocasión por la DGRN (105) y que carece a nuestro juicio de todo fundamento, pues las normas que permiten la cancelación de asientos por el transcurso de un plazo de caducidad no incorporan requisito adicional alguno (106).

(102) Vid. AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pág. 1208.

(103) Vid. apartados 2.5.3.2 y 2.4.2.3 del presente estudio.

(104) En este punto nos parece razonable la opinión mostrada por CORDELO LOBATO, en CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, pág. 657.

(105) Vid. RDGRN de 22 de junio de 1995 (*EDD* 1995/4172).

(106) Así puede verse, a título de ejemplo, respecto de las menciones de derechos legítimos (arts. 15 LH y 85 RH), respecto de las anotaciones preventivas (arts. 86 LH y 206.13 RH).

8. LA CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE

8.1. *Cancelación de la hipoteca flotante por extinción de las obligaciones garantizadas*

8.1.1. Cancelación instada por el deudor (107)

Para finalizar el presente estudio, analizaremos de qué modo puede el deudor del bien hipotecado, una vez producida la extinción de la obligación u obligaciones garantizadas por cualquiera de las causas analizadas en los apartados precedentes, conseguir la cancelación registral, total o parcial, de la hipoteca flotante.

En tal sentido, recuerda ROCA SASTRE que la cancelación no es una de las causas por las cuales se produce la extinción del derecho de hipoteca, sino que es la consecuencia registral de su extinción; el acto jurídico-formal por virtud del cual se extingue el asiento registral correspondiente (108). Así, según el artículo 79 LH, podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la cancelación total de un asiento «*cuando se extinga por completo (...) el derecho inscrito*». Por lo tanto, de lo que se trata con la cancelación es adecuar la realidad registral a las vicisitudes sufridas por la hipoteca en el mundo extra tabular, de modo tal que la extinción de la garantía es condición previa para la cancelación de la misma.

De acuerdo con lo previamente manifestado en cuanto a la extinción de la hipoteca flotante por extinción de las obligaciones garantizadas, en sede de cancelación de la misma a instancia del deudor, habremos de distinguir según aquélla se interese total o parcialmente:

- a) Respecto de la cancelación total de la hipoteca flotante a instancia del deudor, cumple indicar que si las obligaciones extinguidas son las únicas garantizadas, y conforme a las reglas de integración de la cobertura, bien no es posible que nazcan más o, si ello es posible, bien resulta preciso para su nacimiento el concurso de nuevos consentimientos contractuales prestados por acreedor y deudor, y media renuncia irrevocable de alguno de ellos en tal sentido, se produciría la extinción del derecho de hipoteca por extinción total de las obligaciones por aquélla aseguradas; no obstante, por imperativo de

(107) Respecto de esta materia, vid. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 2.º, 6.ª ed., 1968, págs. 1101-1131; CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 3.ª ed., 1994, págs. 1697-1703; CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, págs. 658-670.

(108) Vid. ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 2.º, 6.ª ed., 1968, págs. 1101-1102; CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, págs. 658-659.

lo preceptuado en los artículos 82 LH y 179 RH, su cancelación registral exigirá el consentimiento del acreedor hipotecario o, en su defecto, la obtención de sentencia judicial firme ordenando, por la concurrencia de la situación fáctica expuesta, la cancelación del correspondiente asiento registral.

- b) En lo que a la cancelación parcial de la hipoteca global a instancia del deudor, debe recordarse, en los términos antes expuestos, que la extinción de obligaciones potencialmente asegurables hipotecariamente no determina, al amparo de dicha figura, la reducción de la responsabilidad hipotecaria pactada, salvo que tal extinción se haya efectuado mediante la realización de la hipoteca, en cuyo caso ésta se extingue totalmente por su ejercicio (salvo, como hemos indicado, que se admita la posibilidad de ejecución parcial de la garantía). Por otra parte, ha de recordarse asimismo que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 122 LH, *«la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada»*, de forma que, salvo pacto en contrario, la extinción parcial de las obligaciones garantizadas, no constituye, ni siquiera en las hipotecas de tráfico causa para la cancelación parcial del derecho de garantía (109), a salvo de lo dispuesto en el artículo 124 LH para los supuestos de pago parcial de un crédito hipotecariamente garantizado con distribución de responsabilidad hipotecaria sobre varias fincas (110).

