

LA HIPOTECA FLOTANTE: UNA NUEVA ESTRUCTURA DE FINANCIAMIENTO EN EL MERCADO HIPOTECARIO*

ARTÍCULO

GLORYMAR ORTA RODRÍGUEZ**

Introducción	210
I. El contrato de hipoteca	211
II. Ley Núm. 41 de 7 de diciembre 2007	212
III. Hipotecas de máximo	213
IV. La hipoteca del artículo 153 bis de la <i>Ley hipotecaria de España</i>	213
V. La ejecución de la hipoteca flotante	218
VI. La extinción de la hipoteca flotante	223
VII. Determinación e inscripción de la hipoteca flotante en el Registro de la Propiedad	225
VIII. Ventajas de la hipoteca flotante	227
IX. Desventajas de la hipoteca flotante	227
Conclusión	228

INTRODUCCIÓN

LA LEY NÚMERO 41 DE 7 DE DICIEMBRE DE 2007¹ INTRODUJO EN LA *LEY HIPOTECARIA DE ESPAÑA* el artículo 153 bis. Este artículo permite la constitución de una variedad de hipotecas de máximo, llamada doctrinalmente *hipoteca flotante*. Esta hipoteca surge como respuesta a las necesidades económicas que presentaba el mercado. El propósito de la hipoteca flotante era contri-

* Copyright © 2013-2014. Este trabajo está disponible al público según los términos de la licencia *Creative Commons* Atribución – No comercial – Sin obras derivadas 3.0 Puerto Rico, <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/pr/>.

** Abogada y Notario Público. Estudiante del programa Máster en Derecho Español Vigente y Derecho Comparado de la Universidad Complutense de Madrid. Graduada Magna Cum Laude de la Pontificia Universidad Católica, Escuela de Derecho. Posee un Bachillerato en Administración de Empresas con concentración en Contabilidad de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras. Admitida al Tribunal Supremo de Puerto Rico, US District Court for the District of Puerto Rico y US Court of Appeals for the First Circuit.

¹ Ley Núm. 41 de 7 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Ley Núm. 2 de 25 de marzo de 1981, 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 (BOE 2007, 21086) [en adelante Ley Núm. 41 de 2007].

buir al desarrollo de nuevas técnicas de financiación para el beneficio de las pequeñas y medianas empresas.

A través del presente escrito intentaremos presentar una visión de conjunto sobre la hipoteca flotante partiendo desde la definición del concepto y sus características. No obstante, las consideraciones futuras de la hipoteca flotante tendrán que relacionarse con el desarrollo de esta figura jurídica conforme a los acontecimientos que surjan, los cambios en la situación económica y la creación de nuevas normas que alteren su realidad actual.

I. EL CONTRATO DE HIPOTECA

La hipoteca es un contrato que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, en el cual la cosa hipotecada permanece bajo la propiedad del deudor, manteniendo este la libre disposición del bien hipotecado o hallándose legalmente autorizado para disponer del bien hipotecado.² El contrato de hipoteca tiene que quedar constituido en escritura pública y el mismo debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad.³

La hipoteca supone una especie superior del derecho real, ya que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor hipotecario tiene derecho a realizar el valor de la cosa sin necesitar el consentimiento del deudor. Con el producto de la venta de la cosa hipotecada, el acreedor hipotecario satisface su crédito con un derecho preferente de pago frente a otro acreedor, incluso frente a los terceros adquirentes o terceros poseedores, consecuencia que solo es posible mediante un derecho de naturaleza real.⁴

Cuando en un contrato de hipoteca existe una pluralidad de deudores y acreedores, es necesario especificar la participación que en el crédito corresponde a cada uno de estos y también si la misma es mancomunada o solidaria.⁵ La regla general es que se pueden hipotecar los bienes inmuebles susceptibles de inscripción y los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes.

La garantía hipotecaria es una de las bases esenciales de la vida económica de un país debido a que tiene una función fundamental en la movilización de capitales, la financiación de la vivienda y la emisión de títulos hipotecarios.⁶

² Cód. Civ. Esp. art. 1857 (BOE 1889, 4763); Cód. Civ. PR art. 1756, 31 LPRA § 5001 (1990 & Supl. 2012).

³ Cód. Civ. Esp. art. 1875 (BOE 1889, 4763); Cód. Civ. PR art. 1774, 31 LPRA § 5042 (1990 & Supl. 2012).

⁴ Fernando de la Cámara García, *Las garantías reales en la contratación bancaria: La hipoteca mobiliaria e inmobiliaria*, VLEX, 2007, en la pág. 1182, <http://vlex.com/vid/39087330> (última visita 10 de abril de 2014) (citando a LUIS DíEZ-PICAZO, II FUNDAMENTOS DEL DERECHO CIVIL PATRIMONIAL 71 (1978)).

⁵ Cód. Civ. Esp. arts. 393, 1138 (BOE 1889, 4763); Cód. Civ. PR arts. 327, 1091, 31 LPRA §§ 1272, 3102 (1990 & Supl. 2012)

⁶ *Id.*

II. LEY NÚM. 41 DE 7 DE DICIEMBRE 2007

Una de las finalidades perseguidas con la Ley Núm. 41 de 2007 fue introducir flexibilidad en la emisión de títulos y lograr una nueva estructura de financiación mediante la hipoteca flotante. El artículo 153 *bis* de la *Ley hipotecaria de España* expresa lo siguiente:

Artículo 153 bis. También podrá constituirse hipoteca de máximo:

(a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas,

(b) a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

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

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

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.⁷

La hipoteca flotante flexibiliza el mercado hipotecario debido a que la accesibilidad y la determinación de las hipotecas ordinarias excluía del ordenamiento jurídico aquellas hipotecas en las que eran diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclaban obligaciones presentes y futuras. Antes de la implantación de la hipoteca flotante, debían constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretendiesen garantizar, lo que encarecía la operación y no resultaba competitivo en la práctica bancaria. Con la Ley Núm. 41 de 2007 se pretendía generalizar la posibilidad de garantizar, con una hipoteca flotante, diversas relaciones jurídicas. Para lograr dicho objetivo, el legislador español consideró conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, debido a la especial normativa de supervisión a la que estas instituciones están sometidas. La intención del legislador a través del establecimiento de la hipoteca flotante era permitir y admitir nuevos productos hipotecarios que hasta la fecha habían sido rechazados.

