

mos la forma de proceder judicialmente cuando se intentase alegar ese «negocio traslativo anterior a la inscripción» que se lleva por delante de la prioridad, el tracto sucesivo, la protección del tercero, la legitimación y todo lo demás. Creo que los ciento treinta y cinco o más años que avalan la creación y aplicación de la legislación hipotecaria merecen otro trato más respetuoso.

J. M.^a CH. O.

RESOLUCION DE 11 DE ENERO DE 1995.—HIPOTECA DE MAXIMO EN GARANTIA DE OBLIGACIONES ACTUALES Y FUTURAS.

Resolución de 11 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Cobo de Guzmán, en nombre del «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Salamanca, a inscribir una escritura de hipoteca de máximo, en virtud de apelación del recurrente.

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Cobo de Guzmán, en nombre del «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Salamanca, a inscribir una escritura de hipoteca de máximo, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos. I. El día 13 de mayo de 1993, mediante escritura pública otorgada ante don Julio Rodríguez García Notario de Salamanca, don Remigio Domínguez Cifuentes y su esposa doña Angélica Diez Fernández, constituyeron a favor del «Banco Hispanoamericano, Sociedad Anónima» una hipoteca de máximo sobre una finca urbana propiedad del recurrente por hasta un principal de 27.000.000 de pesetas sus intereses de tres años, por un total de 12.480.000 pesetas, más 5.200.000 pesetas para prestaciones accesorias. En la citada escritura se establecen las siguientes estipulaciones: «Tercera. Las obligaciones garantizadas por la hipoteca son cuantas tengan contraídas a la fecha de esta escritura, y las que contraigan dentro del término de cinco años a nombre de la compañía “Remigio Domínguez e Hijos, Sociedad Anónima”, aunque su vencimiento sea ulterior, contraten los prestatarios con el “Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima”, derivadas del préstamo, créditos simples o en cuenta corriente créditos documentados, efectos de comercio de que el Banco sea tenedor y aparezcan librados, endosados, aceptados o avalados por los deudores; avales prestados por el Banco, por cuenta de los deudores; descubiertos en cuenta de cualquier origen, fianzas prestadas en favor del Banco y cualesquiera otras que tengan su origen en operaciones regulares del negocio bancario, así como los intereses, gastos y demás obligaciones que sean accesorias de las expresadas. Quinta. La existencia de la presente hipoteca, y el plazo expresado en la estipulación tercera, no afectará la individualidad y subsistencia de cada una de las obligaciones que los prestatarios contraigan con el Banco, las cuales tendrán su régimen específicamente pactado en cuanto a vencimiento, intereses y demás modalidades, salvo en cuanto a tipo de interés, lo señalado en la estipulación sexta. Consiguientemente el Banco podrá exigir a su vencimiento el pago de cualquier obliga-

ción de que dicha exigibilidad, incluso judicial, se vea estorbada por la hipoteca que aquí se constituye. Sexta. El Banco acreedor podrá en todo momento, hasta seis meses después de vencida la última obligación garantizada, abrir en sus libros una cuenta especial en el que serán partidas de adeudo el importe de los efectos de comercio descontados que resultaren impagados con sus correspondientes gastos, así como las demás obligaciones vencidas o dadas por vencidas, anticipadamente, de acuerdo con lo pactado en cada una de ellas, con sus intereses liquidados, al tipo respectivamente estipulado, hasta la fecha del adeudo y demás obligaciones accesorias, y de abono las cantidades satisfechas para su pago total o parcial por los prestatarios o terceras personas. Abierta la cuenta especial expresada, el saldo devengará unos intereses del 16 por 100 anual, liquidables y pagaderos trimestralmente, sin que su adeudo en la cuenta se repunte pago a los efectos prevenidos en la estipulación novena. Novena. En cualquier momento en que los prestatarios carezcan de toda obligación, vencida o pendiente, de las garantizadas por la hipoteca, podrá exigir al Banco, y éste vendrá obligado a acceder a ellos, que sea otorgada por el "Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima", la correspondiente escritura de cancelación total de la hipoteca, a expensas de los hipotecantes. Décima. Para el ejercicio de la acción hipotecaria por cualquiera de los procedimientos admisibles, bastará acompañar a la copia con fuerza ejecutiva de la presente escritura, alternativamente: a) Los títulos acreditativos de las distintas obligaciones, con los requisitos que, en su caso, cada uno de ellos precisará para la determinación de la liquidez de la deuda, a los efectos del juicio ejecutivo, si bien, en cuanto a las Letras de cambio y demás efectos de comercio, bastará la mera aportación de éstos, sin necesidad de protesto, implicando su tenencia, después del vencimiento, el impago de los efectos y la certeza de la deuda. b) Certificación del saldo de la cuenta especial referida en las estipulaciones sexta y siguientes, que se notificarán junto con su extracto, a los deudores, todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 245 del Reglamento Hipotecario y 142 y cuatro últimos párrafos del 153 de la Ley Hipotecaria. Para acreditar la deuda por prestaciones accesorias caso de que no se hayan incluido en la cuenta especial y certificación a que alude el párrafo b) anterior bastará la prestación de los justificantes de pago de primas de seguros, impuestos, incluso de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su caso, u otros cualesquiera, contribuciones, gastos notariales y registrales y gastos de comunidad o alternativamente certificación del Banco del saldo de prestaciones accesorias, que desde ahora, y para en su momento, los hipotecantes reputan suficiente para acreditar su liquidez sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los cuatro últimos párrafos del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, si se optara por el mecanismo de la certificación bancaria. Undécima. El banco acreedor podrá exigir el pago de su crédito en juicio declarativo en el ejecutivo ordinario, mediante el procedimiento judicial sumario o en el extrajudicial, y ello sin perjuicio de reclamar, incluso judicialmente cada uno de los créditos garantizados con la presente hipoteca a través de sus propios títulos, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo de la cláusula séptima, sin que la iniciación del procedimiento correspondiente impida el ejercicio de las acciones derivadas de la presente escritura o viceversa mientras el Banco no se haya reintegrado totalmente de lo que se le adeude, ya que el presente otorgamiento en modo alguno nova, extingue o afecta a los derechos y acciones que correspondan al Banco derivados de los títulos de créditos garantizados por la presente super-

posición de garantía hipotecaria. A los efectos oportunos: a) Tasan la finca hipotecada en 46.280.000 pesetas. b) Se designa como domicilio para notificaciones y requerimientos el que figura en la comparecencia de esta escritura esto es, en esta ciudad de Salamanca calle Gonzala Santana números 8 y 12, piso tercero, letra B. c) Se nombra como mandatario para la venta, en su día, de la finca, caso de ejecución extrajudicial, al propio acreedor».

II. Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de Salamanca, fue calificada con la siguiente nota: «Se deniega la inscripción de la hipoteca de máximo a que se refiere la escritura que antecede, por el defecto insubsanable de no constituirse en garantía de una obligación concreta, presente o futura, de la cual la hipoteca debe ser accesoria (artículos 1.857, 2 del Código Civil, 104 y 142 de la Ley Hipotecaria), sino pretender configurar una especie de hipoteca “flotante”, aplicable a cualquier obligación que los mismos hipotecantes o la sociedad “Remigio Domínguez e Hijos Sociedad Anónima”, tengan contraída o puedan contraer en un plazo de cinco años (según la estipulación tercera), a favor de la entidad acreedora, dejando a su exclusivo arbitrio la facultad de elegir, en su momento, el crédito que efectivamente vaya a quedar cubierto con la hipoteca hasta el límite máximo previsto, posibilidad ésta, no admisible en nuestro sistema hipotecario, en el que el Derecho real de hipoteca siempre debe ser accesorio de una obligación determinada la cual, por exigencia del principio de especialidad, debe resultar plenamente identificable y estar definida en sus líneas fundamentales, entre ellas su plazo de vencimiento, extremos que no concurren en la escritura que motiva esta nota. Salamanca a 3 de noviembre de 1993. El Registrador. Firmado, José María Gómez Valledor».

III. La Procuradora de los Tribunales doña Elena Cobo Guzmán, en representación del «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: I. Que la denegación de la inscripción de la hipoteca de máximo, otorgada conforme a la minuta del «Banco Central Hispanoamericano, Sociedad Anónima», supone una ruptura con la doctrina tradicional en materia de hipotecas de seguridad y con el reconocimiento de la hipoteca de máximo por la jurisprudencia registral, pese a su falta de tipificación legal, que ha contemplado esta garantía real en un sentido permisivo muy aperturista. II. Que la hipoteca de máximo ha sido definida como la que constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios. Que según la definición dada por la Resolución de 5 de febrero de 1945, a diferencia de la hipoteca ordinaria o de tráfico, la fe pública registral, así como la legitimación por el Registro, no se extienden del Derecho real de hipoteca al correspondiente crédito garantizado, por quedar la existencia y cuantía de este crédito supeditada a la realidad jurídica extraregistral o cesionarios del referido crédito hipotecario. III. Que de la anterior definición y de la jurisprudencia registral, la doctrina tradicional ha extraído las siguientes características básicas de esta clase de hipotecas de seguridad, todas las cuales concurren en la escritura objeto de este recurso, a saber: A) Fijación de un máximo de responsabilidad hipotecaria. En la estipulación primera de la escritura se establece la cantidad máxima hasta la cual responde la finca hipotecada (ver hecho 1), y determinando con ello de antemano el importe máximo de crédito que asegura la hipoteca, y por ello; se cumple la exigencia de principio de especialidad. B) Indeterminación de la existencia o

cuantía de los créditos garantizados por la hipoteca de máximo. El caso más frecuente y que es el de la escritura que se estudia, el volumen del crédito que en cada momento esté garantizando la hipoteca, podrá oscilar entre cero y el máximo, dentro del límite predeterminado de responsabilidad hipotecaria. C) Indicación del crédito en sus líneas fundamentales. Que según la Resolución de 5 de marzo de 1929, en cuanto a la determinación de la obligación cuyo cumplimiento queda asegurado con la hipoteca de máximo, basta establecer las líneas fundamentales, y así lo considera también la doctrina. Que analizando la escritura objeto de este recurso, se cumple sobradamente el requisito de indicar el crédito o créditos en sus líneas fundamentales. En este punto hay que tener en cuenta las Resoluciones de 16 de junio de 1936 y de 5 de febrero de 1945. D) Determinación por medios extrahipotecarios del crédito que en definitiva resulte garantizado. Que lo establecido en la Resolución 16 de marzo de 1929, y artículo 245 del Reglamento Hipotecario, explica la existencia en la escritura del pacto establecido en la cláusula sexta IV. Que en cuanto a las obligaciones que se pueden asegurar con hipoteca hay que señalar lo establecido en los artículos 1.861 del Código Civil, 142 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 15 de febrero de 1926. Que conforme al Derecho civil y mercantil, es lícito y tiene fuerza de obligar el contrato de afianzamiento para garantizar el buen fin de determinadas operaciones bancarias, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 1.822 y 1.825 del Código Civil, y la posibilidad reconocida en el artículo 1.426, 6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Que teniendo en cuenta lo anterior, la negativa a la inscripción de la comentada escritura, vulnera el espíritu abierto de nuestra legislación hipotecaria y los artículos 1.861 del Código Civil, y 105 y 142 de la Ley Hipotecaria V. Que la hipoteca cuya inscripción se deniega no quebranta el principio de especialidad, pues en la hipoteca de seguridad, por virtud de sus rasgos propios, es claro que el crédito no puede constar en el Registro con las precisiones necesarias para que los terceros puedan conocer el alcance del crédito asegurado y se cumple dicho principio con la simple función de un máximo de responsabilidad hipotecaria. Ello justifica el especial régimen del tipo de hipoteca de seguridad de máximo, en cuanto a su eficacia contra tercero, y en lo concerniente a las particularidades específicas del procedimiento para hacerla efectiva, contenido en el artículo 245 del Reglamento Hipotecario.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó: 1.º Que la nota de calificación no cuestiona la posibilidad de constituir hipotecas de máximo y seguridad en garantía de obligaciones futuras, sino, si en el presente caso, la obligación que se pretende asegurar está suficientemente determinada o, por el contrario, no lo está en absoluto, al no constituirse la hipoteca en garantía de una única obligación, sino de una pluralidad de créditos, integrada por todas las deudas, presentes o futuras, que la entidad acreedora tenga contraídas o pueda contraer en un plazo de cinco años contra el hipotecante o, incluso contra otras personas. 2.º Que es una exigencia del principio de especialidad que la obligación garantizada con una hipoteca esté determinada en sus líneas esenciales. En este sentido se pronuncian las Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 y 28 de febrero de 1928. 3.º Que del examen de la estipulación tercera de la escritura cuya inscripción se deniega resulta que el futuro crédito garantizado, no sólo no está definido en: sus líneas maestras de forma que resulte identificable (artículo 1.273 de Código Civil), sino que lo que en realidad se ha pretendido asegurar con la hipoteca es cualquier relación obligatoria ya existente entre el banco acreedor y los hipotecantes o la sociedad

«Remigio Domínguez, Sociedad Anónima», o que se pueda contraer en un plazo de cinco años. Este hecho de garantizar una pluralidad de obligaciones con una misma hipoteca, le hace perder a ésta el carácter accesorio de la obligación asegurada que, de forma imperativa, imponen los artículos 1.857, 1 del Código Civil y 12 y 104 de la Ley Hipotecaria. Que de admitirse tal posibilidad, significaría que el acreedor pudiera aplicar en su día la garantía hipotecaria, a su exclusivo arbitrio, a cualquiera de los créditos que tuviera contra el hipotecante y que el posible tercer adquirente del inmueble hipotecado o titular de un derecho posterior sobre la misma finca, no pudiera saber a qué deuda había de hacer frente, hasta que el acreedor eligiera una de las posibles. 4.º Que el presente caso guarda una notable semejanza con el resuelto por la Resolución de 23 de diciembre de 1987. Pero no es esta la única vez que la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha mostrado contraria a la admisibilidad de las hipotecas llamadas flotantes, y así cabe citar las Resoluciones de 4 de julio de 1984, 26 de noviembre de 1990, 3 de octubre de 1991 y 17 de enero de 1994. 5.º Que prescindir del carácter accesorio de la hipoteca respecto a la deuda asegurada y permitir que el acreedor elija, a cuál de ellas se va aplicar la garantía hipotecaria implicaría, como dice la doctrina, un privilegio con violación de toda normativa sobre concurrencia y prelación de créditos.