8.1.2. Cancelación instada por el tercer poseedor o por el hipotecante no deudor

Conforme hemos indicado previamente, cuando no es el deudor, sino el hipotecante no deudor o el tercer poseedor de la finca hipotecada quién paga las obligaciones aseguradas, la suma máxima de responsabilidad hipotecaria se extingue en cuantía equivalente al importe pagado. De este modo, si la cantidad pagada por el hipotecante no deudor o por el tercer poseedor de la finca hipotecada no alcanza a cubrir el importe total de la cifra máxi-

(109) Vid. CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002, pág. 653.

(110) En concreto, dispone el artículo 124 LH que: *«dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca. Si la parte de crédito pagada se pudiese aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre»*.

ma de responsabilidad hipotecaria, ésta se reducirá en la cantidad concurrente, pudiendo el tercero exigir la cancelación parcial de la garantía; en el otro supuesto; esto es, cuando el pago equivalga a la responsabilidad hipotecaria total, el tercero podrá exigir la cancelación íntegra del gravamen.

En ambos supuestos, si el acreedor no concurre voluntariamente al otorgamiento de dicha cancelación, total o parcial, el tercero deberá obtener sentencia judicial firme ordenando la inscripción de la cancelación (art. 82 LH), previa acreditación en juicio ordinario del hecho del pago realizado.

8.2. *La cancelación de la hipoteca flotante por causas independientes de la extinción de las obligaciones garantizadas*

Respecto de la cancelación de la hipoteca flotante por causas independientes de las obligaciones garantizadas, no existen en esta modalidad hipotecaria diferencias respecto al régimen jurídico general de la cancelación de las hipotecas de tráfico, de suerte tal que la constancia registral de tal cancelación requerirá, bien acuerdo de las partes en tal sentido, bien sentencia judicial firme dictada tras juicio declarativo ordinario en el que hayan sido objeto de cumplida prueba las circunstancias determinantes de la cancelación del derecho real (art. 82 LH).

Ahora bien, en relación con la cancelación de la hipoteca por extinción de la misma como consecuencia de la existencia de prescripción, valga lo señalado anteriormente (111) respecto a los especiales problemas que en esa cuestión plantea la modalidad hipotecaria objeto de estudio, como consecuencia de la indeterminación inicial de las concretas obligaciones objeto de aseguramiento, pues al no otorgar el Registro publicidad a la fecha de vencimiento del crédito o créditos garantizados, fecha que determina el *dies a quo* para el cómputo de plazo de prescripción de la acción hipotecaria, quien pretenda aducir como excepción material la prescripción deberá acreditar por medios extrarregistrales tanto el vencimiento de los créditos hipotecarios garantizados, cuando el transcurso del plazo prescriptivo correspondiente, y ello respecto de todas las obligaciones susceptibles de aseguramiento por la hipoteca flotante.

Para finalizar, en cuanto a la posibilidad de cancelación por extinción de la hipoteca como consecuencia del transcurso del plazo de caducidad pactado en el título constitutivo, cumple indicar que el transcurso del plazo de duración de la hipoteca que obligatoriamente debe establecerse en la escritura de constitución de la misma, según el artículo 153 bis LH, y que opera, a nuestro juicio, tal y como se ha indicado, como plazo de caducidad, determinará la

(111) Vid. apartado 7.3 del presente estudio.

posibilidad de cancelación de la hipoteca flotante sin necesidad de obtener bien el consentimiento del acreedor, bien sentencia judicial firme ordenando la cancelación, exigidos por el párrafo 1.º del artículo 82 LH (y 174 RH), por cuanto que dicho precepto dispone a continuación en su párrafo 2.º que «*podrán, no obstante, ser canceladas sin dichos requisitos cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva*» (112). Se facilita así al deudor la cancelación del gravamen, liberándolo de la carga de prueba alguna, al producirse aquella como consecuencia de un dato, el plazo, dotado de publicidad registral directa.

III. CONCLUSIONES

I. La reforma hipotecaria introducida por la Ley 41/2007 ha supuesto la definitiva admisión en nuestro Derecho de la hipoteca flotante. Se trata de una hipoteca en la que únicamente pueden ser acreedores hipotecarios entidades financieras y Administraciones Públicas (en este último caso, solo para garantizar créditos tributarios y de Seguridad Social), y que otorga aseguramiento a «*una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas*». No existen para el deudor limitaciones similares a las configuradas respecto del acreedor hipotecario, pese a que fue una cuestión debatida en el trámite parlamentario de la norma.

