

La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito

(Examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2000)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. CONCEPTO. 2. PRECEDENTES.—II. LA REFORMA REALIZADA POR LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: 1. REGULACIÓN UNITARIA. 2. CONTENIDO PROCESAL DEL ARTÍCULO 153 DE LA LH. 3. ÁMBITO DEROGATORIO DE LA NUEVA LEY DE EC.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 153. OBLIGACIONES QUE PUEDEN SER GARANTIZADAS CON ESTA HIPOTECA: 1. EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE (BANCARIA). 2. EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO (EN CUENTA CORRIENTE). 3. EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE (COMERCIAL). 4. EL PRÉSTAMO (EN CUENTA CORRIENTE). 5. EL LLAMADO CRÉDITO ABIERTO. CONCESIÓN DE CRÉDITO INSTRUMENTADO EN CUENTA CORRIENTE.—IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: 1. EL NUEVO ÁMBITO FIJADO POR LA LEC. 2. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN «OPERACIONES SIMILARES».—V. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA: 1. DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA: A) *Ha de garantizarse una única obligación.* B) *Ha de tratarse de una obligación existente.* C) *El objeto de la garantía es el saldo final.* D) *Determinación de las distintas operaciones que permitirán disponer del crédito o que podrán ser cargadas en la cuenta corriente.* E) *Otros posibles pactos admisibles.* 2. DETERMINACIÓN DE LA CANTIDAD MÁXIMA DE QUE RESPONDA LA FINCA. Los INTERESES. 3. PLAZO DE DURACIÓN: A) *Naturaleza del plazo.* B) *La prórroga.* C) *Plazos de liquidación de la cuenta.* D) *Cierre de la cuenta y pago del saldo.* Conversión en hipoteca ordinaria. 4. PACTOS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL SALDO EXIGIBLE.—VI. LA FORMACIÓN DEL TÍTULO EJECUTIVO. DOCUMENTOS QUE HAN DE ACOMPAÑARSE A LA DEMANDA: 1. PRECEDENTES. 2. REFORMA DE LA LEY DE 1942. 3. LA REFORMA DE LA LEY 1/2000. 4. EL SISTEMA DE LA DOBLE LIBRETA. 5. EL SISTEMA DE LA CERTIFICACIÓN BANCARIA.—VII. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN APLICABLES: 1. SITUACIÓN ANTES DE LA LEY 1/2000. 2. SITUACIÓN DESPUÉS DE LA LEY 1/2000. 3. CON ARREGLO A LA NUEVA NORMATIVA, ¿PUEDE UTILIZARSE EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL?—VIII. REQUERIMIENTO DE PAGO Y NOTIFICACIÓN DEL SALDO: 1. LA NECESIDAD DE NOTIFICACIÓN DEL SALDO CON ARREGLO A LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA. 2. EL REQUE-

RIMIENTO DE PAGO Y LA NOTIFICACIÓN EN LA LEY 1/2000: A) *Sistema general introducido*. B) *¿Es aplicable este sistema a los supuestos que hemos defendido que caen dentro del artículo 153 de la LH?*—IX. OPOSICIÓN DEL DEUDOR AL SALDO: 1. SISTEMA DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA. 2. SISTEMA INTRODUCIDO POR LA LEY 1/2000: A) *Supuesto de la doble libreta*. B) *Otros supuestos*. C) *Otras causas de oposición*. D) *Plazo para la oposición y sustanciación de la misma*.—X. OTRAS CUESTIONES: 1. CESIÓN DEL CRÉDITO GARANTIZADO CON LA HIPOTECA. 2. SUBROGACIÓN. 3. CANCELACIÓN. 4. EL MERCADO HIPOTECARIO.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 153 de la Ley Hipotecaria (1) regula la llamada hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito. Se trata de una modalidad de las

(1) Artículo 153 LH: «Podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable; y, caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta.

Si al vencimiento del término fijado por los otorgantes o de la prórroga, en su caso, el acreedor no se hubiere reintegrado del saldo de la cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca por el procedimiento establecido en los artículos 129 y sigs. A la escritura y demás documentos designados en la regla 3.^a del artículo 131 deberá acompañar el que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada.

Para ello será necesaria la presentación del ejemplar que obre en poder del actor de la libreta que a continuación se dice.

Para que pueda determinarse al tiempo de la reclamación la cantidad líquida a que asciende, los interesados llevarán una libreta de ejemplares duplicados; uno en poder del que adquiere la hipoteca y otro en el del que la otorga, en los cuales, al tiempo de todo cobro y entrega se hará constar, con aprobación y firma de ambos interesados, cada uno de los asientos de la cuenta corriente.

No obstante, en las cuentas corrientes abiertas por los Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de Crédito debidamente autorizadas, podrá convenirse que, a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo puede acreditarse mediante una certificación de la Entidad acreedora. En este caso, para proceder a la ejecución, se notificará judicial o notarialmente al deudor un extracto de la cuenta, pudiendo éste alegar, en la misma forma, dentro de los ocho días siguientes, error o falsedad.

Si el deudor opusiere error, el Juez competente, para entender del procedimiento de ejecución, a petición de una de las partes, citará a éstas, dentro del término de ocho días, a una comparecencia y, después de oír las, admitirá los documentos que se presenten y acordará, dentro de los tres días, lo que estime procedente. El auto que se dicte será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes.

Cuando se alegare falsedad, y se incoe causa criminal, quedará interrumpido el procedimiento hasta que en dicha causa recaiga sentencia firme o auto de sobreseimiento libre o provisional.

Opuesta por el deudor alguna de estas excepciones, no podrá aducirlas nuevamente en los juicios ejecutivos que, para hacer efectivo dicho saldo, puedan entablarse, sin perjuicio de que en su día ejercite cuantas acciones le competan en los procedimientos civiles o criminales correspondientes».

llamadas hipotecas de seguridad (por contraposición a las hipotecas ordinarias o de tráfico), dentro del grupo de las hipotecas de máximo.

La aplicación del citado artículo tiene su ámbito propio para la garantía del saldo final correspondiente a un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, pero, como veremos, no solamente es susceptible de aplicarse a este caso concreto, sino que su mecanismo es susceptible de extenderse más allá del supuesto legalmente previsto. Podría decirse incluso que en la actualidad el supuesto para el que se aplica en la generalidad de los casos no es el originario previsto por el legislador, sino que sirve de apoyo para que puedan tener cabida, dentro de la garantía hipotecaria, diversas figuras de financiación que se encuentran a mitad de camino entre el préstamo y la apertura de crédito en cuenta corriente.

1. CONCEPTO

Esta clase de hipoteca ha sido definida por ROCA SASTRE como «forma o modalidad de hipoteca de máximo, constituida en seguridad del saldo definitivo resultante de la liquidación de un contrato consensual de apertura de crédito en cuenta corriente (2)», considerando como contrato de apertura de crédito en cuenta corriente aquél en el que «una de las partes (entidad de crédito en general) se obliga por tiempo fijo y cantidad máxima a poner a disposición de la otra una suma de dinero, de la cual ésta podrá disponer de una vez o en fracciones, ya directamente, ya mediante operaciones que permitan obtenerlo, con facultad de reembolsarlo a voluntad durante el tiempo prefijado, y de volver a disponer de él nuevamente, y reintegrarlo, y así sucesivamente, precediéndose, una vez transcurrido dicho plazo, a la liquidación de la cuenta, al objeto de determinar el saldo definitivo a restituir, si lo hay» (3).

De una manera más sintética dice MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que es una hipoteca de seguridad, de las de máximo, constituida en garantía del saldo final de una cuenta corriente de crédito (4).

Por nuestra parte entendemos que este es el concepto que ha de darse al supuesto de hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito en sentido estricto, pero que el ámbito puede ir algo más allá, como posteriormente veremos.

(2) ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA, *Derecho Hipotecario*, octava edición realizada por Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, tomo VIII, pág. 335.

(3) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 335-336.

(4) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tercera edición, tomo II, pág. 289.

2. PRECEDENTES

La primera vez que se regula legalmente esta figura hipotecaria es en la Ley de 1909 (5). Con anterioridad, la única posibilidad de constituirla era a través de los artículos relativos a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras (arts. 142 y 143), aunque no sin grandes dudas (6). En este sentido en la Resolución de la DGRN de 28 de marzo de 1904, da por hecho que a esta clase de hipotecas se les aplica la normativa establecida para reflejar en el Registro el cumplimiento de las condiciones referentes a los actos o contratos inscritos, aunque bien es verdad que ello lo hace porque parte de la situación previa de una hipoteca en garantía de un crédito abierto que ya constaba en el Registro, pero no se plantea si debía o no haber sido inscrita dicha hipoteca.

La Ley de 1909 reguló la figura en términos muy parecidos a los que existen en la actualidad, hasta el punto de que la redacción vigente del precepto en gran parte responde todavía a la que en tal fecha se hizo, aunque con la importante diferencia de que el plazo máximo de duración que se admitió fue el de tres años, si bien podía prorrogarse mediante una nueva escritura entre el acreedor y el deudor (es decir, en realidad no se trataba de una prórroga sino del señalamiento de un nuevo plazo). Al texto de la Ley de 1909 se llegó a partir de un Proyecto de Ley presentado por el Ministro de Gracia y Justicia el 29 de febrero de 1908 (7), lo que se hizo después de varios intentos anteriores de reforma de la Ley Hipotecaria de 1869 (8).

(5) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 341, cita como precedente un proyecto de ley de 1881, creando los Institutos de Crédito Agrícola y presentado por MONTERO RÍOS, en el que se aludía a operaciones de cuentas corrientes de crédito aseguradas con garantía personal o real.

(6) Así, SEBASTIAN PARES («Hipoteca en garantía de cuentas corrientes», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 52, enero de 1918) sostenía que con tales preceptos no era posible constituir la hipoteca en garantía de un crédito en cuenta corriente, dado que se recibe y se entrega constantemente y es necesario una liquidación de la cuenta para conocer la deuda.

(7) Sobre los precedentes de este Proyecto («Prehistoria Parlamentaria» se le llama a los mismos) puede verse *Leyes Hipotecarias y Registrales de España, Fuentes y evolución. Ley de 1909*, Edición preparada por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España con ocasión del II Congreso Internacional de Derecho Registral.

(8) Las múltiples vicisitudes parlamentarias pueden verse en la obra citada en la nota anterior. Merece destacarse la discusión en el Senado, en la que se demuestra que el ámbito de aplicación nunca ha estado claro. Así, el día 26 de mayo de 1908, con el primer turno en contra del señor SÁNCHEZ ROMÁN, sobre este punto, dijo lo siguiente:

«...Además, os habéis limitado a poner grandes reparos, a querer emplear las palabras más respetuosas con vuestro propósito a la ley de que se trata, y nos encontramos como novedad hasta cierto punto materias que esa ley, y, por consiguiente, estímulo de su reforma, la *hipoteca en garantía de cuentas corrientes y crédito*. ¿Qué tendríamos que

El Reglamento de 1915 superó el plazo de duración máxima de la cuenta (9) al permitir incorporar el saldo mensual, trimestral, semestral o anual a nueva cuenta, sin necesidad de escritura, aún transcurridos los tres años previstos en la Ley, exigiendo para tal caso la constancia en la escritura de constitución de la prórroga posible, plazos de liquidación y forma de acreditar la cantidad líquida exigible a cada vencimiento.

decir a esto? Pues que hay algo aquí que no debe estar bien entendido, porque más que hipoteca en garantía de cuentas corrientes resulta hipoteca en garantía de cuentas de crédito. Que vosotros habéis confundido, haciendo una importación extraña, y habéis querido hacerla de la hipoteca de seguridad del Código alemán, cuyo texto tengo aquí para comprobar lo que digo, olvidando que eso no se puede hacer, que aquella hipoteca de seguridad es de un carácter subsidiario de otras que se llama hipoteca en general; y que lo que habéis perseguido y no habéis determinado, es la hipoteca independiente, la hipoteca *soi méme* que establecían los mismos convencionales franceses y que tiene ese nombre y ese concepto en el Código alemán.

...Si esto es del lado de la Ley Hipotecaria, miremos a la misma ley Hipotecaria y a la de Enjuiciamiento Civil, de rigurosa determinación, de precisión, respecto a la cuantía de la responsabilidad. La cuenta corriente es un elemento numérico movable. No cabe ya eso sin entregarse a métodos completamente nuevos; no cabe emplazarlos en Ley Hipotecaria como está coordinada con el Código Civil, con una labor completamente exótica y sin precedentes ninguno. Eso para los ciegos de París, para los que no entiendan ni sepan de estas cosas y se encaprichen de objetos de novedad, por la nomenclatura, sin preocuparse de concordarlos con los usos y régimen legal establecido. De suerte que si no es hipoteca de seguridad, tomada del Código alemán, no siendo hipoteca independiente, no hay esa génesis que habéis tenido, ni con todo vuestro régimen legal en el cual hacéis esa modificación; le falta la cantidad determinada, la necesidad y todas aquellas cosas de que podría hablar. ¡Ah!, ese es el caos, el modernismo más desenfrenado y más poco cauto.

Pero en fin, así y todo, la nomenclatura habría que reformarla y tendría que decirse, no hipoteca en garantía de cuenta corriente, sino "cuenta corriente con garantía hipotecaria". No es lo mismo...»

Le contestó por la Comisión el señor ALVAREZ GUIJARRO. De dicha contestación, por lo que se refiere a esta figura hipotecaria, merece destacarse lo siguiente:

«...El señor SÁNCHEZ ROMÁN, con la autoridad que le asiste, acusaba a la Comisión de no haber entendido lo que es cuenta corriente y haber confundido lo que es la cuenta corriente con lo que es la cuenta de crédito, porque a favor de la cuenta de crédito se puede constituir hipoteca y que hoy se constituye, pero que a favor de la cuenta corriente, eso no puede suceder.

...Nosotros no hemos querido hacer más que lo que decimos, esto es, que se pueda constituir hipoteca, así como se constituye en garantía de la tradición de un capital, puesto que se puede constituir hipoteca en garantía de una cuenta corriente. No hemos querido hablar de las cuentas de crédito, y por eso no las hemos confundido con ésta, porque la cuenta de crédito no tiene la movilización que tiene la cuenta corriente, porque la cuenta de crédito no supone la entrega y el ingreso, a voluntad y según las necesidades del que ha solicitado su apertura, creyendo que con esto respondemos mejor a la necesidad que perseguimos y a la utilidad con que queremos beneficiar los intereses en nuestro país, por eso nos hemos circunscrito y hemos expresado que lo que se ha de garantizar con esta disposición legal, son las cuentas corrientes...»

(9) En palabras de JORGE SALAZAR GARCÍA, «Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, año 1992, núm. 294, pág. 2565.

La reforma hipotecaria del año 1944 (10) modifica la regulación de 1909 en tres extremos de interés (11):

- a) No se señala tope o límite de plazo, dejando en libertad a las partes para determinarlo, imponiéndoles solamente la obligación de hacer constar si éste es o no prorrogable y, caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta.
- b) Tratándose de cuentas de crédito entre particulares o Sociedades que no sean de crédito, se impone el sistema de ejemplares duplicados de libreta para justificación de saldos, suprimiendo la anterior libertad de pacto en esta materia.
- c) Cuando se trate de cuentas corrientes abiertas por los Bancos o entidades de crédito en general, se prevé la posibilidad de pactar que el saldo pueda acreditarse mediante una certificación de la entidad acreedora (12).

