

BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**
Universidad de Málaga

Libros *

AZOFRA VEGAS, Fernando: *La hipoteca flotante*, Dykinson, Madrid, 2015, 572 pp.

1. Presentación. El libro objeto de esta recensión constituye la monografía más completa que, hasta la fecha, se ha elaborado acerca de la hipoteca global o flotante en España, figura que fue introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia, a través del nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, cuya finalidad principal fue, según indica la propia Exposición de Motivos, posibilitar que se garantice con una sola hipoteca una pluralidad de obligaciones independientes, de cualquier naturaleza, permitiendo mezclar la garantía de obligaciones presentes con otras obligaciones puramente futuras, sin conexión causal entre sí, ni necesidad de acuerdo novatorio como exigía la legislación anterior.

La hipoteca flotante tiene como objetivo último facilitar la financiación a corto y medio plazo de empresas y autónomos a través de los mecanismos de la flexibilidad y del ahorro de costes –fiscales, arancelarios y financieros–, excluyendo tener que acudir a la constitución de tantas hipotecas, sucesivas y/o simultáneas, como obligaciones se pretendan garantizar; y ha servido, en el contexto de crisis económica que ha acompañado a los primeros años de su andadura, como se expone detalladamente en el texto del libro, de eficaz instrumento para lograr la refinanciación preconcursal de las empresas en riesgo de insolvencia, en muchas de cuyas operaciones ha intervenido el autor, lo que le permite abordar las numerosas cuestiones y problemáticas que la realidad financiera ha venido planteando y poner de manifiesto las carencias de la normativa vigente.

El libro del que tratamos tiene su origen en la tesis doctoral de Azofra Vegas, convenientemente adaptada a los cambios legislativos que han afectado de una u otra forma a la hipoteca desde su lectura hasta la edición, sobre todo en materia de protección de los consumidores, ejecución hipotecaria, concurso y concurso; y constituye la culminación de una serie de trabajos de su autor acerca de la evolución de la hipoteca en España y su progresiva adaptación a las necesidades del mercado, entre los que destacan: «Hipotecas flotantes» e «Hipotecas en mano común» en RCDI núm. 707 y 725 (años 2008 y 2011), «La hipoteca recargable: realidad o mito» y «la hipoteca recargable: excepciones a la regla general de conservación del rango de la recarga» en *La Ley* núm. 7162 y 7167 (año 2009), «Homologación judicial de los acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos» en el libro colectivo «*Problemas actuales del concurso de acreedores*» Civitas (2014). Esta espe-

* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

cialización aporta a la obra una sólida base teórica multidisciplinar –civil, mercantil, procesal, registral y financiera–, que se plasma en un análisis profundo de la institución; a la vez que, como ya se ha indicado, un importante componente práctico derivado de la condición de abogado en ejercicio del autor. Pero Azofra Vegas no se limita a identificar certeramente los principales problemas que la insuficiente regulación de la garantía flotante plantea en la práctica, sino que acomete con valentía soluciones integrativas con la normativa vigente, incluso a los temas más complejos, y propone soluciones legislativas de *lege ferenda*, algunas de las cuales no deberían ser ignoradas por el legislador.

Sobre la interpretación del autor de las cuestiones principales de este nuevo tipo de hipoteca y de las soluciones que propone, la mayoría de las cuales comparto, me pronunciaré a lo largo de este comentario, pero es conveniente señalar previamente dos aspectos del pensamiento del autor que se traslucen de la lectura del texto e influyen en su forma de abordar los problemas que plantea esta institución. El primero, su convencimiento acerca de que el derecho real de hipoteca es ante todo un instrumento para la seguridad del acreedor y, por tanto, éste debe gozar de un amplio poder dispositivo unilateral sobre la garantía, lo que le lleva en materia de hipotecas flotantes a extenderlo al ámbito modificativo; no ponderando suficientemente, a mi entender, que la legislación española es bastante protectora de los derechos del deudor hipotecante, no sólo en materia de consumidores sino con carácter general (ej. aplicación a los empresarios la normativa sobre condiciones generales de la contratación, concesión a todo deudor la facultad de subrogar en la titularidad de la hipoteca a un nuevo acreedor, etc), lo que debe conducir a un régimen de codisposición de los actos modificativos de la hipoteca. Y el segundo aspecto consiste en un fuerte rechazo a algunos de los principios y/o rigideces del sistema registral español o, por mejor decir, de su interpretación por parte de los registradores de la propiedad y por la Dirección General de Registros y del Notariado; rigideces con alguna de las cuales se puede estar de acuerdo, de hecho la reforma de la Ley 41/2007 tiene como finalidad principal flexibilizar la estructura de la hipoteca tradicional española –ordinaria y de máximo–, pero que, a mi juicio, le llevan a alguna conclusión no admisible en el actual marco normativo.