II. Las novedades más significativas se introducen en cuanto al objeto de la garantía hipotecaria flotante, al permitir el aseguramiento de múltiples obligaciones, sin conexión causal, ni entre sí ni con una pretendida relación jurídica previa existente al tiempo del aseguramiento, siendo suficiente que en la escritura de constitución de la hipoteca flotante se identifique «*la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivarse en el futuro las obligaciones garantizadas*». Asimismo, y por imperativo legal, habrá de determinarse en el título constitutivo de la hipoteca flotante la cantidad máxima de que responda la finca, el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

III. En cuanto al régimen jurídico de la cesión y subrogación convencional:

(112) Vid. CARRASCO PERERA, M., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditori*», en *Diario La Ley*, núm. 6988, julio de 2008 (36908/2008). Exponen estos autores el peligro que, a su juicio, supone la falta de establecimiento de un límite, tanto a la duración de la hipoteca flotante, como al máximo de responsabilidad, pues en situaciones de necesidad crediticia del deudor, los concedentes de crédito es probable que pretendan imponer sus condiciones contractuales, de ordinario, gravosas para el deudor asfixiado económicamente.

- a) Si se transmiten todos los créditos nacidos y futuros susceptibles de aseguramiento, la hipoteca, bien se transmite junto con los mismos, bien se extingue. Operada la transmisión el cesionario (o el *solvens*) podrá asegurar las obligaciones que en el futuro constituya con el deudor dentro de los parámetros establecidos en la cláusula de globalización contenida en la escritura de constitución de la garantía. Respecto a la integración en la garantía de créditos ya nacidos al tiempo de la cesión que el cesionario tuviese contra el deudor, éste podrá oponerse a que aquél extienda la cobertura hipotecaria cedida por importe superior al de los créditos garantizados existentes entre cedente y deudor, *ex* artículo 1198 del Código Civil.
- b) Si se produce transmisión parcial de la obligación garantizada, junto con la garantía, deberá establecerse en la escritura de cesión una distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos transmitidos al cesionario (o al *solvens*) y los retenidos por el cedente (o *accipiens*). La situación de pluralidad subjetiva en la posición activa de la relación jurídico-hipotecaria planteará dificultades en cuanto a la ejecución de la garantía.
- c) Finalmente, es posible la cesión de la hipoteca flotante con independencia de que no se transmita crédito actual alguno, para que el cesionario proceda a garantizar, dentro de las reglas de integración de la cobertura convenidas por cedente y deudor en el título constitutivo de la garantía, las obligaciones que en el futuro celebre con el deudor. Respecto de la posibilidad de aseguramiento de obligaciones ya nacidas al tiempo de la cesión, idéntico derecho de oposición corresponderá al deudor *ex* artículo 1198 del Código Civil.

IV. En cuanto a la subrogación legal, la misma siempre implica la transmisión de la garantía, sin que el *accipiens* pueda aducir que no tenía intención de incorporar dicha obligación a la relación de aseguramiento.

Si la cláusula de globalización únicamente contempla créditos nacidos, y la subrogación opera respecto de todos ellos, el *solvens* pasará a ser titular único de la garantía. Por el contrario, si la cláusula de globalización comprende créditos nacidos y/o futuros, o exclusivamente futuros, el *accipiens* seguirá conservando la posibilidad de garantizar créditos encuadrables en la cláusula de globalización, siendo preciso establecer la proporción en que estarán garantizados los créditos subrogados y los que el *accipiens* pueda ostentar.

V. Consideramos posible la ejecución de la hipoteca flotante a través del proceso judicial sumario de los artículos 681 y siguientes LEC, siempre que bien el título ejecutivo documente una obligación existente, líquida y vencida, bien se proceda a su integración extrarregistral a través de la certificación unilateral del saldo por la entidad financiera.

Consideramos posible la ejecución de la hipoteca flotante a través del procedimiento de venta extrajudicial únicamente cuando la obligación garantizada tenga constancia registral, bien desde un inicio, bien porque se ha procedido con carácter previo a la ejecución a practicar la nota marginal del artículo 143 LH.

Consideramos posible la ejecución parcial de la hipoteca flotante por obligaciones no vencidas, efectuando una aplicación analógica de los artículos 693.2 LEC y 155 LH, conservando parcialmente la misma por el remanente del importe máximo de responsabilidad hipotecaria para las restantes obligaciones garantizadas.

