

La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.—III. CARACTERES: A) LA ACCESORIEDAD. B) LA INDIVISIBILIDAD. C) LA DETERMINACIÓN REGISTRAL.—IV. NECESIDAD DE FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD.—V. REVISIÓN CRÍTICA DE LOS DOGMAS DE LA ACCESORIEDAD Y DETERMINACIÓN REGISTRAL.—VI. LA HIPOTECA DE SEGURIDAD COMO FIGURA EN LA QUE TALES PRINCIPIOS NO SE APLICAN.—VII. CRÍTICA DE LA EVOLUCIÓN DE LA DGRN EN LA MATERIA DE HIPOTECAS DE MÁXIMO.—VIII. ORIENTACIONES MODERNAS.

I. INTRODUCCIÓN

Modernamente la figura jurídica de la hipoteca ha jugado un papel fundamental en el desarrollo del mercado inmobiliario.

La práctica totalidad de las construcciones inmobiliarias, que no son de autopromotor, se financian a través de préstamos hipotecarios.

La técnica es la siguiente: el dueño del suelo que pretende construir obtiene financiación con la garantía del solar, mediante su hipoteca, que por disposición legal (arts. 109 y 110 de la Ley Hipotecaria) se extiende a las nuevas construcciones realizadas sobre el solar. Lo normal incluso es que la hipoteca se constituya expresamente no sólo sobre el solar sino sobre el edificio en construcción, de manera que la hipoteca se inscribe en el Registro una vez registrada la obra nueva en construcción con las preceptivas licencias municipales y el certificado de técnico competente acreditativo de que el edificio declarado se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia (art. 22 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del suelo y valoraciones, y artículo 46 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que

se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística).

Si el edificio está dividido en régimen de propiedad horizontal, y la división horizontal ha tenido lugar antes de la constitución de la hipoteca, ésta exigirá la distribución de responsabilidad hipotecaria entre las fincas, por exigencia del principio de determinación o especialidad, de manera que se concrete la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder (así lo exige expresamente el art. 119 de la Ley Hipotecaria). Si la división horizontal tiene lugar con posterioridad a la hipoteca, cada uno de los pisos o locales va a responder de la totalidad del préstamo, salvo que se distribuya la responsabilidad hipotecaria con el consentimiento de acreedor y deudor (principio de indivisibilidad proclamado en el art. 123 de la Ley Hipotecaria). De hecho, la normativa de protección al consumidor parece exigir esa distribución previa de responsabilidad hipotecaria por parte del promotor antes de proceder a la venta de los pisos o locales (art. 6.º, apartado 4.º del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, que exige informar al consumidor de la responsabilidad hipotecaria que corresponde a su vivienda).

En los últimos cinco años, el saldo de las hipotecas gestionado por las entidades financieras se ha duplicado hasta alcanzar un volumen superior a los 600.000 millones de euros, lo que demuestra la importancia que tiene la hipoteca modernamente en el proceso de construcción inmobiliaria.

El objetivo de este trabajo es tratar de analizar la figura de la hipoteca a la luz de las nuevas exigencias en el tráfico inmobiliario, que deben llevar a una reforma del mercado hipotecario.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Desde un punto de vista histórico, no siempre la hipoteca ha tenido la misma importancia.

En Derecho romano *pignus* e hipoteca estaban confundidos, en cuanto que eran figuras puramente contractuales, sin eficacia real o frente a terceros, y de constitución más bien clandestina, en cuanto que no exigían publicidad alguna. Con este carácter pasan a las Partidas en el siglo XIII, aunque las Pragmáticas de Don Carlos y Doña Juana en 1539 y Felipe II en 1558 ordenaron el Registro de Censos y Tributos, siendo finalmente la Pragmática de Carlos III en 1768 la que crea las Contadurías de Hipotecas, exigiendo su publicidad. No será sin embargo, hasta la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, cuando se articula la concepción moderna de la hipoteca (bajos los principios de especialidad y publicidad, suprimiendo las hipotecas tácitas

generales que eran fórmula habitual en los instrumentos públicos de los escribanos hasta entonces), que pasa al Código Civil de 1869, el cual le dota de inscripción constitutiva. En efecto, es el artículo 1.875 del Código Civil el que dota a la inscripción de carácter necesario para la existencia de la hipoteca, y no sólo de eficacia frente a terceros como había establecido el artículo 146 de la Ley Hipotecaria de 1861. La doctrina más que el carácter constitutivo había reivindicado la necesidad de dotar de obligatoriedad a la inscripción de la hipoteca como forma de incentivar el crecimiento del crédito territorial (1).

Podemos situar el desenvolvimiento de la hipoteca en el proceso desamortizador que se lleva a cabo en el primer tercio del siglo XIX, que pone en circulación gran parte de la propiedad hasta entonces en manos muertas. Hasta ese momento el protagonismo lo tuvieron los censos, como se demuestra consultando las antiguas Contadurías de Hipotecas, en las que éstas eran minoritarias respecto de los censos registrados. Podemos decir que los censos enfitéuticos, a través de la disociación entre dominio útil y dominio directo (teniendo aquél el derecho a percibir los productos de la finca y éste el derecho a ser reconocido como propietario y del de percibir una pensión y el laudemio en caso de enajenación de su derecho por el enfiesta) fue una forma de sacar rendimiento a los inmuebles propia de la época medieval, basada en vinculaciones y mayorazgos.

Es en el siglo XIX cuando la puesta en circulación de los bienes desamortizados, cuando se crea un mercado inmobiliario que hace expansionarse enormemente la financiación hipotecaria, exigiendo de forma inmediata la articulación de los Registros de la Propiedad como instrumento de seguridad jurídica.