II. LA REFORMA REALIZADA POR LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. REGULACIÓN UNITARIA

Puede decirse que la evolución legislativa de esta figura ha continuado, estando su punto final, de momento, en esta Ley procesal y no en la legislación hipotecaria.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000, ha llevado a cabo una nueva regulación de las normas procesales. Por lo que se refiere a la ejecución forzosa, en palabras de la Exposición de Motivos:

«...a diferencia de la Ley de 1881, presenta una regulación unitaria, clara y completa. Se diseña un proceso de ejecución idóneo

(10) Por lo que se refiere al *iter* de esta reforma, en lo que concierne al artículo 153, muy brevemente puede decirse: su reforma estaba ya prevista en el Anteproyecto de PORCIOLES; no fue objeto de enmienda alguna por lo que en el dictamen de la Comisión queda como constaba en el Proyecto del Consejo de Ministros de fecha de 27 de abril de 1944. Por lo que se refiere a la presentación que la Comisión de Justicia hizo a las Cortes, nada significativo se dijo, como tampoco en las palabras del Ministro de Justicia. Por lo que se refiere al texto refundido, en el dictamen emitido por el Consejo de Estado a su proyecto, no se hizo ninguna observación al artículo 153.

(11) DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN, «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945.

(12) Las innovaciones de las letras b) y c) se contenían ya en el anteproyecto elaborado por JOSÉ MARÍA PORCIOLES cuando fue director general de los Registros y del Notariado. Dicho anteproyecto sirvió de base a la comisión que redactó el proyecto definitivo de la Ley Hipotecaria.

para cuanto puede considerarse genuino título ejecutivo, sea judicial o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria, a la que se dedica una especial atención.»

En cuanto a la ejecución hipotecaria, lo que hace la nueva ley es dedicar un capítulo especial a las particularidades que la misma presenta respecto de la ejecución en general, manteniendo —se dice— las líneas fundamentales existentes, caracterizadas por una drástica limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos de la suspensión de ésta. Señala, además, esta Exposición de Motivos:

«La nueva regulación de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados supone un avance respecto de la situación precedente ya que, en primer lugar, se trae a la Ley de Enjuiciamiento Civil la regulación de los procesos de ejecución de créditos garantizados con hipoteca, lo que refuerza el carácter propiamente jurisdiccional de estas ejecuciones, que ha sido discutido en ocasiones; en segundo término, se regulan de *manera unitaria* (13) las ejecuciones de créditos con garantía real, eliminando la multiplicidad de regulaciones existente en la actualidad; y, finalmente, se ordenan de manera más adecuada las actuales causas de suspensión de la ejecución, distinguiendo las que constituyen verdaderos supuestos de oposición a la ejecución (...) de los supuestos de tercería de dominio y prejudicialidad penal, aunque manteniendo, en todos los casos, el carácter restrictivo de la suspensión del procedimiento».

Respondiendo a estas palabras, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dedica el Libro III a la ejecución forzosa y las medidas cautelares; dentro del mismo, el Título IV se dedica a la ejecución dineraria, distinguiendo entre Disposiciones Generales (Capítulo I), Del requerimiento de pago (Capítulo II), Del embargo de bienes (Capítulo III), Del procedimiento de apremio (Capítulo IV) y De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados (Capítulo V).

Dentro de estas particularidades de la ejecución sobre los bienes hipotecados, el principio general es que la acción ha de ajustarse para su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV, con las especialidades del Capítulo V (art. 681.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000). Por ello en la Disposición Final novena de esta misma Ley se lleva a cabo una nueva redacción, entre otros, de los artículos 129 a 135 de la Ley Hipotecaria, cuyo contenido, después de repetir en el artículo 129, lo que ha quedado dicho anteriormen-

(13) El subrayado es nuestro, lógicamente.

te (14), se limita principalmente a regular el alcance de la calificación del Registrador de la Propiedad de los documentos judiciales y a los asientos que ha de practicar (15).

Pues bien, el artículo 153 de la Ley Hipotecaria no está incluido en la lista de los preceptos que han sido modificados. Ello supone, a primera vista, que el legislador ha querido que quede subsistente en todos sus términos, tal y como ocurre respecto de otros artículos de la Ley Hipotecaria que también contienen normas procesales y que han quedado subsistentes (16).

No obstante, ello es tan sólo en apariencia. En efecto, no se trata simplemente de que las referencias que en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria se hacen a los artículos 129 y 131 de la Ley Hipotecaria haya que entenderlas hechas a los correspondientes de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que hay que analizar el contenido del precepto para ver si el mismo ha resultado alterado por la nueva normativa.

2. CONTENIDO PROCESAL DEL ARTÍCULO 153 DE LA LEY HIPOTECARIA

En el artículo 153 de la Ley Hipotecaria es posible distinguir dos aspectos con claridad: los requisitos para constituir la hipoteca, que están establecidos para dar cumplimiento al principio de determinación (el aspecto sustantivo, párrafo primero), y la viabilización (*sic passim*) (17) de los procedimientos de ejecución, habida cuenta de que el título del acreedor no acredita el importe del crédito que se pueda reclamar, ni, por tanto, consta en el Registro (aspecto procesal, párrafos dos y siguientes). El primero de los aspectos aparentemente

(14) Artículo 129 de la Ley Hipotecaria, según la redacción dada por la Ley 1/2000: «La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V. Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario».

(15) El contenido de los mismos responde más a la finalidad de que no queden vacíos de texto que a una regulación sistemática de algún aspecto de la ejecución hipotecaria.

(16) Por ejemplo, artículos 38.3, 43, en donde hay una desfasada referencia al artículo 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; igual ocurre en los artículos 117 (con referencia a los artículos 720 y siguientes de la Ley de 1881), 155, 165, ...Quedan igualmente en pie las numerosas referencias que se contienen en los procedimientos que se regulan en la Ley Hipotecaria a propósito del expediente de dominio, de liberación de cargas y gravámenes, para obtener diversas clases de anotaciones preventivas, etc., muchas de las cuales están a la espera de la futura Ley de jurisdicción voluntaria.

(17) Resolución de 16 de junio de 1999. Fundamento de Derecho II.

no ha sido modificado (no obstante, también se ve alterado en la medida en que el ámbito del artículo sufre modificaciones como veremos en IV), pero el contenido procesal del artículo sí, por las siguientes razones:

- La pretensión legislativa de llevar a cabo una regulación unitaria de la ejecución (v. *supra*, la transcripción de la Exposición de Motivos). Como consecuencia de ello, la ejecución de los bienes hipotecados o pignorados se convierte en una simple variante de la ejecución en general; más exactamente, se convierte en una regulación particular de una de las fases de la ejecución, el apremio. Esta idea se repite en el artículo 681.1 en cuanto que señala que la acción contra los bienes hipotecados ha de sujetarse a lo dispuesto en el Título relativo a la ejecución dineraria, con las especialidades establecidas en el Capítulo relativo a las particularidades de la ejecución sobre los bienes hipotecados o pignorados (18). La idea se repite en la nueva redacción dada al artículo 129 de la Ley Hipotecaria, inciso primero (19).
- Ha desaparecido la remisión expresa del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la Ley Hipotecaria (20), por más que esta re-

(18) «Artículo 681. *Procedimiento para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca.*

1. La acción para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca podrá ejercitarse directamente contra los bienes pignorados o hipotecados, sujetando su ejercicio a lo dispuesto en este título, con las especialidades que se establecen en el presente capítulo».

(19) V. nota 14.

(20) Artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, párrafo IV y V:

«Si en los contratos mercantiles otorgados por las Entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el número 6 del artículo 1.429 de esta Ley, se hubiese convenido que la cantidad exigible por la entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredita haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor. En el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por Bancos o Cajas de Ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

En los casos a los que se refiere el párrafo anterior, la entidad acreedora deberá notificar previamente al deudor o al fiador el importe de la cantidad exigible».

La redacción del último párrafo se debe a la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

En fecha inmediatamente anterior se produjo la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de febrero de 1992. En esta sentencia se estableció que el precepto cuestionado no era anticonstitucional por no producir un trato de privilegio no justificado a favor de las Entidades de crédito, ni el trato dispensado a las mismas lleva a indefensión a los deudores, así como tampoco vulneraba la normativa establecida para la protección de los usuarios de los servicios bancarios. Como simple inciso hay que decir que parte de los argumentos del Tribunal Constitucional se recogieron ya en una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1936, en la que se dijo (a propósito del pacto para la fijación del saldo): «...d) Porque la seriedad y solvencia de

misión estuviera llena de problemas, como dice PEÑA (21). En la actualidad, el artículo 572.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la liquidación realizada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el título ejecutivo, sin hacer ningún tipo de salvedad para el caso en el que se tratara de obligación garantizada con hipoteca (22). Ni tan siquiera se habla de certificación, palabra que solamente se utiliza al regular la oposición a la ejecución (art. 695.1.2.^a).

- El mantenimiento íntegro del artículo 153 de la Ley Hipotecaria devendría incompatible con la nueva LEC en lo relativo a la tramitación de la regulación de la oposición del deudor a la ejecución. En efecto, en el nuevo artículo 695.2 de la LEC se establecen plazos, trámites y

las Entidades bancarias, unida a la intervención oficial que en cierto modo se ejerce sobre ellas a través del Consejo Superior Bancario, aleja todo temor de falsedad o de fraude...».

Pero, en lo que aquí interesa, se llega a decir, en la sentencia del Tribunal Constitucional:

«...Las excepciones y motivos de nulidad que brinda la LEC, en el juicio ejecutivo permiten, en efecto, discutir con toda amplitud la liquidez de la cantidad reclamada, así como la eventual *plus petitio* en que hubiera podido incurrir la Entidad crediticia al cuantificar su reclamación. Es pertinente observar a este propósito que esa controversia cuantitativa no queda limitada a las causas de error o falsedad a que se refiere el artículo 153 LH, y queda igualmente zanjada por resolución del Juez, tras oír a las partes. La diferencia es que en el juicio ejecutivo, el Juez oye a las partes en una vista celebrada después del período probatorio, en cuyo transcurso cabe aportar todo tipo de pruebas; mientras que en la comparecencia que introduce el artículo 153 LH, en algunos juicios hipotecarios sólo se contempla la presentación de documentos en el acto, régimen sin duda más severo que el que suscitan las presentes cuestiones de inconstitucionalidad» (Fundamento Jurídico 9, párrafo cuarto).

(21) *Ob. cit.*, pág. 294. Como sintetiza este autor, no se sabía exactamente si dicha remisión significaba que dentro del juicio ejecutivo ordinario era aplicable también el sistema de la doble libreta, o si la remisión era solamente a la certificación de las Entidades de crédito o, por último, que la remisión no alteraba el régimen de la LEC, ya que la LH solamente sería aplicable en el procedimiento judicial sumario.

(22) Artículo 572.2 de la Ley 1/2000:

Cantidad líquida. Ejecución por saldo de operaciones.

«2. También podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de operaciones derivadas de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida por corredor de comercio colegiado, siempre que se haya pactado en el título que la cantidad en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo.

En este caso, sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación».

Acerca de la figura del corredor de comercio colegiado, hay que tener presente la desaparición de la misma a partir del 1 de octubre de 2000, en los términos que establece la Disposición Adicional vigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social. Según esta Disposición, los notarios y los corredores de comercio colegiados se integrarán en un único cuerpo de Notarios, dependiente del Ministerio de Justicia.

recursos distintos que hacen que los establecidos en la Ley Hipotecaria no puedan sostenerse. La misma Exposición de Motivos alude de manera expresa a la supuesta disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor como una de las causas de oposición «que se regulan de una manera más adecuada».

3. ÁMBITO DEROGATORIO DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Lo será en todo aquello que se le oponga o sea incompatible (declaración expresa de la Disposición Derogatoria única, núm. 3).

Pero eso no significa que quede derogado en su totalidad. Hay que entender que sigue subsistente en todo lo relativo a los requisitos de constitución de la hipoteca, en los términos que se verán posteriormente, y, especialmente, en lo relativo a la regulación de la doble libreta como forma de determinar la cantidad líquida reclamable, completado en este punto por el artículo 246 del Reglamento Hipotecario, así como en lo que se refiere a la especificación que se realiza de la «certificación de la Entidad acreedora», complementado por el artículo 245 del Reglamento Hipotecario, en los términos que también veremos posteriormente al poner en relación los artículos 572.2 y 695.1.2.^a de la misma, con el artículo 153 de la LH.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTICULO 153. OBLIGACIONES QUE PUEDEN SER GARANTIZADAS CON ESTA HIPOTECA

No ha estado nunca suficientemente claro. Desde el mismo momento de los trabajos legislativos (cfr. lo expuesto en Precedentes, nota 8, a propósito de la discusión parlamentaria de SÁNCHEZ ROMÁN) ha existido la necesidad de intentar precisar a qué tipo de obligación se estaba refiriendo el precepto. Los primeros comentaristas del mismo dedican casi todo su esfuerzo a determinar qué clase de obligación es la garantizada (23), y puede decirse que es una constante hasta el momento actual (24). A esta necesidad de clarificación se

(23) Especialmente se ve ello en PARES (*ob. cit.*); también dedica gran parte de su trabajo a ello JESÚS DAPENA MOSQUERA, «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 95, 96, 97 y 98, noviembre de 1932 a febrero de 1933.

(24) En este sentido, RICARDO EGEA IBÁÑEZ, «La hipoteca de máximo», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, núm. 278, 1991, pág. 995; este trabajo tiene por objeto fundamental desarrollar la idea de que el artículo 153 regula dos clases de hipoteca de máximo que nada tiene que ver la una con la otra. En opinión de este autor, después de recoger los caracteres generales de la hipoteca de

suma el que estamos hablando de figuras contractuales que carecen de tipicidad legal en la mayoría de los casos, por lo que incluso la claridad terminológica es indispensable.

El supuesto más característico al que se aplica el precepto es la hipoteca en garantía del saldo final correspondiente a un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. En este punto se está de acuerdo, pero a partir de aquí es necesario empezar a hacer matizaciones. De una manera muy gráfica se ha dicho que podemos encontrarnos en situaciones de «cuenta corriente sin crédito» y de «crédito sin cuenta corriente» (25).

1. EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE (BANCARIA)

Se trata del contrato a través del cual se exterioriza la relación duradera entre el Banco y el cliente. Mediante este contrato, el Banco se obliga a realizar cobros y pagos por cuenta del cliente y a admitir ingresos o reintegros por parte de éste. Presupone que existe una disponibilidad de fondos en poder del Banco, bien por un depósito previo del realizado por el cliente, bien por el crédito concedido. No obstante, hoy en día se le considera por la doctrina unánimemente con carácter autónomo (siendo posible la apertura de cuenta corriente con saldo cero), en cuanto que el elemento diferenciador ha pasado a ser principalmente el servicio de caja.