En este mismo sentido cabe citar la Resolución de 17 de enero de 1994. 6.º Que es cierto que se pueden garantizar con una sola hipoteca una pluralidad de obligaciones, refundiéndolas en una cuenta corriente y garantizando el saldo que en su día resulta, de la forma prevista en los artículos 153 de la Ley Hipotecaria y 245 del Reglamento Hipotecario. Ello quiere, según reiterada Jurisprudencia la novación de los créditos incluidos en la cuenta de modo que pierdan su autonomía y sean sustituidos por el saldo resultante en el momento de su cierre. Pero, en el caso que se estudia no se ha pretendido acudir al sistema de cuenta corriente, como pone de manifiesto la estipulación séptima. En este punto hay que citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1941, 24 de noviembre de 1943, 8 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1965, y las Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 y 3 de octubre de 1991. 7.º Que en el caso presente, la finca hipotecada se halla afecta a una anotación de solicitud de la declaración de estado de suspensión de pagos. De admitirse la hipoteca flotante, significaría que el Banco acreedor podría hacer uso del Derecho de abstención que el artículo 15 de la Ley de Suspensión de Pagos confiere a los créditos hipotecarios, no respecto a una obligación concreta y determinada, sino respecto a la que el mismo acreedor a su arbitrio eligiera. Igualmente podría elegir un crédito para ejecutarlo extraconcursalmente; sin que el estado de insolvencia del deudor fuera motivo para la suspensión del procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria.

V. El Notario autorizante de la escritura informó: 1.º Que la escritura objeto de este recurso fue redactada literalmente con arreglo a la minuta facilitada por el propio Banco. 2.º Que una hipoteca idéntica constituida anteriormente, con arreglo a la misma minuta, ha sido inscrita. 3.º La hipoteca constituida al ser considerada como hipoteca de máximo reúne todos los requisitos que la doctrina y la jurisprudencia exigen para esta clase de hipotecas. Que deben tenerse en cuenta fundamentalmente las cláusulas sexta y décima de la escritura. Que se adhiere a los fundamentos alegados por el recurrente.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, confirmó la nota del Registrador, fundándose en que el carácter accesorio del derecho real de hipoteca, el principio de especialidad y la necesidad de protección de los terceros adquirentes del inmueble hipotecado exigen esa previa determinación registral, que brilla por su ausencia en la escritura cuestionada y que, en definitiva, que no se hace sino poner de relieve como el contenido de su estipulación tercera no identifica los créditos en los términos mínimos exigibles, conforme enseñan las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de diciembre de 1987, 26 de noviembre de 1986 y 17 de enero de 1994.

VII. La Procuradora de los Tribunales apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones que constan en el escrito de interposición del recurso.

Fundamentos de Derecho.—Visto el artículo 246 del Reglamento Hipotecario y la Resolución de 17 de enero de 1994,

1. Se plantea en este recurso la cuestión de si es posible una hipoteca que hasta cierta cuantía máxima garantizaría no una obligación concreta y determinada sino, indiferencialmente, cuantas obligaciones tengan determinadas personas contraídas hasta la fecha de la escritura con cierto Banco y las que, dentro del término de cinco años, contraigan «en operaciones regulares del negocio bancario, así como los intereses, gastos y demás obligaciones que sean accesorios de las expresadas» (estipulación tercera). En la escritura se deja a salvo expresamente «la individualidad» de cada obligación y la sujeción a su régimen específico (estipulación quinta). Y se faculta al Banco a abrir, en cualquier momento una cuenta especial con los cargos y abonos, sin que la inclusión de una obligación en la cuenta implique «la pérdida de su individualidad por no tratarse de un propio contrato de cuenta corriente, sino de un marco contable a efectos de función de saldos y liquidaciones de deudas» (estipulación sexta), conviniéndose (estipulación décima) en que la acción hipotecaria puede basarse, entre otros títulos alternativos, en la «certificación del saldo de la cuenta especial» de conformidad con lo establecido en el artículo 245 del Reglamento Hipotecario, y en que el ejercicio de la acción hipotecaria no impedirá la reclamación judicial de cada crédito a través de las acciones que competan por razón de su propio título ni viceversa (estipulación undécima en relación con la séptima).

2. Si bien esta Dirección General tiene afirmado que en materia de hipoteca el principio de determinación de los derechos inscribibles se ha de acoger, en cuanto a los datos relativos a la obligación garantizada con cierta flexibilidad a fin de facilitar el crédito, en el presente caso dista de cumplirse con los mínimos exigibles pues ni cabe la constitución de hipoteca en garantía de una masa indiferenciada de obligaciones ya existentes ni es posible garantizar con hipoteca las obligaciones totalmente futuras.

3. En cuanto a este último extremo, ya decidió este Centro Directivo por Resolución de 17 de enero de 1994, basándose en las razones que en ella quedaron expuestas, que se exige que el crédito, por el momento inexistente y que haya de quedar garantizado, ha de provenir necesariamente de una relación jurídica ya existente entre las partes, y ocurre en el caso planteado que las obligaciones futuras que se quieren garantizar no son las que puedan derivar como vicisitud eventual de una relación jurídica previa, sino las que

en un futuro queden constituidas *ex novo* por libre decisión individualizada de acreedor y deudor.

4. Pero tampoco sería posible la constitución de la hipoteca, aunque se hubiera limitado a garantizar obligaciones ya existentes, si en lugar de identificar la obligación garantizada se extiende la garantía a la masa indiferenciada de obligaciones que pudiera tener contraídas determinado deudor o deudores con el acreedor garantizado. Los principios de especialidad y de accesoriedad de la hipoteca exigen precisa determinación de la obligación que la hipoteca sirve (cfr. arts. 1.857 del Código Civil y 9.2 y 12 de la Ley Hipotecaria y 51, 6.º del Reglamento Hipotecario), y cuyas vicisitudes (transmisión, extinción) son, por la accesoriedad, vicisitudes del mismo Derecho de hipoteca. Las Resoluciones de 3 de octubre de 1991 y 23 de diciembre de 1987 ya expresaron que la simple reunión contable de diversas operaciones bancarias, como la prevista en la escritura ahora cuestionada, carece de virtualidad suficiente para provocar una obligación substantiva e independiente por el saldo resultante, que pudiera por sí sostener la garantía hipotecaria.

5. No puede invocarse en favor de la hipoteca pretendida, el artículo 245 del Reglamento Hipotecario, pues tanto de su propio tenor literal como de los preceptos a que se remite, se deduce inequívocamente que el supuesto en él considerado presupone una relación básica de crédito ya vinculante, instrumentalizada en una cuenta corriente en la que habrá partidas de abono, pero también de cargo por los conceptos acordados, en el momento de su constitución, las cuales perderán su exigibilidad aislada desde entonces, siendo sustituidas con pleno alcance novatorio por el saldo que al tiempo de la liquidación resultare, el cual constituirá la única obligación exigible y garantizada, en su caso, con la hipoteca. Sólo en este sentido puede entenderse la expresión que utiliza el artículo 245 del Reglamento Hipotecario «importe de la obligación asegurada»; o la remisión al artículo 142 de la Ley Hipotecaria que regula la hipoteca en garantía de obligación futura o condicional; y, en fin, la remisión al artículo de la Ley Hipotecaria que regula la hipoteca en garantía de la apertura de créditos instrumentados en cuenta corriente.

Esta Dirección General ha accorda desestimar el recurso.

Madrid, 11 de enero de 1996.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

(BOE de 17 de febrero)

COMENTARIO

1. De nuevo la Resolución de 11 de enero de 1995 se ha pronunciado sobre la inscripción de la llamada hipoteca «sumidero», llamada también hipoteca *omnibus* o hipoteca «flotante». Y de nuevo la Dirección ha insistido en su conocida postura negativa (Cfr. RR 23 de diciembre de 1987; 26 de noviembre de 1990; 3 de octubre de 1991 y 17 de enero de 1994).

Una decisión que, por confirmatoria de otras cuatro, todas posteriores a 1986, remacha una doctrina que se aparta, como por desgracia viene sucediendo con más frecuencia de la que sería de desear, de la que ininterrumpi-

damente venía siendo mantenida por el mismo Centro desde 1917 (la última en 1985).

2. Tres parecen ser las razones que se oponen a la inscripción de las escrituras ordinarias de constitución de una sola hipoteca de máximo en garantía de un conjunto de obligaciones, algunas presentes pero las más normalmente futuras, que las partes conscientemente pretenden mantener «separadas», esto es, unificadas en una cuenta meramente contable, sin eficacia novatoria.

En primer lugar las hipotecas flotantes topan con graves dificultades para superar con éxito la prueba del acceso registral por mor de las exigencias que a nuestro sistema hipotecario imponen los principios de accesoriedad y determinación.

En segundo lugar (aunque este punto se encuentra escasa por no decir absolutamente descuidado en la jurisprudencia que nos ocupa) las hipotecas flotantes deben salvar, porque las partes pretenden mantener «independientes» los créditos asegurados también en la fase de ejecución, los obstáculos que opone el principio de indivisibilidad de la hipoteca.

En tercer lugar las hipotecas flotantes, en que por hipótesis falta la cuenta novatoria, no son por sí mismas títulos ejecutivos y desde luego carecen de acceso directo al judicial sumario.

3. Cada una de estas razones incide en flancos distintos y deriva en consecuencias de orden muy variado, por ser ni siquiera, son argumentos totalmente independientes (sin duda el primero y el último están muy relacionados), pero lo cierto es que a ellos parece reducirse la discusión. No todos, sin embargo, merecerán hoy nuestra atención.

Forzados por el planteamiento de la citada Resolución de enero de 1995 nos limitaremos sólo a discutir los problemas que plantea la confrontación de la hipoteca flotante con las exigencias que derivan de los principios de accesoriedad y sobre todo de determinación de los créditos asegurados con hipoteca.

4. Nada es más ilustrativo que la comparación de sistemas, también de sistemas legislativos o doctrinas jurisprudenciales. El «nuevo» trato que la doctrina registral dispensa a la hipoteca flotante se vuelve «transparente», desde luego en sus consecuencias sociales y económicas pero también en sus premisas jurídicas, cuando se compara la doctrina en que se asienta con la que sustentan ordenamientos hipotecarios o respuestas jurisprudenciales que defienden soluciones de signo contrario.

Por lo que al Derecho comparado se refiere la elección como término de comparación del Derecho alemán (1) parece oportuna: la influencia de la doctrina alemana en el Derecho y la Jurisprudencia registral española es obvia por evidente.

En cuanto al examen de nuestra «antigua», para algunos incluso «vieja» jurisprudencia, —calificativos que por cierto nos advierten sobre que tipo de

(1) Para el Derecho alemán nos hemos servido del antiguo pero muy útil todavía M. WOLFF, *Derecho de cosas 2* (Barcelona, 1971). Menos interesantes J. W. HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil 2* (Madrid, 1955) y A. NUSSBAUM, *Tratado de Derecho hipotecario alemán* (Madrid, 1929). Más modernos el completo F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts, 11 Auflage* (München, 1981) y el sugerente F. LENT Y K. H. SCHWAB, *Sachenrecht, 17 Auflage* (München 1979). Se ha usado la versión del *BGB* de C. MELÓN, *Código Civil Alemán* (Barcelona, 1955).

mentalidades, por llamarles de alguna manera, hay a veces que enfrentarse— parece una opción obligada (2): se trata de comprender como, con apoyo en unos mismos preceptos sustantivos, han podido defenderse posturas opuestas cuando no lisa y llanamente contradictorias.

Porque, conviene ya adelantarlo, durante muchos años, las hipotecas flotantes, en formas o «presentaciones» muy variadas, han tenido franco el acceso registral con apoyo por cierto en una doctrina jurisprudencial presentada con notable rigor por personas a las que se reconocía una gran autoridad (3).