⁷ Ley hipotecaria art. 153 bis (BOE 1946, 2453) (España). Este artículo fue añadido con la introducción de la Ley Núm. 41 de 7 de diciembre de 2007 (BOE 2007, 21086).

III. HIPOTECAS DE MÁXIMO

Las hipotecas de máximo son aquellas que, cuando se constituyen, aseguran obligaciones de cuantía incierta y contienen una cifra máxima de responsabilidad hipotecaria.⁸ Ahora bien, es preciso señalar que, cuando se constituye una hipoteca, se suscribe un pagaré por la cantidad que el acreedor presta al deudor junto con los intereses que devengará dicho préstamo hasta el saldo total de la cantidad prestada, por lo que todas las hipotecas tienen una cifra máxima en cuanto a la responsabilidad hipotecaria del deudor frente al acreedor. Como ejemplos de lo que puede ser una hipoteca de máximo, podemos mencionar las siguientes: (1) hipoteca que asegura intereses variables, o intereses de demora, costas y gastos; (2) la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito; (3) la hipoteca de contra-aval⁹ y (4) la hipoteca en garantía de obligaciones cuyo pago deba hacerse en moneda extranjera, donde su cuantía depende del tipo de cambio que en el momento del pago rija para la correspondiente divisa. En las hipotecas de máximo la obligación no está inicialmente determinada y el máximo lo que determina es el límite máximo de riesgo de los terceros que adquieren derechos sobre la finca hipotecada o una cifra máxima de la que responderá la finca cuando exista un tercer poseedor, o cuando haya acreedores posteriores inscritos.¹⁰

IV. LA HIPOTECA DEL ARTÍCULO 153 BIS DE LA LEY HIPOTECARIA DE ESPAÑA

La hipoteca del artículo 153 *bis* es aquella hipoteca que garantiza una pluralidad de obligaciones diversas, presentes y futuras, la existencia de conexión causal no es requisito indispensable. Tampoco es necesario que se produzca novación entre ellas,¹¹ bajo una única y resultante obligación final. Este tipo de hipoteca surge por las necesidades que existían en la práctica bancaria para obtener una cobertura hipotecaria que garantice una pluralidad de operaciones con un mismo cliente. Anteriormente, esta hipoteca también era conocida como: paraguas, sumidero, global o empresa. Dichos nombres tenían la intención de poner de manifiesto la posibilidad de que varias obligaciones quedaran cubiertas bajo una misma hipoteca.

⁸ Ley hipotecaria art. 12 (BOE 1946, 2453) (España); Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria art. 219 (BOE 1947, 3843) (España).

⁹ Un contra aval o contra garantía consiste en una póliza entre el avalista y el avalado que permite, en el caso de que se ejecute el aval, que el avalista pueda reclamar el dinero que ha tenido que desembolsar por incumplimiento de la obligación del avalado, similar a la figura del fiador.

¹⁰ ENCARNA CORDERO LOBATO, LA HIPOTECA GLOBAL: LA DETERMINABILIDAD DEL CRÉDITO GARANTIZADO (1997).

¹¹ La expresión “sin necesidad de pacto novatorio de las mismas” significa, desde el punto de vista jurídico-civil, la conservación de la individualidad de la obligación.

Los rasgos que identifican la hipoteca del artículo 153 *bis* son los siguientes: (1) varias obligaciones presentes o futuras; (2) obligaciones indeterminadas con líneas básicas determinables; (3) inexistencia de una relación causal entre las obligaciones que constituyen la hipoteca, en otras palabras, las obligaciones pueden ser diferentes y no estar relacionadas entre sí; (4) inexistencia de una novación extintiva de las diferentes obligaciones en una nueva resultante, lo que significa que cada obligación conserva desde el inicio y hasta el final su independencia y autonomía sobre las otras; (5) la garantía de las obligaciones por una sola hipoteca, por la cual hay que establecer una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria, y (6) el máximo de responsabilidad hipotecaria es limitada e invariable.¹²

Cuando se constituye este tipo de hipoteca, se determinan los actos jurídicos básicos de los que se van a derivar las obligaciones garantizadas. No hay limitación alguna respecto a cuáles serán dichos actos jurídicos básicos, ya que las obligaciones se pueden derivar de cualquier negocio jurídico, como por ejemplo: préstamos, créditos, líneas de descuento, avales, productos derivados, *factoring*, *leasing*, entre otras. Todas y cada una de las obligaciones aseguradas mediante hipoteca del artículo 153 *bis* conservarán su individualidad propia y no se instrumentalizarán a través de una cuenta corriente, como en el caso de la hipoteca del artículo 153 de la *Ley hipotecaria de España*, que trata sobre hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito.¹³ No obstante, será necesario que conste, en el propio asiento registral, la forma de cálculo del saldo final resultante y/o de la liquidación de la hipoteca.¹⁴

La característica fundamental de la hipoteca del artículo 153 *bis* es la responsabilidad limitada. El motivo para esta característica surge ante la imposibilidad de determinar, al momento de la constitución de esta hipoteca, el importe, la cuantía o, incluso, la existencia de las obligaciones garantizadas, pues no es hasta el cierre de la cuenta en que se anotan las obligaciones garantizadas, y previa elección del acreedor hipotecario, que se conocen las obligaciones concretas que van a quedar integradas en la garantía. Por tal razón, ha de establecerse un máximo de responsabilidad hipotecaria que las garantice.¹⁵ Es característica de estas hipotecas, la variabilidad e indeterminación del importe garantizado y, en la escritura de constitución de hipoteca, deberá determinarse necesariamente la cantidad máxima por la que responderá la finca por principal, intereses de demora, costas y gastos. Otros requisitos para la constitución de la hipoteca flotan-

¹² María Goñi Rodríguez de Almeida, *El devenir de la hipoteca flotante*, 731 REV. CRÍTICA DERE. INMOBILIARIO 1646 (2012).

¹³ Ley hipotecaria art. 153 (BOE 1946, 2453) (España); Ley hipotecaria art. 197, 30 LPRA § 2616 (2005) (disposición equivalente de la Ley hipotecaria de Puerto Rico que establece la constitución de hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito).

