

BIBLIOGRAFÍA

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

Libros *

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis: *La hipoteca flotante y su régimen*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, 242 pp.

El propósito del legislador con la promulgación de la Ley 41/2007, del mercado hipotecario, fue flexibilizar o relajar el principio de accesoria que une (legalmente) el derecho real de hipoteca con la obligación garantizada, posibilitando –según la Exposición de Motivos de dicha Ley– la admisión «de nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados». A pesar de no conseguirse una flexibilización total de este principio (con la admisión, por ejemplo, de la hipoteca contractualmente dependiente de la obligación que asegura), se consiguió en parte dicho propósito gracias a la regulación de una nueva modalidad de hipoteca de máximo en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria (LH), que tanto el autor de la presente monografía (y parte de la doctrina) como la propia Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 califican como «hipoteca flotante» (denominación que, ya avanzamos, no compartimos), y que constituye el objeto de análisis de la obra que nos ocupa.

La justificación de su estudio, en palabras del propio autor, es que si bien han visto la luz numerosos trabajos analizando la novedad de la figura y su oportunidad, no son tantos, empero, los que han abordado su regulación de manera omnicompreensiva. Y esto es precisamente lo que el lector encontrará en la presente monografía: un análisis pormenorizado de esta institución desde un punto de vista teórico y práctico. El autor, de esta forma, conjuga argumentos dogmáticos, por un lado, y la realidad del uso de esta institución por parte de los operadores jurídico-económicos, por otro.

El autor sitúa al lector en el capítulo introductorio contextualizando la institución objeto de estudio. En primer lugar, describe su evolución histórica desde la aprobación de la LH de 1861 y su tratamiento por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) –principal objetora a la admisión de la «hipoteca flotante»– hasta la promulgación de la Ley 41/2007. Y en segundo lugar, delimita la naturaleza jurídica de la hipoteca de máximo regulada en art. 153 bis LH. Coincidimos con el autor en que la denominación «hipoteca general» no es apropiada para este supuesto, dado que nada tiene que ver esta hipoteca de máximo con la *floating charge* inglesa, pero disentimos en la denominación. La hipoteca global o flotante, para el autor, «posibilita garantizar una pluralidad de obligaciones no plenamente determinadas en su existencia e individualidad *ab initio* (todas, o al menos algunas), sino determinadas de forma indirecta mediante criterios de integración genéricos establecidos en el negocio o título constitutivo de las hipoteca», y a esta

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

definición responde la hipoteca regulada en el art. 153 bis LH. El disenti- miento en cuanto a la denominación responde al hecho de que la denomina- ción «hipoteca flotante» parecería más acorde –a nuestro juicio– con el supuesto en el que no existe, primero, ninguna determinación de las obliga- ciones aseguradas *ab initio* –o mínima, con una cláusula muy genérica–, esto es, sin que las obligaciones estén canalizadas por una relación jurídica subya- cente, y segundo, la novación de las diversas obligaciones –como se prevé en la hipoteca de máximo en garantía de cuentas corrientes de crédito del art. 153 LH–; precisamente, estos son los argumentos que ha esgrimido la DGRN para denegar la admisión de la hipoteca flotante. El art. 153 bis LH, por lo tanto, superaría la segunda restricción, pero no completamente la pri- mera. Si negamos la posibilidad –como también lo hace el autor– de inscribir en el Registro de la Propiedad cláusulas del tipo «quedan garantizadas las obligaciones derivadas de operaciones regulares del tráfico bancario», ¿dónde queda entonces la plena –y no parcial, como en el art. 153 bis LH– flotabilidad? ¿Quedarían garantizadas aquellas obligaciones que escapasen de la «denominación» o, en su caso, de los «actos jurídicos básicos»? Si la respuesta es negativa –en mi opinión, así es sobre la base de los principios de accesoriedad y de especialidad–, la garantía no flotaría totalmente, como si se preveía en la prenda catalana regulada –hoy derogada– en la Ley catala- na 19/2002, de los derechos reales en garantía, que permitía «garantizar varias obligaciones ya contraídas o por contraer de forma simultánea o suce- siva entre el mismo deudor o deudora y el mismo acreedor o acreedora, durante un período de tiempo y por una cuantía máxima convenidos» (art. 13.3); es decir, que se ha pasado a nuestro entender de una conexión causal única – relación jurídica básica– a la admisión de diversas relaciones jurídicas y de causas diversas, lo que constituyen conexiones, al fin y al cabo, entre la hipo-oteca y las obligaciones garantizadas, como no puede ser de otro modo de acuerdo con el art. 12 LH. Sea como fuere, la denominación de la hipoteca regulada en el art. 153 bis LH es materia de discusión doctrinal (*vid.* Esther Muñoz Espada, «La hipoteca de máximo del art. 153 bis Ley Hipotecaria (art. 11.4 Ley 41/2007)», en Esther Muñoz Espada, Sergio Nasarre Aznar y María Elena Sánchez Jordán, *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica*, Edisofer, Madrid, 2009 pp. 218 y siguientes), así como el mayor o menor grado de vinculación con las obligaciones garantizadas (se defendió en su momento que esta hipo-oteca posibilitaba garantizar «una pluralidad de obligaciones vencidas o futu- ras, sean o no de la misma naturaleza, siempre que deriven de una relación causal determinada», *vid.* Francisco Javier Gómez-Gállego, «Presente y futu- ro de la garantía hipotecaria», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 735, Enero 2013, p. 30), sin que ello afecte en modo alguno al análisis por parte del autor del resto de cuestiones referentes a la hipoteca.