Con posterioridad debemos destacar como hito en la configuración de la hipoteca, la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, que introduce el procedimiento judicial sumario para la ejecución de las hipotecas, con causas de oposición muy limitadas y caracterizado por pasar a la realización forzosa de los bienes sin necesidad de tasación del inmueble ni de localización del deudor, pues basta la notificación en el domicilio según Registro. Este procedimiento pasará a la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000, produciéndose lo que denominé normalización del Derecho procesal hipotecario (2).

(1) Sobre las vicisitudes de la introducción del carácter constitutivo de la hipoteca en el Código Civil, véase Solla Sastre, María Julia, «Fuerza codificadora y doctrina codificadora en el artículo 1.875 del Código Civil: la inscripción constitutiva del derecho real de hipoteca», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 676, marzo-abril de 2003.

(2) Véase Gómez Gállico, Francisco Javier, «La normalización del Derecho Hipotecario Procesal. La ejecución ordinaria e hipotecaria en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 659, mayo-junio de 2000.

También podemos resaltar en este resumen de la evolución histórica de la hipoteca, la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, única en Europa, y que permite al deudor, sin necesidad del consentimiento del acreedor, instar el cambio del acreedor hipotecario modificando las condiciones financieras del préstamo y conservando la hipoteca su rango.

III. CARACTERES

Tradicionalmente se consideran caracteres de la hipoteca, al modo de verdaderos dogmas en materia hipotecaria, los siguientes:

- a) La accesoriedad.
- b) La indivisibilidad.
- c) La necesaria determinación registral.

Estudiaremos estos caracteres y veremos posteriormente cómo en realidad tampoco deben ser considerados verdaderos dogmas de fe; y cómo estos principios se han ido extendiendo desorbitadamente para excluir figuras demandadas y usadas por los agentes jurídicos, lo cual ha ido en detrimento de la finalidad del sistema registral de ser motor del desarrollo económico.

Las nuevas orientaciones de la hipoteca se dirigen a una mayor flexibilización de aquellos principios, en especial en sede de hipotecas de seguridad, cuyo entendimiento por la Dirección General de los Registros y del Notariado no siempre ha sido el más correcto, aunque se atisba un cambio en su doctrina todavía muy incipiente.

Veremos también que la realidad económica demanda que la hipoteca quede sustraída a los procedimientos de insolvencia y que esté dotada de un procedimiento cada vez más ágil para la recuperación de la garantía.

A) LA ACCESORIEDAD

Resulta este carácter de lo dispuesto en el Código Civil y la Ley Hipotecaria:

- a) No puede constituirse hipoteca sino para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (art. 1857.1.º del Código Civil).
- b) La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 104).

- c) Vencida la obligación principal, pueden ser objeto de realización forzosa para pagar al acreedor, sin que éste pueda apropiarse la cosa hipotecada (arts. 1.858 y 1.859 del Código Civil).
- d) La venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio (art. 1.528 del Código Civil).
- e) El crédito hipotecario goza de un especial privilegio para el cobro derivado precisamente de su cobertura hipotecaria (art. 1.923 y 1.927 del Código Civil y 90 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal).

La accesoriedad de la hipoteca ha sido reiterada por la doctrina y la jurisprudencia, hasta el punto de ser defendido que en nuestro Derecho sólo existen préstamos hipotecarios más que hipotecas (AMORÓS GUARDIOLA) (3). Es el régimen jurídico de la obligación el que determinaría o influiría en el de la hipoteca, y no al revés.

No obstante, otros autores han defendido la cosificación del crédito como consecuencia de la cobertura que del mismo hace la garantía hipotecaria (LALAGUNA DOMÍNGUEZ) (4).

Entre una y otra postura pueden citarse otras muy diversas teorías sobre la naturaleza de la hipoteca, como son la de la obligación real (tesis de MEIBOM, SHOM, COSAK o FUSCH); la del *ius ad rem* (MARCADE); la del privilegio (BIANCHI); la del embargo anticipado (DE LA CÁMARA); la del derecho real sobre el valor en cambio de la finca hipotecada (MOXÓ RUANO), la que la interpreta como un *ius distrahendi* (ROCA SASTRE); o como derecho real de garantía (WOLFF) de inscripción constitutiva (VALLET).

En otra ocasión (5) ya puse de manifiesto mi postura personal, que quiero reafirmar en esta ponencia a raíz de la más reciente evolución de la normativa y de la práctica, y es la de que aunque la hipoteca en nuestro Derecho tiene carácter accesorio respecto de un crédito y es eminentemente causal, tal principio de accesoriedad debe entenderse en sus justos términos, de manera que

(3) AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, *La causa del crédito hipotecario*, CRPME, 1990, pág. 85: *Cuando hablamos de causa del contrato de hipoteca no nos estamos refiriendo a que el derecho de hipoteca, o mejor, el crédito hipotecario, tenga por causa un contrato previo, lo cual por lo demás resulta evidente, sino a que ese contrato o negocio jurídico originador requiere para su validez una causa jurídica adecuada, no existe como tal contrato si no se apoya en esa causa que le sirve de justificación y las distintas manifestaciones de la causa (lícita o ilícita, onerosa o gratuita) condicionan su existencia o nivel de eficacia, mayor o menor que de él resulta.*

(4) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE, «Los créditos hipotecarios», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 85-86, julio-diciembre de 1974.

(5) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, «La extinción del crédito hipotecario», en el Libro *Homenaje en memoria de Joaquín Lanzas y Luis Selva*, Tomo II, pág. 879.

no impida el desenvolvimiento de figuras exigidas en el tráfico o impuestas por la práctica bancaria (6).