¹⁴ *Id.*

¹⁵ José Ignacio Canle Fernández, *Consideraciones sobre la hipoteca flotante: El nuevo artículo 153 bis de la Ley hipotecaria*, 723 REV. CRÍTICA DERE. INMOBILIARIO 299 (2011).

te lo son: (1) el plazo de duración máximo de la hipoteca, que será independiente de cada una de las obligaciones garantizadas, y (2) la forma del cálculo del saldo final líquido garantizado, pudiendo pactarse en la escritura que dicho saldo sea el resultado de la liquidación efectuada por el acreedor hipotecario y que el mismo sea exigible en caso de ejecución, por lo cual dicha certificación de saldo sería un medio de liquidación.¹⁶

Ahora bien cabe mencionar que, en cuanto al principio de accesoriedad, antes de la Ley Núm. 41 de 2007, la Dirección General de Registros y del Notariado de España expresaba que la hipoteca global era incompatible con el principio de determinación de la obligación garantizada y de accesoriedad de la hipoteca.¹⁷ La razón es que no admitía que, con un único máximo de responsabilidad hipotecaria, una sola hipoteca pudiera servir de garantía a varias obligaciones y, además, exigía la asignación de una cuota de valor separada para cada obligación. Para que pudiera practicarse la inscripción de una hipoteca que garantizara varias obligaciones, la Dirección General de Registros y del Notariado de España exigía: (1) la refundición de todas las obligaciones que se trataban de garantizar en una sola, y (2) la existencia de una relación jurídica básica de la que derivaran las obligaciones garantizadas. Lo anterior se debe a que el problema era que, por la aplicación de los principios de accesoriedad y especialidad, no se admitía que una hipoteca garantizara obligaciones diferentes. La Dirección General de Registros y del Notariado de España entendía solucionado el problema si se constituía la hipoteca en garantía de una obligación futura que fuese el resultado de novar otras o agrupar todas las obligaciones pendientes.¹⁸ Lo que sucede es que la novación extintiva supondría la pérdida para las obligaciones de sus garantías específicas, situación que se ha tratado de corregir a través de la introducción del artículo 153 bis de la *Ley Hipotecaria de España*.¹⁹ Es por eso que se dice que la garantía de las obligaciones de una hipoteca flotante se verificará sin necesidad de pacto novatorio alguno ya que esta modalidad de hipoteca constituye la más clara excepción al principio de accesoriedad.²⁰ Por tanto, se exige un único máximo común a toda la cobertura, aunque la cobertura puede garantizar una pluralidad de obligaciones que pueden no haber sido determinadas. Esta exigencia legal va dirigida al rango y a la protección de los acreedores. No obstante, no está del todo claro si es de aplicación el límite del artículo 114 de la *Ley hipotecaria de*

¹⁶ Véase Ley del notariado art. 17 (BOE 1862, 4073) (España) (donde se señala como título ejecutivo la primera copia de la escritura o aquella que el interesado solicite que se expida con tal carácter).

¹⁷ Véase las resoluciones emitidas por la Dirección General de Registros y del Notariado de España de 11 de enero de 1995, de 6 de junio de 1998 y de 7 de junio de 1999.

¹⁸ Por ejemplo, un reconocimiento no novatorio o una apertura de crédito con finalidad resolutoria.

¹⁹ María Ángeles Parra Lucán, *Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario*, 711 REV. CRÍTICA DERE. INMOBILIARIO 261 (2009).

²⁰ Canle Fernández, *supra* nota 15.

*España*²¹ en cuanto a la cobertura de los intereses y su oposición frente a terceros,²² debido a que la hipoteca del artículo 153 *bis*, a diferencia de lo que sucede con la hipoteca del artículo 153 de la *Ley hipotecaria de España*, no asegura la devolución de un saldo final, sino una pluralidad de obligaciones. Sin embargo, entendemos que la hipoteca flotante debe atender el límite que establece en citado artículo 114 de la *Ley hipotecaria de España*.²³

Asimismo, el deudor hipotecario tendrá derecho a exigir del acreedor hipotecario la cancelación de la garantía de la hipoteca flotante, si se cumplen, de forma conjunta, las siguientes condiciones: (1) que todas las obligaciones presentes susceptibles de aseguramiento estén satisfechas, y (2) 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 del deudor y del acreedor.²⁴

Los únicos créditos futuros susceptibles de asegurarse serán aquellos que encajen con lo establecido en las reglas de integración de la cobertura contemplada en la escritura de constitución de la hipoteca.²⁵

Tal y como explica Encarna Cordero Lobato, la cláusula que identifica una hipoteca del artículo 153 *bis* es la *cláusula de globalización*, la cual incluirá una descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas, es decir, la escritura debe fijar los criterios de integración de las obligaciones asegurables.²⁶ En esta cláusula se pacta la inclusión en la cobertura de la garantía de un número ilimitado de obligaciones que no están determinadas al constituirse la hipoteca, pero que son determinables conforme a los criterios de integración pactados por las partes, o sea que la cobertura en garantía es global porque no existe asignación de cuotas separadas de valor en garantía para cada obligación.²⁷

²¹ Ley hipotecaria art. 114 (BOE 1946, 2453) (España), la cual dispone:

Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente.

En ningún caso se podrá pactar que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.

Id. Véase también Ley hipotecaria art. 166, 30 LPRA § 2562 (2005) (artículo idéntico de la Ley hipotecaria de Puerto Rico).

²² Parra Lucán, *supra* nota 20.

²³ *Id.*

²⁴ Canle Fernández, *supra* nota 15.

²⁵ *Id.*

²⁶ Por ejemplo, establecer que la hipoteca asegurará todas las operaciones de descuento bancario, o todos los pagos por avales presentados por el deudor. Parra Lucán, *supra* nota 20 (*citando a* ENCARNA CORDERO LOBATO ET AL., TRATADO DE DERECHOS DE GARANTÍA, 566 (2002)).

²⁷ *Id.*

La Ley Núm. 41 de 2007 no establece limitaciones en cuanto a quiénes pueden ser los deudores hipotecarios, pudiendo ser cualquier persona física o jurídica la que establezca este tipo de relación contractual. Dicha ley tampoco dice nada acerca del número de personas que pueden ocupar la posición de deudor hipotecario, por lo que puede haber pluralidad de deudores hipotecarios.

Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se trata de acreedores hipotecarios, ya que, para este tipo de hipoteca, los acreedores hipotecarios son aquellos definidos en el artículo 2 de la Ley Núm. 2 de 25 de marzo de 1981²⁸, los cuales se limitan exclusivamente a ciertas entidades de crédito como: bancos, cajas de ahorro, cooperativas de crédito, entidades oficiales de crédito autorizadas estatutariamente y las Administraciones Públicas. Como puede observarse, la Ley Núm. 41 de 2007 crea una limitación sobre quiénes pueden ser los acreedores hipotecarios de las hipotecas del artículo 153 *bis*. Esta limitación se propuso debido a que las entidades definidas en el artículo 2 de la Ley Núm. 2 de 1981 están sujetas a un mayor control en relación con otras entidades e instituciones y su normativa de supervisión y control es mucho más estricta en comparación con otras entidades financieras. Con esta restricción se busca lograr mayor seguridad jurídica en el mercado hipotecario.

En la hipoteca del artículo 153 *bis* pueden coexistir varios acreedores hipotecarios. Esto puede ocurrir en situaciones tales donde: (1) existen varios acreedores hipotecarios que son coparticipes del crédito o créditos garantizados por hipoteca, como copropietarios del crédito hipotecariamente garantizado, y (2) existen varios acreedores hipotecarios que comparten la garantía, pero que ostentan titularidades individualizadas sobre los distintos créditos garantizados.²⁹ Cuando existen varios coacreedores hipotecarios, se debe verificar el tiempo o fecha en que el acreedor hipotecario es objeto de la constitución de la hipoteca del artículo 153 *bis*, ya que nos encontraríamos ante situaciones de *pluralidad subjetiva* desde el origen de la constitución de la hipoteca flotante.³⁰ La pluralidad de coacreedores también puede producirse en un momento posterior como consecuencia de diversas situaciones, encontrándonos entonces ante *coacreedores hipotecarios con carácter sobrevenido*.³¹ La relevancia entre estos dos tipos de coacreedores (originario o sobrevenido de la cotitularidad en la garantía) radica en la capacidad de las partes a la fecha del otorgamiento de esta hipoteca, ya que es en dicha fecha en donde se podrán establecer las reglas necesarias que regulen las relaciones entre los acreedores y evitar así controversias futuras. En los supuestos en que la pluralidad se origine de manera sobrevenida al acto de constitución de la hipoteca flotante, ello supondrá la falta de previsión contractual

²⁸ Ley Núm. 2 de 25 de marzo de 1981, de regulación del mercado hipotecario (BOE 1981, 8598) (España).

²⁹ Canle Fernández, *supra* nota 15.

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*

respecto a las relaciones entre los cotitulares garantizados y, en consecuencia, para dilucidar asuntos relacionados a la cotitularidad del crédito hipotecario, se tendrá que acudir a la 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), en la escritura de constitución del gravamen, se establezca la participación de cada acreedor en la garantía, el carácter mancomunado de dicha participación y, el sistema de ejecución del gravamen, el cual normalmente será sometido a un régimen de mayorías.³²

En situaciones de pluralidad de acreedores, la ejecución de la hipoteca flotante puede ser parcial y variará dependiendo de la configuración de la titularidad de los acreedores en el derecho real de hipoteca.³³ Así, si la responsabilidad hipotecaria se distribuye entre las distintas obligaciones de cada acreedor, no habrá problema en la ejecución parcial, subsistiendo, entonces, la hipoteca en cuanto al resto de la responsabilidad hipotecaria. Si la titularidad de la hipoteca por su accesoriadad respecto de las obligaciones o por pacto se ha configurado como simultánea o de mismo rango, será posible la ejecución separada conforme a la regla del artículo 227 del *Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria de España*. El problema estará en los supuestos de titularidad solidaria, en mano común o colectiva.³⁴

V. LA EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE

Para proceder con la ejecución de una hipoteca flotante, existen cuatro procedimientos: (1) el juicio declarativo ordinario,³⁵ (2) el juicio ejecutivo ordinario,³⁶ (3) el juicio ejecutivo sumario³⁷, y (4) el procedimiento de venta extrajudicial.³⁸

El artículo 153 *bis* de la *Ley hipotecaria de España* establece que no será necesario que consten en el registro de la propiedad, como requisito de ejecución de la acción directa hipotecaria, las condiciones del crédito o los créditos susceptibles de ejecución, ya que solo será necesario que conste en la inscripción, una simple *denominación y de ser necesario, una descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones ga-*

³² *Id.*

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ Este procedimiento se lleva mediante el ejercicio de la acción personal fundada en crédito asegurado a través de hipoteca.

³⁶ Este procedimiento se lleva a través del ejercicio de la acción personal fundada en el crédito asegurado y documentado conforme a lo establecido en el artículo 517 de la Ley de enjuiciamiento civil (BOE 2000, 323) (España).

³⁷ Véase Ley de enjuiciamiento civil arts. 681-698 (BOE 2000, 323) (España).

³⁸ Este método se establece en la Ley hipotecaria art. 129 (BOE 1946, 2453) (España) y el Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria art. 234 (BOE 1947, 3843) (España).

rantizadas.³⁹ De la redacción del artículo 153 *bis* se concluye que en la hipoteca flotante no es necesario la posterior constancia registral de las obligaciones futuras que las partes contraigan. Por lo que, al no constituir la inscripción del título de crédito, un requisito para su ejecución, bastará que las obligaciones consten reflejadas en la hipoteca de tal manera que permita al juez apreciar si las contenidas en el título o títulos ejecutivos⁴⁰ caen dentro del ámbito de cobertura. De esta forma, se producirá una integración totalmente extrarregistral del título del crédito hipotecario.