2. Contenido. La estructura de la obra «La Hipoteca flotante» se divide en quince capítulos, que se pueden clasificar en tres grupos temáticos: los cinco primeros (I a V), referidos al ámbito institucional de la hipoteca flotante, los cinco siguientes (VI la X), que inciden en su aspecto dinámico, y los cuatro últimos (XI a XIV), que abordan su relación con otras instituciones jurídicas; reservando el capítulo final (XV) a las conclusiones y propuestas legislativas.

Capítulos dedicados al ámbito institucional de la hipoteca flotante: (I) Antecedentes doctrinales y jurisprudenciales de la hipoteca flotante y su génesis legislativa, en el que el autor apunta la desacralización del rigor del principio de accesoriedad que esta hipoteca supone y lamenta que la Ley 41/2007 no acogiera la tesis de la limitación del contenido inscribible del derecho real de hipoteca y la integración completamente extrarregistral del título en la ejecución hipotecaria. (II) Derecho comparado, en el que se examinan distintas legislaciones nacionales bajo la sistemática del predominio de una concepción estricta o laxa del principio de accesoriedad. (III) Tipología, capítulo en el cual se enumeran las distintas subespecies de hipoteca flotante que tienen cabida en el artículo 153 bis LH y se esboza la teoría de la

facultad del acreedor a la «distribución» unilateral de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas. (IV) Los elementos de la hipoteca flotante, en el que se analizan en profundidad la obligación garantizada, el posible acreedor hipotecario, la figura del deudor y del hipotecante no deudor, el plazo propio de esta hipoteca y las implicaciones de la imperativa responsabilidad máxima hipotecaria. (V) La indiferenciabilidad de la hipoteca flotante, en el que el autor destaca que constituye un rasgo natural de esta figura y se inclina por la posibilidad de la renuncia a la misma no sólo por convenio de las partes en el momento de la constitución, sino también, posteriormente, de forma unilateral por parte del acreedor.

Capítulos dedicados al aspecto dinámico de la garantía: (VI) La cesión de los créditos cubiertos por esta hipoteca, capítulo en el que se analiza el carácter de la cesión del crédito hipotecario en general, inclinándose el autor por su carácter declarativo y por la innecesariedad de previa inscripción de la cesión para que el cesionario pueda operar la ejecución hipotecaria; y la cesión concreta de los créditos garantizados por la hipoteca flotante, enumerándose los distintos supuestos posibles, y posicionándose el autor a favor del carácter verdaderamente hipotecario de todos esos crédito desde su nacimiento, no obstante la indiferenciabilidad de la responsabilidad hipotecaria, y en contra de la cesión de la hipoteca al margen de los créditos. (VII) La subrogación legal en la hipoteca por parte de los terceros que paguen el/los créditos garantizados, en el que se examinan los distintos supuestos posibles tales como la subrogación por el fiador, por el vendedor con retención o descuento del precio, o por el deudor hipotecario o el tercer poseedor al tiempo de la ejecución de una carga posterior. (VIII) La problemática de la pluralidad de acreedores, en el que el autor aborda los distintos supuestos planteados por la práctica financiera tales como la hipoteca «en mano común», la hipoteca «por capas», la hipoteca «por cuotas variables» o el acrecimiento de los coacreedores en la hipotecas flotantes en comunidad romana, inclinándose por la admisibilidad de todos ellos. (IX) La ejecución de la hipoteca, capítulo en el que se estudian los requisitos de la ejecución directa hipotecaria, especialmente el título ejecutivo, la posibilidad de la ejecución parcial de la hipoteca en caso de pluralidad de obligaciones (de la que el autor es abiertamente partidario), las limitaciones del procedimiento extrajudicial y la restricción, a su entender, del ámbito de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado. (X) La cancelación de la hipoteca, en el que se analizan los efectos que sobre la misma tiene la indiferenciabilidad y se aborda la posibilidad de reutilización de la hipoteca por el deudor a favor de un nuevo acreedor.