B) LA INDIVISIBILIDAD

La indivisibilidad se manifiesta:

- a) Respecto del deudor, ya que no podrá pedir la cancelación parcial de la hipoteca aunque haya pagado parte del crédito y subsiste íntegra sobre la totalidad de los bienes hipotecados hasta que se cancele (art. 122 LH); ni siquiera el heredero del deudor que ha pagado puede exigir que se extinga proporcionalmente la hipoteca mientras no se haya pagado por completo (art. 1.860, párrafo segundo del Código Civil).
- b) Respecto del acreedor, ya que no puede el heredero del acreedor, a quien se haya pagado su parte de deuda, cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos (art. 1.860, párrafo segundo del Código Civil).
- c) Respecto de los bienes, ya que si se divide una finca hipotecada no se distribuye entre ellas la hipoteca sino cuando voluntariamente lo acuerdan acreedor y deudor; en defecto de acuerdo, la hipoteca subsiste íntegra sobre cualquiera de los predios resultantes, de manera que el acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de las nuevas fincas o contra todas ellas a la vez (art. 123 LH).

C) LA DETERMINACIÓN REGISTRAL

Significa este principio que la obligación garantizada por la hipoteca debe estar claramente determinada, sin que puedan garantizarse por una misma hipoteca obligaciones de distinta naturaleza, indeterminadas o en los que su determinación queda al arbitrio de la parte acreedora. Para garantizar obligaciones causalmente diversas deberá acudir a otras tantas hipotecas, de manera que la prioridad entre sí vendrá determinada por el orden de su inscripción registral.

Este principio de especialidad, consagrado por la doctrina de la DGRN, tiene su base en dos preceptos de derecho positivo:

(6) GÓMEZ GÁLLIGO, FRANCISCO JAVIER, «Estudio sobre las modernas figuras de crédito abierto garantizado con hipoteca», en el Libro *Homenaje a José María Chico Ortiz*, Editorial Marcial Pons, 1995, págs. 803 y sigs.

- a) El artículo 12 LH, que exige que las inscripciones de hipoteca expresen el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubieran estipulado.
- b) El artículo 114 LH, que recoge el límite de las cinco anualidades en la cobertura de la responsabilidad hipotecaria por intereses frente a tercero.

IV. NECESIDAD DE FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD

Cuando en la práctica bancaria se quieren asegurar las diversas obligaciones que una determinada persona tenga o pueda llegar a contraer con el banco acreedor, nos topamos con la doctrina de la DGRN que hace una aplicación rígida de los principios de accesoriedad, indivisibilidad y determinación antes referidos.

A título meramente de ejemplo, podríamos citar las siguientes aseveraciones:

- a) «Al tener la hipoteca una naturaleza esencialmente accesorio no puede constituirse sin que se precise la obligación, presente o futura, a la que inequívocamente la hipoteca deberá servir de garantía» (RDGRN de 23 de diciembre de 1987).
- b) «El principio de accesoriedad de la hipoteca exige una obligación lícita existente o de posible existencia y que la garantía, que puede ser inferior, no se extienda a más de la obligación» (RDGRN de 17 de marzo de 1994).
- c) «Los principios de especialidad y accesoriedad exigen la precisa determinación de la obligación a que la hipoteca sirve y cuyas vicisitudes (transmisión, extinción) son por la accesoriedad, vicisitudes del mismo derecho de hipoteca» (RDGRN de 11 de enero de 1995).
- d) «La accesoriedad respecto del crédito impide la transmisión separada de aquella» (RDGRN de 17 de agosto de 1993).
- e) «La accesoriedad del derecho de hipoteca respecto del crédito garantizado exige que en caso de constitución de la hipoteca por plazo determinado, el vencimiento de ésta sea posterior al de la obligación asegurada, y lo usual, aunque no inexcusable, es que el día inicial del plazo de la hipoteca sea el del vencimiento de la obligación garantizada» (RDGRN de 22 de junio de 1995).
- f) «El principio de accesoriedad impide que en una misma hipoteca se puedan mezclar obligaciones presentes y futuras» (RDGRN de 4 de julio de 1984 y 23 de diciembre de 1987).

- g) «No cabe constituir hipoteca en garantía de cualquier deuda futura por impedirlo el principio de determinación y accesoriedad» (RDGRN de 3 de octubre de 1991).
- h) «No se puede desconectar totalmente la hipoteca y el crédito garantizado, sino que el contrato causal debe estar determinado» (Resolución de 17 de septiembre de 1996, rechazando una hipoteca en garantía de obligación al portador).
- i) No se puede constituir hipoteca en garantía de intereses ordinarios por plazo superior al de duración del préstamo, como sería una hipoteca en garantía de un préstamo a tres años que pretendiera garantizar los intereses ordinarios de cinco años (Auto TSJC de 19 de julio de 1996).
- j) No cabe hipoteca en garantía de obligaciones totalmente futuras (RDGRN de 11 de enero de 1995, 6 de junio de 1998 y 7 de junio de 1999, que no la admitió ni siquiera existiendo un pacto novatorio en el momento del cierre de la cuenta donde se irían asentando las distintas operaciones).
- k) La hipoteca no puede dar cobertura genérica a cualquier crédito que ostente o pueda ostentar en el futuro el acreedor contra el constituyente, ni aún cuando se produzca o se prevea la reunión meramente contable de los saldos resultantes (RDGRN de 10 de julio de 2001).
- l) La reducción por pago de la obligación asegurada no permite que posteriormente se pueda utilizar el margen existente respecto de la responsabilidad hipotecaria originaria para ampliar por novación modificativa la obligación asegurada (RDGRN de 17 de enero y 30 de abril de 2002).

En definitiva, el Centro Directivo no admite una hipoteca única en garantía de las diversas obligaciones existentes o que en el futuro puedan contraerse. Sólo admite hipotecas en garantía de un contrato causalmente único (préstamo o concesión de crédito) o que exista un pacto de novación expresa de las diversas obligaciones que se carguen en cuenta de manera que la única obligación garantizada sea el saldo resultante del cierre de la cuenta al vencimiento pactado (hipoteca en garantía de cuenta corriente). Y en todo caso siempre que queden claramente perfiladas las obligaciones que son objeto de garantía, sin que pueda quedar al arbitrio del banco acreedor.