Los siguientes capítulos abordan los temas descritos con la siguiente metodología (alterada en contadas ocasiones): se detectan en primer lugar los problemas no resueltos por la regulación del art. 153 bis LH (que no son pocos, dada su novedad); a continuación se exponen las diferentes posturas doctrinales, no siempre coincidentes; y finalmente el autor expone su propia teoría con sólidos argumentos y con un análisis detallado de las fortalezas y de las fisuras de cada postura expuesta con anterioridad. Se sigue, pues, una sistemática que facilita la lectura y comprensión de la obra.

En este sentido, destaca especialmente en el capítulo segundo (que versa sobre las obligaciones garantizadas) el tratamiento de las obligaciones acce-

sorias, que quedan cubiertas por la hipoteca (así como la obligación principal y los intereses) hasta el máximo de responsabilidad hipotecaria establecido en el Registro de la Propiedad en consonancia con la naturaleza jurídica de esta hipoteca de máximo. Por su parte, el capítulo tercero aborda el sujeto titular de la hipoteca y sus vicisitudes. Una cuestión relevante en este punto es la posibilidad de novar la posición activa de la hipoteca, ya sea mediante el mecanismo de la cesión o de la subrogación. El art. 153 bis LH ofrece múltiples posibilidades de acuerdo con el autor: que un tercero ceda uno o varios créditos al titular de la hipoteca, que se entenderán cubiertos por la garantía si existe una previsión al respecto en la escritura de constitución (es decir, si se ha previsto este extremo *ex ante* en los criterios de determinación de las obligaciones garantizadas); que el acreedor hipotecario ceda a un tercero un crédito acompañado de una cuota de la hipoteca de máximo, o bien ceder dicho crédito de manera aislada; y también cabe finalmente la subrogación de un tercero en los créditos cubiertos por la hipoteca, siempre y cuando el tercero pague todas las obligaciones que el deudor tenga contraídas en ese momento con el acreedor hipotecario.

El autor es coherente en su argumentación: todas estas posibilidades se analizan sobre la base de la especial naturaleza jurídica de la hipoteca de máximo del art. 153 bis LH, donde no existen propiamente créditos hipotecarios durante la fase de seguridad de la hipoteca. Sólo nacerán (y serán exigibles) dichos créditos cuando el acreedor hipotecario decida cuáles van a quedar finalmente garantizados. Destaca asimismo la defensa de la posibilidad de ceder la hipoteca independientemente de los créditos cubiertos por la misma, siempre que se comunique al deudor, una cuestión controvertida que, a nuestro juicio, también es predicable de cualquier hipoteca vía art. 149 LH —no aplicable *stricto sensu* a la hipoteca de máximo objeto de estudio—. Finalmente, el capítulo cierra con la configuración de la pluralidad de titulares en la hipoteca global: cada uno de ellos tendrá asignada una cuota determinada en el Registro de la Propiedad.