Es importante destacar que a diferencia del contrato de cuenta corriente ordinaria o comercial, los créditos a favor y en contra del titular de la cuenta no sufren modificación alguna, por lo que créditos y deudas no pierden exigibilidad inmediata, de tal manera que se va produciendo una compensación impropia reduciéndose el saldo de una manera progresiva y continuada.

No se trata de estudiar aquí esta figura contractual (ni las que se citarán posteriormente), sino únicamente el destacar que nos encontramos ante una relación jurídica que no es apta para ser garantizada con la hipoteca del artículo 153 de la Ley Hipotecaria. En efecto, como se indicó en la Resolución de la DGRN, de 23 de diciembre de 1987, la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas, carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante; éste representa únicamente la posición global acreedora o deudora de cada parte y su realización sólo procederá a través

máximo (art. 153.1.2 LH), el artículo 153.4 regula la hipoteca en garantía de cuentas corrientes, mientras que el artículo 153.5.6.7 y 8 regula la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito.

(25) Situaciones no admisibles. AVILA NAVARRO, PEDRO, *La Hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1990, pág. 80.

del ejercicio individual de cada una de las relaciones jurídicas comprendidas, cuya autonomía y régimen jurídico específico se mantienen inalterados sin más correcciones que las debidas al juego compensatorio.

2. EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO (EN CUENTA CORRIENTE)

Se trata de un contrato que a pesar de las frecuentes referencias legales al mismo carece de una regulación típica; no obstante, no hay problemática en su conceptualización (26) y es unánimemente definido, siguiendo a GARRIGUES (27), como aquel contrato en virtud del cual, el Banco se compromete, a cambio de una comisión, a poner a disposición del cliente una determinada suma de dinero u otras prestaciones que le permitan obtenerlo, en forma de límite máximo, dentro del cual el acreditado podrá retirar esos fondos y reintegrarlos en los términos pactados (28).

Es necesario destacar que se trata de un contrato consensual y bilateral. A diferencia del préstamo (real) aquí el crédito mismo es un bien económico, de tal manera que la esencia de la apertura de crédito reside en la promesa de concederlo (GARRIGUES). Es la disponibilidad abstracta, en sí misma considerada (29).

La modalidad más practicada (30) de apertura de crédito es la instrumentada en cuenta corriente. El soporte técnico-contable que acompaña al contra-

(26) A la formación de su concepto no son ajenas las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y de Notariado: en Resolución de 23 de febrero de 1928, se dice: «Considerando, que sin entrar en las doctrinas que fundamentan las hipotecas de seguridad en la preexistencia de una deuda o embrión, potencialidad, concepción —*nasciturus*—, deuda preliminar o suposición de su existencia, es lo cierto que en este recurso se plantean las diferencias entre la hipoteca en garantía de crédito simple que asegura el pago del precio en la compraventa de mercancías a realizar, combinando el crédito con dicho contrato y la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, en la cual la apertura de crédito está combinada con la cuenta corriente.

Considerando que calificando el contenido de la escritura, difícilmente se podrán encontrar en ella las características de la cuenta corriente de crédito, que aunque no sea un *modo* de contabilidad, sí es en su ejercicio una deuda continuada e indivisible, en la que se elimina el valor individual de cada partida para reflejarse en el saldo que la hipoteca garantiza en definitiva...»

(27) Desde un primer momento en su *Curso de Derecho Mercantil*. Igualmente puede verse *Contratos Bancarios*, segunda edición, revisada por S. Molí, Madrid, 1975.

(28) Esta es la definición que da por buena la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como última referencia en la que se citan las sentencias anteriores y se reproduce la definición antes citada, puede verse la sentencia de 11 de junio de 1999 (sentencia núm. 521/1999).

(29) AURIOLES MARTÍN, ADOLFO, *Derecho Mercantil*, obra colectiva coordinada por GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, segunda edición, vol. II, pág. 470.

(30) *Ult. ob. y loc. cit.*

to ofrece grandes ventajas para los contratantes, puesto que permite al cliente utilizar el crédito concedido, realizando retiradas en efectivo o girando cheque u otras órdenes de pago a cargo del banco acreditante. Este, por su parte, dispone de un medio adecuado para conocer el saldo vivo del crédito y realizar un seguimiento puntual de la marcha de la operación. En la cuenta corriente se reflejarán los movimientos de fondos que tienen lugar entre los contratantes. El carácter fluctuante del saldo permite que la cuenta de crédito, en la práctica, funcione como auténtica cuenta corriente en la que, además, se pueden realizar otros asientos, de cargo o de abono, por operaciones diferentes; incluso se suele pactar expresamente la comunicabilidad de todas las cuentas corrientes que el acreditado mantenga abiertas en el banco con el objeto de facultar a éste para cargar o abonar en la cuenta de crédito, los saldos, tanto deudores como acreedores, existentes a nombre del acreditado. No obstante, a la hora de examinar el requisito de la determinación de la obligación veremos hasta dónde es posible este tipo de pacto.

3. EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE (COMERCIAL)

Es un contrato atípico aunque no innominado (art. 909-6 del Código de Comercio). Diferenciándolo de la simple situación (31) de cuenta corriente, el Tribunal Supremo, en sentencia de 16 de febrero de 1965, dijo que «es un contrato consensual de carácter normativo e implica la concesión recíproca de crédito mediante la dispensa de reembolso inmediato de las singulares remesas para sustituirlas por el pago del saldo al cierre de la cuenta, entrando durante el mismo las remesas por su valor convencional, constituyendo dos masas homogéneas de Debe y Haber indivisibles, que se enfrentan y comparan, compensándose por primera vez al cierre de la cuenta, dando lugar al solo crédito del saldo».

La esencia del contrato radica, por tanto, en la recíproca concesión de crédito a través del pacto sobre la inexigibilidad aislada de los créditos (cfr. sentencia de 19 de enero de 1989). Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido manteniendo tradicionalmente que la inclusión del crédito en la cuenta corriente produce su novación (32), si bien (exista novación en el momento de la inclusión o el momento de la fijación del saldo) lo fundamental es que en el momento del cierre nace una obligación nueva correspondiente al saldo resultante y a cargo de quien aparezca en la posición defici-

(31) En palabras de FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo II, tercera edición, pág. 259.

(32) En contra, VICENT CHULIÁ, *ob. y loc. cit.*

taria (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de diciembre de 1987).

4. EL PRÉSTAMO (EN CUENTA CORRIENTE)

El préstamo es de la obligación por antonomasia soporte de la garantía hipotecaria. En cuanto que sea un préstamo ordinario estará garantizado con una hipoteca de dicha clase, si sus intereses son variables (33) (lo que en la actualidad es la regla general —cfr. el art. 131, regla tercera, punto cuarto según redacción dada por Ley 19/1986, de 14 de mayo—, sustituido en este punto por el art. 574 de la Ley 1/2000, de 7 de enero), la hipoteca ha de señalar un límite máximo (34).

Cuando el concedente del préstamo es una entidad de crédito, lo normal es que el mismo se instrumente en una cuenta corriente. Ello lleva a que nos planteemos si es o no aplicable el artículo 153 a tales supuestos (35).

Así lo entendió la Resolución de 16 de febrero de 1990, para la cual cuando la entrega de la cantidad prestada se hace sólo mediante abono en la cuenta corriente del prestatario, aunque el caso no se trate estrictamente de hipoteca en garantía de cuenta corriente, los problemas del saldo se presentan como en ésta; por ello, tratándose de estas operaciones crediticias, los pactos sobre la ejecución de la obligación garantizada con hipoteca se han de someter por remisión del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la legislación hipotecaria; por tanto, el pacto sobre el procedimiento judicial sumario ha de reunir los requisitos exigidos por el artículo 245 del Reglamento Hipotecario; esta interpretación —dice la Resolución— es, además, congruente con la necesidad de dar una interpretación estricta al singular beneficio que el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil confiere a determinadas personas privadas y, en particular, a los Bancos (36).

Pero la respuesta no es tan sencilla. Esta Resolución no ha sido seguida con posterioridad. Muy al contrario, aunque formalmente no se haya cambiado la doctrina que en ella se expresa, sí se han dicho cosas diferentes en otras Resoluciones y a partir de la de 19 de enero de 1996 (muy reiterada poste-

(33) Admitidos desde una Resolución de 12 de septiembre de 1972.

(34) Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984.

(35) No siempre es fácil (dadas las diversas cláusulas que lo acompañan) distinguir entre el préstamo en cuenta corriente y la apertura de crédito en cuenta corriente. Sobre la confusión que puede producirse entre una y otra figura puede verse la Resolución de la DGRN de 27 de julio de 1999.

(36) Se encuentra aquí ya la preocupación que posteriormente sería objeto de análisis en la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero, sobre la constitucionalidad del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

nórmemente) (37) se insiste en afirmar que no son admisibles las cláusulas hipotecarias que establezcan que la certificación bancaria (en caso de préstamo ingresado en cuenta corriente bancaria) sobre el saldo adeudado hará fe en juicio y fuera de él, ya que «...Si se tiene en cuenta la naturaleza de documento privado que corresponde a la documentación bancaria (...) y que el valor probatorio de tales documentos está prescrito legalmente (...) teniendo esta normativa carácter de *ius cogens* sin que quepa a la autonomía privada otro margen que el que la Ley expresamente le confiere (...), deberá rechazarse la cláusula debatida pues, sobre trascender su alcance a lo expresamente autorizado en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...), no sólo no se ajusta a lo dispuesto en la legislación hipotecaria, aplicable al caso debatido en virtud de la remisión contenida en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...), sino que ni siquiera se ajusta a las propias exigencias establecidas en esta última norma, de forma general, para los contratos celebrados por entidades de crédito, ahorro y financiación, documentados en escritura pública, en los que se estipule que la determinación de la cantidad exigible en caso de ejecución se haga por certificación de la acreedora».

5. EL LLAMADO CRÉDITO ABIERTO. CONCESIÓN DE CRÉDITO INSTRUMENTADO EN CUENTA CORRIENTE (38)

Se trata de una operación de crédito de reciente (pero muy extendido) desarrollo. No existe una única modalidad del mismo, pero la más generalizada consiste en aquella en la que una entidad financiera concede al acredi-

(37) Con anterioridad, el tema se había abordado en la Resolución de 26 de noviembre de 1990. Aunque en esta Resolución el tema que se trataba principalmente era la falta de determinación de la obligación garantizada (concesión de espera por un grupo de acreedores a cambio de hipoteca y atribución a cada uno en relación con la determinación de la deuda), se dice expresamente que «no tratándose de operaciones bancarias respecto de las que el artículo 153 de la Ley Hipotecaria atribuye la posibilidad de pactar sobre los efectos bastantes de la certificación bancaria, recobran su eficacia las normas comunes que impiden que entre personas privadas quede roto el principio de la *aequabilitas* y que, para la constitución de hipoteca imponen —en cuanto a la determinación de la obligación garantizada— exigencias mínimas que en el presente no se cumplen, ni respecto de las obligaciones existentes ni respecto de las futuras».

(38) Sobre esta figura de crédito es fundamental leer a JOSÉ LÓPEZ LIZ dentro del libro *Derecho Hipotecario*, de ROCA SASTRE, octava edición, pág. 62 y sigs. (allí este autor maneja otras fuentes a las que no es posible el acceso) y a FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GALLIGO, «Estudio sobre las modernas figuras del crédito abierto garantizado con hipoteca», dentro del *Libro homenaje a José María Chico Ortiz*, pág. 803 y sigs. No tan novedosa le parece esta fórmula contractual a ENCARNA CORDERO LOBATO, *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1997, pág. 42.

tado una determinada disponibilidad de dinero, que puede hacer efectiva en una o en sucesivas veces, sin que las disposiciones puedan ser superiores a la diferencia entre el límite máximo del crédito concedido y la parte dispuesta anteriormente no amortizada, y en el que cada una de las disposiciones efectuadas tienen una configuración autónoma en cuanto a tipo de interés y plazo de amortización, el cual en ningún caso puede exceder de la fecha de vencimiento final del crédito, siendo el cierre de la cuenta instrumental articulada el hecho determinante del saldo final exigible (39). Es decir, se trata de una peculiar forma de la modalidad conocida por *revolving*, en el que, en la misma medida que el deudor amortiza el préstamo, aumenta el saldo del crédito del que puede disponer (40).

La razón económica se dice que es doble (41): permite una más ajustada utilización del capital, según las necesidades del acreditado; por otro lado, el transcurso del tiempo va provocando una reducción paulatina del límite de la concesión, con lo que disminuye el riesgo para la entidad concedente (42).

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta relación contractual se ha dicho por parte de LÓPEZ LIZ que «es, desde luego, de cuenta de crédito» (43); por su parte GÓMEZ GALLIGO (44) sostiene que estamos ante un contrato bancario de financiación de carácter consensual, innominado, no reglamentado específicamente, que participa de las características de contratos afines (préstamo y apertura de crédito), en donde la relación causal es única, aunque esté fragmentada a efectos contables si existen disposiciones sucesivas (45).

Esta figura ha sido recogida en la Resolución de 6 de noviembre de 1999, en cuanto que admite que acceda al Registro una hipoteca en garantía de un crédito en cuenta corriente hasta un límite señalado, por un plazo señalado, que se instrumenta a través de una cuenta corriente de crédito; en

(39) GÓMEZ GALLIGO, *ob. cit.*, pág. 803-804.

(40) LÓPEZ LIZ, *ob. cit.*, pág. 63.

(41) GÓMEZ GALLIGO, *ob. cit.*, pág. 806.

(42) En opinión del último autor citado, se trata de evitar el riesgo que tienen otras fórmulas contractuales (como la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito [?]) que conllevan la necesidad de mantener abierta la cuenta durante el tiempo estipulado, con el riesgo consiguiente derivado de poder disponer de la totalidad del crédito hasta el último momento, y de no poder tener en cuenta la disminución de la garantía de devolución del crédito apreciada durante el desenvolvimiento del mismo.

(43) *Ob. cit.*, pág. 63. Tan rotunda afirmación parece que lo que quiere es evitar cualquier tipo de duda acerca de la posibilidad de que por parte de la entidad de crédito pueda utilizarse el mecanismo del artículo 153 de la Ley Hipotecaria (certificación de la mencionada entidad).

(44) También *ob. cit.*, pág. 806 y sigs.

(45) En dicho autor hay una gran preocupación en dejar claro que no es aplicable aquí la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 23 de diciembre de 1987, que rechazó la inscripción de una hipoteca en garantía de obligaciones diversas entre sí no suficientemente delimitadas.

dicha concesión de crédito, la parte obligada se compromete a la devolución de las cantidades dispuestas y de sus intereses en la fecha de vencimiento, sin perjuicio de su obligación de efectuar las amortizaciones parciales que se pactan que comportan la correspondiente rebaja del límite de disposición. Pues bien, expresamente se dice que la apertura unilateral del crédito «implica desde entonces la existencia de una relación jurídica básica, el contrato de apertura de crédito, de la que ya surge la obligación fundamental del concedente de tener a disposición del acreditado la cantidad pactada, e incluso puede que obligaciones para éste por razón de las comisiones de apertura o disponibilidad convenidas, pero no la connatural a todo préstamo de reintegrar el importe de la cantidad prestada pues tal obligación tan sólo surgirá si efectivamente hace uso del crédito de que dispone y en la medida en que lo haga. Se trata, por tanto, de una obligación futura para el caso de disposición y de cuantía indeterminada, en atención al uso que del crédito concedido se haya hecho». El nombre que en la Resolución se da a esta figura es el de *apertura de crédito instrumentado en cuenta corriente*.