Respecto a la posibilidad de ejecución parcial de la hipoteca flotante instada, en una situación de pluralidad subjetiva en la posición acreedora, hemos de concluir: *a)* Si la solidaridad rige las relaciones entre cotitulares, cualquiera de ellos podrá ejercitar la garantía por el todo; *b)* si lo que está establecido es una situación de comunidad de bienes, sin distinción de cuotas de participación en la garantía, será preciso el consentimiento unánime de todos los comuneros para el ejercicio de los derechos asociados a la garantía compartida; finalmente; *c)* si se trata de una relación parciaria, en la que está determinada la participación de cada condueño en la garantía, es posible la ejecución parcial de la hipoteca, con aplicación de la regla contenida en el artículo 227 RH.

En relación con la ejecución parcial, consideramos lícito el pacto por virtud del cual se convenga un modo de distribución de responsabilidad hipotecaria para el supuesto de ejecución parcial de las obligaciones garantizadas, estableciendo en previsión de una futura ejecución parcial, los criterios para distribuir la responsabilidad entre todas las obligaciones garantizadas (ejecutadas y no ejecutadas). Asimismo, entendemos lícito que en la escritura de constitución de la hipoteca se apodere irrevocablemente al acreedor hipotecario para que distribuya la responsabilidad no consumida por la ejecución parcial entre las obligaciones pendientes según su criterio, sin elevar su límite máximo.

Como alternativa a la posibilidad de ejecución parcial desde el punto de vista del acreedor hipotecario, sea uno o varios, también consideramos admisible pactar el vencimiento anticipado de todas las obligaciones garantizadas por la hipoteca flotante ante el incumplimiento de cualquiera de ellas, sean estas de titularidad única de un solo acreedor hipotecario, sean de titularidad de una multiplicidad de ellos.

VI. A diferencia con las hipotecas ordinarias, la hipoteca flotante, durante la fase de seguridad, no se extingue parcialmente con las obligaciones que el deudor vaya atendiendo, sino que continúa asegurando, hasta la fecha de su vencimiento, los créditos que, conforme a la cláusula de globalización, el acreedor pueda ostentar contra el deudor.

Distinto régimen sigue la cancelación de la hipoteca interesada por el hipotecante no deudor y, en su caso, por el tercer poseedor, pues el pago que reali-

zan tiene por único fin la extinción de la garantía, procediendo así a la liberación de la carga que pesa sobre un bien de su propiedad.

Como consecuencia de las dificultades probatorias para acreditar la extinción por prescripción de la hipoteca flotante, resulta especialmente relevante que el legislador 41/2007 haya previsto como elemento esencial de la hipoteca flotante el establecimiento de un plazo de duración de la hipoteca, que opere como plazo automático de caducidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS GUARDIOLA, M., «Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda», en *RCDI*, núm. 631, 1995.
- ÁVILA NAVARRO, P., «La hipoteca en garantía de cuenta corriente», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1995-3.
- AZOFRA, F., «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008.
- BARBANCHO TOVILLAS, F. J., «Hipoteca flotante: Comentario a la Resolución de la DGRN, de 24 de julio de 1998», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, Aranzadi, 1999 (BIB 1999/1110).
- BUSTO LAGO, J. M., y PEÑA LÓPEZ, F., «Dictamen acerca de la calificación del crédito garantizado con hipoteca de máximo en el caso de que el traspaso del importe del crédito asegurado a la cuenta bancaria cuyos saldos se garantizan, configurado como facultad contractual del acreedor hipotecario, se haya realizado en un momento temporal posterior a la declaración de la situación concursal», en *RCDI*, núm. 686, 2004.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Aranzadi, 1993.
- CARRASCO PERERA, A., «La fianza general», en *Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, II, 1993.
- CARRASCO PERERA, M.; CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, 2002.
- CARRASCO PERERA, M., y CORDERO LOBATO, E., «El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditori*», en *Diario La Ley*, núm. 6988, julio de 2008 (36908/2008).
- CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, II, 3.ª ed., 1994.
- CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global: la determinabilidad del crédito garantizado*, Centro de Estudios Registrales, 1997.
- «Sentencia de 31 de julio de 2002: Hipoteca de máximo en garantía de la restitución de descubiertos en cuenta corriente que el acreedor se obliga a aceptar: distinciones con la hipoteca en garantía de obligaciones futuras y con la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 62, 2003.
- «Proyectadas novedades en materia hipotecaria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 732, 12 de julio de 2007.
- DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, III, Tecnos, 1993, 5.º ed.
- ENNECERUS, L.; KIPP, T., y WOLFF, M., *Tratado de Derecho Civil. Derecho de cosas*, Tomo III, vol. 2.º, traducción de PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER, J., 1971.