1. CONTENIDO DEL PRIVILEGIO HIPOTECARIO

El Derecho real de hipoteca sujeta una finca, cualquiera que sea su poseedor, al pago de una obligación. El acreedor ve reforzada su posición jurídica, al obtener una protección añadida a su interés en cobrar; protección que, a lo que ahora interesa, opera en un doble plano:

i) La hipoteca, para proceder al pago del crédito que asegura, sustrae la finca gravada, hasta la cifra inscrita, del reparto igualitario con los demás acreedores del propietario.

ii) La Ley pone, a disposición del acreedor hipotecario, un procedimiento para realizar la reserva de valor, que la hipoteca implica, que se caracteriza por su especial rapidez y formidable vigor.

2. ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA Y DETERMINACION DE CREDITOS

Por razones comprensibles nuestro Derecho no pone este excepcional instrumento de poder en manos de los acreedores sin adoptar las oportunas (severas) precauciones:

i) La realización efectiva de la garantía hipotecaria, en Derecho español, sólo es concebible por razón del impago de una obligación determinada, líquida y exigible: no cabe, por la vía de constituir una hipoteca, sujetar en abstracto una finca al pago de determinada cantidad, esto es, aunque falte el crédito.

Nuestro Derecho de hipotecas limita con la deuda inmobiliaria alemana (4). No es posible vincular, sin más, una finca al pago de una cantidad constituyendo una especie de hipoteca «abstracta» (4 bis).

(2) La jurisprudencia antigua se ha tomado de R.M. ROCA SASTRE Y J. MOLINA, *Jurisprudencia Registral* (Barcelona, 1953).

(3) Cfr. J. GONZÁLEZ, *La hipoteca de seguridad en Estudios de Derecho hipotecario y civil* (Madrid 1948).

(4) Dice WOLFF, *Derecho* 2 cit., pág. 197, de modo gráfico, que la deuda inmobiliaria se «enajena». Esto es, la finca se descompone en valores susceptibles de ser transmitidos: el que la adquiere la deuda inmobiliaria apropia un valor sobre un inmueble. La causa (secundaria) que justifica la enajenación de la deuda inmobiliaria, es intrascendente: la finca responde del pago de una cantidad. Lo normal es la deuda inmobiliaria se transmite para servir de garantía a un crédito pero como el asiento nada dice del crédito concretamente garantizado, ninguna excepción basada en él puede operar frente al acreedor. El propietario no es deudor y sólo está facultado para evitar, mediante el pago de una suma en efectivo, que se transforme el fondo en dinero (vía ejecución forzosa).

(4 bis) La hipoteca de máximo no es de ninguna manera un equivalente jurídico de la deuda inmobiliaria. Esta diferencia funcional permite desechar las resistencias que

La salvaguardia de este límite esta encomendada al principio de accesoriedad (5): si no hay crédito que asegurar, no cabe ejecutar la finca hipotecada. A la inversa, sólo si hay una obligación impagada, la hipoteca, porque es accesorio, se vuelve operativa (6).

encuentra en nuestro Derecho la admisión de la hipoteca caución (así bajo la forma de hipoteca en garantía de un conjunto de créditos), en base al razonamiento de que, en la práctica, el acreedor estaría realmente adquiriendo una especie de privilegio general con el que podría jugar a voluntad. El principio de determinación, que gobierna la hipoteca de máximo en todas sus formas, impide precisamente que pueda llegar a producirse este resultado: por ello la jurisprudencia exige que se identifiquen, aunque sea someramente, los créditos que vayan a quedar asegurados por la hipoteca. Acierta la Resolución de 31 de octubre de 1991 cuando afirma que «la hipoteca no puede configurarse como la afección de todo o parte del valor de cambio del bien gravado en favor de un determinado sujeto que, de este modo, obtendría una cobertura genérica que podrá aplicar a cualquiera de los créditos, que ostente, o pueda ostentar en el futuro, contra el constituyente, dentro del límite cuantitativo de la afección pretendida». La ejecución de la hipoteca de máximo sólo devendrá posible si se aporta prueba de que los créditos reclamados —créditos perfectamente determinados, líquidos, vencidos y exigibles—, son precisamente los que habrían sido garantizados. De todos modos no deja de extrañar lo especialmente puntilloso que ha sido la jurisprudencia registral con la hipoteca de máximo a la vista de la «manga ancha» que se «gasta» con la hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda: admite su inscripción aunque las partes no hayan identificado cuál crédito en concreto sea el reconocido. Por lo demás nuestro Derecho conoce negocios con cierta eficacia abstracta: nadie discute la necesidad y admisibilidad en nuestro sistema causal de la letra de cambio. Sobre la naturaleza abstracta de la letra frente a terceros —denominada ahora «abstracción personal»— cfr. el intento de C. PAZ-ARES, *Naturaleza jurídica de la letra de cambio* en A. M. MENÉNDEZ (comp.) *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque* (Madrid, 1986) pág. 206. Y es a la letra, el cheque o el pagaré a quién más se parece la deuda inmobiliaria. No hay que olvidar que la jurisprudencia alemana, con el fin de mitigar sus efectos más indeseables, ha permitido al propietario utilizar, contra el acreedor por deuda inmobiliaria, excepciones por razón de contracréditos e, incluso mientras sea deudor, las procedentes por razón del crédito «oculto» asegurado: cfr. NUSSBAUM, *Tratado* cit. pág. 234.

El paralelo de la deuda inmobiliaria con la letra de cambio, previa advertencia de que la primera funciona como causal entre partes, está explícito en WOLFF, cit. 2 pág. 378.

(5) Nuestro Derecho exige siempre causa, en el sentido de que la hipoteca será viable únicamente si existe la obligación que asegura: de ahí la necesidad de que las características del crédito se incorporen al asiento de hipoteca. En Derecho español la hipoteca de máximo en forma caución tendrá causa sólo si, en algún momento previo a la ejecución, hay créditos impagados, entre los genéricamente garantizados, que cubran la cantidad asegurada por la hipoteca. Sobre las dificultades y la equivocidad de la causa en los contratos de garantía: J. L. LACRUZ, *La causa en los contratos de garantía en RCDI* 544 (81) 732. La abstracción de la deuda inmobiliaria permite la máxima independencia de la «hipoteca» del crédito asegurado. Esta «abstracción» se refiere a la causa primaria, no a la causa del contrato de hipoteca: «lo que induce al deudor o un tercero a conceder la hipoteca» (la llamada por los alemanes «causa secundaria»). De esta última es de la que puede predicarse la onerosidad y la gratuidad. Cfr. WOLFF, cit. 2 pág. 201. Sobre la proximidad de la causa *garantiae* y de la causa *solvendi* A. VON THUR, *Teoría general del Derecho civil alemán* 5 (Buenos Aires, 1948) págs. 79 y 198.

(6) Sobre la crisis del principio de accesoriedad de la hipoteca en la vigente Ley Hipotecaria de 1944 cfr. R. LA RICA, *La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca* en AAMN 4 (1948) 267 ss. La admisión de la hipoteca de máximo exige cierta flexibilidad a la hora de interpretar la necesidad de la accesoriedad; flexibilidad, claro está, que no puede sobrepasar un límite preciso: la quiebra de la accesoriedad nunca puede ser total. De todos modos nuestro Derecho no tiene la acce-

ii) Muy cercano al principio de accesoriedad es el que la doctrina hipotecaria denomina principio de determinación. Sus funciones sin embargo son diferentes y no pueden ni deben confundirse.

No se trata, sólo, de que para ejecutar la hipoteca sea preciso que exista una obligación que asegurar (accesoriedad). Se exige algo más: lo que importa ahora es que nuestro Derecho sólo admite hipotecas en garantía de créditos precisos, perfectamente determinados (principio de determinación *strictu sensu*).

La exigencia institucional, de que la obligación asegurada esté perfectamente determinada, impide que la hipoteca se convierta en un «comodín» en manos del acreedor que éste pueda hacer servir a su antojo. La hipoteca no atribuye al acreedor un valor en la finca que éste podría afectar al pago de cualesquiera créditos o al que más le conviniese entre los que tuviese contra el deudor.

Este principio se resuelve en dos consecuencias encadenadas. La primera advierte que la hipoteca común u ordinaria sirve únicamente a aquellos créditos para cuya garantía se ha constituido. Dejando de lado ahora el caso de la llamada «sustitución» de créditos hipotecarios, en principio no cabe utilizar la hipoteca establecida en garantía de un crédito para asegurar otro distinto.

soriedad por un dogma absoluto. En las hipotecas de cuentas corrientes, existirá gravamen, pero no crédito en la parte de que no se utiliza, mientras tanto no se disponga de todo el crédito abierto o si no se dispone de él en absoluto. Otro tanto sucede en la hipoteca en garantía de deudas futuras si estas no llegan a nacer. Sorprendentemente el Derecho alemán es mucho más respetuoso que el nuestro con el principio de accesoriedad de la hipoteca. Nunca tolera que exista una hipoteca sin crédito, un exceso de hipoteca sobre el crédito: por el exceso surge una deuda inmobiliaria (de propietario). Cfr. nota siguiente.

Cierta doctrina incurre con frecuencia en un equívoco: identifica la hipoteca de propietario con la deuda inmobiliaria de propietario. La hipoteca de propietario no se confunde con la deuda inmobiliaria de propietario. En uno y otro caso el titular de la carga inmobiliaria y el propietario de la finca son la misma persona. Pero habrá hipoteca de propietario si subsiste la obligación a asegurar (evidentemente contra un deudor extraño): si falta (la deuda asegurada está extinguida), surgirá una deuda inmobiliaria de propietario. Piénsese en el acreedor hipotecario que se hace propietario de la finca porque la adquiere del hipotecante pero sigue conservando el crédito asegurado frente al deudor: existe sólo una hipoteca de propietario. Ahora bien si el deudor es declarado heredero del acreedor propietario, y en consecuencia adquiere crédito y finca, surgirá entonces una deuda inmobiliaria de propietario pues el crédito se habría extinguido por confusión. WOLFF, cit. 2 págs. 306. Muy claro en este punto HEDEMANN, *Tratado* 2 cit. pág. 457. En la hipoteca de máximo fluctúa continuamente dentro de la cifra inscrita la parte que es hipoteca (ajena) y la que es deuda inmobiliaria (de propietario), a medida que hay créditos y también, a la inversa, cuando se devuelve parte del crédito o se cede a un tercero, WOLFF, cit. 2 pág. 371. Sobre éste período de «interinidad»: NUSSBAUM, cit. pág. 212. *Contra* LENT-SCHWAB, *Sachenrecht* cit. pág. 258: mientras no se incorporan los créditos habría sólo deuda inmobiliaria. «*Sollte das Grundstück zur Zwangsversteigerung kommen, ehe die Forderung überhaupt entstanden ist, so kann der Betrag, der aus dem Erlös auf die Hypothek entfällt, nicht dem Gläubiger zufallen, der ja keine Forderung hat, sondern nur dem Eigentümer*». Según HEDEMANN, cit. pág. 444: la (parte de) deuda inmobiliaria está sustraída a la disposición del propietario mientras dura la hipoteca de máximo. La razón es que el propietario carece de la acción de rectificación. Cfr. de nuevo LENT-SCHWAB, cit. pág. 258: «*Einem Berichtigungsanspruch hat der Eigentümer nicht, solange seine Grundsschuld nur eine vorläufige ist (...)*».

La segunda consecuencia, que cabe extraer, es que nuestro sistema veda las hipotecas que aseguran cualesquiera obligaciones del deudor, o las que quiera el acreedor.

3. HIPOTECA COMUN E HIPOTECA DE MAXIMO

Aunque se puedan alegar excepciones a la vigencia incondicional de ambos principios, lo cierto es que nuestra hipoteca ordinaria o común, ha de someterse a sus dictados. Por algo se ha podido decir que carecemos de un verdadero Derecho de hipotecas y lo tenemos sólo de créditos hipotecarios (7).

La recepción doctrinal y jurisprudencial, a falta de la propiamente legal, de la hipoteca de máximo, forzó una interpretación templada de esta doctrina. Su admisión, en efecto, exige una reconsideración que modere la rigidez con la que debe ser entendida la eficacia y función de los principios de accesoriedad y determinación.

4. LA HIPOTECA DE MAXIMO Y LA DOGMATICA ALEMANA

Para comprender la estructura y la función de la hipoteca de máximo es imprescindible hacer un análisis, por breve que sea, de la doctrina alemana. La razón de esta remisión es fácil de entender: la hipoteca de máximo es una forma hipotecaria elaborada originalmente por el pensamiento jurídico alemán.

Los perfiles de la hipoteca de máximo, que en nuestro Derecho parecen tan difusos, han sido trazados por la dogmática germana con especial cuidado y detalle: por lo demás al igual que ocurre con todas sus instituciones hipotecarias. En efecto no resulta exagerado afirmar que la formulación que el pensamiento jurídico alemán ha hecho del Derecho hipotecario está tan bien acabada, que hoy no queda más remedio que aceptarla como ejemplar.