El capítulo cuarto (el más breve) analiza la finca o fincas gradas con la hipoteca, en particular si es necesario distribuir la responsabilidad hipotecaria cuando se gravan varias fincas con la hipoteca de máximo. Estamos de acuerdo en su conclusión: es necesaria la distribución de responsabilidad *ex art.* 119 LH, de manera que el acreedor hipotecario podrá dirigirse contra cualquiera de ellas en garantía del crédito que elija. Por su parte, el capítulo quinto trata el plazo de duración de la hipoteca y sus efectos. Dicho plazo es un elemento esencial de esta institución y su transcurso provocará la extinción del derecho real. De acuerdo con el autor, «su determinación queda en manos de las partes» ante el silencio legal, pero entendemos que el plazo no debe ir en contra de la prohibición de perpetuidad de los derechos reales, con lo que a nuestro juicio el plazo de duración de la hipoteca de máximo no puede suponer la existencia de dicha perpetuidad *de facto*; pero estamos de acuerdo, sin embargo, en que el deudor hipotecario pueda poner fin anticipadamente a la hipoteca si no obtiene la financiación esperada si existe un pacto al respecto. Mayores dificultades y dudas plantea, empero, el hecho de que la ampliación del plazo de la hipoteca no afecte a su rango, lo que tendría lugar si se aplicase el art. 4.3 de la Ley 2/1994, lo que el autor rechaza.

El sexto capítulo versa sobre la ejecución de la hipoteca de máximo, que puede ser total o parcial (el autor refuta de manera convincente las teorías en contra de su admisión), en la que no cabe acudir al procedimiento extrajudicial, y en la que el acreedor hipotecario podrá incluir las obligaciones que

estime convenientes dentro de la cobertura hipotecaria, previo cálculo del saldo final líquido garantizado. Y el séptimo y último capítulo trata la extinción y cancelación de la hipoteca. En cuanto a la extinción, tendrá lugar principalmente con la ejecución o por el transcurso del plazo pactado, dado que la ausencia de obligaciones susceptibles de ser garantizadas no provoca la extinción de la hipoteca durante su vigencia.

A continuación de los capítulos que componen la monografía encontramos la bibliografía (sin un apartado de conclusiones, que se echa en falta), un apéndice normativo, un anexo con el repertorio jurisprudencial utilizado y la transcripción de los fundamentos jurídicos más relevantes de algunas sentencias y resoluciones del Tribunal Supremo y la DGRN, lo que permite al lector contrastar las consideraciones realizadas en el texto.

En definitiva, se trata de una monografía de referencia en este ámbito tanto para quienes tratan con esta nueva modalidad de hipoteca por razón de su ejercicio profesional como para los que abordan su estudio desde un punto de vista teórico, y en la que el lector encontrará un análisis detallado y riguroso de las cuestiones más relevantes que afectan a la hipoteca de máximo del art. 153 bis LH. Aunque no entran dentro del objeto de estudio, posteriores ediciones de la obra podrían abordar otros aspectos externos a la propia configuración de esta modalidad de hipoteca, como su comportamiento en sede concursal (por ejemplo, el impacto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de septiembre de 2010, que si bien resuelve un supuesto conforme a la antigua regulación del concurso en el Código de Comercio, plantea de cara a la hipoteca de máximo del art. 153 bis LH la posible infracción de la *par condicio creditorum* cuando el acreedor hipotecario decide incluir una o varias obligaciones dentro de la cobertura hipotecaria en el plazo de rescisión que marca el art. 71 LC), el posible impacto de la implementación de la Directiva 2014/17/UE, sobre crédito residencial o la posible titulización de la hipoteca de máximo para fines de refinanciación.

HÉCTOR SIMÓN MORENO
Investigador Posdoctoral de Derecho civil
Universidad Rovira i Virgili

KÖTZ, Hein: *Europäisches Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2015, 535 pp.

Hein Kötz es un ilustre representante de una de las dos tendencias que conviven y, en cierto modo, se enfrentan, en el seno del Derecho privado europeo. La primera de dichas tendencias, aquella en la que él se incardina, entiende que la creación de ese Derecho ha de ser resultado de un progresivo acercamiento de la ciencia jurídica europea, fundamentalmente por vía de trabajos de derecho comparado y de historia del derecho. La segunda, más pragmática, aboga por la promulgación de texto normativo –cuya eficacia y contenido es a su vez objeto de discusión– que lleve a cabo la unificación directamente por vía legal. Tomando la terminología que empleó hace años Ole Lando al describir y analizar los postulados y enfoques metodológicos de cada uno de éstos movimientos, a los autores del primer grupo cabría denominarlos «cultivadores», mientras que los partícipes del segundo podrían ser