- FERNÁNDEZ COSTALES, J., «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Tratado de garantía en la contratación mercantil*, Tomo II, vol. II, coord., NIETO, U., Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, 1996.
- GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, C., «Hipotecas especiales: problemática actual de las hipotecas de seguridad y de máximo», publicado en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991.
- «Patología actual de la hipoteca de máximo», en *RCDI*, núm. 593, 1989.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario a los artículos 1874 y siguientes», en *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, Civitas, 1994.
- *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Civitas, 1988.
- GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 8.ª ed., Madrid, 1983, II.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J., «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia», en *RDCI*, núm. 702, 2007.
- GONZÁLEZ, J., *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil* (Madrid, 1948).
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *RCDI*, núm. 681, 2004.
- «Comentario a la RDGRN de 27 de septiembre de 2000», en *RCDI*, núm. 670, 2002.
- MONTERO AROCA, J., «Oposición del ejecutado en la ejecución de sentencias y tutela judicial efectiva», en *RCDI*, núm. 631, 1995.
- ORTÍ VALLEJO, A., *Garantías de los títulos en el mercado hipotecario*, Civitas, 1993.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988.
- PARDO NÚÑEZ, C. R., «Comentario a la Resolución de 11 de enero de 1995. Hipoteca de máximo en garantía de obligaciones actuales y futuras», en *RCDI*, núm. 638, 1997.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, II, 2001, 4.ª ed.
- PRETEL SERRANO, J. J., «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2000)», en *RCDI*, núm. 661, 2000.
- REY PORTOLÉS, J. M., «Comentario a la RDGRN, de 23 de diciembre de 1987», en *RCDI*, núm. 590, 1989.
- «Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante», en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995.
- «Bombazo contra la hipoteca sumidero», publicado en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995.
- ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, IV, 1.º y 2.º, 6.ª ed., 1968.
- 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, 2008.
- VERDERA SERVER, R., *La hipoteca a favor de dos o más acreedores*. Tirant lo Blanch, 1999, colección privada, núm. 24.

RESOLUCIONES DE LA DGRN CONSULTADAS

- RDGRN de 27 de agosto de 1912 (*EDD* 1912/26).
- RDGRN de 21 de marzo de 1921 (*EDD* 1921/33).
- RDGRN de 5 de marzo de 1929 (*EDD* 1929/73).
- RDGRN de 28 de febrero de 1933 (*EDD* 1933/8).
- RDGRN de 16 de junio de 1936 (*EDD* 1936/14).
- RDGRN de 29 de octubre de 1984 (*RJ* 5200).
- RDGRN de 27 de enero de 1986 (*RJ* 1002).
- RDGRN de 20 de mayo de 1987 (*EDD* 1987/9932).
- RDGRN de 23 de octubre de 1987 (*EDD* 1987/9950).
- RDGRN de 26 de octubre de 1987 (*EDD* 1987/9951).
- RDGRN de 23 de diciembre de 1987 (*EDD* 1987/9962).
- RDGRN de 26 de noviembre de 1990 (*EDD* 1990/10707).
- RDGRN de 26 de diciembre de 1990 (*EDD* 1990/11972).
- RDGRN de 3 de octubre de 1991 (*EDD* 1991/9281).
- RDGRN de 24 de abril de 1992 (*RJ* 3374).
- RDGRN de 17 de agosto de 1993 (*EDD* 1993/7772).
- RDGRN de 17 de enero de 1994 (*EDD* 1994/6491).
- RDGRN de 1 de marzo de 1994 (*EDD* 1994/6925).
- RDGRN de 17 de marzo de 1994 (*EDD* 1994/6502).
- RDGRN de 23 de marzo de 1994 (*EDD* 1994/6503).
- RDGRN de 11 de enero de 1995 (*EDD* 1995/197).
- RDGRN de 22 de junio de 1995 (*EDD* 1995/4172).
- RDGRN de 2 de enero de 1996 (*EDD* 1996/237).
- RDGRN de 17 de septiembre de 1996 (*EDD* 1996/5531).
- RDGRN de 6 de junio de 1998 (*EDD* 1998/7491).
- RDGRN de 24 de julio de 1998 (*EDD* 1998/30643).
- RDGRN de 28 de julio de 1998 (*EDD* 1998/30619).
- RDGRN de 28 de abril de 1999 (*EDD* 1999/5430).
- RDGRN de 7 de junio de 1999 (*EDD* 1999/26341).
- RDGRN de 27 de julio de 1999 (*EDD* 1999/26418).
- RDGRN de 6 de noviembre de 1999 (*RJ* 7781).
- RDGRN de 27 de septiembre del 2000 (*EDD* 2000/36393).
- RDGRN de 10 de julio del 2001 (*EDD* 2001/33485).
- RDGRN de 17 de enero de 2002 (*EDD* 2002/3256).
- RDGRN de 30 de abril de 2002 (*EDD* 2002/23444).
- RDGRN de 28 de febrero de 2003 (*EDD* 2003/5838).
- RDGRN de 12 de marzo del 2003 (*EDD* 2003/5846).
- RDGRN de 2 de abril del 2003 (*EDD* 2003/8007).
- RDGRN de 12 de septiembre del 2003 (*EDD* 2003/89458).
- RDGRN de 11 de octubre del 2004 (*EDD* 2004/173778).