Con la construcción conceptual de la hipoteca de máximo la doctrina germana apuntaba hacia objetivos precisos siempre con la vista puesta en dos supuestos concretos. En primer lugar, buscaba que créditos de cuantía indeterminada o variable pudiesen acceder a la garantía hipotecaria. En segundo lugar, asimismo buscaba que pudiesen acogerse a la protección hipotecaria una suma o conjunto de créditos, existan éstos en el momento de la constitución de la garantía, o surjan después: créditos normalmente comerciales nacidos de relaciones de negocios de naturaleza duradera establecidas entre empresarios.

(7) El principio de determinación ha merecido poca atención doctrinal aunque es, junto con el de accesoriedad, uno de los dos ejes sobre el que gira la hipoteca común. Esta precisa de un crédito (accesoriedad) pero no uno cualquiera sino uno preciso y determinado (determinación). La admisión de la hipoteca de máximo ha obligado a matizar el rigor de ambos principios: nuestro Derecho de hipotecas ordinarias no es de hipotecas *strictu sensu*, sino de créditos hipotecarios. Vid. E. LALAGUNA, «Los créditos hipotecarios», en *RDN*, 85-86 (1974).

5. LA HIPOTECA DE MAXIMO PROPIAMENTE DICHA

En la práctica financiera de aquella nación, es habitual encontrar hipotecas de máximo constituidas en «garantía de todos los créditos que puedan resultar, en el futuro, a favor del acreedor hipotecario, por cualquier causa» (8).

Su forma registral típica adopta el siguiente tenor: A concede a B hipoteca en garantía de todas las pretensiones surgidas de las relaciones comerciales en curso hasta el importe máximo de 200.000 DM. La hipoteca de máximo garantiza así, los créditos que en cada momento tenga el acreedor contra el deudor, mientras la hipoteca no se extinga, pero sólo hasta la cantidad máxima inscrita.

De este modo, cuando de relaciones comerciales duraderas se trata, cuyo signo cambia con frecuencia, oscila continuamente la cantidad ocupada de hipoteca, dentro del máximo asegurado. En efecto como los créditos garantizados se intercambian incesantemente, también oscila en el tiempo la cuantía de adeudo realmente asegurado.

6. SU NATURALEZA JURIDICA: ESPECIAL REFERENCIA AL PARAGRAFO 1190 4 DEL BGB

El Código Civil alemán admite, al contrario de lo que pasa con la hipoteca ordinaria, sea de tráfico o de seguridad, que «mientras dure la relación de negocios, el acreedor pueda ceder a un tercero un crédito aislado del conjunto de créditos creados por la relación de negocios y asegurados por la hipoteca. Por ello la ley permite la cesión de un crédito, sin cesión conjunta de la hipoteca».

Un punto esencial que expresa, mejor que cualquier otro, la diferencia específica que distingue la hipoteca de máximo de las demás: la hipoteca de máximo, mientras lo sea y no se transforme en una ordinaria, de seguridad o de tráfico, no incorpora todavía crédito alguno por lo que es perfectamente posible la cesión independiente (sin hipoteca) del crédito o créditos (genéricamente) garantizados.

7. LA FUNCION HIPOTECARIA DEL TOPE DE RESPONSABILIDAD

Se entiende ahora la importancia decisiva del papel que corresponde jugar al llamado tope de responsabilidad. En realidad es el pivote sobre el que gira

(8) Los entrecomillados del texto en WOLFF, *cit.*, 2 pág. 367 y ss. *Ibidem, cit.*, pág. 369. Especialmente instructivo está BAUR, *Lenhrbuch cit.*, pág. 388 cuando propone el siguiente modelo de consentimiento: «*Ich Erwin Eigentümer stehe mit Gustav Gläubiger in Kreditverkehr. Zur Sicherung jedweder Forderung des Gläubigers, die sich aus diesem Kreditverhältnis schon ergeben hat (!) oder noch ergeben wird, bewillige und beantrage ich die Eintragung einer Höchstbetragshypothek in Höhe von 50000 DM auf meinem Grundstück (...)*». También admitiendo asegurar una generalidad de créditos LENT-SCHAWAB, *cit.*, pág. 258: La hipoteca de máximo habitualmente se constituye en garantía de obligaciones «*doch ist es auch zulässig, sie allgemein für alle Forderungen zu begründen, (...) zustehen und zustehen werden*».

toda la estructura de la hipoteca de máximo: la invariabilidad de la suma máxima proporciona a la hipoteca la necesaria «rigidez» que le permite elevarse por encima del crédito.

La hipoteca de máximo no se pliega a (las vicisitudes del) crédito sino que, al contrario, puede replegarse sobre sí misma: suba o baje el montante del adeudo, nazca o perezca el crédito, la cifra hipotecaria permanece impasible. De este modo es posible una radical desvinculación entre crédito e hipoteca: «hipoteca incompleta o temporalmente en blanco».

El tope de responsabilidad «distancia» la hipoteca del crédito lo que les permite llevar vidas separadas. Ciertamente la hipoteca de máximo precisa, como la ordinaria, crédito o créditos a quiénes servir. Ahora bien cuál sea la identidad de los que, en definitiva, van a quedar asegurados por la hipoteca, es cuestión que queda indeterminada en el momento de constituir la hipoteca de máximo: ni siquiera hay certeza alguna de que, al final haya obligación alguna que acabe acogéndose a la protección de la hipoteca.

8. TRANSFORMACION DE LA HIPOTECA DE MAXIMO

De hecho para que pueda dejar de hablarse de hipoteca de máximo a secas, y aparezcan verdaderos créditos hipotecarios, se precisa, en primer lugar, que se eliminen las incertidumbres que arrastra el crédito asegurado o, en su caso, que se determinen las obligaciones concretas que van a resultar aseguradas y, en segundo lugar, que se practique un especial asiento registral que publique su incorporación a la hipoteca (9).

Hasta que se extienda el oportuno asiento, créditos e hipoteca llevan una vida totalmente independiente: consecuencia de la eficacia constitutiva que se reconoce a la inscripción en aquel Derecho.

Por esta razón, antes de que la citada incorporación de créditos a la hipoteca se produzca, nunca procederá la cancelación de la hipoteca de máximo en todo o en parte. Nada garantiza que precisamente el crédito abonado sea uno de los efectivamente garantizados o que la cantidad pagada corresponda a la asegurada por la hipoteca.

(9) La hipoteca de máximo funciona como una simple reserva de valor y no se transforma en «crédito hipotecario» hasta que se incorporan a ella las obligaciones que va a garantizar: BAUR, cit., pág. 390: «Auch kann die Höchstbetragshypothek durch Eini-nung und Eintragung in eine gewöhnliche Sicherungshypothek oder in eine Verkehrshypothek oder in eine Grundschuld ungewandelt werden (ss 1186, 1198). Cfr. también WOLFF, cit., 2 pág. 371. Mientras no se produce la transformación, no procede nunca la cancelación (total o parcial) de la hipoteca por muchos créditos, de entre los genéricamente garantizados, se demuestre haber pagado. Pueden ser otros los finalmente asegurados. J. GONZÁLEZ, *La hipoteca cit.*, pág. 95 y 113 prefiere hablar de «condensación o determinación de los créditos». La Resolución de 21 de marzo de 1917 citada en nota 11 dice: las «diferencias» (de la hipoteca de máximo respecto a la ordinaria) «se reflejan (...) en la cancelación, que generalmente depende de una liquidación de cuentas o de una especificación contractual de los créditos garantizados, sin que baste la prueba de pagos parciales o totales de los que se ajusten a los datos suministrados por la inscripción para provocarla».

9. PRECAUCIONES: LA HIPOTECA DE MAXIMO COMO HIPOTECA DE SEGURIDAD

Esta necesaria relajación de la vigencia de los principios de accesoriedad y determinación, se compensa en Derecho alemán, tratando a la hipoteca de máximo con el rigor propio de aquellas hipotecas que llaman «de seguridad»: la hipoteca de máximo no deja de ser más que una simple variante de la hipoteca de seguridad (10). Este rigor actúa en tres planos diferentes:

i) La inscripción registral prueba la existencia de la hipoteca: nada menos pero tampoco nada más. El acreedor no puede servirse del asiento para probar el crédito. La hipoteca de seguridad, una vez inscrita, se presume que existe, pero no el crédito que asegura cuya realidad ha de probarse por separado.

El deudor, o tercer adquirente de la finca, se hallan autorizados para oponer al acreedor, también al cesionario protegido por la fe registral, cualquier acto, hecho, convenio que pueda destruir, o modificar, la eficacia de la obligación, aunque no conste en el Registro.

ii) El Derecho inmobiliario consecuentemente no protege el tráfico del crédito garantizado por una hipoteca de seguridad con el principio de fe pública registral. Corolario inevitable de que la inscripción de una hipoteca de seguridad inscrita como titular de la garantía, sea realmente acreedor del crédito garantizado.

Por esta razón, si el crédito no existiese o ya estuviese pagado, la inscripción de la cesión no sería suficiente para resucitar el crédito y convertir en acreedor, en base a la fuerza del Registro, al adquirente, a título oneroso y de buena fe, de la hipoteca (principio de fe pública registral).

iii) La pérdida de fuerza ejecutiva que arrastra la hipoteca de máximo al conceptuarse como una típica hipoteca de seguridad, se acentúa notablemente por lo demás. El acreedor, que pretenda ejecutar la hipoteca por razón de un crédito que tenga contra el deudor, nunca podrá servirse, entre tanto la hipoteca siga siendo de máximo, de los procedimientos sumariales o privilegiados de ejecución hipotecaria (11).

(10) Para la hipoteca de seguridad en Alemania *vid.*, por todos, WOLFF, *cit.*, pág. 349. El asiento garantiza la existencia de la hipoteca pero no la del crédito que dice garantizar. Dos conclusiones debemos extraer. Primero: el que adquiere confiado en el Registro adquiere, desde luego, la hipoteca pero no necesariamente el crédito. Este lo adquirirá sólo si existe y pertenece al cedente en el momento de la cesión. Segundo: el acreedor no puede invocar la inscripción para probar el crédito. *Id.*, el 1184: «Una hipoteca puede constituirse de forma que el derecho del acreedor derivado de la hipoteca se determine solamente según el crédito y el acreedor no pueda alegar la inscripción para la prueba del crédito» en traducción de MELON, *Código cit.*, pág. 247. Ello es causa de que «en tanto el propietario desconozca la cesión del crédito, puede pagar al cedente con efecto liberatorio, aunque la cesión esté ya inscrita en el Registro». «Dada esta exclusión de los efectos del Registro en cuanto al crédito, la hipoteca de seguridad se parece (...) a la hipoteca de Derecho común (!)». Esta paralelo de la hipoteca de seguridad alemana con la hipoteca de Derecho Común —esto es la nuestra— es muy interesante: WOLFF, *cit.*, 2 págs. 349-350. Nuestra hipoteca ordinaria no es una hipoteca de tráfico, al estilo alemán, sino más bien una de seguridad: un tema en que no conviene entrar ahora aunque algo pueda deducirse de las páginas del texto y notas.

(11) La hipoteca de máximo es, en Derecho alemán, necesariamente de seguridad. Por esta razón la hipoteca de máximo carece de la fortaleza ejecutiva, propia de las de

10. ENSEÑANZAS

Estas limitaciones, de orden material y procesal, no buscan otra cosa que compensar los riesgos que generan las parciales derogaciones de los principios de accesoriedad y determinación que la aceptación de la figura de la hipoteca de máximo implica.

La admisión, en nuestro Derecho de la hipoteca de máximo, por tanto debe llevarnos necesariamente a reconsiderar los papeles a desempeñar por los principios de accesoriedad y determinación. Se trata únicamente de saber hasta donde pueden y deben ceder.

11. LIMITES INSTITUCIONALES: LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL

La Dirección general comprendió muy pronto que sólo la hipoteca de máximo prestaría adecuada cobertura hipotecaria a determinadas posiciones deudoras de naturaleza compleja, cobertura cuya necesidad hacia notar desde hacia tiempo el mercado con particular insistencia. Asimismo advirtió también que la recepción de la hipoteca de máximo sería imposible si la beligerancia que nuestro sistema venía concediendo a los principios de accesoriedad y determinación no se mitigaba de algún modo. Desde este convencimiento edificó su doctrina en base a dos pilares fundamentales:

i) Aceptó, sin muchas vacilaciones, que el rigor del principio de accesoriedad podía atenuarse en la fase de desarrollo de la hipoteca: fase que la doctrina moderna (12) denomina «de seguridad», esto es, mientras la hipoteca no es todavía ejecutiva.