Capítulos dedicados a la relación de la hipoteca flotante con otras instituciones jurídicas: (XI) Especialidades en materia de consumidores, capítulo en el que el autor muestra la inidoneidad de la hipoteca flotante para la financiación de consumidores y, acertadamente, plantea la cuestión de la necesidad de repetir la información y la evaluación de la solvencia del deudor cada vez que se conceda un nuevo crédito que vaya a estar garantizado con una hipoteca flotante preexistente. (XII) Concurso y precurso, en el que se analizan los problemas de la calificación concursal de los créditos garantizables por una hipoteca flotante, singularmente en presencia del denominado «valor razonable de la garantía real», así como las especialidades de este tipo de hipoteca a la hora de determinar las mayorías para la aprobación de los acuerdos de refinanciación y la vinculación consecuencia de su homologación judicial, y las excepciones a la protección frente a la rescisión concursal respecto de los créditos garantizados contraídos después de la constitución de

la hipoteca. (XIII) Los títulos hipotecarios flotantes, que se admiten sólo en el caso que se haya individualizado la porción de la responsabilidad hipotecaria del crédito o créditos que el acreedor quiera titular. (XIV) Las garantías mobiliarias flotantes, que el autor admite en las mismas circunstancias y con los mismos requisitos objetivos y subjetivos que los aplicables a las hipotecas inmobiliarias flotantes. Y (XV) el capítulo final dedicado a exponer cuarenta conclusiones y a realizar una extensa propuesta articulada de lo que, a juicio del autor, debería ser la reforma legal que llenara las lagunas normativas de la hipoteca flotante.

Como se observa del resumen anterior, Azofra Vegas aborda decididamente y con amplitud de argumentos todas las aristas e implicaciones de esta compleja figura hipotecaria, de las que, dados los estrechos márgenes de este comentario, me limitaré a reseñar las conclusiones más importantes, incidiendo en aquellas que no comparto, no con ánimo crítico sino por ser más ilustrativas para el lector de la complejidad de la materia. Prescindiré, igualmente, del examen de las afirmaciones de carácter general hipotecario contenidas en la obra, algunas superadas por la práctica procesal hoy mayoritaria —la inscripción de la cesión del crédito hipotecario para operar la ejecución— o por la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado —el ámbito de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado—, porque ello nos alejaría del tema central del libro y haría excesivamente extensa esta reseña.

3. Consideraciones críticas referidas en el ámbito institucional. Define acertadamente el autor la característica más destacada de la hipoteca flotante, la indiferenciabilidad, como aquella nota que permite no individualizar o distribuir la responsabilidad hipotecaria entre los distintos créditos garantizados presentes y/o futuros, todos los cuales, por tanto, quedarán garantizados individualmente hasta donde alcance el límite de la misma. A este respecto, señala Azofra Vegas, que, en presencia de la indiferenciabilidad, el pago, la condonación o la extinción de otro modo de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas no extingue ni reduce la hipoteca flotante, pero sí excluye el crédito o créditos respecto al que se producen de la cobertura hipotecaria. Ni siquiera tiene lugar la cancelación de la hipoteca, como señala el autor, por pago de todas las obligaciones existentes en un momento dado, si la cláusula de globalización comprende la garantía de obligaciones futuras del tipo que fueren; sin perjuicio del derecho que reconoce al deudor a la denuncia «pro futuro» de la hipoteca global, es decir, a solicitar del acreedor su cancelación en tal supuesto, derecho que, frente a la opinión negativa de una importante corriente doctrinal, el autor abiertamente defiende y cuyo criterio comparto.