- RDGRN de 25 de abril del 2005 (EDD 2005/83435).
- RDGRN de 23 de julio de 2005 (EDD 2005/149080).
- RDGRN de 21 de diciembre de 2007 (EDD 2007/241202).
- RDGRN de 1 de febrero de 2008 (EDD 2008/6470).
- RDGRN de 15 de marzo de 2008 (EDD 2008/10649).
- RDGRN de 24 de abril de 2008 (RJ 2114).
- RDGRN de 25 de abril del 2008 (RJ 2115).

RESUMEN

HIPOTECA GLOBAL HIPOTECA FLOTANTE

El presente estudio tiene por objeto el análisis del régimen jurídico actualmente aplicable en Derecho español a la hipoteca global o flotante. Su admisibilidad jurídica, negada sistemáticamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus resoluciones desde mediados de los años ochenta, ha obtenido carta de naturaleza mediante la incorporación a la Ley Hipotecaria del nuevo artículo 153 bis, como consecuencia de la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

Son objeto de análisis: i) los distintos elementos del contrato, con especial atención a los problemas derivados de la existencia de una pluralidad subjetiva, bien originaria, bien sobrevenida, en la posición de acreedor hipotecario; ii) el régimen jurídico de la transmisión voluntaria (por cesión o subrogación convencional), bien de todos o parte de los créditos hipotecariamente garantizados, bien de la propia hipoteca flotante; iii) los posibles problemas derivados de la subrogación legal, total o parcial, de los créditos hipotecariamente garantizados; iv) la ejecución de la hipoteca flotante, con especial atención a los supuestos de ejecución parcial, bien en cuanto a los sujetos (ejecución por uno de los coacreedores hipotecarios), bien en cuanto al objeto (subsistencia de la

ABSTRACT

«GLOBAL» MORTGAGE MORTGAGE AS COLLATERAL SECURITY UP TO A CERTAIN CEILING

This paper looks the legal framework currently applicable in Spanish law to the «global» mortgage, where mortgage acts as collateral security up to a certain ceiling. The legal admissibility of such mortgages, which has been systematically rejected by the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs in its decisions since the mid-eighties, has now been naturalised by a new article added to the Mortgage Act, article 153 bis, as a consequence of the reform wrought by Act 41/2007 of 7 December.

The paper looks at: i) the different elements of the mortgage agreement, paying special attention to the problems stemming from the primal or supervening existence of subjective plurality in the position of the mortgage lender; ii) the legal framework for voluntary transfer (by assignment or conventional subrogation), either of all or part of the credits secured by the mortgage, or of the mortgage itself; iii) possible problems stemming from full or partial legal subrogation to the credits secured by the mortgage; iv) foreclosure, paying special attention to cases of partial foreclosure, as regards the subjects (foreclosure by one of the mortgage co-lenders) and as regards the object (subsistence of the

*hipoteca sobre los créditos no vencidos);
v) y la aplicación a la hipoteca flotante
de las normas generales en materia de
extinción y cancelación registral de la
misma.*

*mortgage on the credits not yet due);
v) and the application of general rules
on mortgage termination and cancella-
tion of mortgage registration where this
sort of mortgage is concerned.*

*(Trabajo recibido el 27-7-2010 y aceptado
para su publicación el 19-11-2010)*