Sólidos argumentos de Derecho positivo apoyaban esta decisión. El artículo 142 de la Ley Hipotecaria permite construir una hipoteca en garantía de deuda futura. Si esta no llegase a contraerse, hasta entonces, evidentemente, habría existido una hipoteca sin crédito. A la misma conclusión se llegaba en el caso de hipoteca en garantía de cuenta corriente de créditos: por la cifra

tráfico: la inscripción no ampara el crédito. Pero hay algo más: esta precaución se refuerza con la cautela legal que prohíbe al deudor someterse a la inmediata ejecución forzosa. Cfr. WOLFF, *cit.*, 2 pág. 372. También LENT Y SCHWAB, *cit.*, pág. 257. Sobre la eficacia de este pacto, WOLFF, *cit.*, pág. 264: «en base al mismo (cabe) la ejecución forzosa (sin necesidad de sentencia ejecutiva) del que en cada momento sea propietario de la finca». Cfr. ROCA, *Derecho cit.*, 4.2 pág. 796 núm. 2 destaca, asimismo, esta particularidad de la hipoteca de máximo alemana. PÉREZ GONZÁLEZ-ALGUER, *Comentarios en WOLFF, cit.*, 2 (Barcelona 1971) págs. 270 dice que la eficacia del *pactum executivum* alemán es semejante al de nuestro judicial sumario. Las diferencias son sin embargo decisivas: la oposición que admite es mucho más amplia que la tolera nuestro sumario hipotecario: cfr. L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho procesal alemán* 3 (Buenos Aires, 1955) pág. 49 y ss. Por lo demás la hipoteca de máximo no es una mera hipoteca de seguridad. La nota característica de la hipoteca de máximo, como se dice en el texto, es que, al contrario de lo que sucede con las hipotecas de seguridad ordinarias, el crédito se incorpora a la hipoteca en un momento posterior a su constitución por lo que, hasta que la incorporación se produzca, el crédito puede cederse separadamente (independientemente) de la hipoteca (ss 1190-4 *BGB*).

(12) Sobre esta distinción J. A. DORAL, *La fase de seguridad en la Hipoteca* (Pamplona 1967).

no cubierta, si el saldo resultase negativo, o inferior al máximo garantizado, habría hipoteca pero no crédito.

La accesoriedad es, en consecuencia, un principio que protege los intereses del deudor y del tercer poseedor y despliega toda su efectividad en la fase de ejecución. Ciertamente puede existir una reserva de valor sobre un inmueble aunque momentáneamente falte la obligación que ha de garantizar (12 bis). En cambio ésta tiene que existir necesariamente en el momento que se intente realizar la finca hipotecada: es obvio que la hipoteca ejecuta la finca pero, en nuestro Derecho, siempre ha de hacerse con el fin de pagar un crédito.

ii) La Dirección general tampoco dejó de velar, en sede de hipotecas de máximo, por los derechos del principio de determinación pero moderó sus exigencias; bastaría que, en el caso de ser varias las obligaciones aseguradas, se incluyesen en la escritura de hipoteca referencias, por genéricas que fuesen, que permitiesen su identificación (13).

Fue así hasta ahora tenida por doctrina consolidada aquella que entendía, que en aras a la flexibilidad que el tráfico exige, se respetaba el principio de determinación, en las hipotecas de máximo, cuando el contrato se determinaban el o los créditos a garantizar en modo tal que un tercero, mediante un juicio de interpretación, no de integración, pudiese concretar, cuáles eran los efectivamente asegurados.

(12 bis) Sobre infracción del principio de accesoriedad insiste la Resolución de 3 de octubre de 1991 que, al tiempo, aprovecha para precisar el alcance del principio de determinación y de la hipoteca de deuda futura: «Debe tenerse en cuenta la específica naturaleza de la hipoteca como derecho real de carácter accesorio que se constituye en garantía de una obligación determinada, al fin de asegurar al acreedor su cumplimiento (artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1857 del Código Civil) y, de ahí, la exigencia de adecuada justificación (*vid.*, artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento). No se precisa ciertamente que la obligación a asegurar tenga ya existencia jurídica: puede constituirse también garantía de una obligación futura (artículo 142 de la Ley Hipotecaria), pero no por ello queda comprometida su accesoriedad y su esencial finalidad de garantía de un crédito específico, por cuanto también en esta hipótesis es preciso identificar, al tiempo de su constitución, la relación jurídica de que deriva la obligación a asegurar, y solamente si se prueba su efectivo nacimiento y autónoma exigibilidad procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria».

(13) Sobre la hipoteca de deuda futura es fundamental la Resolución de 5 de febrero de 1925 ya citada. La importancia de esta resolución está en que se sirve de la hipoteca de deuda futura para dar cauce a la hipoteca de seguridad germana: la influencia de GONZÁLEZ, *La hipoteca cit.*, es obvia. La distinción entre hipoteca ordinaria y de seguridad no era diáfana en nuestro Derecho hasta la reforma de 1909 que reconoce eficacia legitimadora de los derechos inscritos a los asientos registrales. La presunción de existencia y validez del derecho de hipoteca se extiende al crédito salvo evidentemente que éste se inscriba como futuro: si el propio asiento niega su existencia mal puede avalar su legitimidad. La distinción entre hipotecas según el crédito esté o no legitimado por el asiento tenía, antes de 1909, poca importancia práctica: nuestro Registro es de títulos y, en el caso de las hipotecas, títulos normalmente notariales, que por sí mismos gozan de la calidad de títulos ejecutivos. La presunción de legitimidad del asiento refuerza hoy la propia del título franqueando al acreedor el acceso a un procedimiento ultrarrápido de ejecución: el judicial sumario. En principio aquellas hipotecas en garantía de créditos todavía no inscritos no son realizables por vía sumarial: procedimiento de base registral que realiza la pretensión ejecutiva en los términos que resultan del asiento de inscripción de la hipoteca.

El principio de determinación es en materia hipotecaria el segundo cancerbero del principio causal. Una hipoteca indeterminada envuelve un grave peligro: permite reclamar varias veces los mismos créditos (en consecuencia aunque hayan sido ya satisfechos) de modo que por esta vía se sancionaría la legalidad de pagos dobles o múltiples de una misma obligación. Este resultado repugna especialmente en un sistema causal. Sólo si el crédito garantizado está determinado, el acreedor, ante la eventualidad de una segunda reclamación, puede defenderse probando que había sido ya abonado o estaba extinguido.

Por esta razón se vuelve imprescindible que las partes determinen en forma suficiente qué créditos son los asegurados. «Suficientemente» quiere aquí simplemente decir que deben estar descritos de modo que su identidad sea susceptible de ser determinada mediante un juicio de naturaleza jurisdiccional.

12. LA DETERMINACION DE CREDITOS

Se trataba únicamente de ofrecer datos para proceder a la identificación de los créditos a asegurar: datos en número suficiente que posibiliten un juicio revisable, no una decisión discrecional (14).

Se buscaba impedir que pudiera tenerse por incluido en la garantía cualquier crédito entre acreedor y deudor. Si esta identificación mínima se cumplía, la determinación de la hipoteca estaría salvaguardada. La jurisprudencia hipotecaria venía contentándose con que se determinasen las «líneas fundamentales de las (obligaciones) que había de quedar incluidas» (15).

La simple exclusión de una cualquiera de las deudas aseguradas del acreditado bastaría, ciertamente, para imposibilitar la hipoteca en blanco, pero nuestra jurisprudencia exigía algo más: no bastaba precisar cuáles deudas no están aseguradas, era preciso identificar cuáles lo estaban. Probablemente preferible era un criterio material de determinación de las deudas cubiertas: así cuando se estipulaba que la hipoteca se extendía a todas las nacidas en el ejercicio de un giro o tráfico empresarial de contornos definidos.

(14) Cfr. K. LARENZ, *Derecho de obligaciones* 1 (Madrid, 1958) págs. 321 y 144. En un caso la sentencia es constitutiva, en otra declarativa. La distinción está ya recogida en A. COSSIO, *El dolo en el Derecho civil* (Madrid, 1955). Así para este autor la buena fe, v. g., es fuente de normas objetivas no formuladas: un principio integrativo y no sólo interpretativo.

(15) La Resolución de 5 de marzo de 1929, ya citada, decía que en lo tocante a la determinación de las obligaciones cuyo cumplimiento queda asegurado con la hipoteca, basta con establecer «las líneas fundamentales de las que han de quedar incluidas, para que los terceros puedan hacerse cargo de la posible existencia de responsabilidades y para que, en su día, los Tribunales, puedan declarar cuales se hallan cubiertas por la garantía». La Resolución de 26 de noviembre de 1990 vuelve a insistir en que «no es admisible el grado de indeterminación con que se expresa la escritura de constitución pues las «obligaciones garantizadas» pueden ser «cualesquiera que tenga su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos de cualquier tipo, sin excepción alguna». Además según la escritura los «Bancos incluirán las obligaciones o cargos en la cuenta, cuyo saldo en determinado día será el garantizado, sin tener en cuenta la forma de determinación de las obligaciones futuras que establece el artículo 238 del Reglamento Hipotecario».

De todos modos la Dirección no mantuvo un criterio uniforme y seguro. En algún caso se ha dado (16) por satisfecha con precisiones meramente formales, jurídicas v. gr., operaciones cambiarias. En todo caso, como hace la Resolución de 23 de Diciembre de 1987, siempre desechó referencias genéricas a cualesquiera de las obligaciones del deudor (17).

13. EL ACCESO AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO

Sólo las hipotecas ordinarias incorporan los créditos que aseguran, créditos que en consecuencia publica el asiento. Por consiguiente el titular de una hipoteca de máximo, mientras la transformación en ordinaria no se produzca, normalmente no podrá servirse, del procedimiento judicial sumario, para realizar el valor de la finca.

El judicial sumario es un procedimiento de base registral y falta ésta cuando el crédito no está inscrito o lo está de modo insuficiente: no cabe duda de

(16) Cfr. R. de 28 de febrero de 1933 en ROCA-MOLINA, *cit.*, 6 pág. 371 el informe del notario Sr. Pascual Lacal: «(...) que tampoco aseguraba la hipoteca una cuenta de crédito porque (...) no se creaba una cuenta general en la que se saldase y fusionasen las operaciones parciales, sino que (...) las operaciones parciales se pagarían en sus respectivos vencimientos, liquidándose, por lo tanto, individualmente, naciendo, viviendo y muriendo con absoluta independencia unas de otras, no estableciéndose mutuas compensaciones, ni determinándose las fechas, ni el modo de liquidar los saldos, no conteniendo el contrato ninguno de los elementos específicos de la cuenta corriente (...)». La hipoteca, según el primer resultado, era constituida en beneficio del deudor por una cantidad cuyo pago se garantizaba y «que se haría efectiva en la cuantía y las fechas que se señalasen en las letras de cambio...». La Dirección, frente al criterio del Registrador, entiende que «en la escritura calificada los otorgantes se limitaron a una garantía de pago del precio *individualizado* de cada operación mercantil conteniéndolo en letras de cambio con virtualidad bastante para producir el nacimiento de la acción hipotecaria». Y añade que aunque «se garantiza el tráfico mercantil por operaciones separadas y «no puede estimarse comprendida en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, que regula la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (...)» sí cabría «(...) en el marco más amplio de los artículos 142 y 143 de la misma Ley». Concluye admitiéndolas «aunque no fuese más que por aquél principio, reconocido expresamente en el artículo 1.861 del Código Civil, de que la hipoteca como derecho real de naturaleza accesorio, puede constituir para la seguridad de cumplimiento de cualquier especie de obligación permitida por las leyes». Origen del actual artículo 245 del vigente Reglamento.

(17) La expresión de hipoteca «en blanco» es muy expresiva. Se lo he oído a mi compañero don F. MÉNDEZ. A la Dirección parece preocuparle más la determinación que la accesoriedad, también incluso mientras la hipoteca de máximo no se ha transformado en ordinaria: la denominada por DORAL, *cit.*, fase de seguridad. En realidad, como se trata de demostrar en el texto, uno y otro principio están pensados para las hipotecas ordinarias: las únicas que son directamente ejecutivas. Lo importante es que, cuando la hipoteca de máximo se ejecute, haya un crédito impagado (accesoriedad) y que el que se beneficie de la hipoteca no lo decida *arbitrariamente* el acreedor (determinación).

Es dudoso si la hipoteca «en blanco», inscrita, es nula necesariamente. Nada parece impedir que acreedor, deudor y terceros rellenen, a su arbitrio, la cifra de garantía, sin que quepa descubrir quien podría reclamar la nulidad: fuera de las situaciones de insolvencia o fraude, parece que habría que pasar por ella. La indeterminación del crédito puede hacer valer, en la ejecución sumarial, a través de la causa 1.ª de suspensión del artículo 132 de la Ley Hipotecaria: indeterminación es equivalente a falta de inscripción del crédito.

que el judicial sumario no es un procedimiento adecuado para acreditar extremos tales como la existencia de las obligaciones que se pretenden ejecutar, la identidad de sus titulares, o si su género o clase se corresponde con el de las aseguradas por la hipoteca. Nunca debemos olvidar dos cosas:

- i) el asiento de inscripción de una hipoteca de máximo no dice qué créditos concretos serán en su día beneficiarios de la garantía;
- ii) el juicio hipotecario sumario no permite intercalar una fase de cognición para ventilar estos extremos.

A partir de estos presupuestos es comprensible que la Dirección, ya en el año 1917, sentase que el procedimiento a que debe sujetarse la acción para exigir el pago de cantidades (en el caso de la hipoteca de máximo) «por la naturaleza, existencia incierta y total desconocido de la deuda o deudas contraídas, por las múltiples excepciones que el Derecho civil admite (...) y por la falta de título en que cristalice el derecho real, mientras no se transforme la hipoteca de máximo, requiere desenvolvimientos procesales distintos a los establecidos en los artículos 131 y siguientes de la Ley Hipotecaria (previsto para los casos en que la deuda o deudas se hallen determinadas y sus modificaciones registradas» (18).