No obstante, el certificado de saldo final en una hipoteca bajo el artículo 153 *bis* no parece que pueda otorgársele fuerza ejecutiva propia debido a que la naturaleza de la certificación del saldo final exigible en este tipo de hipotecas es distinta a la exigida en las hipotecas en saldo de cuenta corriente. En las hipotecas del artículo 153 *bis* no se produce un efecto novatorio, según lo indica el primer párrafo del citado artículo, en el cual expresamente se establece que no existe necesidad de pacto novatorio de las obligaciones. Este viene siendo el criterio reiterado por la Dirección General de Registros y del Notariado de España: solo atribuye al saldo de la hipoteca global el carácter de una mera reunión contable de partidas.⁴¹ Por lo tanto, para proceder con la ejecución de una hipoteca bajo el artículo 153 *bis* será necesario aportar, además del certificado registral de dominio y cargas, los títulos ejecutivos de los que resulten todas y cada una de las obligaciones, y en su caso, los saldos de cada uno de los créditos vencidos integrados en el saldo final.⁴² Lo anterior se hará, salvo que las partes hayan acordado expresamente dar al certificado de saldo final un efecto novatorio, pues esa posibilidad se infiere de la expresión del artículo 153 *bis sin necesidad de pacto novatorio de las obligaciones*, cuyo ejercicio quedaría al arbitrio del acreedor.⁴³

La Ley Núm. 41 de 2007 supone la extensión a la hipoteca del artículo 153 *bis* del régimen de certificación unilateral de saldos con efectos ejecutivos, al disponer 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”,⁴⁴ 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”.⁴⁵

39 *Id.*

40 Ley del Notariado art. 17 (BOE 1862, 4073) (España) (donde se señala como título ejecutivo la primera copia de la escritura o aquella que el interesado solicite que se expida con tal carácter).

41 *Id.*

42 *Id.*

43 *Id.*

44 Ley Núm. 41 2007 (BOE 2007, 21086).

45 *Id.*

En los supuestos en que la determinación de las obligaciones garantizadas es efectuada por el acreedor con posterioridad a la constitución del gravamen hipotecario y la misma no consta de una inscripción registral practicada, para proceder con la ejecución, será preciso la integración extrahipotecaria del título, ello con el fin de acreditar la existencia, liquidez y exigibilidad de las obligaciones por cuyo incumplimiento se pretende acudir al proceso judicial. Dicha integración puede ser llevada a cabo de diversas formas:

1. Mediante un convenio entre acreedor y deudor sobre la certeza, cuantía y exigibilidad de la cantidad reclamada.⁴⁶
2. Mediante la previa constancia registral, a través de la aplicación por analogía del artículo 143 de la *Ley hipotecaria de España*, de la obligación u obligaciones que finalmente van a recibir aseguramiento a través de la hipoteca flotante. En ese sentido, el artículo 238 del Reglamento para la Ejecución de la *Ley hipotecaria de España*, permite la extensión de la nota marginal mediante la presentación en el Registro de la Propiedad de un documento público que acredite el nacimiento de la obligación, o por medio de una solicitud firmada por las partes y ratificada ante el Registrador de la Propiedad o con firmas notarialmente legitimadas. No obstante, este método presenta dos claros inconvenientes asociados al incremento de los costos que la práctica de la anotación marginal conlleva. Así: (1) si las obligaciones cuyo aseguramiento se pretende son varias, habrá que efectuar tantas anotaciones registrales como obligaciones, con el correlativo incremento de costos asociados a las mismas (asumido de ordinario por el deudor) y (2) 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 costos de otorgamiento del referido documento.⁴⁷
3. Mediante la certificación unilateral del saldo por la entidad financiera acreedora, en aquellos supuestos en que, habiéndose formalizado el contrato en escritura pública, se haya pactado en la escritura que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la referida liquidación unilateral. Dicha liquidación será practicada de acuerdo con lo convenido por las partes en la escritura de hipoteca.⁴⁸ En este supuesto, por imperativo del artículo 572.2 de la *Ley de enjuiciamiento civil de España*, “solo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previa-

⁴⁶ Canle Fernández, *supra* nota 15.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ Véase Ley de enjuiciamiento civil arts. 681-698 (BOE 2000, 323) (España); Ley hipotecaria art. 153 bis (BOE 1946, 2453) (España).

mente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, de la cantidad exigible resultante de la liquidación".⁴⁹

Como mencioné previamente, la ejecución de una hipoteca bajo el artículo 153 *bis* puede efectuarse de forma parcial. El no admitir este criterio, dada la especial naturaleza de la hipoteca flotante, supondría ir en contra del propósito de la Ley Núm. 41 de 2007, pues forzaría al acreedor a no ejercitar la acción hipotecaria hasta el vencimiento del plazo de la hipoteca o hasta que los importes debidos alcanzaren la suma de la responsabilidad hipotecaria. Si no se permitiese la ejecución parcial de las hipotecas del artículo 153 *bis*, no se estimularía a las entidades de crédito para que concedan este tipo de hipoteca. También sería perjudicial para el deudor por la elevación de tipos de interés y porque en caso de pluralidad de acreedores, se vería casi obligado a firmar una estipulación de vencimiento anticipado de todas sus obligaciones en caso de impago de solo alguna de ellas, con el consiguiente peligro de insolvencia.

La exposición de motivos de la Ley Núm. 41 de 2007 proclama que las medidas dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios:

[T]ienen 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. 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, cualquiera que sea la naturaleza de estas y su duración. 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.⁵⁰

Por otra parte, para algunos autores, la ejecución de la hipoteca del artículo 153 *bis* con arreglo al procedimiento judicial sumario solo sería posible si se acudiera al procedimiento previsto en el artículo 143 de la *Ley hipotecaria de España*⁵¹. Pero el inconveniente de esta forma de acceso a la ejecución para las entidades de crédito es que la nota marginal solo puede practicarse⁵² en defecto de documento público que instrumente la obligación⁵³ o mediante solicitud firmada

49 *Id.*

50 Exposición de motivos, Ley Núm. 41 2007 (BOE 2007, 21086).

51 Por ejemplo, que se realice una nota al margen de la inscripción obligatoria cuando se contraiga la obligación futura.