A pesar de este rasgo natural y propio de la hipoteca flotante, se reconoce en la obra la posibilidad de distribuir la responsabilidad hipotecaria entre las obligaciones o los acreedores por acuerdo entre las partes, en lo que estoy totalmente de acuerdo; pero luego el autor introduce un derecho del acreedor a desglosar unilateralmente la responsabilidad hipotecaria entre las distintas obligaciones garantizadas en cualquier momento de la vida de la hipoteca, en caso de cesión de algún crédito o sector de la garantía y en el supuesto de ejecución parcial, aun cuando no existiera pacto expreso en ese sentido, y sin necesidad del consentimiento del deudor, en lo que no puedo estarlo. Frente a los argumentos de Azofra Vegas en el sentido que, de no reconocerse este derecho al acreedor, se estaría dificultando la movilización de los préstamos hipotecarios garantizados con hipoteca flotante a través de la titulación hipotecaria, y que si el acreedor unilateralmente puede cancelar parcialmente

una hipoteca, también debe poder distribuirla; entiendo que, si la hipoteca flotante se ha instaurado fundamentalmente para favorecer la financiación de los empresarios, no parece razonable exacerbar las facultades del acreedor en contra de los intereses del deudor, al que puede interesar tener garantizada una obligación o grupo de obligaciones con preferencia respecto de otras que pueden gozar, por ejemplo, de otro tipo de garantías, cuando, además, en el caso de obligaciones puramente futuras esa distribución es inútil en la práctica ya que, sin el posterior consentimiento negocial del deudor, no podrán contraerse nuevas obligaciones realmente garantizadas con la hipoteca. A este respecto, debe tenerse en cuenta que según los artículos 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento, toda modificación de las hipotecas que no derive del acaecimiento de un hecho pactado y acreditable, exige un convenio entre el acreedor y el hipotecante, y según el artículo 123 de la misma Ley Hipotecaria, constituida una hipoteca sobre una finca, la posterior distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas fincas en que la misma se divida, exige el acuerdo entre el acreedor y el deudor.

Otro punto de discrepancia es la consideración del autor acerca de la aplicación de la indiferenciabilidad incluso en el supuesto de que la suma de las cuantías del principal de todas las obligaciones garantizadas, siendo todas presentes, sea igual a la responsabilidad hipotecaria total; porque considero que, en tal caso, al no poder plantear el acreedor reclamación alguna por encima del importe inicial o del máximo pactado de cada obligación, a cada una de ellas le corresponderá inevitablemente una cuota en dicha responsabilidad hipotecaria equivalente a su principal, lo que excluye naturalmente la indiferenciabilidad.

Coincido plenamente con el criterio del autor en cuestiones tan importantes como la innecesariedad de la existencia de una obligación inicial o de arranque para poder constituir la hipoteca flotante; su susceptibilidad para garantizar todo tipo de obligaciones, incluso las puramente futuras (derivadas de contratos futuros) determinadas simplemente por su denominación, con tal de que gocen de tipicidad legal o reconocimiento jurisprudencial; o el mantenimiento del rango de la garantía, aun existiendo titulares posteriores de cargas o gravámenes, cuando se contratan nuevas obligaciones incluidas en la cláusula de globalización. E igualmente estoy de acuerdo en sus conclusiones acerca de la posibilidad de constituir hipoteca flotante en cobertura de obligaciones previamente garantizadas con hipoteca ordinaria, en presencia de la indiferenciabilidad, porque, en tal supuesto, la hipoteca flotante no atribuye una porción de responsabilidad concreta a cada obligación y puede ser finalmente ejecutada para el cobro de otras obligaciones garantizadas, deviniendo, en consecuencia, en ineficaz su garantía.