14. LA CONFIGURACION DE NUESTRA HIPOTECA DE MAXIMO

Las hipotecas hasta un tope de responsabilidad, así confeccionadas, se revelaron el instrumento adecuado para proporcionar a nuestro sistema hipotecario la flexibilidad de que carecía y que la práctica demandaba: su desarro-

(18) La Resolución de 21 de marzo de 1917, en ROCA-MOLINA, *Jurisprudencia* 5 cit., pág. 29, destaca «que el valor garantizado en general y dentro de los límites (asegurados) por la hipoteca de *maximum*, no presenta los caracteres específicos que sirven de base al derecho real de hipoteca en los casos ordinarios (...)» y determina que es «análoga en cierta manera a la fianza hipotecaria admitida por los artículos 212 y 217 de la Ley Hipotecaria». Al mismo tiempo el Centro aprovecha para precisar que son distintas de las hipotecas ordinarias y también de las de cuentas corrientes de créditos; que el acreedor carece de la facultad de ampararse en presunciones hipotecarias para probar la existencia de la deuda o la cantidad a que asciende y se da valor a los hechos o convenios entre las partes que puedan modificar o destruir la eficacia de la obligación garantizada, aunque tales circunstancias no se hayan hecho constar en el Registro; que la cesión de los créditos es independiente de la garantía hipotecaria y se realiza al amparo del Derecho común; que la extinción de los créditos, que se ajusten a los datos suministrados en el asiento, no puede hacerse constar por una cancelación hasta que haya una especificación contractual de los créditos garantizados, con consiguiente asiento registral; y, finalmente, que mientras, de este modo, no se transforme en hipoteca ordinaria sólo cabe su ejecución por la vía procesal ordinaria. El grave paso que supone la asimilación de la hipoteca de máximo a la hipoteca por deuda futura, que luego se comentará en el texto, se consuma en la Resolución de 16 de junio de 1936: «...las llamadas hipotecas de *maximum*, regidas por el artículo 142 de la Ley Hipotecaria...». Para el parentesco entre la hipoteca caución y la de máximo GONZÁLEZ, *La hipoteca cit.*, lo que nos dispensa de investigar la paternidad de la Resolución de 21 de marzo de 1917. Significativamente no habla de hipoteca de deuda futura ni cita el artículo 142 de la Ley Hipotecaria. Su confusión con la hipoteca de deuda futura ya en la Resolución 28 de febrero de 1933: ROCA-MOLINA, *cit.*, 6 pág. 373 y nota 5.

llo así como la depuración de sus rasgos esenciales fue sólo una cuestión de tiempo.

La Dirección terminó por configurar la hipoteca de máximo como una *tertium genus*, diferente de la hipoteca ordinaria, sea en garantía de deuda presente sea en garantía de deuda futura.

En estos dos últimos casos la obligación principal asegurada es sólo una y está perfectamente determinada. Por ello puede ser ligada a la hipoteca: incluso la expectativa (o el proyecto) de crédito en el caso de la hipoteca de deuda futura, se encuentra vinculado a la garantía, de modo que una vez nacido se le incorpora automática e indefectiblemente. La hipoteca se constituyó para servir sólo a un crédito preciso y nunca podrá desligarse de él, con independencia de que ese crédito no hubiese todavía nacido en el momento de formalización de la hipoteca. Nunca cabrá aquí, sea por la razón que sea, la posibilidad de llevar vidas separadas.

El tope que gobierna la vida de la hipoteca de máximo permite, en cambio, desarrollos muy diferentes al impedir la incorporación del crédito a la hipoteca. La suma fijada pudo haberse quedado corta o larga: en todo caso permanece invariable. Ello impide que la hipoteca se pliegue al ritmo vital de la obligación: provisionalmente puede existir más hipoteca que crédito sin que por ello el propietario tenga una pretensión de cancelación por el exceso. Mientras no se unen hipoteca y crédito no es posible la cesión, cancelación o ejecución hipotecaria: sencillamente no hay crédito hipotecario.

15. LA HIPOTECA DE MAXIMO «PROPIAMENTE DICHA»

La hipoteca de máximo era, desde luego, la garantía recomendable para aquellos créditos todavía no perfectamente determinados, sea porque su cuantía fuese variable sea porque sus titulares estuviesen todavía por decidir sea en fin por otra razón.

Sin embargo la desvinculación entre obligación y garantía que posibilitaba la forma hipotecaria de máximo estaba destinada a servir finalidades bastante más importantes: la Dirección admitió pronto que las hipotecas de máximo garantizasen también obligaciones independientes, indeterminadas en su existencia y cuantía y las llamó «hipotecas propiamente de máximo», «hipotecas caución» (19) o las «fianzas hipotecarias», distinguiéndolas tajantemente de las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito.

Estas aseguran una única obligación: el saldo resultante de todos los créditos que se incorporaron a la cuenta. Incluso la obligación aseguraba puede no llegar a existir: al ser de cuantía variable, cabe que el saldo final resulte negativo o cero. De ahí la proximidad de las hipotecas en garantía de cuentas de crédito con las hipotecas de deuda futura. También en el caso de la cuenta de crédito, garantizada por la hipoteca, se garantiza una sola

(19) Para la incomprensión generalizada de la importación y posterior adaptación de la hipoteca de máximo alemana hecha por J. GONZÁLEZ comprobar ROCA, *cit.*, 4.2, pág. 882 que sólo se hace eco de algunas de sus especialidades cuando trata de la cesión de créditos asegurados con hipoteca legal. La denominación es con toda probabilidad de origen germano cfr. BAUR, *cit.* pág. 388: «Seltener ist der Fall, das jemand, dem ein vermögen zur Verwaltung anvertraut ist, etwaige künftige Schadensersatzansprüche aus schlechter Geschäftsführung durch Höchstbetragshypothek sichert (Kautionshypothek)».

deuda cuya existencia, y en su caso cuantía, depende de lo que el saldo final arroje.

16. LA HIPOTECA CAUCION

La independencia de la garantía respecto al crédito pudo por esta vía consumarse en toda su plenitud lo que permitió a la política hipotecaria dar respuesta a las nuevas necesidades que generaba el moderno tráfico comercial.

La hipoteca caución se volvió, en manos de la Dirección, en el prototipo de la hipoteca de máximo: la hipoteca de máximo pudo así aspirar a prestar adecuada cobertura a aquellos saldos futuros (de alcance meramente económico) en que finalmente se materializaba una relación global; saldos cuyos componentes o partidas estarían constituidos por obligaciones totalmente independientes entre sí.

En el supuesto típico de la hipoteca del tutor, al que la Dirección expresamente apela para apoyar su construcción, eran varias las obligaciones aseguradas.

El artículo 212 de la Ley Hipotecaria de 1909 comprendía entre las responsabilidades garantizadas por la fianza hipotecaria del tutor: el importe de los muebles que entren en su poder, las rentas o productos de los bienes del menor o incapacitado y las utilidades que pueda producir al menor, durante un año cualquier empresa mercantil o industrial.

Esta misma pluralidad de deudas a asegurar es perfectamente posible también en el caso de la hipoteca especial exigible a los que manejen fondos públicos, que regulaba el artículo 217 de la misma Ley, o el del mismo usufructuario.

Por lo demás, mientras la hipoteca caución no se transforme en ordinaria, no cabe exigir su cancelación en todo o en parte, por el hecho de que se pague cualquiera de las obligaciones (genéricamente) aseguradas.

Será así preciso, para dotarlas de ejecutividad, determinar en cada caso cuáles, en concreto, de entre las obligaciones aseguradas, van a resultar beneficiarias de la hipoteca. Sólo una vez identificadas, podrán incorporarse a la hipoteca.

Sea una o sean varias las obligaciones aseguradas, lo importante es que no estarán vinculadas a la hipoteca a todos los efectos, hasta que un asiento especial así lo certifique (20): la inscripción de la incorporación no es constitutiva pero sí presupuesto de su plena eficacia frente a terceros.

(20) En la Resolución de 1917 la Dirección deniega el asiento por la *ratio decidendi* de que «porque después de garantías, dentro del total fijado, letras de cambio (...) y todas las cantidades que como saldo resulten (...), uniendo así la hipoteca de máximo con otras de cuentas de contenido indeterminado, se fija como pacto especial el de ejecución pignoratícia y se declaran documentos bastantes a estos efectos, no sólo el saldo que aparezca en los libros de contabilidad de la acreedora, sino las letras vencidas y no satisfechas (...)». El riesgo fundamental a evitar consiste en que el acreedor pueda proceder a ejecutar dos veces un mismo crédito: ataque directo al principio causal.

17. LA CONVERSION DE LA HIPOTECA CAUCION EN HIPOTECA ORDINARIA

Para hacer constar en los libros del Registro la incorporación de los créditos asegurados, la Dirección se sirvió del procedimiento registral que el legislador había dispuesto para la hipoteca de deuda futura: la práctica de un segundo asiento.

Es sabido que, cuando la obligación futura garantizada ha nacido, la Ley Hipotecaria permite la extensión de una nota marginal que publique este hecho, en virtud del que la hipoteca de deuda futura se transforma en una hipoteca común.

La eficacia determinativa de este nuevo asiento (la nota marginal) tiene, sin embargo, en la hipoteca de máximo en forma caución, una importancia, una significación jurídica bastante mayor que cuando se trata de la hipoteca de deuda futura:

i) La hipoteca de máximo no tiene porque ser pretendida por una (única) obligación, bien determinada, como pasa en el caso de la hipoteca de máximo en garantía de un crédito de cuantía variable: es perfectamente posible que la hipoteca sea pretendida no por una sino por varias obligaciones de las que solamente algunas alcanzarán su objetivo y finalmente serán las elegidas.

ii) En todo caso, sea una, o sean varias, las obligaciones a asegurar la hipoteca no resulta afectada por sus posibles vicisitudes. Las obligaciones, posibles beneficiarias de la garantía, llevan una vida separada de la hipoteca. No «cargan» con ella por así decirlo. Ello da «alas» a los créditos ya que puedan ser negociados con absoluta independencia de la hipoteca.

En consecuencia el nuevo asiento publica dos hechos diferentes pero igualmente decisivos. Primero: Cuáles, en concreto, de entre las obligaciones genéricamente aseguradas, han sido seleccionadas para aprovecharse de la hipoteca. Segundo: la incorporación de aquellas obligaciones, que han sido elegidas, a la hipoteca.

Dicho lisa y llanamente, sólo durante la primera fase hay verdadera hipoteca de máximo. Una vez los créditos se han incorporado a la hipoteca, ya no es propiamente hipoteca de máximo sino hipoteca ordinaria.

18. LA HIPOTECA DE MAXIMO: UNA HIPOTECA «DESARMADA»

En Derecho alemán, la hipoteca de máximo es una variante de la hipoteca de seguridad. Característica principal de la hipoteca de seguridad es la desprotección registral que padece la obligación garantizada: como las presunciones registrales de existencia y legitimidad no cubren el crédito asegurado, su cesión tampoco está amparada por el principio de fe pública. Muy distinta sería la situación si la hipoteca fuese de tráfico: la protección registral alcanza también al crédito asegurado.

El derecho real de hipoteca se presume que existe y es legítimo: no así el crédito garantizado. Consecuentemente la cesión de créditos, asegurados por hipotecas de seguridad, no goza de la protección del principio de fe pública: el adquirente de buena fe y a título oneroso, de obligación garantizada con hipoteca de seguridad, adquiere irrevocablemente la hipoteca pero el crédito

asegurado únicamente en tanto exista, y sólo con el contenido que corresponda según del Derecho civil (21).

La desprotección registral del crédito no nos importa ahora tanto por sí misma como por las repercusiones que tiene a la hora de proceder a su ejecución hipotecaria:

i) A falta de legitimación registral, a la hora de intentar la reclamación hipotecaria, el acreedor no puede remitirse al asiento registral para probar la existencia del crédito y su contenido. La ejecución procede sólo si es posible y procede civilmente.

ii) A falta de fe pública el deudor conserva contra el cesionario (tercero hipotecario) todas las excepciones que por razón del crédito tuviese contra el cedente resulten o no del asiento.

19. RECEPCIÓN DE LA HIPOTECA DE SEGURIDAD: LA HIPOTECA DE DEUDA FUTURA

La hipoteca de deuda futura proporcionó la cobertura legal que la Jurisprudencia necesitaba para intentar encauzar en nuestro sistema la hipoteca de seguridad. La evolución posterior de los acontecimientos confirmó la bondad de esta construcción: la doctrina hipotecaria ratificó la decisión jurisprudencial.

La hipoteca de deuda futura proporcionaba un esquema o tipo cuya eficacia legal coincidía con la propia de la hipoteca de seguridad. Con razón podía afirmarse que la hipoteca de seguridad no era extraña a nuestro sistema: sin saberlo, no desconoceríamos el juego típico de las hipotecas de seguridad.