La Resolución de la DGRN que más claramente estableció esta posición fue la de 23 de diciembre de 1987. En ella se trataba de asegurar diversas operaciones bancarias ya concertadas entre los hipotecantes y el Banco acreedor, así como las cantidades que en cualquier concepto resultaren aquéllos adeudar al mismo Banco en cualquiera de sus sucursales durante el período de vigencia de la hipoteca, sin que sufrieran alteración, modificación o nova-

ción alguna las obligaciones derivadas de los títulos en que se fundan los créditos a favor del Banco.

La DGRN entendió que no se podía inscribir esta hipoteca, ni siquiera por la vía de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito regulado en el artículo 153 de la LH, por entender que se trataba de una «hipoteca flotante» en la que si bien quedaba fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, quedaba sin embargo al arbitrio del Banco el determinar los importes de las obligaciones a integrar en dicha cifra, sean las obligaciones ya existentes o las futuras que pudieran contraerse; se trataría por tanto de una mezcla de obligaciones presentes y futuras, causalmente diversas, en las que no existe pacto novatorio, por lo que sería necesario constituir diversas hipotecas para cada una de las obligaciones.

Esta posición se ha ido reiterando, a mi juicio con demasiada ligereza, en Resoluciones posteriores, inadmitiendo las hipotecas en garantía del cierre de una mera cuenta donde se habrían concretado las diversas obligaciones garantizadas. En concreto, no se admiten hipotecas en garantía de obligaciones causalmente diversas sino por vía del pacto novatorio y la técnica de la cuenta corriente de crédito del artículo 153 LH (así ha ocurrido en las Resoluciones de 6 de julio de 1998, 24 de julio de 1998, 27 de julio de 1999, 6 de noviembre de 1999, 27 de septiembre de 2000 y 10 de julio de 2001, entre otras).

Tampoco ha sido muy flexible la posición del Centro Directivo con relación a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras o sometidas a condición, ya que sólo se admiten cuando exista una relación jurídica básica en el momento de su constitución de la que vayan a derivar tales obligaciones (véase Resolución de 17 de enero de 1994, 28 de abril de 1999 y 7 de junio de 1999). Y no es flexible porque se interpreta que tal relación jurídica básica está sometida a la necesidad de ser causalmente única, sin poder abarcar varias obligaciones futuras y sin permitir grado alguno de indeterminación en las mismas.

En concreto, en la RDGRN de 7 de junio de 1999 se pretendía constituir hipoteca a favor de una Caja de Ahorros en garantía de las operaciones de descuento bancario de efectos mercantiles, operaciones de aval o afianzamiento ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, descubiertos en cuenta corriente o de ahorro, cuentas de crédito de cualquier naturaleza, operaciones de crédito exterior y préstamos; operaciones que perderían su exigibilidad aislada en el momento del cierre de la cuenta donde deberían irse asentando. La razón de su rechazo es que la accesoriedad y el principio de especialidad imponen la determinación de la obligación asegurada, y «la reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre la inadmisibilidad de la cobertura hipotecaria de obligaciones totalmente futuras».

V. REVISIÓN CRÍTICA DE LOS DOGMAS DE LA ACCESORIEDAD Y DETERMINACIÓN REGISTRAL

A mi juicio, y aunque puede ser una posición llamativa en un letrado de la DGRN, el rechazo automático a las hipotecas flotantes que realiza el Centro Directivo de Notarios y Registradores, basándose fundamentalmente en los principios de accesoriidad y determinación registral, no sólo produce una paralización del desarrollo económico (piénsese en lo absurdo de exigir, dados sus costes de intermediación, varias hipotecas distintas en garantía de las obligaciones causalmente diversas) y supone un escollo a la uniformidad de la hipoteca en el ámbito europeo (la llamada eurohipoteca), sino que ni siquiera es aplicación exacta de categorías hipotecarias claramente acuñadas como es la hipoteca de seguridad.

Dicho de otra forma: a mi juicio es perfectamente posible en Derecho español, como trataré de demostrar, constituir una hipoteca de seguridad en garantía de obligaciones causalmente diversas, incluso mezclando obligaciones vencidas y futuras. Y además es la línea en que debería moverse la DGRN para su adecuación a las necesidades de la economía real.

Antes de afrontar estas afirmaciones, debemos partir de una idea —que seguro va a ser polémica—, y es que los pretendidos dogmas de la accesoriidad y determinación son predicables respecto de las hipotecas ordinarias y de tráfico (y no con la intensidad que pudiera parecer) pero nunca respecto de las hipotecas de máximo.

En efecto, existen incluso en las hipotecas ordinarias, numerosos supuestos o manifestaciones de la quiebra de tales principios. Algunos ejemplos son los siguientes:

- a) El dogma de la accesoriidad no casa con la necesidad de un consentimiento formal cancelatorio exigido en el artículo 82 de la LH. Si así fuera, bastaría con acreditar el pago del crédito para que la hipoteca se extinguiera, cosa que no es así, salvo en supuestos excepcionales en que se ha admitido, como es la cancelación de la hipoteca en garantía de letras de cambio, donde la inutilización de las letras se ha considerado suficiente para la cancelación de la hipoteca. Fiel a esta misma idea, el artículo 179 del Reglamento Hipotecario afirma que aunque se hubiera extinguido por pago el crédito hipotecario, no se cancelará la correspondiente inscripción sino en virtud de escritura pública en la que preste su consentimiento para la cancelación el acreedor o las personas expresada en el párrafo primero del artículo 82 de la Ley, o en su defecto, en virtud de ejecutoria.
- b) El dogma de la accesoriidad tampoco se armoniza con las hipotecas unilaterales sancionadas y recogidas en el artículo 141 de la LH que, por definición, al requerir una aceptación posterior, parten de la base

de la inexistencia de una relación jurídica básica que las sirva de soporte.