Igualmente, en esta Resolución se dice de una manera expresa que a esta obligación es aplicable el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, ya que este caso es también uno de «aquellos otros a los que *claramente se refiere*» (sic).

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

1. EL NUEVO ÁMBITO FIJADO POR LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Como consecuencia de la nueva Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (en vigor a partir del 8 de enero de 2001), el ámbito sustantivo del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, además del procesal, queda también alterado.

Por un lado, el nuevo artículo 572.2 a la hora de establecer cuándo estamos ante una cantidad líquida para la ejecución, considera como tal la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida en el propio título ejecutivo, siempre que se haya pactado tal posibilidad y que se trate de contratos formalizados en escritura pública o en póliza intervenida. No se especifica más: no hay ninguna referencia a entidades de crédito, ni a la doble libreta, ni tampoco salvedad o modificación alguna para el caso en el que la obligación estuviere garantizada con hipoteca.

Por otro lado, a la hora de señalar las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, a propósito de la oposición a la ejecución, se dice en el artículo 695.1.2.^a, que puede oponerse la causa de error en la determinación de la cantidad exigible cuando exista discrepancia entre

el saldo de la libreta del deudor y del acreedor, respecto del cierre de una cuenta. Pero se precisa también que la libreta no es necesaria para el caso en el que se trate de entidades de crédito, ahorro o financiación y el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes *u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles*, siempre que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la especificada en *certificación expedida por la entidad acreedora* (46).

Es decir, nos encontramos ante innovaciones introducidas por la Ley procesal respecto de las obligaciones que pueden ser garantizadas con hipoteca y para las cuales el título ejecutivo, además de la escritura de hipoteca debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad (o certificación registral sustitutiva) (47) ha de completarse con aquellos otros que justifiquen el saldo resultante de la liquidación (art. 573 Ley 1/2000).

Combinando los elementos objetivos y subjetivos de los artículos 572, 573 y 695 de la Ley 1/2000, al ponerlos en relación con el artículo 153 de la LH, se puede extraer el siguiente ámbito (únicamente en el supuesto en el que estemos persiguiendo bienes pignorados o hipotecados):

A) Ejecución cuando se garantice con hipoteca el saldo de una cuenta corriente u operación similar.

De la legislación se desprende a su vez una doble distinción:

1. Cuando se trate de particulares (es decir, no entidades de crédito); en este caso el único mecanismo posible para fijar el saldo será el de doble libreta (que no hay que pactarlo expresamente) y solamente se aplicará a los contratos de cuenta corriente que exista entre ellos, ya sea de apertura de crédito unilateral o bilateral (igual que se deduce del art. 153 de la Ley Hipotecaria) (48).

(46) Artículo 695. *Oposición a la ejecución*:

«1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:

2.^a Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

No será necesario acompañar libreta cuando el procedimiento se refiera al saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación en los que se hubiere convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora, pero el ejecutado deberá expresar con la debida precisión los puntos en que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.»

(47) Artículo 685 de la LEC 1/2000.

(48) De *cierre de una cuenta* habla el artículo 695.1 de la LEC.

2. Cuando se trate de entidades de crédito, ahorro o financiación (49), podrá utilizarse la doble libreta o pactarse que el saldo se determine por certificación expedida por la entidad acreedora (igual que en el art. 153 de la Ley Hipotecaria), pero no solamente para los contratos de cuenta corriente, sino también —y ésta es la novedad— para operaciones similares derivadas de contratos mercantiles.

B) Cuando no se trate de obligaciones de cuenta corriente u operaciones similares:

Por aplicación del artículo 572.2, podrá pactarse en la escritura la forma en la que ha de realizarse la liquidación, que no tiene que ser necesariamente ni certificación de la entidad acreedora ni doble libreta, sino que es posible pactar cualquier otro, siempre y cuando no exista riesgo posterior de pluspetición (cfr. art. 558.2 de la Ley 1/2000) o de incertidumbre derivada del tipo de cálculo a realizar (cfr. art. 575.3 de la Ley 1/2000).

Existe, por tanto, una mayor libertad de pacto cuando no se trata del supuesto de hipoteca en garantía del saldo de una cuenta corriente, lo que no deja de ser contradictorio. Es más, esta mayor libertad de pacto no está prohibido que se haga también en las obligaciones en garantía de cuenta corriente y operaciones similares. Se produce así una aparente contradicción en los términos en los que están redactados los nuevos artículos de la LEC.

La antinomia encuentra su solución en dos momentos posteriores a la hora de formar el título ejecutivo y en las causas de oposición.

En efecto, con carácter general (art. 681 de la nueva LEC y el 129 de la LH en su nueva redacción) será necesario acompañar a la demanda (entre otros) el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo (art. 573.1.2.º y 685.2 de la nueva LEC), mientras que cuando se trate del supuesto de saldo en cuenta corriente y se acompañe doble libreta o certificación de entidad de crédito, no será necesaria la intervención de fedatario que dé fehaciencia a la liquidación (art. 695.1.2.ª de la nueva LEC).

Y en el momento de la oposición del deudor: cuando no se trate del contrato de cuenta corriente u operaciones similares o no se haya pactado la certificación bancaria, las causas de oposición se modalizan, ya que podrá el

(49) Expresión aparentemente más genérica que la de «Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de crédito debidamente autorizadas» que es la de la Ley Hipotecaria, pero que no difieren entre sí, salvo en lo más actual de la terminología. Acerca de qué debe entenderse por «entidad de crédito, ahorro o financiación», debe estarse a la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de Entidades de Crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria y se introducen otras modificaciones relativas al sistema financiero.

deudor alegar posible pluspetición (cfr. art. 558.2 de la nueva LEC) en cuyo caso el tribunal, a solicitud del ejecutado, podrá designar perito que emita dictamen sobre el importe de la deuda (50); en cambio, cuando se trate de contrato de cuenta corriente (u operación similar) y se utilice la certificación bancaria, el deudor lo que puede alegar directamente es error en la determinación de la cantidad exigible (art. 695.1.2.^a de la nueva LEC), expresando con la debida precisión los puntos en los que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

Posteriormente, a la hora de hablar de la formación del título ejecutivo y de las causas de oposición, se volverá sobre esta cuestión.

2. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN «OPERACIONES SIMILARES»

Con anterioridad a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil se habían producido diversos intentos de extender el artículo 153 de la Ley Hipotecaria más allá de los límites que parecen desprenderse de sus términos (51).

Entre los primeros puede señalarse a LA RICA, quien utilizó como principal argumento el artículo 245 del Reglamento Hipotecario, que habla en general de operaciones «cambiarías y crediticias» (52).

También es destacable la opinión que sostuvo REY PORTÓLES (53), quien defendió la aplicabilidad de la certificación del artículo 153 de la Ley Hipotecaria a los supuestos en los que se pudiera estar ante una hipoteca «flotante» mediante la técnica de acudir a la figura de la hipoteca futura, estableciendo el necesario efecto novatorio de la cuenta corriente solamente en el momento

(50) Ha de reconocerse que las remisiones de la ley no son del todo claras, porque lo hacen hacia adelante y hacia atrás, y a partes de la ley que están fuera del Título que expresamente se ha dicho que es el que ha de regir las ejecuciones dineradas.

(51) Debe destacarse la importante excepción de CÉSAR GARCÍA-ARANOO Y DÍAZ SAAVEDRA, «Patología actual de la hipoteca de máximo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 593, julio-agosto de 1989. Para este autor la certificación se aplica única y exclusivamente a las cuentas corrientes en sentido estricto, dado lo excepcional del procedimiento, que encuentra justificación únicamente en la propia naturaleza de la cuenta corriente y por razones de agilidad del tráfico mercantil. Más argumentos en la *ob. cit.*, especialmente págs. 1149 y 1150.

(52) DE LA RICA Y ARENAL, «Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario», Madrid 1948, recogido dentro del *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo I, pág. 434.

(53) En el trabajo *Hipoteca con cláusula de «endowment». Hipoteca flotante*. Conferencia recogida dentro del ya citado libro de *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*. Editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. El propio autor declara que parte de posturas fijadas previamente, en parte, por CELESTINO RÍCARDO PARDO NÚÑEZ, en su trabajo «La hipoteca flotante», resumen de una conferencia, publicado en el *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 4.

de la fijación del saldo (en contra de esta posibilidad, véase la Resolución de 6 de junio de 1998) (54).

A soluciones en parte similares, se llega por ENCARNA CORDERO LOBATO (55), para quien la excepcionalidad del artículo 153 de la Ley Hipotecaria no impide su aplicación a otro tipo de obligaciones distintas de las contempladas en dicho precepto, en concreto a lo que llama hipoteca global (aquella por la que se pacta una inclusión en la cobertura en garantía de un número ilimitado de obligaciones que no vienen determinadas *ab initio*, pero que son determinables conforme a ciertos criterios de integración pactados por las partes) (56), ya que —entre otras razones— en los contratos contemplados en el artículo 153 de la LH, el fundamento de la presunción de responsabilidad del deudor no es el título constitutivo de la hipoteca (esto es, la constancia de la celebración de un contrato de cuenta corriente o de apertura de crédito), sino la certificación del saldo, documento que para el legislador reviste la suficiente apariencia de certeza en la existencia y cuantía de la obligación asegurada (57).

Desde otra perspectiva también JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA ensanchó el ámbito del artículo 153 de la LH para defender su aplicación a la liquidación de los intereses de demora, ya que a través de este mecanismo se daba la oportunidad al deudor, dentro del procedimiento judicial sumario, de impugnar o aceptar los intereses de demora, evitando tener que acudir a un juicio declarativo sobre nulidad de actuaciones (58).

Estas posiciones se ven reforzadas, en parte, tras la reforma de la Ley procesal, ya que, como se ha dicho, la ejecución hipotecaria no es ahora sino una particularidad dentro de la común regulación del procedimiento ejecutivo, en el cual la certificación de la entidad de crédito tiene todo el campo de aplicación que le reconoce el artículo 57.2 de la nueva Ley 1/2000.

Ahora bien, una cosa son los supuestos en los que nos encontramos ante la ejecución dineraria en general (arts. 571 y sigs. de la nueva LEC) y otra cuando se pueden aplicar las particularidades que se establecen para el caso de perseguir bienes hipotecados o pignorados, especialmente en lo relativo a las causas de oposición.

(54) En el mismo sentido que REY PORTÓLES, se manifiesta PEDRO AVILA NAVARRO, que en sus *Formularios Notariales*, tomo III (cuarta edición), pág. 142 y sigs., propone, incluso un modelo para este supuesto, criticando la postura contraria de la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 6 de junio de 1998.

(55) *Ob. cit.*, pág. 209.

(56) *Ob. cit.*, pág. 25.

(57) *Ob. cit.*, pág. 213.

(58) GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, 1994, pág. 160. También sostiene esta idea para la liquidación de gastos y prestaciones accesorias, pág. 190.

Ya dijo el Tribunal Constitucional en la sentencia de 10 de febrero de 1992 (FJ/5) que el artículo 1.435 de la LEC (léanse en la actualidad los artículos 572 y 695 de la nueva Ley procesal) no facilita la ejecución de cualesquiera derechos de crédito de que sean titulares los Bancos y otras Entidades financieras. El precepto restringe su alcance a los contratos mercantiles que, además de documentarse mediante formas que garantizan su autenticidad, *implican la existencia de una situación de cuenta corriente entre las partes*, único contexto en el que cobra sentido la regulación de operaciones de liquidación y de certificación de saldos. La expresión «operaciones similares», no englobará a cualesquiera operaciones financieras o crediticias que no supongan una concesión de crédito, unida a una situación de cuenta corriente que vaya más allá de ser un instrumento contable. Este es el ámbito de las obligaciones respecto de las cuales puede utilizarse la certificación de la Entidad de crédito a las cuales se aplica directamente el artículo 695.1.

En la nueva Ley se encuentran también argumentos para esta distinción. En el artículo 558.2 se habla de «saldos de cuentas e intereses variables» (59), mientras que en el artículo 695.1 se dice expresamente «saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares» (60).

Además, para que la obligación de que se trate sea susceptible de cobertura hipotecaria ha de cumplir con los requisitos que establece la normativa tabular, la cual impone una clara determinación a la hora de la constitución, en los términos que se analizan en el epígrafe siguiente.

V. CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA

1. DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

Al tratarse de una hipoteca de máximo, como quedó dicho anteriormente, el principio de especialidad se exige con «notable flexibilidad» (en expresión de reiteradas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado), por lo que la obligación garantizada no tiene que estar determinada en todos sus elementos, sino tan sólo en una forma mínima que permita posteriormente su determinabilidad. Ahora bien, resulta lógico las que muy diversas relaciones existentes entre las entidades de crédito y sus clientes se

(59) Artículo 558. *Oposición por pluspetición. Especialidades.*

«2. En los casos a que se refieren los artículos 572 y 574, sobre saldos de cuentas e intereses variables, podrá el tribunal, a solicitud del ejecutado, designar mediante providencia perito que emita dictamen sobre el importe de la deuda. En tal caso, se dará traslado del dictamen a ambas partes y la vista no se celebrará hasta pasados diez días a contar desde el siguiente a dicho traslado».

(60) De «operaciones cambiarias o crediticias» habla el artículo 245 del Reglamento Hipotecario.

pretenda que puedan ser objeto de cobertura hipotecaria, por lo que son relativamente abundantes los pronunciamientos registrales sobre la materia.

El presupuesto necesario es que nos encontremos ante una obligación a la que sea aplicable el artículo 153 de la Ley. Sirve aquí lo dicho en el epígrafe anterior, pudiendo sintetizarse el tema de la siguiente manera:

- Ha de tratarse de supuestos en los que exista concesión de crédito, garantizándose un saldo final, por lo que además del supuesto de apertura de crédito en cuenta corriente, también son susceptibles de garantizarse con este tipo de hipoteca el contrato de cuenta corriente (61) y los supuestos de concesión de crédito que han venido a llamarse «crédito abierto», o de *apertura de crédito instrumentado en cuenta corriente* (Resolución de 6 de noviembre de 1999).
- ¿Puede irse más allá? (62). Como hemos dicho anteriormente, una cosa es que una determinada obligación pueda ser garantizada con hipoteca de seguridad (por establecerse en garantía de una obligación futura, por ejemplo) y otra cosa es que estemos precisamente ante el supuesto del artículo 153 de la LH (63), en el que aplicaríamos el nuevo artículo

(61) En la Resolución de la DGRN de 23 de diciembre de 1987, se habla de que el artículo 153 recoge un «grupo de hipotecas», pero lo deja reducido a solamente la hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente y al contrato de cuenta corriente.

En el mismo sentido, PEÑA, *ob. cit.*, pág. 291.