52 Véase Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria art. 238 (BOE 1947, 3843) (España).

53 Esto exigiría que, para la hipoteca global, todas las obligaciones garantizadas se documentaran en instrumento público, con el gasto que ello supone.

por ambas partes. El nuevo artículo 153 *bis* establece que podrá pactarse en la escritura de hipoteca 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. 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*. De esta forma, mediante la remisión del artículo 153 *bis* al artículo 153 de la *Ley hipotecaria de España*, lo que hace el legislador es admitir expresamente la posibilidad de ejecución por medio de una certificación del saldo emitida por la entidad de crédito. La Dirección General de Registros y del Notariado de España había mantenido una postura contraria, pues entendía que el principio de igualdad de los contratantes únicamente encontraba excepción en la hipoteca del artículo 153 y que esta forma de liquidación presuponía una relación básica de crédito vinculante.⁵⁴

En conclusión, si en la escritura constitutiva de la hipoteca del artículo 153 *bis* no está determinada inicialmente la obligación garantizada ni su existencia, será preciso proceder a integrar el saldo de la deuda para poder llevar a cabo la ejecución cuando se incumpla la obligación nacida y garantizada. La Ley Núm. 41 de 2007 opta por el modo más sencillo: la remisión al artículo 153 de la *Ley hipotecaria de España*, en donde la certificación del saldo se llevará a cabo por parte de la entidad financiera.⁵⁵ Dicha entidad financiera integrará el saldo de la deuda a la escritura de hipoteca puesto que esta es una de las exigencias que establece la ley y con ello se fijará la forma del cálculo del saldo final líquido garantizado. Puede pactarse en la escritura de hipoteca que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura. De esta forma, bajo el *nuevo régimen legal se establece que la liquidación efectuada por la entidad financiera, será, conforme al procedimiento pactado en la escritura de constitución de hipoteca, con lo cual no solo liquida la deuda, sino que incluso acredita su existencia*. La responsabilidad del deudor es exigible partiendo entonces de la presunción de certeza que el legislador le atribuyó a la certificación del saldo de la deuda o liquidación que hará el acreedor hipotecario.⁵⁶ Esto es muy similar a lo que actualmente ocurre en nuestra jurisdicción cuando el acreedor hipotecario procede con la ejecución de la hipoteca ordinaria, entiéndase la ejecución del préstamo con garantía hipotecaria ordinaria.

⁵⁴ Parra Lucán, *supra* nota 20. Véase también las resoluciones emitidas por la Dirección General de Registros y del Notariado de España de 26 de noviembre de 1990 y de 11 de enero de 1995.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

VI. LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE

En relación a la extinción del derecho de hipoteca, hay que distinguir las consecuencias jurídicas del pago del crédito, según dicho pago sea realizado por el deudor o por un tercero. Para que se produzca la extinción de la deuda, habrá que verificar si el pago se efectúa en *fase de seguridad* o en *fase de realización de la garantía*.⁵⁷ Supuestos a ser considerados: (1) si el pago lo efectúa el deudor en fase de seguridad, 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 globalización y respetando, en todo caso, el plazo y la suma máxima garantizada; (2) si el pago lo efectúa el deudor en fase de ejecución, salvo que se admita como posible la ejecución parcial de la garantía, se produce la extinción del derecho de hipoteca, si bien, no por pago de la obligación garantizada, sino por realización judicial de la misma, y (3) si el pago lo efectúa un tercero no deudor, se produce la extinción de la hipoteca flotante, puesto que el pago no es realizado por este para continuar con la relación de aseguramiento, sino para extinguir el gravamen hipotecario.⁵⁸ Esto se debe a que el tercero 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 se hace para conseguir 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 afectado dicho pago por el principio de subrogación real, interpretando por analogía el artículo 110.2 de la *Ley hipotecaria de España*.⁵⁹ Lo anterior no plantea especiales inconvenientes en cuanto a la licitud del pacto de conversión, total o parcial, de la hipoteca del artículo 153 *bis* en prenda sobre los derechos de crédito derivados del pago por tercero para la extinción de la hipoteca flotante.⁶⁰

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 de España,⁶¹ tales como:

1. El convenio entre deudor y acreedor para extinguir la hipoteca flotante o la renuncia a dicha garantía por parte del acreedor hipotecario, siempre que ello no encierre fraude para los derechos de terceros. Debe entenderse incluida dentro de esta causa de extinción, la cesión total de los crédi-

⁵⁷ Canle Fernández, *supra* nota 15.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ Cód. Civ. Esp. art. 1156 (BOE 1889, 4763); Cód. Civ. PR art. 1110, 31 LPRA § 3151 (1990 & Supl. 2010) (disposición idéntica del Código Civil de Puerto Rico).

tos nacidos (en este caso los créditos futuros) garantizados, excluyendo por pacto entre cedente y cesionario la correlativa transmisión de la garantía.

2. La pérdida de la cosa hipotecada. 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 hipoteca flotante.⁶²
3. La ejecución de la garantía que, para el tratadista Roca Sastre 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,⁶³ la ejecución de la garantía determina su cancelación.⁶⁴
4. La confusión de derechos, por confluir en un mismo sujeto la propiedad de la finca hipotecada y la titularidad activa de la hipoteca, pues no se admite la existencia de una hipoteca sobre cosa propia. Es por ello que el pago efectuado por el tercero no deudor o tercer poseedor no comporta en ningún caso subrogación en la hipoteca contra el deudor, sin perjuicio del derecho de crédito que contra estos ostenten.
5. La extinción por prescripción o caducidad del derecho de hipoteca. La sentencia del Tribunal Supremo de España de 10 de diciembre de 2007, ha establecido que tratándose de créditos hipotecariamente garantizados, es 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. No obstante, con la nueva redacción del artículo 177 del Reglamento para la ejecución de la *Ley hipotecaria de España* se pasó a disponer que:

Los asientos relativos a derechos que tuvieren 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.⁶⁵

⁶² Véase Ley hipotecaria art. 110.2 (BOE 1946, 2453) (España).

⁶³ Véase Ley de enjuiciamiento civil art. 693.1 (BOE 2000, 323) (España).

⁶⁴ Véase Ley de enjuiciamiento civil art. 674 (BOE 2000, 323) (España); Ley hipotecaria art. 134 (BOE 1946, 2453) (España).

⁶⁵ Reglamento para la ejecución de la Ley hipotecaria art. 177 (BOE 1947, 3843) (España).

En tal sentido, el transcurso del plazo de duración de la hipoteca flotante constituye un supuesto de extinción de dicha hipoteca por caducidad.