- c) El propio principio de indivisibilidad es prueba de que la accesoriedad no es tampoco dogma sagrado, en la medida de que a pesar de que se reduzca la obligación garantizada no puede cancelarse parcialmente la hipoteca si no lo acepta así el acreedor. Hay que recordar que la hipoteca subsiste íntegra mientras no se cancele sobre la totalidad de los bienes, aunque se reduzca la obligación garantizada (art. 123 LH), de manera que salvo que haya existido distribución de responsabilidad hipotecaria en cuyo caso cabe cancelación parcial de la hipoteca por parte del adquirente de la finca que quiere liberarla (art. 124), en los demás casos no será posible la liberación de los bienes hipotecados cualquiera que sea el crédito que el deudor haya satisfecho (art. 125 LH); a lo sumo lo único que procederá será hacer constar por nota marginal el pago de parte de la deuda (cfr. art. 240 *in fine* del Reglamento Hipotecario), pero sin que eso implique cancelación parcial, y además es necesario el consentimiento del acreedor para poder practicar la citada nota marginal.
- d) Nuevas dudas respecto de la estricta exigencia de la accesoriedad y determinación suscita la hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda, admitida sin ambages por la DGRN (veáanse Resoluciones de 1 de julio de 1976 y 20 de septiembre de 1989, sin perjuicio de los problemas de autocontratación que en ellas se suscitaron, y por la RDGRN de 3 de abril de 2003) y que puede significar una mezcla de obligaciones causalmente distintas. En cualquier caso es prueba palmaria de la desconexión casual —en este caso— de la hipoteca con la deuda garantizada que de modo abstracto se fija en un importe determinado, sin expresión ni calificación del título generador de la deuda (7).
- e) Lo mismo ocurre con el régimen de la prescripción. El régimen estricto de la accesoriedad no llevaría a la prescripción de la acción hipotecaria a los quince años, plazo de prescripción de las obligaciones garantizadas. Sin embargo, la regla del artículo 128 LH y 1.964 del Código Civil no es esa: la acción hipotecaria tiene un plazo de prescripción propio de veinte años. Diversas son las interpretaciones doctrinales sobre este plazo de prescripción. Desde quien defiende que en tanto subsista la hipoteca no se puede producir el ejercicio aislado e independiente de la acción personal, que entretanto quedará

(7) Ningún sentido tiene decir que la propia causa de la hipoteca está en el reconocimiento de deuda que queda perfectamente identificado, como hace la RDGRN de 3 de abril de 2003. Lo que se trata es que la causa determinante del negocio de reconocimiento de deuda no queda expresado.

en suspenso por analogía de lo dispuesto en el artículo 1.170, párrafo 3.º del Código Civil (LALAGUNA) (8); pasando entre quienes distinguen entre las relaciones entre el acreedor y el deudor que se regirían por el plazo de prescripción de las acciones personales, las relaciones entre el acreedor y el tercer poseedor, que se regirían por el plazo de las acciones reales (RUBIO LINIERS) (9), (REGLERO CAMPOS) (10); hasta llegar a quienes sostienen que prescrita la acción personal a los quince años sólo puede ejercitarse la acción real durante cinco años más sobre los bienes hipotecados sin poder pedir ejecución ya sobre otros bienes (DÍEZ PICAZO) (11). Yo en su día sostuve que no se entendía muy bien la acción hipotecaria por tiempo de veinte años en las hipotecas en garantía de obligaciones con plazo de prescripción muy breve, como las hipotecas cambiarias, donde la acción cambiaria frente al aceptante prescribe a los tres años y la del tenedor frente a los endosantes, al año de la fecha de protesto (12). Pero lo cierto es que la jurisprudencia viene admitiendo la virtualidad de ese plazo de prescripción superior, al menos con relación al capital y no con relación a los intereses donde en ocasiones aplica el plazo de prescripción de las obligaciones que deban pagarse por años, esto es, los cinco años del artículo 1.966 del Código Civil (cfr., entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 2.ª de 18 de febrero de 2000, que aplicó el plazo de prescripción de cinco años a los intereses ordinarios a diferencia de los de demora que se regirían por el plazo de prescripción general).

- f) Igualmente el régimen de transmisión de los créditos hipotecarios demuestra que se trata de una categoría intermedia, en la que no se aplica ni el régimen general de transmisión de las obligaciones, ni tampoco el régimen mismo de transmisión de los derechos reales. Se diferencia de la transmisión de las obligaciones en general en la necesidad de forma pública, notificación al deudor e inscripción en el Registro (art. 149 LH y 1.526 del Código Civil), pero se diferencia de la cesión de derechos reales en que no rige respecto de ella la fe pública registral ni la inoponibilidad de lo no inscrito frente al que inscribe o, dicho de otra forma, el cesionario queda-

(8) *Op. cit.*, pág. 79.

(9) RUBIO LINIERS, SANTIAGO, «La prescripción extintiva del crédito hipotecario», en *RCDI*, 1978, núm. 528, pág. 956.

(10) REGLERO CAMPOS, F., «Comentarios al artículo 1.964 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Tomo XXV, Vol. 2, pág. 208.

(11) DÍEZ PICAZO, LUIS, *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964, pág. 174.

(12) «La extinción del crédito hipotecario», *op. cit.*, pág. 941.

rá afectado por las vicisitudes del crédito cedido, por ejemplo, por su pago —cfr. art. 149 *in fine* LH (13) y RDGRN de 24 de abril de 1991 (14)—. Lo que sí es cierto es que los cesionarios, aunque no podrán desconocer las modificaciones (incluso extinción) del crédito cedido, sí podrán oponerse a las causas de extinción de la hipoteca en sí misma, como derecho real, que no estén inscritas (por ejemplo, extinción de la hipoteca por caducidad pactada no inscrita en el Registro) (15).