(62) Para SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2569 «...el artículo 153 de la Ley Hipotecaria fue concebido pensando en la apertura o concesión de crédito en cuenta corriente, pero no parece que deba haber obstáculo para su aplicación a cualesquiera otras figuras jurídicas que impliquen una concesión, ya unilateral, ya recíproca, de crédito en régimen de cuenta corriente o el nacimiento de obligaciones computables en tal régimen de cuenta corriente. Cabría así garantizar con esta hipoteca, por ejemplo, en el contrato mercantil de cuentas en participación el crédito que del mismo surja a favor del partícipe en función del resultado del negocio; o echando a volar la imaginación, por ejemplo, el eventual derecho al cobro de premios del socio de una peña quinielística o análoga, contabilizando en ambos casos los resultados en un régimen de cuenta corriente adaptada a las circunstancias del caso».

Por nuestra parte, entendemos que tales casos son supuestos de obligaciones futuras, que pueden ser garantizadas con hipoteca de máximo, pero que no es posible que se les aplique el artículo 153 de la Ley Hipotecaria.

(63) En este sentido puede citarse también a JUAN MANUEL REY PORTÓLES, en «Bom-bazo contra la hipoteca-sumidero. Comentario a la Resolución de 23 de diciembre de 1987. BOE de 1 de febrero de 1988», publicado en el número 3 de la Revista *Lunes* 4,30 y recogido en el libro *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Nos dice este autor (pág. 271): «...admito esa visión estrecha y dual del artículo 152 de la Ley Hipotecaria porque su deficiente y encorsetada regulación (medítese, por ejemplo, en la decimonónica previsión de una libreta doble y su absoluta incompatibilidad con las modernas prácticas de distribución de género y de facturación o en la hierática y sacramental precisión acerca de su posible prórroga, cuando si se señala una fecha cierta para el cierre de la cuenta ya se está indicando que no cabe prórroga alguna)

6.951.2.^a de la LEC, porque como ha señalado la Resolución de la DGRN, de 16 de junio de 1999, en este tipo de hipoteca se plantean dos problemas básicos a la hora de la constitución: de un lado, la determinación de la obligación garantizada, y, de otro, la viabilización de los procedimientos de ejecución, aspecto en el que no hay que olvidar lo dicho anteriormente de que nos encontramos ante una normativa con carácter de *ius cogens*, sin que quepa a la autonomía privada otro margen que el que la Ley expresamente le confiere (64).

A continuación se examinarán los requisitos relativos a la constitución de esta clase de hipotecas, que pueden sintetizarse diciendo que debe tratarse de una obligación única, la garantía ha de ser el saldo resultante de la misma y han de quedar, eventualmente, bien delimitadas las distintas operaciones que pueden usarse para la efectividad del crédito concedido.

A) *Ha de garantizarse una única obligación*

No se trata de un requisito que sea aplicable solamente a esta clase de hipotecas, sino a todas en general. Ello es como consecuencia de la accesoriedad de la garantía respecto de la obligación principal. No es posible vulnerar este principio a través de lo que se ha denominado «hipoteca flotante» (Resolución de 27 de diciembre de 1987) (65) que sería aquella en la que si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del Banco determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes totales o parciales de las deudas que con él pueda contraer determinada persona.

El que se trate de una única obligación garantizada obliga a que quede claro o bien que nos encontramos ante una única concesión de crédito (para las cuentas corrientes de crédito), o bien que las distintas partidas pierden su individualidad e independencia (en el supuesto de la cuenta corriente comercial). Como reiteradamente se viene señalando (Resoluciones de 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 6 de junio de 1998 y 27 de julio de 1999) la simple reunión contable de las diversas operaciones de crédito existentes entre dos personas carece de virtualidad suficiente para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva independiente por el saldo resultante, cuando la misma no aparece como instrumento de una relación contractual subyacente.

no conviene extenderla a otros planteamientos hipotecarios que se pueden así cobijar en determinados preceptos menos rígidos».

(64) No siempre ha existido esta orientación. V. Resolución de 16 de junio de 1936.

(65) También Resoluciones de 26 de noviembre de 1990, 3 de octubre de 1991, 6 de junio de 1998.

B) *La obligación ha de ser existente*

En todo caso, ha de tratarse de una obligación ya existente (Resolución de 17 de enero de 1994), de tal manera que para la entidad de crédito ha de ser vinculante desde el primer momento, siendo rechazables los supuestos en los que lo que se pretende garantizar son obligaciones futuras que queden constituidas *ex novo* por libre decisión individualizada de acreedor y deudor (Resolución de 11 de enero de 1995), o cuando dependa del acreedor el quedar o no vinculado en el futuro (Resolución de 27 de julio de 1999).

Respecto del supuesto de «apertura de crédito instrumentado en cuenta corriente», la Resolución de 6 de noviembre de 1999 dice expresamente que la apertura unilateral de crédito implica desde entonces la existencia de una relación jurídica básica (aunque la obligación de reintegrar el importe de la cantidad prestada no nacerá hasta que se haya hecho uso del crédito y en la medida en que se haya usado).

C) *El objeto de la garantía es el saldo final*

Solamente en el momento de finalización del plazo pactado puede saberse si hay saldo deudor y hasta dónde llega el mismo. Ello significa que estas hipotecas participan de la naturaleza de las hipotecas en garantía de obligaciones futuras (en concreto es aplicable el régimen de la hipoteca en garantía de obligaciones sujetas a condición suspensiva) (66).

D) *Determinación de las distintas operaciones que permitirán disponer del crédito o que podrán ser cargadas en la cuenta corriente*

Debe distinguirse entre los supuestos de crédito en cuenta corriente, contrato de cuenta corriente y apertura de crédito instrumentado en cuenta corriente.

1. En el supuesto de crédito en cuenta corriente, en opinión de ROCA (67), cuando se pueda disponer del crédito exigiendo entregas en numerario, esta especificación inicial no es indispensable hacerla en la escritura de constitución de hipoteca, pues ya se deducirá del contexto de esta misma. Pero sí, en cambio, que es necesaria cuando el Banco, Entidad de crédito o acreditante venga obligado a hacer otras prestaciones que permitan al cliente o acreditado obtener dinero, sea por medio de descuento de letras, sea por

(66) PEÑA, *ob. cit.*, pág. 292.

(67) *Ob. cit.*, pág. 345.

pago de créditos, etc. El artículo 245 del Reglamento Hipotecario habla de «operaciones cambiarlas y crediticias» con referencia a una cuenta especial en la que serán partidas de cargo y abono «el importe de los efectos descontados, el de los que hayan sido satisfechos a su vencimiento y el de los que hubiesen sido devueltos impagados».

La idea de disposición del numerario es fundamental, de tal manera que aunque el pacto en virtud del cual la determinación de las obligaciones que hayan de extinguirse con cargo al crédito concedido puede ser realizada por la Entidad de crédito, ello será siempre y cuando, a la vez, exista la posibilidad de disposición del crédito mediante numerario por parte del acreditado; si no es así se considera que se está vulnerando el artículo 1.256 del Código Civil (Resolución de la DGRN de 27 de julio de 1999).

2. Para el contrato de cuenta corriente (comercial) será necesario que se pacte expresamente que las respectivas relaciones de crédito existentes entre las partes pierdan su exigibilidad aislada al ser incluidas en la cuenta. Ahora bien, de cara al Registro de la Propiedad, ¿es suficiente que se diga que el objeto del contrato lo serán las prestaciones recíprocas derivadas de sus relaciones normales de negocio? Parece que sí sería suficiente, pero ello traería como consecuencia el que solamente podrán formar parte de la cuenta los créditos de carácter pecuniario que deriven directamente de las relaciones de negocios entre las partes, es decir, los derivados de remesas dinerarias y de remesas de mercancías (68); es posible que se pacten otras inclusiones u otras separaciones, mas ello habrá de hacerse en manera expresa.

3. Respecto de la apertura de crédito instrumentado en cuenta corriente, deberá pactarse y reflejarse en el Registro el pacto relativo a la apertura de la cuenta corriente, ya que a pesar de que no se produzcan los efectos novatorios propios del contrato de cuenta corriente, no carece de transcendencia para terceros, ya que esa forma de contabilizar el crédito le otorga una especial característica, cual es su elasticidad. En palabras de la Resolución de 6 de noviembre de 1999: «...Del contrato de apertura unilateral de crédito surge para el acreditado el derecho de disponer de la suma concedida, pero no necesariamente el de reintegrarla a su voluntad, pues esta facultad tan sólo existirá si así se ha convenido, en tanto que la instrumentación del crédito en cuenta corriente lleva consigo esa posibilidad permitiendo al prestatario reducir el monto de lo debido a través de abonos en la cuenta, reduciendo así la base de cálculo de los intereses a devengar y aumentando la posibilidad de hacer disposiciones futuras. Igualmente, si los pagos a que el deudor viene

(68) La doctrina mercantil suele considerar excluidos los créditos no susceptibles de compensación diferida (por ejemplo, los que tienen vencimiento fijo); respecto de las remesas de títulos valores se entienden hechas salvo buen fin.

obligado han de hacerse mediante abono en la cuenta, resulta de obligado reflejo en el Registro como modo de extinguir la deuda» (69).

E) *Otros posibles pactos admisibles*

Nos encontramos ante contratos (el de crédito en cuenta corriente y el de cuenta corriente) atípicos, lo que permite un amplio juego de la autonomía de la voluntad de tal manera que (en palabras de la Resolución de 16 de junio de 1999) el único límite es el de la necesaria refundición en una sola obligación, la constituida por el saldo resultante de la liquidación de la cuenta al tiempo y en la forma convenidos, de los débitos y cargos que en ella se asienten, que quedan reducidos a simples partidas contables, perdiendo así su autonomía y exigibilidad aislada; a partir de aquí, «las particularidades pueden ser múltiples». De conformidad con ello, según la última Resolución citada, se consideran admisibles los siguientes pactos:

- Fijación de plazos para la disponibilidad.
- Fijación de instrumentos y de medios para esa misma disponibilidad (siempre que no quede al arbitrio de la entidad acreedora —Resolución de 27 de julio de 1999—).
- El señalamiento de cuantías mínimas para cada disposición o amortización.
- El establecimiento de liquidaciones periódicas.
- Reducciones o ampliaciones del límite del crédito disponible.
- Forma y tiempo de liquidar los intereses.

2. DETERMINACIÓN DE LA CANTIDAD MÁXIMA DE QUE RESPONDA LA FINCA.
LOS INTERESES

Al tratarse de una hipoteca de máximo, resulta lógica dicha exigencia expresa del artículo 153. Por otro lado, al no estar asegurándose directamente

(69) PEDRO AVILA NAVARRO (en el *Boletín del Centro de Estudios de Cataluña*, núm. 84) se plantea en un breve comentario («La primera disposición en las hipotecas de "crédito abierto" de "La Caixa"») si debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad, la cantidad de la primera disposición que realiza el acreditado. Frente a una primera impresión de que no se debe reflejar (por carecer de transcendencia real y por inducir a confusión), opina que sí, con la finalidad de que la hipoteca pueda servir *en la parte que conste registralmente* de cobertura para la emisión de títulos en el mercado hipotecario (art. 32 del Decreto de 17 de marzo de 1982). Desde el punto de vista de la técnica hipotecaria, la primera o eventuales ulteriores disposiciones se harán constar por nota marginal, aunque también la primera es posible que (si consta en la escritura de constitución) se haga constar en el cuerpo de la inscripción.

una cifra de capital (a diferencia del préstamo) no es posible que se establezcan cláusulas de estabilización según el artículo 219 del Reglamento Hipotecario.

Esta cantidad funciona tanto respecto de las partes como respecto de terceros. En ningún supuesto es posible intentar que la cobertura de la garantía hipotecaria vaya más allá del límite marcado [art. 153 de la Ley Hipotecaria (70), 219 del Reglamento Hipotecario y —por todas— Resolución de la DGRN, de 16 de febrero de 1990].

Pero la cuestión fundamental es si en dicha cantidad están o no incluidos los *intereses* y, en su caso, en qué forma y con qué limitaciones.

Hay un lejano eco de esta cuestión en el hecho de que la hipoteca siga precisando el que se le señale un plazo de duración. En efecto, el primer plazo que se estableció de tres años como máximo, lo justificaba la Exposición de Motivos de la Ley de 1909, «por ser el que se señala en los artículos 114 y 115 de la Ley». Pero como hemos visto en la evolución histórica de la figura, pronto el Reglamento se olvidó de esta limitación temporal. Y lo cierto es, salvo lo dicho, que nunca ha tenido que ver directamente con el tema de los intereses.

Se trata de una cuestión que ha preocupado desde el primer momento.

Para PARES, los intereses no están comprendidos en la cantidad máxima asegurada (71).

Para ROCA SASTRE (72) los intereses deben computarse (al igual que en el Derecho alemán) dentro de la cantidad máxima fijada, lo único que ocurrirá es que si la cantidad de que se ha dispuesto agota el máximo asegurado, los intereses quedan sin garantía hipotecaria.

Para SALAZAR GARCÍA (73) la cuestión es realmente dudosa. Es posible el pacto en virtud del cual los intereses queden incluidos en la cantidad máxima de la cuenta corriente. Sin dicho pacto, no será posible la inclusión, puesto que el acreedor no podría realizar por sí solo el cargo. Cuando dicho pacto no exista sería admisible la fijación de una cifra independiente de responsabilidad, la cual, en caso de pacto, solamente podría cubrir aquellos intereses que no cupieran en el máximo previsto. Por lo que se refiere

(70) En el párrafo primero de este artículo se habla de *cantidad máxima de que responda la finca*; en el párrafo segundo se habla de la utilización de la acción hipotecaria para su cobro en la *parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca*.

(71) *Ob. cit.*, pág. 11. Dice este autor: «...si al acreditado se le abre una cuenta por 10.000 pesetas, puede al día siguiente hacer uso de todo el crédito, sin dejar margen a los intereses. Para estar comprendidos en la cantidad máxima debería ser objeto de especial convención; pero a nuestro juicio, no precisa esta estipulación para obtener su aseguramiento. Basta que la hipoteca se haya constituido en garantía de capital e intereses. No acertamos ver en este punto distinción entre la hipoteca de cuenta corriente de crédito y la hipoteca ordinaria; una y otra aseguran por ministerio de la Ley, además del capital, tres años de intereses».

(72) *Ob. cit.*, pág. 343.

(73) *Ob. cit.*, págs. 2567-2568.

a los intereses de demora, hasta que no se haya producido el impago del saldo final no puede hablarse de los mismos, por lo que pueden ser objeto de garantía con independencia del máximo.

Para PEÑA (74), en rigor, tras cada vencimiento no hay intereses exigibles con independencia por el Banco o acreedor sino que, conforme con el contrato, son sólo objeto de un cargo como una partida más de la cuenta corriente; correspondientemente la hipoteca no garantiza, independientemente, cada vencimiento de intereses, sino el saldo final de la cuenta. Para estos intereses que sean cargados en la cuenta no puede aplicarse la norma del artículo 317 del Código de Comercio, según la cual los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, ya que para el Banco no hay otra posibilidad que capitalizarlos en la cuenta. Hasta que no hay saldo final no hay deudas (ni de capital ni de intereses) impagadas. Sólo con el saldo final surge la deuda exigible y sólo para ésta puede preverse que la garantía se extienda a los intereses sucesivos que, por ser de deuda vencida y no satisfecha, serán intereses moratorios.