La inscripción de la hipoteca de deuda futura, al igual que pasa en la hipoteca de seguridad alemana, no presume la existencia y validez del crédito asegurado. La razón es bien sencilla: porque el crédito es futuro, es por hipótesis inexistente. El acreedor, que quiere proceder a su ejecución, debe probar por medios extrarregistrales que la obligación asegurada existe y es legítima: por supuesto además de su propia titularidad.

(21) En Derecho alemán la hipoteca de máximo es una variante de la hipoteca de seguridad. Cfr. LENT-SCHWAB, *Sachenrecht cit.*, pág. 257. BAUR, *Lehrbuch cit.*, pág. 389 incluso «*in Grundbuch nicht als Sicherungshypothek bezeichnet ist*» (§ 1190 Abs. 3). Explica bien las consecuencias prácticas de esta diferencia entre hipotecas de tráfico y de seguridad HEDEMANN, *Derecho cit.*, pág. 442: «El dueño de la finca (en las hipotecas de tráfico) si no está siempre con un ojo abierto y no cuida de que se hagan constar en el Registro cualesquiera alteraciones de la situación, se halla expuesto a tener que pagar dos veces. Todo lo contrario de lo que ocurre en la hipoteca de seguridad: el propietario puede estar tranquilo, mientras que los acreedores, aunque nada les impide transmitir a otro su crédito, con dificultad encontrarán quién acepte el papel de cesionario». Lo característico, como vimos, de la de máximo es que cabe la cesión independiente (sin hipoteca) del crédito. En efecto éste no está incorporado a la hipoteca lo que se hará constar en el Registro mediante un asiento especial. El estatuto de la hipoteca ordinaria en garantía de deuda futura es discutido pero la Jurisprudencia le ha prestado poca atención, al contrario que en el Derecho español, precisamente porque la hipoteca de seguridad recibe en aquél Derecho reconocimiento explícito e independiente. Sobre la hipoteca de deuda futura *vid.* no obstante WOLFF, *Derecho 2 cit.*, pág. 215 núm. 6 y pág. 311, núm. 9.

La hipoteca de deuda futura prestó así cobertura suficiente a la hipoteca de seguridad. La nueva figura fue asimilada rápidamente demostrándose así la importancia del hallazgo jurisprudencial.

Si la hipoteca es de seguridad, los actos, hechos o convenios que impidieron el nacimiento de la obligación asegurada, o que posteriormente la modificaron o destruyeron, son directamente oponibles al acreedor, también al cesionario de la hipoteca que inscribió su adquisición: poco importa que los hechos impositivos o extintivos no resulten de los Libros oficiales del Registro.

La fe registral no protege el crédito. El ejecutante acreedor, incluso el cesionario, ha de probar que la obligación garantizada existe y es legítima; en su caso también que el crédito reclamado es precisamente el asegurado con la hipoteca. El deudor y el tercer poseedor pueden oponer a la reclamación del acreedor todas las excepciones que les corresponden según el Derecho común (22).

Es discutible, y no es desde luego ahora el momento de hacerlo, cual sea la protección, tanto en el orden material como en el procesal, que nuestro sistema otorga al cesionario del crédito hipotecario ordinario (cesionario de hipoteca común a la que equivocadamente nuestros hipotecaristas reservan la denominación germana de hipoteca de tráfico).

Lo cierto es que, en la hipoteca de deuda futura, hasta que no se extienda la nota marginal que haga público el nacimiento de la obligación asegurada, no sería posible la inscripción de la cesión del crédito, por lo que nunca transmisión de hipotecas de deudas futuras podrán acogerse a la protección de fe registral: decisión que, como se ve, aproxima en la práctica el funcionamiento de la hipoteca de deuda futura al propio de la hipoteca de seguridad alemana (22 bis).

20. HIPOTECA DE MAXIMO E HIPOTECA DE SEGURIDAD

Encontrado adecuado encaje a la hipoteca de seguridad, la hipoteca de máximo, que también, al igual que ocurre en Derecho alemán, se la concibe por nuestra jurisprudencia como una mera variante de la hipoteca de seguridad, no podría sustraerse a la necesidad de jugar este mismo juego.

(22) El problema de las excepciones oponibles en el ejecutivo hipotecario recibe en nuestro Derecho un tratamiento que hay que entender paralelo del propio del Derecho alemán: toda esta materia está sin embargo pendiente de una aclaración decisiva. En éste Derecho, si hay cesión de la hipoteca de tráfico, sólo procede oponer por el deudor o tercer poseedor, además de las personales propias, las excepciones, por razón del crédito, que cabe deducir del asiento de inscripción. Para el significado del § 1137 del *BGB* cfr. LENT-SCHWAB, *cit.*, pág. 228. Para la equiparación en nuestro Derecho de la situación del tercer poseedor a la de un fiador. *Vid* Roca, *cit.*, 4.2 pág. 1077: esta equiparación no puede ser total: sólo es viable hasta cierto punto. Cfr. nota siguiente.

(22 bis) Para las dificultades que presenta la disciplina legal de la cesión de créditos hipotecarios en nuestro Derecho *vid.* últimamente J. M. GARCÍA, *Comentarios del Código Civil* 2 (Madrid 1991) pág. 1912 y ss: intenta llegar a un arreglo entre la necesidad de notificación al deudor que impone el artículo 149 de la Ley Hipotecaria para la eficacia plena de la cesión del crédito y la posibilidad de someterla al juego ordinario del principio de fe pública que, respecto al mismo crédito, parece admitir el artículo 144 de la misma Ley. Para la cesión de créditos en general, de A. F. PANTALEON, *Cesión de créditos* en *ADC* 40 (1988) 1060 y 1119-1122.

La hipoteca de máximo podrá ser realizada por la vía ejecutiva ordinaria, pero el acreedor ha de soportar el riesgo de que el deudor o el tercer poseedor le opongan todo tipo de excepciones, con el objetivo de enervar la ejecutabilidad del crédito.

La escasa fuerza ejecutiva de la hipoteca de seguridad volvería así, a la hipoteca de máximo, poco peligro desde un punto de vista procesal: el deudor, y el tercer poseedor, pueden oponer al acreedor hipotecario todas las excepciones que les concede el Derecho común, resulten o no del folio registral.

En un primer momento algún sector de la doctrina pensó que la extensión de la nota marginal, expresión registral de la transformación de la hipoteca de seguridad en común u ordinaria, era obligada sí el acreedor quería utilizar cualquiera de los ejecutivos hipotecarios, también por tanto el ejecutivo hipotecario llamado ordinario regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aunque la jurisprudencia no mantuvo un criterio uniforme sobre este punto, a partir de los años veinte, prevalece sin duda alguna la corriente más flexible (23): se hace franco al acreedor por hipoteca de seguridad el uso del ejecutivo hipotecario ordinario.

Sin duda esa mayor flexibilidad tenía y tiene justificación: el ejecutivo ordinario permitirá al ejecutado, en la mayor parte de los casos, entablar una discusión suficiente sobre la existencia y legitimidad del crédito que el acreedor pretende cobrar.

21. LA APARICION DEL JUDICIAL SUMARIO

La reforma hipotecaria de 1909 transformó radicalmente el marco legal vigente hasta entonces de modo que los planteamientos doctrinales sufrieron también un cambio sustancial.

Cuando el legislador decidió acoger el llamado procedimiento judicial sumario, la situación de los poseedores de bienes hipotecados se vió súbitamente empeorada. El judicial sumario proporcionó al título hipotecario una fortaleza ejecutiva desconocida hasta entonces, incluso entre las mismas partes que constituyeron la hipoteca, esto es, aún cuando no apareciesen terceros.

A partir de la reforma de 1909 que introdujo el judicial sumario, nuestro Derecho protege la posición procesal del primer acreedor hipotecario con más fuerza, incluso, con la que el Derecho anterior defendía la del cesionario, también la del cesionario protegido por la fe pública registral (24).

(23) Para la eficacia que reconocía la doctrina a la nota del artículo 143 de la Ley Hipotecaria, puede leerse el resumen de Roca, *cit.* 4.2 pág. 712 y ss así como para conocer su juicio sobre la reforma de 1944 que suprimió la frase: «sin cuyo requisito (la nota), no podrá aprovechar ni perjudicar a tercero la hipoteca constituida». Es dudoso hasta que punto la reforma afectó la doctrina de la Dirección que desde 1925 venía negando la plena cesibilidad de la hipoteca de deuda futura en tanto no se transforme en ordinaria (hipoteca de deuda presente): la inscripción de la cesión exigiría el nacimiento de la deuda asegurada. Sobre este punto más adelante en el texto. Toda esta materia está a la espera de aclaración.

(24) Un juicio crítico sobre la implantación del judicial sumario en GONZÁLEZ, *La hipoteca cit.*, pág. 86: «Se ha llevado el canon fundamental hasta la exageración de no considerar que podía haber un caso sencillísimo: el litigio entre el primer acreedor y el deudor propietario, que debía regirse por lo que prescribe la Ley de Enjuiciamiento Civil

En efecto, en el procedimiento judicial sumario, sólo tiene relevancia lo que el asiento dice, incluso entre partes. Si el crédito que el asiento publica no existiese, o su ejecución fuese excepcionable, el deudor hipotecario sólo puede oponer en el judicial sumario al acreedor hipotecario: falsedad del asiento o cancelación (o no inscripción) del crédito hipotecario que se ejecuta. Con razón se ha podido decir que el judicial sumario es un procedimiento de base exclusivamente registral (24 bis).

A partir de 1909 no es necesario que intermedie una cesión del crédito hipotecario, para que, a través del juego de la fe registral, el acreedor hipotecario consiga en nuestro sistema una protección especialmente fuerte. El simple asiento de constitución de hipoteca la proporciona por sí sólo siempre que acreedor y deudor hayan consentido el uso del judicial sumario: el posterior juicio declarativo, siempre abierto a la parte que se crea perjudicada, estará llamado a corregir cualquier posible entuerto.

22. EJECUCION DE LA HIPOTECA DE DEUDA FUTURA

El evidente peligro que para los propietarios de bienes hipotecados supuso el reforzamiento del título hipotecario, que produjo la introducción del judicial sumario, obligó a la Dirección General a precisar su doctrina sobre la fuerza ejecutiva de las hipotecas de deuda futura.

A principios del año 1925, el Centro Directivo, en una elegante resolución, sentó doctrina en esta materia, distinguiendo con claridad aquellos casos en que se hubiese extendido la nota marginal que publicaba el nacimiento de la deuda futura de aquellos otros en que no se hubiese extendido la susodicha nota.

Puede afirmarse que, sólo a partir de entonces, existe una doctrina uniforme sobre el alcance de la fortaleza ejecutiva de las llamadas hipotecas de deuda futura (y, en consecuencia, de las de seguridad, y por tanto las de máximo).

En primer lugar la nota marginal que hace constar en el Registro el nacimiento de los créditos a asegurar, es indispensable si se quiere proceder a la cesión de la hipoteca de deuda futura y no hay que olvidar que, sin inscripción, la cesión nunca estará protegida por la fe pública. Una cesión operativa exige inscripción previa del crédito futuro como presente: esto es, obliga a ofertar prueba cumplida de su existencia y legitimidad. En definitiva la Dirección niega la negociabilidad registral de las meras expectativas hipotecarias.

En segundo lugar, dado que el asiento de hipoteca, mientras la nota marginal no se practica, no ampara el crédito asegurado, podrá éste ser realizado en vía ejecutiva hipotecaria ordinaria, si el acreedor dispone de título ejecutivo y la sentencia de remate obtenida permite demostrar suficientemente que la obligación asegurada existe y es una de las garantizadas por la hipoteca.

en el procedimiento ejecutivo, en vez de llegar, para mayor estímulo del crédito territorial, al atropello, a la coacción que significa unprocedimiento de carácter real por excelencia, que sólo debía estar preceptuado en vistas al tercero».

(24 bis) Por todos Roca, *cit.*, 4.2 pág. 1104-1105, con apelación al principio de legitimación registral, por el que se presume que los derechos inscritos existen y con el contenido del asiento (artículo 38 de la Ley Hipotecaria).

En tercer lugar, como a falta de la susodicha nota marginal el deudor conserva todas las excepciones que le correspondan por razón de la deuda, resulten o no del Registro, y dado que éste ilimitado poder de excepción no es posible que el ejecutado lo ejerza en el judicial sumario, este procedimiento no será normalmente utilizable por el titular de la hipoteca de deuda futura: judicial sumario sólo si del asiento resulta que el crédito asegurado ha nacido, es legítimo y que el ejecutado es el asegurado con la hipoteca (25).