- g) Nuestro Derecho no es ajeno, en definitiva, a toda posibilidad de una concepción abstracta de la hipoteca. Manifestación de ello es la posposición de rango regulada en el artículo 241 del Reglamento Hipotecario, que entre los requisitos exigidos para su admisión (consentimiento expreso a la posposición, determinación de la responsabilidad máxima por capital, intereses, costas u otros conceptos de la hipoteca futura, su duración máxima y plazo convenido para la posposición) no figura la determinación de la obligación garantizada.
- h) En cuanto a la determinación registral, ya se ha estudiado que es necesario que se fije el importe de lo que por principal e intereses se deba, con el límite frente a terceros del artículo 114 LH, pero ningún precepto de derecho positivo prohíbe que se puedan mezclar obligaciones existentes y futuras, ni menos aún exige una determinación exacta y completa de la obligación garantizada en las hipotecas de seguridad donde todavía no se sabe cuáles son las obligaciones concretas que van a ser objeto de cobertura hipotecaria efectiva. En definitiva se olvida que el principio general que debe inspirar esta materia es la de que nuestro Derecho admite la hipoteca en garantía de cualquier obligación, presente o futura, incluso sometida a condición (art. 1.861 del Código Civil).

(13) El cesionario queda subrogado en los derechos del cedente.

(14) En la RDGRN de 24 de abril de 1991 se discutía los efectos de la cancelación de un crédito hipotecario otorgado por el acreedor hipotecario primitivo a favor del deudor, pese a que en el Registro figuraba inscrito el crédito hipotecario a nombre de otro titular, en virtud de adjudicación judicial del crédito hipotecario que había sido embargado, sin que constara la notificación de la cesión al deudor. La DGRN entiende que el adjudicatario del crédito, aunque el pago no se haya hecho constar en el Registro, no puede invocar a su favor los artículos 34 y 144 de la Ley Hipotecaria porque, como aparece confirmado en el artículo 149 y 151 de la Ley Hipotecaria y 176 de su Reglamento, no es el régimen de la hipoteca como derecho real el que absorbe al crédito sino que, a la inversa, es el trato registral de aquélla el que ha de adecuarse a las peculiaridades inherentes a la esencia personal del crédito.

(15) Véase GÓMEZ GÁLLIGO, *op. cit.*, pág. 934.

VI. LA HIPOTECA DE SEGURIDAD COMO FIGURA EN LA QUE TALES PRINCIPIOS NO SE APLICAN

Si en la hipoteca ordinaria o de tráfico hemos visto que los principios de accesoriedad y determinación no son absolutos, ocurre que en la hipoteca de seguridad ni siquiera son aplicables. En ellas la publicidad registral tan sólo da fe pública de la existencia y validez de la garantía, pero no respecto de la obligación garantizada que se desenvuelve al margen del Registro. Lo curioso es que doctrinalmente se admite esta diferenciación y sin embargo en la práctica no se articulan estas hipotecas de seguridad perfectamente posibles en Derecho español, precisamente por temor a ser denegadas por la calificación registral en base a la doctrina de la DGRN.

Se ha venido a sostener así que en nuestro Derecho no caben las hipotecas flotantes. Por supuesto que caben, si bien configuradas como lo que son: hipotecas de seguridad, en las que debe fijarse un máximo de responsabilidad hipotecaria y en líneas generales la o las obligaciones pasadas, presentes o futuras, aseguradas.

Estas hipotecas de seguridad no caben ser confundidas con las hipotecas en garantía de obligaciones futuras (verdaderas hipotecas ordinarias o de tráfico con la única particularidad de la existencia no actual del crédito garantizado) ni con las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito y otros supuestos en los que por virtud de pacto novatorio expreso, la hipoteca garantiza una única obligación: el saldo resultante del cierre de la cuenta donde se han cargado las diversas obligaciones aseguradas.

A diferencia de ellas, en la hipoteca de seguridad ni hay voluntad de novación de las diversas obligaciones garantizadas, ni hay renuncia a la exigibilidad aislada de las diversas partidas, ni siquiera hay unicidad causal entre las diversas obligaciones cubiertas por la hipoteca, que además pueden mezclarse las de existencia actual y futura. Ciertamente es que tales hipotecas de seguridad no podrán ejecutarse por el procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, hasta que por nota al margen de la hipoteca y en virtud de acuerdo entre acreedor y deudor (o en virtud de resolución judicial) se concrete la obligación garantizada, pues al fin y al cabo tal procedimiento es de esencia registral (cfr. art. 130 LH) y en definitiva lo no publicado por el Registro es como si no existiera, no sólo frente a terceros sino tampoco *inter partes*. Pero esta circunstancia —la inexigibilidad sumaria de la hipoteca de seguridad no concretada en su existencia y cuantía por nota marginal— no es excusa para inadmitir la inscripción de la propia hipoteca en base a unos pretendidos principios, el de accesoriedad y determinación que, como hemos señalado, no son predicables respecto de estas hipotecas.

Pudiera pensarse que la necesidad de convenio entre acreedor y deudor para la concreción de la hipoteca de seguridad, y en definitiva para su con-

versión en hipoteca ordinaria, es un lastre para la constitución de este tipo de hipotecas. Sin embargo, esto no es así; basta con convenir en la escritura de constitución que la determinación futura de la obligación garantizada y su cuantía pueda realizarla unilateralmente el deudor, en base a los criterios y procedimientos objetivos que se pacten, en analogía a lo que para la hipoteca en garantía de cuentas corrientes prevé el artículo 153 LH y por supuesto con la misma garantía de posibilidad de oposición del deudor al saldo recogidos en dicho artículo y en el 695 de la LEC.

VII. CRÍTICA DE LA EVOLUCIÓN DE LA DGRN EN LA MATERIA DE HIPOTECAS DE MÁXIMO

La DGRN no se puede decir que siempre haya excluido la posibilidad de hipotecas flotantes. Muy por el contrario, existen precedentes de admisión de tales figuras, en base al artículo 1.861 del Código Civil y a la necesidad de que el Derecho sirva de cauce al desarrollo económico y no sea un obstáculo. Sirva de ejemplo la RDGRN de 28 de febrero de 1933, que admitió una hipoteca en garantía de las obligaciones derivadas de la retirada de mercancías de una casa comercial. O la RDGRN de 16 de junio de 1936, que admitió una hipoteca en garantía de operaciones de descuentos de efectos, sin limitación temporal y con facultad de desistimiento (16).