Por lo que se refiere a los intereses remuneratorios, recientemente se ha dicho por MARTÍN MARTÍN (75), que no debe de haber ningún inconveniente a la posibilidad de garantizar los intereses con independencia del crédito principal. Lo normal será que se integren en la cuenta como una partida más de la misma; el problema surge cuando se ha agotado el saldo, en cuyo caso al no poderse incluir en la cuenta será posible estipular una garantía independiente (sólo para la parte no novada en la cuenta corriente).

El tema puede considerarse en la actualidad que está en gran parte resuelto por las Resoluciones de la DGRN:

- a) En la Resolución de 26 de noviembre de 1990, se dice que no hay ningún inconveniente en que si las partes lo pactan, el saldo definitivo, una vez que la cuenta ha sido cerrada, puede ser pagado a plazos y, mientras tanto, devengue a su vez intereses (art. 317 del Código de Comercio), sin que haya inconveniente en que éstos también puedan ser garantizados con hipoteca.
- b) En las Resoluciones de 16 de junio y 13 de julio de 1999, se dice, a su vez, que «...nada impide que en materia de intereses se fije no sólo la forma y tiempo de liquidarlos, sino también, y es lo que aquí interesa, que los mismos se configuren como créditos independientes, aunque accesorios del principal, no asentables en la cuenta y exigibles con independencia del saldo

(74) *Ob. cit.*, pág. 292.

(75) MARTÍN MARTÍN, ABEL, «DOS cuestiones en torno a la hipoteca del artículo 153 LH», dentro del *Libro homenaje a Jesús López Medel*, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999, tomo I, pág. 811 y sigs.

de la misma, o, por el contrario, se convenga en que se integren como una partida más a los efectos de contabilizarlos para fijar el saldo de liquidación perdiendo así su relativa autonomía. No obstante, en todo caso, el abono tan sólo es vinculante hasta el límite pactado».

Para las cantidades que excedan de la cifra total máxima, habrán de tener su propia causa de pedir, «por lo que no ha de rechazarse, por tanto, la posibilidad de que esos intereses, ante la eventualidad de que no pueden ser adeudados en la cuenta, hayan de quedar necesariamente sin cobertura hipotecaria si así se conviene».

Respecto de los intereses de demora, no ofrece dificultad alguna el que se garanticen con independencia, ya que constituyen una obligación nueva, no susceptible de integrarse ya en el saldo de la cuenta ni aún en el caso de que no se hubiere agotado su límite de disponibilidad.

3. PLAZO DE DURACIÓN

El artículo 153 exige expresamente que se haga constar en la escritura:

- el plazo de duración,
- si es o no prorrogable, y, en caso de serlo, la prórroga posible,
- y los plazos de liquidación de la cuenta.

Como hemos visto anteriormente en la evolución histórica, el artículo 153 de la Ley de 1909 exigía la fijación de un plazo máximo de tres años, aunque podía prorrogarse por plazos que no excedieran del tiempo indicado mediante convenio entre acreedor y deudor formalizado en escritura pública.

El Reglamento de 1915 superó el plazo de duración máxima de la cuenta al permitir incorporar el saldo mensual, trimestral, semestral o anual a nueva cuenta, sin necesidad de escritura, aún transcurridos los tres años previstos en la Ley, exigiendo para tal caso la constancia en la escritura de constitución de la prórroga posible, plazos de liquidación y forma de acreditar la cantidad líquida exigible a cada vencimiento (76).

(76) Artículo 205 de dicho Reglamento de 1915: «Podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas de crédito, cuya liquidación deba practicarse mensual, trimestral, semestral o anualmente, sin necesidad de que para llevar el saldo de común acuerdo a cuenta nueva se otorgue escritura pública por el acreedor y el deudor, aunque hayan transcurrido más de tres años desde que aquellas se hubiesen abierto.

En tal caso, los interesados determinarán en la escritura de constitución la prórroga posible, los plazos de liquidación y la forma en que deba ser acreditada la cantidad líquida exigible al vencimiento de cada uno».

En la actualidad no hay límite temporal alguno al señalamiento de plazo ni al de las prórrogas (como tampoco lo hay respecto de cualquier obligación en general por el hecho de que vaya a ser garantizada con hipoteca).

A) *Naturaleza del plazo*

El plazo que se establezca es solamente a efectos de la determinación del saldo exigible. Por ello no es posible que se entienda que dicho plazo es de caducidad del asiento para poder cancelar la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Muy al contrario, a partir del momento en que ha transcurrido el plazo y se ha determinado el saldo, puede el acreedor no reintegrado de su crédito utilizar la acción hipotecaria para hacer valer su derecho durante el plazo general de prescripción de veinte años señalado en el artículo 128 de la Ley Hipotecaria (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de mayo de 1992 y de 27 de noviembre de 1999).

B) *La prórroga*

- a) En el supuesto en el que se prevea la prórroga ha de precisarse hasta dónde llega la misma (de «prórroga posible» habla la Ley). Es decir, ha de estar perfectamente determinada la duración máxima del crédito en la cuenta corriente, bien por ser un plazo improrrogable, bien por señalarse hasta cuándo es posible la prórroga. De conformidad con las más elementales reglas del funcionamiento registral, es necesario que los terceros conozcan con exactitud no solamente la cantidad máxima de que puede responder la finca, sino también el plazo máximo de tiempo que va a estar respondiendo. Es por ello que podría decirse que para los supuestos en los que se establezca la posibilidad de prórroga ha de contarse con la eventualidad de que la relación de crédito pueda durar el máximo tiempo previsto, de manera que no es que se esté prorrogando un plazo inicial, sino que simplemente se está utilizando el que se pactó; podría decirse que es la no utilización de la prórroga lo que hace acortar el mayor plazo que estaba inicialmente señalado.
- b) La utilización de la prórroga supondrá la eliminación de una incertidumbre que existía acerca de la duración del contrato garantizado, por lo que es posible aplicar analógicamente lo establecido en el artículo 238 del Reglamento Hipotecario (77), por lo que se podrá

(77) Recuérdese, además, que ha quedado dicho que esta hipoteca participa de la naturaleza de las hipotecas constituidas en garantía de una obligación futura.

hacer constar en el Registro de la Propiedad mediante solicitud firmada por ambas partes, con firmas legitimadas o ratificada ante el Registrador.

- c) La prórroga normalmente se ejercitará de común acuerdo, pero puede pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca que la misma pueda ser ejercitada a instancias solamente del acreditado. Es decir, existe un consentimiento anticipado por el concedente del crédito, por lo que, eventualmente, el acreditado podría solicitar que se reflejare en el Registro que se ha hecho uso de dicha prórroga, firmando él sólo la solicitud.
- d) ¿Es posible establecer una prórroga inicialmente no prevista una vez que ya ha pasado el plazo? Tal supuesto se entiende como una novación que supone una alteración esencial de la obligación garantizada, por lo que para el supuesto en el que existan titulares de cargas posteriores a la hipoteca no será posible la prórroga de la misma sin su consentimiento (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de noviembre de 1999).
- e) En el supuesto en que no existan titulares de cargas posteriores que deban prestar su consentimiento, ¿es posible pactar la prórroga no prevista inicialmente? De un comentario incidental de la Resolución de 27 de noviembre de 1999, parece que sí sería posible. Pero ello no se trataría de una auténtica prórroga, sino simplemente de una novación que solamente surtirá efectos desde su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 144 de la Ley Hipotecaria); aquí, además, sería necesaria la escritura pública para hacer constar esa pretendida prórroga, pues no es de aplicación el sistema del artículo 238 del Reglamento Hipotecario.

C) *Plazos de liquidación de la cuenta*

Se trata de una previsión que encuentra su ámbito en el contrato de cuenta corriente comercial de larga duración. En tales casos suele estipularse unos plazos periódicos de liquidación de la cuenta, de tal manera que, fijado el saldo en el plazo convenido, el mismo pasa a ser exigible, salvo que se acuerde llevarlo como primera partida del siguiente período (78).

Esta posibilidad, por contra, no cuadra adecuadamente en el supuesto de apertura de crédito en cuenta corriente (79), en donde en cambio es posible

(78) La doctrina mercantil no habla de liquidación de la cuenta (el contrato sigue) sino de cierre de cuenta.

(79) MARTÍN MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 819.

que se acuerde la obligación de efectuar las amortizaciones parciales que se pacten con la correspondiente rebaja del límite de disposición (Resolución de 6 de noviembre de 1999).

D) *Cierre de la cuenta y pago del saldo. Conversión en hipoteca ordinaria*

Nada se opone a un posible desfase entre cierre de la cuenta y pago del saldo correspondiente (SALAZAR GARCÍA) (80). En opinión de este autor, sería posible la conversión de esta hipoteca en una hipoteca ordinaria, dividiendo su duración en dos períodos o fases: una primera que responde al esquema del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, y una segunda fase a partir de la fijación del saldo definitivo, en donde estaríamos ante una hipoteca ordinaria. La conversión requerirá la constancia registral del saldo resultante, lo que puede hacerse por nota marginal (art. 143 de la Ley Hipotecaria) por analogía con lo establecido para las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, utilizando como documentación la prevista en el artículo 238 del Reglamento Hipotecario (81).

4. PACTOS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL SALDO EXIGIBLE

Potestativamente, «...en las cuentas corrientes abiertas por los Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de crédito debidamente autorizadas, podrá convenirse que, a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo puede determinarse mediante una certificación de la Entidad acreedora» (art. 153 de la Ley Hipotecaria y 572 y 695.1.2.^a de la Ley 1/2000). Sobre este punto v. *infra* VI.

VI. LA FORMACIÓN DEL TÍTULO EJECUTIVO. DOCUMENTOS QUE HAN DE ACOMPAÑARSE A LA DEMANDA

1. PRECEDENTES

En la Ley Hipotecaria de 1909 (v. *supra*) se estableció que si al vencimiento del término fijado por los otorgantes, el acreedor no se hubiera rein-

(80) *Ob. cit.*, pág. 2571.

(81) Se trata de una posibilidad que fue admitida ya por la Resolución de 28 de marzo de 1904. En opinión del autor citado, este mecanismo puede ser muy interesante en la práctica en los supuestos de un necesario o deseable control del destino de las sucesivas entregas de dinero en los préstamos hipotecarios (por ejemplo, en los casos de entregas sucesivas en la construcción de edificios).

tegrado del saldo de la cuenta, podría utilizar la acción hipotecaria para su cobro, pero debiendo acompañar a los documentos pertinentes, además, aquél que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada *en la forma convenida en la escritura de constitución de hipoteca*. Solamente si en la escritura no existe pacto sobre ello, será necesario acudir al sistema de doble libreta.

Es decir, se parte originariamente de un sistema de libertad de pacto acerca de la forma en la que ha de quedar determinada la cantidad exigible. En la práctica bancaria de la época (82), en los pocos casos en los que se constituían hipotecas de esta clase, era frecuente pactar que se consideraba como suficiente para determinar el saldo definitivo, la certificación librada por el jefe de contabilidad del Banco acreedor. En la Resolución de 16 de junio de 1936 se admitió el pacto en virtud del cual el importe de la obligación asegurada se determinaría por el saldo que resultare de los libros de contabilidad de la entidad bancaria acreedora, entre otras, por las siguientes razones: el valor probatorio de los libros de los comerciantes llevados en forma legal, la seriedad y solvencia de las entidades bancarias, y porque tal pacto no ha de ser obstáculo para que el deudor pueda ejercitar en el juicio correspondiente las acciones que le asistan para impugnar el saldo fijado por el acreedor, y aún para justificar la inexistencia de la obligación.

Es de destacar que ya desde un primer momento, a pesar de la clara permisibilidad de pacto que se establecía legalmente, PARES se mostró contrario a esta libertad de acuerdo (83).

2. REFORMA DE LA LEY DE 1942

Con la reforma operada por la Ley de 1942, el texto que en la actualidad continúa en su redacción íntegra en la Ley Hipotecaria distingue entre entidades de crédito y particulares. Para éstos no hay más mecanismo que el de la doble libreta como medio de determinar el saldo; para aquéllas es posible el pacto de acudir a la certificación bancaria.

(82) Dice ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 352.

(83) *Ob. cit.*, pág. 14. «...Y esa libertad pugna con el Derecho público porque quebranta el conocido principio de que las leyes procesales no pueden variarse por convenición de las partes. Y nadie negará que la forma acordada para acreditar la liquidación de la cuenta, no afecta al derecho sino a la ejecución del derecho, a la acción. Por la fuerza del pacto se declarará documento bastante a los efectos de proceder ejecutivamente por la acción hipotecaria el saldo que aparezca en los libros de contabilidad del acreedor, y acaso otros títulos, aunque no se hayan cumplido los preceptos exigidos por el artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo cual equivale a multiplicar en forma inadmisibles los títulos que llevan aparejada ejecución y a restringir a precarios límites, por no decir anular del todo, la defensa y excepciones oponibles del deudor o tercer poseedor».

Pero el tema aquí es el siguiente: ¿es posible un pacto que vaya más allá?

La cuestión la resume muy bien SALAZAR GARCÍA (84): aunque pudiera sostenerse que el pacto referido a la certificación bancaria es requisito solamente para poder utilizar el procedimiento judicial sumario, lo cierto es que (como se señala desde la Resolución de 4 de julio de 1984) el carácter rigurosamente imperativo de las normas procesales, hace que no sea posible pactar otros títulos que vayan más allá de los previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en el mismo sentido se pueden citar las Resoluciones de 26 de noviembre de 1990, 19 de enero de 1996 y 9 y 10 de octubre de 1997). Y aún estimando —nos dice este autor— que tal pacto de las partes no es propiamente en relación al título ejecutivo, sino a un complemento del mismo en cuanto determinante de la cuantía de la obligación asegurada, el artículo 1.435 de la LEC (tras la reforma de 6 de agosto de 1984) el prever el pacto referente a la certificación de la entidad bancaria acreedora, parece *a sensu contrario* cerrar el camino a otras previsiones en tal sentido (85).

3. LA REFORMA DE LA LEY 1/2000

Adolece de falta de claridad, en este punto, por las dos ideas que se han venido exponiendo:

- No existe remisión a la Ley Hipotecaria, pero, a su vez,
- el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, teóricamente, queda subsistente en su integridad, salvo en lo que sea incompatible con la nueva norma.

Por lo que se refiere a la formación del título ejecutivo, se dice en la nueva Ley que el título de ejecución es la escritura de hipoteca debidamente inscrita, o en su defecto, certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca (art. 685.2 de la nueva LEC).

A la demanda (cfr. art. citado) «se acompañarán los demás documentos a los que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley».

Dejando al lado el artículo 550, que no plantea singularidad que deba ser comentada, resulta de los otros dos artículos (86) a los que se hace la remisión, que deberán acompañarse:

- El documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las

(84) *Ob. cit.*, pág. 2573.

(85) En el mismo sentido, PEÑA, *ob. cit.*, pág. 293.

(86) El artículo 573 se denomina precisamente *Documentos que han de acompañarse a la demanda ejecutiva por saldo de cuenta*.

partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución. En casos de intereses variables, o cuando se trate de ajustar la paridad de distintas monedas, deberá expresarse en la demanda las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que se pide el despacho de la ejecución.