En la hipoteca del artículo 153 *bis*, durante la fase de seguridad y a diferencia de lo que sucede en las hipotecas ordinarias, 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 este ha ofrecido al acreedor hipotecario una garantía real para el aseguramiento de una multiplicidad indiferenciada de obligaciones, nacidas o futuras, respetando el límite de la cantidad máxima establecida en la escritura sobre constitución de la hipoteca flotante.

VII. DETERMINACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LA HIPOTECA FLOTANTE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La hipoteca del artículo 153 *bis* debe cumplir estrictamente con el principio de determinación o especialidad registral para que se determine el máximo de responsabilidad hipotecaria. Así lo recoge expresamente el artículo 153 *bis* de la *Ley hipotecaria de España*. La hipoteca flotante no podrá inscribirse si el referido máximo no está determinado. Dicho máximo es lo que es oponible a terceros y en consecuencia es lo que estos deben conocer debido a que dicha cantidad es a la que tendrían que *soportar* con respecto a la posibilidad de cobro.⁶⁶ En el momento de la constitución de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad, hay que hacer constar la cantidad máxima (por principal, intereses y costas) de la que responderá el bien hipotecado, con independencia de cuál sea finalmente el importe de la obligación que garantiza.

No obstante, no es necesario distribuir entre cada crédito u obligación su correspondiente parte de responsabilidad hipotecaria. La responsabilidad es única y responde en su totalidad a cualquiera de las obligaciones aseguradas. Esto tiene especial importancia o supone una mayor ventaja cuando exista una pluralidad de acreedores hipotecarios en mano común y sobre todo en supuestos de refinanciación de deuda. En estos casos, como afirma Fernando Azofra Vegas, existen distintas obligaciones garantizadas pertenecientes a distintos acreedores y la hipoteca *flota* sobre todas ellas, lo que supone una mayor ventaja, pues cada uno de los acreedores tiene su crédito garantizado con la garantía hipotecaria, sin que les afecte el vencimiento o pago de las otras obligaciones garantizadas. De esta forma, continúa señalando Fernando Azofra Vegas, que la hipoteca flotante “respalda la totalidad de cualquiera de las obligaciones garantizadas y tiene el acreedor el derecho omnímodo a decidir qué obligación u obligaciones (de las amparadas objetivamente por el alcance de la hipoteca) quiere que se beneficien de la protección hipotecaria”.⁶⁷ Por lo que le asiste al acreedor el derecho de establecer unilateralmente en cualquier momento el reparto de responsabilidad

⁶⁶ Rodríguez de Almeida, *supra* nota 12.

⁶⁷ Fernando Azofra Vegas, *Hipotecas en mano común*, 725 REV. CRÍTICA DERE. INMOBILIARIO 1285, 1311 (2011).

hipotecaria entre los créditos garantizados, sin precisar para ello el consentimiento del deudor, del tercero poseedor o de los titulares registrales posteriores. Cabe destacar que el derecho del acreedor hipotecario a establecer unilateralmente el reparto de la responsabilidad hipotecaria no perjudica a los restantes acreedores, ni a los embargantes o titulares de cualquier derecho sobre la cosa hipotecada de rango posterior, debido a que todos ellos conocen a través del Registro de la Propiedad, que el acreedor hipotecario tiene el derecho de agresión sobre el bien hasta el límite de la responsabilidad máxima hipotecaria en caso de vencimiento de cualquiera de los créditos garantizados, de todos ellos, o de alguno de ellos.⁶⁸

Asimismo, la Ley Núm. 41 de 2007 incluye un cambio importante sobre las disposiciones del artículo 12 de la *Ley hipotecaria de España*, puesto que además de inscribir en el Registro de la Propiedad el importe del principal de la deuda, los intereses pactados y el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, ahora se puede inscribir la identificación de las obligaciones garantizadas sobre el importe máximo, la naturaleza de dichas obligaciones, su duración y las cláusulas financieras que incluyen el vencimiento anticipado. Sin embargo, el Registrador solo podrá calificar aquellas cláusulas de la hipoteca que tengan trascendencia jurídico-real inmobiliaria, ya que con la Ley Núm. 41 de 2007 pueden tener acceso al Registro y hacerse constar en el mismo las cláusulas financieras, aunque dichas cláusulas carezcan de trascendencia jurídico-real inmobiliaria. Este, a mi juicio, es un cambio importante que va en detrimento de lo que hasta ahora ha sido la calificación registral, que es el origen de la fe pública registral, puesto que las cláusulas financieras sobre obligaciones quedan vedadas de la calificación del Registrador y solo acceden al Registro mediante transcripción sin una previa valoración jurídica por parte del Registrador. La calificación de las cláusulas financieras pasa a ser tarea del juez. Esta transcripción de las cláusulas financieras limita considerablemente la función calificadora del Registrador y, podría traer como desventaja, el que se inscriban en el Registro cláusulas redactadas únicamente por las entidades financieras.

¿Cuáles son las cláusulas financieras? El anexo II de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, publicado en el Boletín Oficial del Estado, Núm. 112 de 11 de Mayo de 1994, especifica las *cláusulas financieras* de los contratos de préstamos hipotecarios.⁶⁹ Estas son, las cláusulas de capital (importe y forma de entrega), amortización, intereses ordinarios, tipo de interés variable, comisiones, gastos a cargo del prestatario, intereses de demora y resolución anticipada por parte de la entidad.⁷⁰

68 Rodríguez de Almeida, *supra* nota 13.

69 Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE 1994, 10577) (derogada).