No obstante en muchas ocasiones (como en la Resolución anteriormente citada de 28 de febrero de 1933) se admitieron más que por aceptar las hipotecas de seguridad en nuestro Derecho, por la posibilidad de hipotecas en garantía de obligaciones futuras, esto es, en el marco de los artículos 142 y 143 de la LH, pese a que, como se ha visto, no cabe confundirlas.

Cabalmente, no obstante, el Centro Directivo lo que no admitía es la posibilidad de que en tales hipotecas la escritura inscrita pudiera servir de base al procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, ya que —como señala la RDGRN de 5 de marzo de 1929— el Registro no garantiza la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda. Igualmente rechaza que mientras no se realice la concreción de la deuda garantizada, pueda la hipoteca transmitirse o ser objeto de subrogación, ni cancelarse (17).

(16) «Debe darse a estas hipotecas —dice la RDGRN de 16 de junio de 1936— la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio porque, de seguirse un criterio riguroso y restrictivo, se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias y en suma a provocar sensible reducción de la actividad industrial y daño grave a la economía nacional».

(17) Fuera de estas restricciones, la RDGRN de 5 de marzo de 1929 admite la hipoteca global, exigiendo tan sólo, en cuanto a la determinación de las obligaciones garan-

Es en un proceso evolutivo posterior y relativamente reciente, culminado en la RDGRN de 23 de diciembre de 1987 y reiterado en otras muchas posteriormente, cuando se radicaliza el Centro Directivo y adopta la posición maximalista de rechazar en nuestro Derecho las hipotecas en garantía de obligaciones diversas cuando no hay pacto de novación. Sin distinguir entre hipotecas ordinarias y de seguridad, esto es, sin aclarar que su rechazo debe limitarse a su configuración como hipotecas ordinarias, pero que nada impide que se configuren como hipotecas de seguridad.

Esta evolución llega hasta la fecha, bastando con citar el tímido y mínimo avance que lleva a cabo la RDGRN de 21 de junio de 2001, que en un esfuerzo máximo llega a admitir la hipoteca en garantía de obligaciones diversas, vencidas y futuras, por entender que existe una voluntad inequívoca de novarlas y refundirlas en una sola, esto es, pese a no existir un pacto expreso novatorio.

Lo cierto es que la DGRN sigue rechazando las hipotecas flotantes. Lo resume la RDGRN de 30 de septiembre de 2003, relativa a un supuesto en que se pretendía constituir una hipoteca en garantía del saldo que arroje una cuenta en la que se cargarán por voluntad del banco acreedor, las liquidaciones que sean consecuencia del incumplimiento del acreditado derivadas de tres pólizas de crédito, copias de las cuales se incorporan a la escritura, pese a que existía pacto expreso de novación de las operaciones una vez cargadas en la cuenta especial (18).

tizadas, que éstas queden perfiladas en sus líneas generales para que los terceros puedan hacerse cargo de la posible existencia de responsabilidades y para que los tribunales puedan, en su día, declarar qué obligaciones se hallan cubiertas por la garantía.

(18) «Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que no es posible inscribir en el Registro de la Propiedad aquellas hipotecas que tienen por finalidad garantizar con una sola hipoteca todas aquellas obligaciones existentes y futuras que haya o pudiera llegar a haber entre acreedor y deudor. Esta clase de hipoteca viene recibiendo el nombre de flotante, con lo que se quiere expresar que la hipoteca flota sobre las diversas obligaciones garantizadas para, en el momento en que el acreedor deba ejecutar alguna, algunas o todas las que siendo vencidas, líquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, dejar caer la hipoteca sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee que estén cubiertas por la garantía hipotecaria y ejecutar ésta con la preferencia que respecto de otros acreedores deba tener el acreedor a consecuencia de la naturaleza del derecho real y la fecha de inscripción en el Registro. Es típico de esta clase de contratos emplear la técnica de la apertura de crédito en cuenta corriente, aunque examinados con atención no hay en ellos verdadera apertura de crédito ni verdadera cuenta corriente. Síntomas típicos de esta patología suelen ser la indeterminación de la obligación garantizada, al menos respecto de las futuras, el depender exclusivamente de la voluntad del acreedor qué obligaciones quedan finalmente cubiertas por la garantía y qué obligaciones no y la presencia del pacto en virtud del cual las obligaciones garantizadas no pierden su identidad (ya que se pretende con ello que conserven las otras garantías que le sean accesorias) por el hecho de ser introducidas en la cuenta, o sea, dicho de otro modo, no implica la novación de las mismas. Esto es, lo que este Centro Directivo viene denominando mera reunión contable de diversas obligaciones, que carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante».

VIII. ORIENTACIONES MODERNAS

Las modernas reformas legislativas avalan la línea futura por donde se va a orientar el futuro de las hipotecas en España, y por supuesto en Europa: un ejemplo claro de ello es la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Esta ley es clara demostración de la tendencia a la configuración abstracta de la hipoteca, desvinculada de la obligación garantizada y de la progresiva importancia del rango registral como valor autónomo de la hipoteca. Pudiera pensarse que esta Ley no supone una excepción al carácter accesorio y causal de la hipoteca; y sin embargo, claramente lo es. Nada menos que admite que la misma hipoteca, conservando su rango y por tanto su prioridad frente a terceros, pueda dejar de garantizar una determinada obligación para amparar otra distinta. Y no se diga que existe una mera novación modificativa de la obligación asegurada con la hipoteca, porque no está tan claro (¿realmente es una mera novación modificativa el cambio del acreedor, de las condiciones financieras —que hoy en día pueden significar o no mejora del tipo de interés— y del plazo de amortización?). A este respecto y en la línea de la concepción más amplia del juego de la ley, la reforma que llevó a cabo el Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, sobre medidas de reforma económica, ha modificado el artículo 4.º de la Ley con la finalidad de amparar la modificación de las condiciones financieras aunque no impliquen mejora alguna, como inicialmente exigía la ley.