- El documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo.
- El documento que acredite haberse notificado al deudor (y al fiador, si lo hubiere) la cantidad exigible.

Estos documentos ¿han de acompañarse también en el caso de la hipoteca en garantía de cuentas de crédito u operaciones similares? Veámoslo por separado respecto de la doble libreta y de la certificación bancaria.

4. EL SISTEMA DE LA DOBLE LIBRETA (87)

El sistema se regula en la Ley Hipotecaria, y la nueva LEC lo presupone simplemente al hablar de la oposición a la ejecución para el supuesto en el que se oponga error en la determinación de la cantidad exigible (art. 695.1.2.^a). Según el artículo 153 de la LH, cada uno de los interesados llevará una libreta idéntica en la que al tiempo de todo cobro y entrega se hará constar, con aprobación y firma de ambos interesados, cada uno de los asientos de la cuenta corriente.

A su vez, según el artículo 246 del Reglamento Hipotecario, debe tenerse en cuenta que «los ejemplares duplicados de las libretas que, para acreditar el estado de las cuentas corrientes abiertas con garantía de hipoteca, pueden llevar los interesados, deberán estar sellados y rubricados por el Notario autorizante de la escritura en todas las hojas, con expresión certificada en la primera del número de las que contenga».

Por su propio mecanismo de funcionamiento, resulta obvio que aquí no han de acompañarse esos documentos complementarios a los que se refieren los artículos 573 y 574 de la nueva LEC (88).

Se trata de un sistema inoperante en la práctica (89).

(87) «Sistema que en la actualidad ... suena casi a chiste», SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2574.

(88) Únicamente podría intentarse que el sistema de doble libreta entrara en el número 2 del artículo 573: «También podrán acompañarse a la demanda cuando el ejecutante lo considere conveniente, los justificantes de las diversas partidas de cargo y abono».

(89) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, en nota de pie de la página 351, se plantea el tema de hipoteca por débito ajeno o fianza real, en cuyo caso habría que contar con el fiador

5. EL SISTEMA DE LA CERTIFICACIÓN BANCARIA

Como ha quedado expuesto a lo largo de este comentario, este sistema aparece como una modalidad del más amplio que permite pactarse en el artículo 572 de la nueva LEC.

Es decir, nos encontramos con que el artículo 572 prevé que pueda pactarse la forma en la que va a realizarse la liquidación de la cantidad a reclamar, y en el artículo 695.1.2.^a, se da por supuesto que la forma que va a convenirse para los casos de cuentas corriente de crédito u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación, es la certificación expedida por la entidad acreedora. Nuevamente tenemos que acudir a la LH para completar la regulación de este supuesto, que se desarrolla en el artículo 245 del Reglamento Hipotecario y en el cual se exigen los siguientes requisitos cumulativos:

- Que se trate de una entidad de crédito debidamente constituida y la hipoteca sea en garantía de una operación cambiaria o crediticia (v. *supra*).
- Que se pacte expresamente.
- Que se consignen en la escritura los «demás requisitos señalados en el artículo 142 y cuatro últimos párrafos del artículo 153 de la Ley».

El último requisito encuentra su justificación actual en la información que ha de darse a los particulares con arreglo a la legislación sobre consumidores y usuarios (90). No obstante, posteriormente volveremos sobre el tema a la hora de hablar de la oposición del deudor al saldo.

La cuestión importante en este punto es la siguiente: si a la certificación de la entidad de crédito, con arreglo a la nueva LEC, le es o no aplicable el artículo 685.2, que es el que exige con carácter general los documentos que han de acompañarse a la demanda. En otras palabras, ¿la certificación de la entidad de crédito ha de acompañarse por el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo? Así ocurre con carácter general cuando (como hemos visto)

real en la llevanza de las libretas, debiendo también estampar su firma. En contra se manifiesta SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2474, para quien esto no debe ser así, pues el hipotecante no deudor es ajeno a la relación de débito que garantiza con la hipoteca sobre su finca; de hecho, la constitución de hipoteca puede ser posterior a la operación cuyo resultado se materializa en cuenta corriente; y el necesario control que el fiador real debiera tener sobre la existencia y montante del débito sería también predicable de cualquier otro adquirente del dominio o derechos posteriores sobre la finca hipotecada. Pero dicho control se produciría más bien *a posteriori* por la vía judicial ordinaria y en ningún caso por intervención directa ni en la documentación de la cuenta corriente ni en los procedimientos de ejecución fuera de las causas expresamente previstas en la Ley.

(90) SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2575.

no se trate de hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito u operaciones similares, pero ¿también en este supuesto? La cuestión no es sencilla de resolver, existiendo argumentos en uno y otro sentido.

a) Argumentos a favor de la supresión de la peculiaridad de la Ley Hipotecaria:

- Se ha suprimido la remisión que se hacía a la LH, que era la base principal para sostener que dentro del procedimiento judicial sumario no era necesario completar la certificación bancaria.
- El procedimiento ejecutivo es único y cuando se trata de bienes hipotecados únicamente existen una serie de peculiaridades expresamente señaladas en la Ley.
- La literalidad de los artículos no parece dejar lugar a la duda, puesto que expresamente se dice en el artículo 685.2 que han de acompañarse los documentos a los que se refieren los artículos 573 y 574 de la nueva Ley.

b) Argumentos a favor del mantenimiento de la peculiaridad de la legislación hipotecaria en este punto:

- Aunque no existe la remisión que se hacía en este punto a la LH, también es destacable que el artículo 153 de la misma, que es el que regula el tema, no ha sido derogado ni alterado en su redacción.
- Aunque el procedimiento ejecutivo sea único, las peculiaridades que se establecen para los casos en que se persiguen bienes hipotecados ponen de manifiesto que no todo es uniformidad, y en este caso concreto lo que ocurre es que el legislador simplemente *presupone* que en esta clase de hipotecas ha de seguir contándose con la regulación hipotecaria, excepto en lo que se regula expresamente, que es la oposición del deudor al saldo.
- Los argumentos basados en la literalidad nunca han resultado ser decisivos si no van acompañados de otros que en verdad pongan de manifiesto el verdadero sentido de la norma.

A todos estos «contraargumentos» podría añadirse como argumentos en pro de la subsistencia:

- En el caso de la hipoteca en garantía de esta clase de operaciones (y de todas las hipotecas en general, lógicamente) siempre nos vamos a encontrar con la existencia de una escritura pública (91) (a diferencia

(91) No se trata aquí de discutir acerca del valor de la escritura y de la póliza, máxime después de la prevista integración de los Corredores de Comercio en el cuerpo de Notarios.

del art. 572 donde también puede existir como título una póliza) y una cifra máxima de responsabilidad.

- La comprobación hecha por Corredor o Notario (o sólo Notario desde que se produzca la entrada en vigor de la Disposición Adicional vigésimo cuarta de la Ley 54/1999) (92), según la orientación jurisprudencial mayoritaria (93), no tiene como finalidad realizar una auténtica «auditoría» o labor pericial, sino posibilitar que se llegue al conocimiento de que lo reclamado verdaderamente está en conformidad con lo pactado, con lo que su finalidad práctica queda muy desvirtuada desde el momento en que a la certificación se le puede oponer por el deudor error en la determinación de la cantidad exigible (art. 695.1.2.^a de la nueva LEC).
- La oposición de error es precisamente a la liquidación efectuada por la entidad (art. 695.1.2.^a, inciso final) y en nada se ve entorpecida por la existencia o no de documento fehaciente que acredite haberse practicado la certificación en la forma pactada por las partes, por lo que su utilidad práctica es bastante dudosa.

VIL PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN APLICABLES

1. SITUACIÓN ANTES DE LA LEY 1/2000

El artículo 153 de la LH señala que el acreedor podrá utilizar la acción hipotecaria por el procedimiento establecido en los artículos 129 y siguientes. Aunque hubo algunas opiniones que entendieron que ello significaba que solamente era posible utilizar el procedimiento judicial sumario, se ha entendido que la expresión es facultativa y por lo tanto no impedía acudir a otros procedimientos.

El cuadro posible de procedimientos de ejecución es el siguiente, de conformidad con la LEC y la LH:

(92) Respecto de la actuación de los Notarios, dice el artículo 207 del Reglamento Notarial: «...Este tipo de actas [de exhibición de cosas o documentos] será utilizable, entre otros supuestos: ...4.º Para fijar el saldo líquido exigible en los préstamos o créditos en cuenta corriente concedidos por entidades de crédito, ahorro o financiación, siempre que tales operaciones y esta modalidad de fijación hayan sido pactadas en escritura pública. En virtud de la documentación exhibida por la entidad acreedora y de su concordancia con certificación de ésta, que se unirá a la matriz, el Notario levantará el acta en la que quede determinado el saldo de la cuenta».

(93) Puede verse un elenco de las sentencias de las Audiencias en el libro «El juicio ejecutivo», de MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ BALLESTEROS, JOSÉ MARÍA RIFA SOLER y JOSÉ FRANCISCO VALLS GOMBAU, *La Ley Actualidad*, 1997.

a) *Procedimiento judicial sumario*

Para su utilización es necesario que se acredite el saldo por el mecanismo de la doble libreta o que se hubiere pactado el mecanismo de certificación bancaria cuando el acreedor sea una entidad de crédito debidamente autorizada (art. 153 párrafo II y 132.4.º de la LH). También podrá utilizarse este procedimiento cuando la hipoteca se haya convertido en ordinaria por fijación de la cantidad de que responda la finca, bien por convenio entre las partes, bien por decisión judicial (94).

b) *Procedimiento ejecutivo ordinario*

Su utilización se desprende del artículo 1.435 de la LEC (última redacción dada por la Ley de reforma 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal), el cual establece en el último inciso de su penúltimo párrafo que «en el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por Bancos o Cajas de Ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

Como se ha dicho anteriormente (v. *supra*), la remisión a la Ley Hipotecaria está llena de problemas. No obstante, por lo menos sirve para que se entienda que en lo que se refiere a la determinación de la cantidad líquida no rige el artículo 1.435 de la LEC sino el artículo 153 de la LH (95).

c) *Procedimiento extrajudicial*

No está prevista su utilización (96). Ello no quiere decir que signifique exclusión (97), ya que de la LH no resultan obstáculos insuperables (98).

No obstante, el artículo 235.1 del Reglamento Hipotecario (según redacción dada por el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo), la ejecución extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses

(94) SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2577.

(95) PEÑA, *ob. cit.*, pág. 294.

(96) Lo que se ha justificado diciendo que es debido a que en el momento en que se redacta el artículo 153 originariamente, en los artículos 129 y sigs., solamente se regulaba el procedimiento judicial sumario; posteriormente fue admitido el procedimiento extrajudicial, pero el artículo 153 sigue hablando de procedimiento en singular porque dicho precepto no fue retocado en este punto.

(97) SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2577.

(98) PEÑA, *ob. cit.*, pág. 293.

ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título, y de los gastos de ejecución. Es por ello que las causas de oposición son más limitadas y no hay posibilidad de alegación de error en la determinación de la cantidad exigible (art. 236-ñ).

2. SITUACIÓN DESPUÉS DE LA LEY 1/2000

Después de la entrada en vigor de esta Ley, no hay nada más que un procedimiento de ejecución, y éste es el que habrá de utilizarse (Libro III de la Ley), con las normas establecidas para el caso de ejecución dineraria (Título IV). Cuando se cumplan los requisitos del artículo 682 (99) también se aplicarán las particularidades de la ejecución sobre los bienes hipotecados o pignoralos, previstas en el Capítulo V (art. 681 de la nueva LEC y 129 de la LH en su también nueva redacción). Y más aún, cuando se utilicen los mecanismos de la doble libreta o de la certificación bancaria para determinar la cantidad que se reclama, se aplicará el procedimiento especial de oposición del deudor por alegación de error contemplado en el artículo 695 de la nueva LEC.

3. CON ARREGLO A LA NUEVA NORMATIVA, ¿PUEDE UTILIZARSE EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL?

El llamado procedimiento extrajudicial de ejecución previsto en el artículo 129 de la LH (100) y desarrollado en los artículos 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario (en redacción dada por Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo) parecía condenado a su desaparición después de las sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 4 de mayo de 1998 y de 6 de abril de 1999, que lo habían considerado inconstitucional por el muy dudoso argumento de que la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales (101).

(99) — Que se determine en la escritura de constitución el precio de tasación de la finca para que sirva de tipo en la subasta.

— Que conste un domicilio para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones.

(100) Párrafo segundo: «Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable, aún en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario».

(101) En contra de esta argumentación se habían manifestado dos sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 y 23 de octubre de 1995.

Haciendo un requiebro a estas objeciones, en el inciso segundo del artículo 129 de la LH, en la redacción dada por la Ley 1/2000, se dice: «Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario» (102).

De momento las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario son las que se contienen en los artículos 234 y siguientes, antes citados, por lo que surgen los mismos inconvenientes para este tipo de hipoteca que los que se han señalado en el número *l.c)* de este epígrafe, al no existir posibilidad de alegación de error (art. 236-ñ). Pero en la necesaria reforma que ha de hacerse del Reglamento Hipotecario para adecuarlo a los nuevos preceptos reguladores de la ejecución, el inconveniente es soslayable si se prevén mecanismos de oposición que, a su vez, no hagan que el Notario tuviese que dirimir la posible controversia; por ejemplo, puede procederse al nombramiento de un perito para que emita dictamen (tal y como se prevé para la ejecución en general en caso de saldos de cuentas e intereses variables en el art. 558.2 de la nueva LEC).

VIII. REQUERIMIENTO DE PAGO Y NOTIFICACIÓN DEL SALDO

1. LA NECESIDAD DE NOTIFICACIÓN DEL SALDO CON ARREGLO A LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

Cuando se trata de certificación bancaria (103), dicho documento por sí mismo no puede considerarse como ejecutivo, por lo que es lógico que el artículo 153 de la LH diga que «se notificará judicial o notarialmente al deudor un extracto de la cuenta...».

A) Por lo que se refiere a cómo se ha entendido esta notificación en relación con el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la LH, podemos seguir a JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA (104): La notificación debe

(102) Se habla de venta —cfr. también el art. 1.872 del Código Civil— para eludir el posible peligro de que se quiera sostener que se trata de un procedimiento de ejecución. Es el ejercicio del *ius distrahendi* que es esencia de las garantías de prenda o hipoteca.

(103) Cuando el sistema utilizado es la doble libreta, no puede hablarse de la necesidad de notificación del saldo, puesto que se tiene conocimiento constante de dicho saldo ante cada apunte que de común acuerdo vaya haciéndose en dicha libreta.

(104) *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, ob. cit., pág. 145 y sigs.

entenderse como un requisito cumulativo y no sustitutivo del requerimiento de pago. Lo que ocurre es que cabría formular simultáneamente en un mismo documento (notarial) el requerimiento de pago y la notificación del saldo de la cuenta, puesto que se notifica el saldo para que se pague.

En cuanto a qué personas ha de hacerse la notificación, el artículo 153 de la LH se refiere exclusivamente al deudor, pero ello no significa que no tengan que ser notificados también, en su caso, el hipotecante no deudor y el tercer poseedor (remisión a la regla tercera del art. 131 de la LH).