4. Consideraciones críticas en el aspecto dinámico. En cuanto a la problemática de la pluralidad de acreedores, que cobra especial relevancia en la hipoteca flotante al no transmitirse por accesoriedad el tipo de titularidad de la obligación a la hipoteca en presencia de pluralidad de obligaciones con titularidades diversas, se expone en la obra un estudio detallado de toda la panoplia de supuestos posibles, mostrándose el autor partidario a que las partes puedan articular la titularidad sobre el derecho real de hipoteca de manera diversa a la titularidad o cotitularidad existente sobre los créditos garantizados, conviniendo para ello una titularidad solidaria, de comunidad romana por cuotas o de comunidad germánica «en mano común» y sin ser necesaria la fijación de cuotas ni en el primer ni en el tercer supuesto. Indudablemente Azofra Vegas tiene razón en estas afirmaciones, que tanta polémica han sus-

citado doctrinalmente y en la práctica registral, pero creo que, como he defendido desde que se planteó en la práctica esta cuestión, en realidad, las mismas se quedan cortas ya que, como ha afirmado la Dirección General de Registros y del Notariado en resoluciones de 9 de junio de 2011 y de 24 de octubre de 2014, «*es posible constituir una titularidad activa sobre el derecho real de hipoteca de tipo colectivo (sería una cuarta categoría de titularidad), sin distribución de cuotas, en garantía de un conjunto de créditos independientes pero vinculados entre sí por un destino unitario a través de un pacto de sindicación, y dotados de un régimen unificado en sus condiciones financieras que requiere del acuerdo de todos o parte de los coacreedores conforme a las reglas del acuerdo de sindicación de sus créditos, y la existencia de una entidad legitimada para el ejercicio de las acciones correspondientes —el Banco Agente— y «la titularidad activa derivada de esa sindicación de créditos no se puede configurar como una estricta titularidad en mano común, que requeriría la unanimidad para el ejercicio de todas las facultades de los acreedores por aplicación de los artículos 392 a 406 del Código Civil, sino que viene determinada por lo que se pacte en orden al régimen de gestión, administración y disposición de los derechos de crédito, en cuya configuración colectiva se permite un amplio juego al principio de autonomía de la voluntad».*

Respecto a lo que el autor denomina «hipoteca por capas», que implica la existencia de un grupo de acreedores preferentes que se resarcirían de sus créditos antes de aquellos que no lo son con el producto de la ejecución o en proporción diferente a la cuantía de sus respectivos créditos, estando reconocido en el derecho español el pacto de posposición de la hipoteca —art. 241 RH—, no encuentro inconveniente en su admisión; como tampoco al pacto asociado de redistribución de las cuotas *internas* en caso de pago a los acreedores preferentes o dentro del mismo grupo, siempre que la titularidad sea colectiva, solidaria o «en mano común» y la redistribución el resultado o efecto directo de los términos en que fue constituida la hipoteca. Pero lo que no cabe admitir, a mi juicio, es el pacto de acrecimiento cuando la titularidad de la hipoteca se constituye en comunidad romana, cuyas cuotas serían variables, ya que, en tal supuesto, la responsabilidad hipotecaria a que cada acreedor tiene derecho viene limitada por su propia cuota, de tal manera que la flotabilidad sólo opera dentro de cada cuota entre los distintos créditos de cada acreedor, pero no entre las distintas cuotas que constituyen, en realidad, hipotecas autónomas. La admisión del cuarto tipo de titularidad colectiva a que antes he hecho referencia, con un régimen de disposición y ejecución por las mayorías que se pacten, hace en la práctica superflua esta categoría de «comunidad romana con cuotas variables» al superar los inconvenientes tanto de la comunidad por cuotas de la extinción parcial de la hipoteca en caso de extinción de alguna de las obligaciones garantizadas, como los de la comunidad en mano común de la necesidad de acuerdo de todos los acreedores para proceder a la ejecución, inconvenientes que han constituido el motivo que impulsó su construcción doctrinal.