70 *Id.*

VIII. VENTAJAS DE LA HIPOTECA FLOTANTE

Como ventajas de esta figura jurídica se encuentran las siguientes: (1) supone un abaratamiento de costos y tramitación pues se consigue mediante una única hipoteca asegurar un conjunto de créditos, extrayendo la máxima capacidad de apalancamiento de un inmueble, (*estirando* el crédito territorial a las últimas consecuencias), evitando la necesidad de constituir o cancelar distintas hipotecas y permitiendo al acreedor o acreedores realizar la hipoteca respecto de cualquiera de los créditos garantizados vencidos⁷¹ y, (2) permite asegurar un conjunto de obligaciones muy diversas, “de forma que la totalidad del valor del bien o bienes dados en garantía sirva o cubra cualquiera de las obligaciones garantizadas”.⁷²

Aunque no es una condición legal que el deudor sea empresario, en la elaboración de la Ley Núm. 41 de 2007 se daba por supuesto que se trata de una figura dirigida a financiar a las pequeñas y medianas empresas. En este sentido, el empresario podría valorar la conveniencia de someter su propiedad a un gravamen de manera anticipada, incluso antes de que exista ninguna obligación que garantizar, si con ello obtiene una mayor probabilidad de obtener crédito de la entidad. A su vez, la entidad estará más dispuesta a conceder crédito si ya dispone de una garantía a su favor.⁷³

IX. DESVENTAJAS DE LA HIPOTECA FLOTANTE

Como posibles desventajas, la hipoteca flotante supone una anticipación del gravamen, ya que el deudor grava de forma anticipada sus bienes vinculándose a un acreedor determinado.⁷⁴

En España, se ha denunciado que la redacción del artículo 153 *bis* vulnera el principio de *par condicio creditorum*, pues las obligaciones que finalmente decida la entidad financiera acreedora son las que quedarán cubiertas por la hipoteca flotante y tendrán preferencia a los derechos de otros acreedores, con independencia de que estén constituidos en escritura pública o reconocidos por sentencia de fecha anterior.⁷⁵

Además, la hipoteca del artículo 153 *bis* trae como desventaja que el deudor se vea obligado a soportar una hipoteca durante el tiempo pactado, aun cuando no haya nacido ninguna obligación ni vaya a nacer en el futuro. En ese sentido como vemos en el artículo 82 de la *Ley hipotecaria de España*, se requiere el consentimiento del acreedor para cancelar la hipoteca, por lo que, si no concurre

⁷¹ Azofra Vegas, *supra* nota 71, en la pág. 1307.

⁷² *Id.*

⁷³ Parra Lucán, *supra* nota 20.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

esta condición, el *deudor*, que todavía no es deudor, no podrá lograr la cancelación de la hipoteca que a todas luces está *vacía*.⁷⁶ No obstante, conforme al citado artículo 82, párrafo tercero, el deudor si podría exigir, pese al silencio de la ley, la cancelación de la hipoteca cuando todas las obligaciones presentes estén satisfechas acudiendo a un juicio declarativo ordinario, ello en caso de que el acreedor hipotecario se negara a realizar la cancelación.⁷⁷

En las hipotecas del artículo 153 *bis*, es preocupante que la entidad financiera pueda fijar unilateralmente no solo la cuantía, sino también la propia existencia de las obligaciones garantizadas, puesto que el deudor, a quien se le realiza la ejecución, puede quedar en una situación de desventaja. Corresponderá al juez examinar la demanda, la escritura de hipoteca y documentos de saldo de la deuda que se acompañen para comprobar si es ejecutable la obligación pactada en la escritura de hipoteca flotante.⁷⁸

Por último, debe mirarse con cautela el incremento del control judicial y el mismo debe ser especial en la hipoteca flotante, donde la entidad financiera puede presentar para la ejecución directa una serie de documentación que acredite la existencia y exigibilidad de las obligaciones garantizadas que, por definición, no aparecen determinadas en la escritura de la hipoteca flotante, sin que el deudor ejecutado pueda oponerse a su inexistencia, inexigibilidad y nulidad, debiendo esperar a formular su reclamación en el juicio correspondiente.⁷⁹

CONCLUSIÓN

Las entidades de crédito tienen en cuenta no solo el valor en venta de los bienes dados en garantía, sino también las actitudes personales del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, su solvencia y su capacidad para generar ingresos y/o capital. Por esta razón, en ocasiones, le exigen, además de la garantía hipotecaria, otras garantías adicionales de carácter personal que les asegure el cobro del crédito concedido, sin necesidad de ejecutar la hipoteca. Algunos ejemplos de estos contratos de garantía personal son: (1) la fianza; (2) el seguro de vida; (3) seguro de daños y, (4) la asunción de deuda.⁸⁰

En la creación de la hipoteca flotante se dejó fuera la actual tendencia legislativa y jurisprudencial sobre la protección al consumidor. Las sentencias más recientes dictadas tanto por el Tribunal Supremo de España, como por el Tribunal de la Unión Europea buscan fomentar la divulgación de información veraz, clara y accesible para los usuarios de los productos financieros, pretendiendo con ello promover la seguridad jurídica y económica.

⁷⁶ Ley hipotecaria art. 82 (BOE 1946, 2453) (España).

⁷⁷ Parra Lucán, *supra* nota 20.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.* Véase también Ley de enjuiciamiento civil arts. 695, 698 (BOE 2000, 323) (España).

⁸⁰ De La Cámara García, *supra* nota 4.

La complejidad de la hipoteca flotante hace necesario su estudio. Sin embargo, la aplicación de este tipo de hipoteca se ha visto suspendida o detenida a la luz de las circunstancias de la realidad económica en la que vivimos desde el año 2007, año en el que precisamente se introdujo la hipoteca flotante en el ordenamiento jurídico español. No cabe duda que, ante la situación económica actual, valdría la pena, tanto para los deudores como para los acreedores, explorar este tipo de negocio o financiamiento, pero para ello se tienen que dar las bases correctas a la hora de agrupar las distintas obligaciones bajo las cuales se estará solicitando y brindando crédito. En situaciones de crisis, la iniciativa que puedan tener las partes en un negocio debe ir de la mano de aquellas prácticas que han sido utilizadas con éxito a través de la historia, pues no se trata de descartar o cambiar las figuras jurídicas clásicas, sino de una constante investigación y adaptación del Derecho a las nuevas tendencias. De lo contrario, la hipoteca flotante podría ser la semilla de muchos problemas que desencadenen en inseguridad jurídica, lo que resultaría contradictorio ante lo que comprende las aspiraciones de un sistema jurídico digno.

Citación: Glorymar Orta Rodríguez, *La hipoteca flotante: Una nueva estructura de financiamiento en el mercado hipotecario, Transformaciones en el régimen inmobiliario de la isla de Cuba*, 83 REV. JUR. DIG. UPR 210 (2013-2014),