B) Cuando se haya utilizado el procedimiento de ejecución ordinario (por vía del art. 1.435 de la LEC) la notificación del artículo 153 de la LH no es necesaria, puesto que en el juicio ejecutivo existen suficientes defensas al existir fase de audiencia y de alegación de excepciones (105) (106).

2. EL REQUERIMIENTO DE PAGO Y LA NOTIFICACIÓN EN LA LEY 1/2000

A) *Sistema general introducido*

Cuando se trata de ejecución dineraria, el último párrafo del artículo 572 establece que «sólo se despachará la ejecución si el acreedor acredita haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación». Por esta misma razón, en los documentos que han de acompañarse a la demanda ejecutiva por saldo de cuenta, el artículo 573 en el número segundo exige «el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo».

Este sistema (previsto para la ejecución dineraria en general) es aplicable también a los supuestos de bienes hipotecados o pignorados, dado que a los preceptos citados se remite el número 2 del artículo 685.

La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes (art. 685.1 de la nueva Ley). Presentada la demanda ejecutiva, el tribunal despachará en todo caso (mediante auto) la ejecución,

(105) GARCÍA GARCÍA, *ob. y loc. cit.*

(106) De la misma opinión es VALENTÍN CORTÉS (citado por SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2576) para quien la referencia que hace el artículo 1.435 de la LEC a la LH carece de sentido, pues el procedimiento de liquidación que se hace en esta norma está pensado para el procedimiento especial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en el que la escritura de hipoteca juega como título de ejecución y no como título ejecutivo. Si no se caería en el absurdo de llevar a cabo todo un proceso declarativo cuyo objeto será saber si la liquidación es exacta y auténtica, para después abrir el procedimiento ejecutivo.

siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título (art. 551). En el mismo auto en el que se despache la ejecución, se mandará que se requiera de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor, contra quienes se hubiere dirigido la demanda en el domicilio que resulte vigente en el Registro, salvo que se hubiere realizado el requerimiento ya extrajudicialmente mediante acta notarial (arts. 581 y 686).

Según este sistema, entendemos que:

- a) La notificación es un acto previo e imprescindible para iniciar el procedimiento, puesto que se trata de un documento que ha de acompañarse a la demanda.
- b) A su vez, la notificación de la cantidad y el requerimiento de pago se han regulado como requisitos cumulativos: el haber realizado la primera no exime de hacer el segundo. Ahora bien, lo lógico es aprovechar la notificación para hacer al mismo tiempo el requerimiento mediante acta notarial (arts. 573.1 tercero y 581.2).

B) *¿Es aplicable este sistema a los supuestos que hemos defendido que caen dentro del artículo 153 de la Ley Hipotecaria?*

Ya hemos visto anteriormente que se considera que la notificación y el requerimiento son cumulativos en el artículo 153 de la LH.

La cuestión, por lo tanto, es solamente acerca de si la notificación es necesario que se haga previamente a la presentación de la demanda. Del texto del artículo 153 puede entenderse que existe una particularidad, ya que habla de «notificación judicial», lo que supone que ya debe haberse presentado previamente la demanda y haberse despachado la ejecución, por lo que cabría que si solamente se ha realizado el requerimiento de pago, será posteriormente cuando se haga la notificación ordenándolo el Juez en el mismo auto que se despache la ejecución (art. 686.1). Pero realizar un requerimiento de pago sin notificar cuál es la cantidad que se reclama es un absurdo.

La interpretación lógica que puede hacerse es que si existe requerimiento de pago previo extrajudicial, también habrá de haberse realizado la notificación de la cantidad reclamada. Ahora bien, excepcionalmente por aplicación del precepto hipotecario que permite la notificación *judicial*, puede entenderse que dicha notificación no tiene que hacerse antes de la demanda sino que posteriormente se puede cumplimentar, cumulativamente, en el momento del requerimiento de pago.

IX. OPOSICIÓN DEL DEUDOR AL SALDO

1. SISTEMA DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

A) *Supuesto de la doble libreta*

En el caso en el que la libreta que presente el deudor arroje un saldo distinto del que resulte de la presentada por el actor, con arreglo al artículo 132.4.º de la LH nos encontramos ante un supuesto de suspensión del procedimiento judicial sumario. El Juez convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar cuatro días desde la citación; oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día (art. 132 de la LH).

B) *Supuesto de certificación bancaria*

Ante la notificación y el requerimiento de pago, el deudor tiene las siguientes posibilidades:

- a) Manifestar su conformidad o al menos guardar silencio, lo que también se interpreta como manifestación de conformidad (107).
- b) Alegar (dentro de los ocho días siguientes a la notificación) error. En este caso se abre un procedimiento especial, puesto que el Juez competente para entender del procedimiento de ejecución y a petición de una de las partes, «citará a éstas, dentro del término de ocho días, a una comparecencia y, después de oírlas, admitirá los documentos que se presenten y acordará, dentro de los tres días, lo que estime procedente. El auto que se dicte será apelable en un solo efecto, y el recurso se sustanciará por los trámites de apelación de los incidentes».
- c) Alegar (en el mismo plazo antes indicado) falsedad, en cuyo caso si se incoare causa criminal «quedará interrumpido el procedimiento hasta que en dicha causa recaiga sentencia firme o autor de sobreseimiento libre o provisional».

2. SISTEMA INTRODUCIDO POR LA LEY 1/2000

A) *Supuesto de la doble libreta*

La nueva Ley se refiere a este punto diciendo simplemente que se puede alegar error en la determinación de la cantidad exigible cuando el saldo que

(107) ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 354. En el mismo sentido, SALAZAR GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 2575.

arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante. Es decir, en este punto no se cambia el régimen del artículo 153 de la LH, ni tan siquiera cambia respecto del procedimiento que ha de seguirse con posterioridad puesto que en el número 2 del artículo 695 dice lo mismo que el artículo 132:

Artículo 695.2: «Formulada la oposición a que se refiere el apartado anterior, se suspenderá la ejecución. El tribunal, mediante providencia, convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar cuatro días desde la citación; oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime precedente dentro del segundo día».

B) *Otros supuestos*

En los casos en los que no se trate de doble libreta, de la Ley se desprende una doble distinción:

1. Cuando la obligación garantizada no sea «el saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares», o aunque lo fuere, no se pactó el sistema de certificación bancaria.

En este supuesto hay que aplicar el régimen que se establece en general para los casos de ejecución dineraria, de tal manera que por aplicación del artículo 558.2 (que se remite a los arts. 572 y 574) podrá oponerse pluspetición, y el tribunal, a solicitud del ejecutado, designará mediante providencia perito que emita dictamen sobre el importe de la deuda. En tal caso, se dará traslado del dictamen a ambas partes y la vista no se celebrará hasta pasados diez días a contar desde el siguiente a dicho traslado.

2. Cuando la obligación garantizada sea «el saldo resultante del cierre de cuentas corrientes u operaciones similares derivadas de contratos mercantiles» y, además, por tratarse de una entidad de crédito, ahorro o financiación, se hubiere convenido que la cantidad exigible sea la especificada en certificación expedida por la entidad acreedora. Este es el supuesto del artículo 695.1.2.^a, párrafo II. Pues bien, el ejecutado podrá alegar error en la determinación de la cantidad exigible, pero deberá expresar con la debida precisión los puntos en los que discrepe de la liquidación efectuada por la entidad.

C) *Otras causas de oposición*

Según el artículo 695 no caben más causas de oposición que la alegación de error (en la forma que hemos visto) o extinción de la garantía, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipo-

teca, o escritura pública de carta de pago o cancelación. Pero el artículo 697 recoge el supuesto que en el 153 de la LH se denomina oposición por falsedad, ya que dice el precepto de la nueva Ley que «...los procedimientos a que se refiere este capítulo sólo se suspenderán por prejudicialidad penal, cuando se acredite, conforme a lo dispuesto en el artículo 569 de esta Ley, la existencia de causa criminal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que determine la falsedad del título, la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución» (108).

D) *Plazo para la oposición y sustanciación de la misma*

El plazo de ocho días de la LH hay que entenderlo modificado por el plazo que con carácter general se establece en la nueva Ley. Así por aplicación de los artículos 556, 557 y 558, el ejecutado podrá oponerse «dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache la ejecución» (sobre despacho de la ejecución, v. *supra*).

A partir del momento en que se haya formulado la oposición, se suspenderá la ejecución. El tribunal, mediante providencia, convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar cuatro días desde la citación; oír a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día (art. 695.2).

El auto que estime la oposición fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución (art. 695.3) y *no será susceptible de recurso alguno* (art. 695.4).

X. OTRAS CUESTIONES

1. CESIÓN DEL CRÉDITO GARANTIZADO CON LA HIPOTECA

Durante la vida del contrato, dado que todavía no se ha llevado a cabo la determinación del saldo resultante, todo lo más que puede hacerse es la cesión de la total posición jurídica del acreedor hipotecario, pero por la vía de la

(108) Artículo 569. *Suspensión por prejudicialidad penal.*

«1. La presentación de denuncia o la interposición de querrela en que se expongan hechos de apariencia delictiva relacionados con el título ejecutivo o con el despacho de la ejecución forzosa no determinarán, por sí solas, que se decrete la suspensión de ésta.

Sin embargo, si se encontrase pendiente causa criminal en que se investiguen hechos de apariencia delictiva que, de ser ciertos, determinarían la falsedad o nulidad del título o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución, el tribunal que conozca de ella, oídas las partes y el Ministerio Fiscal, acordará la suspensión de la ejecución».

cesión del contrato, que requeriría el consentimiento del deudor (SALAZAR GARCÍA) (109).

Una vez cerrada y liquidada la cuenta y reflejado el saldo en el Registro por nota marginal, la cesión se hará conforme a las reglas generales (110).

2. SUBROGACIÓN

Para los supuestos en los que se adquiera la finca hipotecada con descuento o retención del importe de la *obligación garantizada* (art. 118 de la LH), o bien se lleve a cabo el pago de la obligación por el deudor que vendió la finca o por el tercer poseedor que soportó la ejecución, tales interesados quedan subrogados en los derechos del acreedor hipotecario, lo que se contempla en su aspecto registral en los artículos 230 y 231 del RH. Pues bien, añade el artículo 232 del RH que: «Lo dispuesto en los dos artículos anteriores será aplicable a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, cuentas de crédito u otras análogas si se acreditase, mediante el documento correspondiente, que la obligación garantizada no llegó a contraerse o se ha extinguido, acompañando en su caso instancia del deudor pidiendo que se haga constar la subrogación en el Registro».

En palabras de SALAZAR GARCÍA (111), curioso supuesto este en el que la hipoteca (que está vacía de contenido) despliega todo su potencial frente al adquirente en virtud de la subrogación de éste, reforzando la posición del anterior propietario frente al enriquecimiento injusto del adquirente con la hipoteca en que se subroga.

3. CANCELACIÓN

En cuanto que, como ha quedado dicho, el régimen que ha de aplicarse a esta clase de hipotecas es el de las obligaciones sujetas a condición suspensiva (v. *supra*), es lógico que puedan aplicarse los artículos 238 y 239 del Reglamento Hipotecario (112).

4. EL MERCADO HIPOTECARIO

Con arreglo al Real Decreto de 17 de marzo de 1982 (modificado por el de 2 de agosto de 1991), este tipo de obligaciones no reúnen los requisitos

(109) *Ob. cit.*, pág. 2578.

(110) *Ob. y loe. cit.*

(111) *Ob. y loe. cit.*

(112) En el mismo sentido, SALAZAR GARCÍA, *ul. loe. cit.*

necesarios para servir de base a la emisión de cédulas, bonos o participaciones hipotecarias (cfr. art. 32). No obstante, dentro de esta figura ha quedado también incluido el supuesto que se ha denominado de «apertura de crédito instrumentado en cuenta corriente», de tal manera que de conformidad con lo que se deduce de la Resolución de 6 de noviembre de 1999, habrá de prece-derse en los términos que ya destacó PEDRO AVILA NAVARRO (113): debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad, la cantidad de la primera disposición que realiza el acreditado, con la finalidad de que la hipoteca pueda servir *en la parte que conste registralmente* de cobertura para la emisión de títulos en el mercado hipotecario.

BIBLIOGRAFÍA

- AURIOLES MARTÍN, ADOLFO, *Derecho Mercantil*, obra colectiva coordinada por GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, segunda edición, vol. II, pág. 470.
- AVILA NAVARRO, PEDRO, *La Hipoteca (Estudio registral de sus cláusulas)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1990. *Formularios Notariales*, tomo III, cuarta edición. También en *Boletín del Centro de Estudios de Cataluña*, núm. 84: «La primera disposición en las hipotecas de "crédito abierto" de "La Caixa"».
- CORDERO LOBATO, ENCARNA, *La hipoteca global (la determinabilidad del crédito garantizado)*, Editado por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1997.
- DAPENA MOSQUERA, JESÚS, «La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 95, 96, 97 y 98, noviembre de 1932 a febrero de 1933.
- DE LA RICA Y ARENAL, RAMÓN, «Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945.
- «Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario», Madrid 1948, recogido dentro del *Libro homenaje a don Ramón de la Rica y Arenal*, tomo I.
- EGEA IBÁÑEZ, RICARDO, «La hipoteca de máximo», en *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, núm. 278, 1991.
- GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria*, 1994.
- GARCIA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, CÉSAR, «Patología actual de la hipoteca de máximo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 593, julio-agosto de 1989.
- GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, «Estudio sobre las modernas figuras del crédito abierto garantizado con hipoteca», dentro del *Libro homenaje a José María Chico Ortiz*, pág. 803 y sigs.

(113) *Boletín del Centro de Estudios de Cataluña*, número 84, «La primera disposición en las hipotecas de "crédito abierto" de "La Caixa", ob. cit.

- Leyes Hipotecarias y Registrales de España, Fuentes y Evolución. Ley de 1909*, Edición preparada por el Centro de Estudios Hipotecarios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España con ocasión del II Congreso Internacional de Derecho Registral.
- LÓPEZ LE, JOSÉ, dentro del libro *Derecho Hipotecario*, de ROCA SASTRE, octava edición, pág. 62 y sigs.
- MARTÍN MARTÍN, ABEL, «DOS cuestiones en torno a la hipoteca del artículo 153 LH», dentro del *Libro homenaje a Jesús López Medel*, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999, tomo I, pág. 811 y sigs.
- PARES, SEBASTIÁN, «Hipoteca en garantía de cuentas corrientes», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 52, enero de 1918.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, tercera edición, tomo II.
- REY PORTÓLES, JUAN MANUEL, «Bombazo contra la hipoteca-sumidero. Comentario a la Resolución de 23 de diciembre de 1987. BOE de 1 de febrero de 1988», publicado en el núm. 3 de la Revista *Lunes 4,30*, y recogido en el libro *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. *Hipoteca con cláusula de «endowment»*. *Hipoteca flotante*. Conferencia recogida dentro del ya citado libro de *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*.
- ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA, *Derecho Hipotecario*, octava edición realizada por Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, tomo VIII.
- SALAZAR GARCÍA, JORGE, «Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito», en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España*, año 1992, núm. 294.
- VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo II, tercera edición.

JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO
Registrador de la Propiedad y Mercantil
Letrado excedente de la Dirección General
de los Registros y del Notariado