En materia de la cesión de créditos, la naturaleza diversa de la pluralidad de obligaciones que son susceptibles de ser garantizadas simultánea o sucesivamente con la hipoteca flotante (presentes, simplemente futuras o condicionales y puramente futuras), unido a la multiplicidad de tipologías posibles en su combinación y a la vida extrarregistral de las obligaciones aseguradas, provoca que el análisis de la cesión de los respectivos créditos garantizados o garantizables y de las relaciones jurídicas subsiguientes, sobre todo en el

supuesto de hipoteca global que garantiza obligaciones puramente futuras, alcance cotas de enorme complejidad. Toda esta problemática es abordada por Azofra Vegas, cuyos criterios comparto plenamente, salvo en dos trascendentes cuestiones. La primera, que esa desvinculación o vida independiente de los créditos garantizados individual o genéricamente con la hipoteca flotante, implica, como señala Encarna Cordero Lobato, que en cuanto a aquellos que no consten reflejados en el Registro de la Propiedad no se pueda hablar propiamente de créditos hipotecarios y que, en consecuencia, esos créditos sólo presumiblemente garantizados con esta hipoteca, al contrario de aquellos que lo son con la hipoteca ordinaria, son transmitidos sin la garantía a menos que así se indique expresamente en el momento de la cesión, no operando en otro caso la accesoriedad porque el crédito no se ha incorporado a la hipoteca y, además, porque en la hipoteca flotante, la falta de correspondencia entre crédito y responsabilidad hipotecaría, en defecto de distribución, matiza esa accesoriedad a efectos de la cesión. La segunda, que si la cesión comprende únicamente todos o un tipo de créditos puramente futuros encuadrables en la cláusula de globalización, a mi juicio, lo que de hecho se está llevando a cabo, más que una propia cesión de créditos, es una cesión total o parcial del contrato que, como tal, exigirá el consentimiento del deudor hipotecario como tiene declarado el Tribunal Supremo.

Por último, en lo que respecta a la ejecución hipotecaria, comparto las conclusiones del autor acerca, por un lado, de la necesidad de aportar en caso de ejecución hipotecaria los correspondientes títulos ejecutivos de cada obligación vencida e impagada, sin necesidad de su previa constancia registral y sin que sea suficiente la aportación de la certificación bancaria del saldo final líquido exigible que tendría un carácter meramente contable; y, por otro lado, de la admisión de la ejecución parcial de la hipoteca flotante para el cobro de alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, subsistiendo la cobertura respecto de las demás obligaciones en la responsabilidad hipotecaria remanente, no sólo en el supuesto de previa distribución de la misma o de pacto expreso que lo regule, sino también realizando una interpretación integradora de las normas procesales.

En resumen, como se infiere de todo lo expuesto, «La Hipoteca Flotante» aborda una materia extremadamente compleja, con una casuística casi inagotable y en la que, ante la insuficiencia normativa, las soluciones a los problemas que la operativa de la hipoteca plantea son inseguras y susceptibles de confrontación doctrinal. Por eso, mi conclusión personal, más allá de las discrepancias mostradas en puntos concretos, es la de felicitar al autor por su enorme esfuerzo expositivo y doctrinal, por su calidad argumentativa, y por las soluciones prácticas que ofrece al devenir de esta nueva figura hipotecaria, lo que hacen del libro un referente imprescindible para todo aquel que quiera adentrarse en el estudio de esta nueva garantía hipotecaria.

Comparto la opinión del autor acerca de que la hipoteca flotante constituye un logro evidente en el objetivo de «*facilitar la diversidad de los productos financieros ofertados*» y una aportación relevante «*en la deseable integración de los mercados hipotecarios*», y le agradezco su predisposición, académica y profesional, por exprimir todo el jugo, toda la potencialidad, de la misma y contribuir a que no se frustren esas expectativas y se erija en un instrumento eficiente para la financiación empresarial.

Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES
Registrador de la Propiedad