Doctrinalmente se ha discutido la posibilidad de que la ley de subrogación y novación de préstamos hipotecarios ampare la posibilidad de concesión de nuevo capital. A mi juicio, al amparar la ampliación del plazo y la consiguiente reducción de las cuotas de amortización, no cabe duda que se está admitiendo la concesión de nueva financiación. Es decir, no veo conceptualmente la diferencia entre ampliación del plazo de vencimiento y mejora del tipo de interés y concesión de nuevo capital, ya que en ambos casos se produce una refinanciación de la operación.

Podemos ver un atisbo, todavía insuficiente pero optimista, en la posición de la DGRN que —pese a su posición restrictiva— ni siquiera excluye decididamente esta posibilidad. El problema es que lo hace de forma tímida y poco clara. Aunque rechaza que pueda utilizarse una hipoteca constituida en garantía de una obligación para dar posteriormente cobertura hipotecaria a otro crédito como si fuera una reserva de rango disponible, o para poder ampliar el inicialmente existente aunque la reducción por pago de la obligación garantizada lo permita, pues ello implicaría una especie de hipoteca de propietario prohibida por nuestro Derecho (RDGRN de 26 de mayo de 2001 y 17 de enero de 2002) admite sin embargo que se pueda ampliar la hipoteca por concesión de nuevo crédito, ahora bien, con los efectos propios de una

nueva constitución —en términos similares a una mejora de embargo—, esto es, sin perjuicio de los derechos de terceros inscritos en el ínterin (RDGRN de 8 de junio de 2002). Es decir, aunque rechaza que se puede ampliar el crédito inicial parcialmente amortizado respetando la cifra de responsabilidad hipotecaria, admite que se pueda modificar o ampliar la hipoteca como consecuencia de una concesión de nuevo capital o ampliación del préstamo inicialmente concedido, siempre que quede claramente establecida la nueva responsabilidad hipotecaria y no se perjudique a terceros de conformidad con lo establecido en el artículo 144 LH.

En definitiva, admite la inscripción de la novación consistente en ampliación del capital aunque sin perjuicio de terceros con derechos inscritos, equiparándola en la práctica a una novación extintiva.

Decimos que es un precedente esperanzador aunque insuficiente, por lo siguiente:

- a) Esperanzador porque admite como supuesto de novación meramente modificativa la concesión de capital, en franca interpretación flexible del principio de accesoriedad (19).
- b) Insuficiente, porque de forma contradictoria no hace aplicación plena de la concepción como novación meramente modificativa de la concesión de capital, ya que entiende que esa modificación no produce efecto en perjuicio de terceros (20). Sobre la contradicción que supone reconocer rangos distintos tanto en el caso de novación extintiva como modificativa, se ha pronunciado GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (21).

La tendencia clara en nuestro Derecho es y debe ser la flexibilización de la hipoteca y la potenciación de la misma abstrayéndola en lo posible de la obligación garantizada. Y tenemos el instrumento apropiado para ello, que es la hipoteca de seguridad, la cual no puede ser confundida con las hipotecas ordinarias o de tráfico, sean presentes o futuras.

(19) «Del contenido del documento calificado resulta claro que lo expresamente querido por las partes, y así lo declaran, es la subsistencia de la obligación inicial, aunque ampliando su contenido u objeto, quedando por tanto excluido cualquier ánimo novatorio con ánimo extintivo y tampoco puede apreciarse una clara incompatibilidad entre la obligación preexistente y la que surge de su ampliación, pues no se ha producido una renovación del contrato que le dio vida» (Fundamento núm. 2 de la RDGRN de 8 de junio de 2002).

(20) Esto es no entender lo que es una novación meramente modificativa, que se caracteriza por la conservación de las garantías accesorias y mantenimiento del rango de las mismas. No tiene sentido aquí la aplicación del artículo 144 de la LH, referido más bien a novaciones extintivas; esas son las que no perjudican a tercero.

(21) GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA, «Comentarios de Jurisprudencia», en *RCDI*, núm. 679, septiembre-octubre de 2003, pág. 2956.

Doctrinalmente se han realizado numerosos esfuerzos para amparar en nuestro Derecho figuras demandadas por los operadores económicos y jurídicos. Son ejemplos en este sentido REY PORTOLÉS (22), CORDERO LOBATO (23) y GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA. Esta autora, después de analizar la evolución de la DGRN que inicialmente aceptó hipotecas globales en garantía de obligaciones futuras y de resumir los requisitos exigidos por ella en una evolución posterior para la inscripción de hipotecas en garantía de una pluralidad de obligaciones (que las varias obligaciones tengan un nexo causal o relación jurídica básica, que esas obligaciones se refundan en una sola en virtud de un pacto novatorio sin que baste una mera reunión contable y que estén determinadas sin que pueda dejarse su determinación al arbitrio del acreedor), termina replanteando su tesis y afirmando la necesidad de superar el viejo axioma hipotecario: 1 obligación = 1 hipoteca (24).

En cualquier caso se hace necesaria una reforma legislativa que imponga la flexibilización del principio de accesoriedad.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Doctor en Derecho

Profesor asociado de la Universidad Rey Juan Carlos
Registrador de la Propiedad adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

(22) REY PORTOLÉS, J. M., «Hipoteca con cláusula de *endowment*. Hipoteca flotante», en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Madrid, 1993, pág. 89 y sigs.

(23) CORDERO LOBATO, ENCARNA, «La hipoteca global», en *CRPME*.

(24) GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA, «La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)», en *RCDI*, núm. 681, enero-febrero de 2004, pág. 249 y sigs.