23. REPERCUSIONES PRACTICAS

La jurisprudencia, en consecuencia, sentó, en orden a la fortaleza ejecutiva de la hipoteca de deuda futura, conclusiones muy matizadas que, en la práctica, suavizaban considerablemente el rigor de los principios. De intento se descartaron los pronunciamientos drásticos de modo que la cuestión quedó envuelta por cierta penumbra:

i) Normalmente la extensión del asiento que acredita la existencia del crédito asegurado, será necesaria para proceder a la ejecución directa de la hipoteca de deuda futura. La práctica de la nota exige prueba fehaciente de la existencia del crédito garantizado. Se suponía que esta prueba sería fácil: en la mayor parte de los casos, se reducía a la prueba de un hecho incontestable. Pero evidentemente no tenía porque ser siempre así: en algunos casos no basta la prueba de hechos sino que exige una declaración de derechos.

ii) En el caso de falta de acuerdo, si se producía discusión sobre la procedencia del asiento, no quedaba a las partes otro recurso que pasar por un juicio declarativo: en efecto, en ausencia del asiento, el acreedor ha de pasar por todas las excepciones que el deudor le oponga si su alegación es admisible con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

iii) El ejercicio del hipotecario ordinario sólo sería posible en aquellos casos en que la cognición que admite el juicio ejecutivo se demostrase suficiente para probar los extremos que el asiento había dejado indeterminados.

La Dirección, en un considerando decisivo por muchas razones, explicitó esta doctrina: «el procedimiento judicial para que el acreedor justifique que

(25) la Resolución de 5 de febrero de 1925 distingue «entre el título constitutivo de la hipoteca y el título ejecutivo de los créditos garantizados, que en el caso de la hipoteca por deudas futuras se hallan distanciados e independientes y en las hipotecas ordinarias van aparejados, y así es posible que sólo el título constitutivo se halle inscrito, mientras que al ejecutivo corresponde la función de provocar la liquidación del gravamen en el procedimiento judicial regulado por la Ley Hipotecaria o la de Enjuiciamiento Civil». A falta de la nota del 143 de la Ley que «transforma la hipoteca de garantía en una hipoteca normal», «el acreedor ha de probar la existencia, vencimiento importe y carácter hipotecario del crédito cuya ejecución pretende» y «el deudor o tercer adquirente se halla autorizado para oponer cualquier acto, convenio o excepción que pueda destruir la eficacia de la obligación». Sin nota cabe en general el ejecutivo ordinario hipotecario, pero no el judicial sumario salvo cuando (...) el título de que surge la obligación sea por si mismo prueba auténtica... y sólo corresponda acreditar el saldo». Se insinúa aquí la certificación bancaria como medio oportuno para acreditar el saldo debido cara al judicial sumario en base a una hipoteca ordinaria en garantía de un préstamo. Posibilidad hoy expresamente recogida en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

la deuda existe (i), que su importe es una cantidad determinada (ii), que se halla vencida (iii) y que es de las incluidas en la protección hipotecaria (iv), variará según las relaciones jurídicas aseguradas, porque en unos supuestos se necesitará una liquidación general de cuentas, en otros bastará determinar el saldo de la especialmente garantizada; *a veces el título de que surge la obligación será por sí solo prueba auténtica*; y, en el caso (de autos) presente, la sentencia de remate reconoce la existencia del crédito, su exigibilidad, su carácter líquido, su identidad con los mencionados en la inscripción y su fuerza ejecutiva».

24. EL JUDICIAL SUMARIO Y LA HIPOTECA DE DEUDA FUTURA

Sobre si el acreedor de una hipoteca de deuda futura puede servirse del judicial sumario, aún antes de que se extienda la nota marginal que acredita el nacimiento de la obligación y su legitimidad, la Dirección no se pronunció con claridad: muy al contrario el Centro excusó habilmente cualquier pronunciamiento tajante («a veces por sí solo el título de que surge la obligación será por sí solo prueba auténtica»).

En consecuencia el procedimiento judicial sumario estará, en principio, vedado siempre que falte la nota marginal que acredite que el crédito asegurado por la hipoteca existe: el juicio sumarial sólo en pocos casos podría ser utilizado directamente por el acreedor. La Dirección entiende que no cabe negar al acreedor de una hipoteca por deuda futura (variante de la hipoteca de seguridad) el acceso directo al judicial sumario: en su opinión la pregunta debería recibir distinta contestación en función de cuáles sean las circunstancias del caso.

Esta indefinición jurisprudencial tendrá, como veremos a continuación, importancia decisiva para la posterior evolución de la doctrina sobre la que venimos llamando hipoteca caución o propiamente de máximo.

25. HIPOTECA DE MAXIMO E HIPOTECA DE DEUDA FUTURA

En definitiva lo decisivo es que la Resolución de 1925 sobre la hipoteca de deuda futura no había cerrado totalmente el portillo al judicial sumario.

Esta doctrina no pudo por menos de producir importantes consecuencias a nuestros efectos puesto que se sumó o combinó con otra, que inicia esa misma resolución, en virtud de la cual la hipoteca de máximo se aproxima a la hipoteca de deuda futura, hasta un punto que de hecho se las va a confundir.

El camino que llevaba a tal equiparación resultó, por lo demás, fácilmente transitable: la hipoteca de seguridad entra en nuestro Derecho de la mano de la hipoteca de deuda futura, la hipoteca de máximo es una variante de la hipoteca de seguridad, *ergo* la hipoteca de máximo es una variante de la hipoteca de deuda futura (26).

(26) La equiparación de la hipoteca de máximo con la hipoteca de deuda futura se razona ya en la Resolución de 5 de febrero de 1925 (cfr. fundamentos recogidos en nota 26) pero la finalidad escondida de esta equiparación reluce sólo en la Resolución de 16 de junio de 1936 lo que permitirá «que la hipoteca en garantía de operaciones de descuento de efectos se aproxime a la de cuentas corrientes de créditos».

Esta asimilación poca importancia tendría por sí misma si se limitase a reclamar un nuevo estatuto teórico a la hipoteca de máximo. Lo grave era que arrastraba otras consecuencias, de mayor calado, que daban al traste con un principio básico, hasta entonces, de la doctrina hipotecaria: el que reconocía escasa fuerza ejecutiva de las hipotecas de máximo.

La hipoteca de deuda futura, se dice ahora, es ejecutable en algunos casos por vía sumarial, en consecuencia, se concluía, también podrá llegar a serlo, en los mismos casos, la hipoteca de máximo.

26. EL ESLABON ENTRE LA HIPOTECA DE DEUDA FUTURA Y LA DE MAXIMO: LA HIPOTECA EN GARANTIA DE CUENTAS DE CREDITO

No sólo argumentos doctrinales se batían en defensa de esta línea interpretativa: nuevos y sólidos apoyos se sumaron al combate con general beneplácito de la doctrina.

Existían algunos casos en que, sin necesidad de extender nota marginal, la misma Ley Hipotecaria había permitido expresamente la ejecución sumarial de una hipoteca de máximo: así en el caso de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito. El ejemplo era especialmente ilustrativo porque nadie dudaba que la hipoteca de cuentas corrientes de crédito era una hipoteca de máximo.

La alegación sin embargo no parecía afortunada. El acceso sumarial era aquí posible porque los peligros típicos de la hipoteca de máximo habían sido eliminados por la cuenta de crédito: no existía deuda viva alguna, susceptible de ser pagada, ejecutada o cedida con independencia de las demás. De hecho no existía deuda alguna hasta la fijación del saldo: la cuenta de crédito las absorbía a todas y difería el devengo al momento de la liquidación final. Los posibles riesgos (peligro de doble cobro) que aparejaba el acceso directo de la hipoteca al sumario estaban en este caso perfectamente controlados.

La hipoteca del artículo 153 de la Ley Hipotecaria asegura el saldo de una cuenta de crédito, por lo que la prueba de la existencia de la obligación asegurada y su cuantía se facilita considerablemente: las obligaciones, que generan los cargos y adeudos en cuenta, pierden toda su autonomía. No es posible que las operaciones entre acreedor y deudor que integran la cuenta conserven su independencia: la cuenta las absorbe y, en consecuencia, nova.

Hay un único título ejecutivo que es el que precisamente instrumenta la cuenta de crédito, y hay también una única obligación asegurada, cuya cuantía define el saldo. La prueba se reduce, en este caso, a la de un simple hecho que despeja el único punto dudoso: la cuantía del saldo, cuyo signo permitirá, al mismo tiempo, además, acreditar si existe, o no, la obligación garantizada.

En este caso, franquear directamente el judicial sumario al acreedor, era una medida excepcional pero admisible, al carecer de verdaderos peligros: la cuenta corriente de crédito niega con una mano lo que, con la otra, ofrece ordinariamente la hipoteca de máximo. Los créditos asegurados, que la hipoteca de máximo permite ceder separadamente, no pueden transmitirse, en este caso: la cuenta lo impide. La cuenta de crédito impide la vida independiente de cada una de las obligaciones sentadas: independencia que es normalmente el objetivo que, precisamente, se persigue con la constitución de una hipoteca de máximo. Por otra parte el saldo es deuda futura por lo que

no es posible su ejecución o pago independiente, tampoco su cesión total o parcial, hasta tanto no exista como tal: esto es hasta el cierre de la cuenta.

En estas condiciones el peligro de la famosa duplicidad de títulos ejecutivos desaparece. Poco importa, por tanto, que la certificación por sí sola, sin acuerdo de las partes para la incorporación del crédito a la hipoteca ni asiento especial, expedito el judicial sumario. En realidad el efecto propio de la cuenta de crédito eliminaba todo posible peligro: no existe más título ejecutivo que el que instrumenta la cuenta. Las obligaciones, que incorpora, están por mor de la cuenta de crédito ligadas unas de otras y, por tanto, a la hipoteca: no pueden ser cedidas, pagadas o ejecutadas separadamente. Tampoco el saldo de la cuenta que todavía no existe.

27. HIPOTECA DE MAXIMO SIN CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE

Evidentemente, si faltase la cuenta de crédito, los riesgos se dispararían: la situación de las obligaciones aseguradas, en las hipotecas llamadas propiamente máximo o hipotecas caución, no era evidentemente la misma que en el caso de que hubiese sido articulada una cuenta de crédito.

En el caso de la hipoteca caución, los créditos conservan su individualidad y su independencia de la hipoteca. Precisamente por ello las partes recurren a la hipoteca de máximo: la hipoteca caución no está ligada al crédito o créditos, sean presentes o futuros.

A pesar de las diferencias existentes entre la hipoteca en garantía de cuentas de crédito y aquellas otras que aseguran créditos independientes, el intérprete jurisprudencial no se amilanó. Es más acabó dando el paso decisivo.

Si el legislador había admitido la ejecución sumarial de los saldos en base a certificados expedidos por las entidades financieras en el caso de las cuentas corrientes de crédito, hipoteca de deuda futura pero también de máximo, podía extenderse esta posibilidad a otras hipotecas de máximo en general, siempre que se instrumente la oportuna cuenta, aunque falte el crédito (27).

La evolución posterior de los acontecimientos confirmó esta tendencia, al tiempo que la práctica bancaria dejó patente la peligrosidad que la nueva doctrina encerraba: la traslación del mecanismo de la prueba privilegiada (certificación bancaria) de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito a la hipoteca de máximo, sin cuenta de crédito fue sólo una cuestión de tiempo.

(27) Siempre que se disponga una cantidad máxima, no hay que entender que se ha constituido necesariamente una hipoteca de máximo. Cfr. artículo 119 y ss: la distribución de un solo crédito, entre varias fincas, señalando a cada una cifra de responsabilidad, supone la constitución de otras tantas «verdaderas» hipotecas de máximo sólo mientras no aparece tercero. Cfr. lo que dice Roca, *cit.*, 4.2 pág. 630. Aparecidos los terceros, no hay verdaderamente máximo ya que todo el crédito está cubierto por la hipoteca que se desparrama entre las distintas fincas. El señalamiento de un máximo es requisito necesario pero no suficiente para que exista hipoteca de máximo. Cfr. HEDEMANN, *Derecho*, *cit.*, pág. 443. La contestación debe ser en cambio distinta en el caso de exceso de crédito: ¿quid en el caso de hipoteca conscientemente escasa, en el caso que exista desde el inicio más crédito que hipoteca? En este caso el tope se busca deliberadamente y poco importa que se constituya expresamente como de máximo: ¿podría el deudor que paga una parte del crédito pedir la cancelación de la hipoteca? Nada garantiza que la cantidad pagada (o cedida) esté dentro de la suma máxima asegurada por la hipoteca.

28. MOTIVOS OCULTOS DE LA EQUIPARACION: EL ACCESO DIRECTO DE LAS HIPOTECAS DE MÁXIMO AL JUDICIAL SUMARIO

El afán de fortalecer la eficacia ejecutiva de la hipoteca de máximo llevó, en efecto, a la Dirección general, por los años treinta, a prescindir de las cautelas de la doctrina de la «hipoteca caución» y a equiparar, siempre que mediase un mecanismo contable, la fuerza ejecutiva de todas las hipotecas de máximo, vía hipoteca de deuda futura, a la de las constituidas en garantía de cuentas corrientes de crédito.

Lo que se buscaba con esta equiparación, su razón oculta, era promover el uso de la certificación bancaria, de modo que se la admitiese como un medio de prueba autosuficiente que permitiría ejecutar sin más el «saldo» impagado de cualquier cuenta bancaria; también en el judicial sumario, aunque la cuenta careciese de eficacia novatoria o no se apoyase en una apertura de crédito.

Este excepcional medio de prueba tiene sentido, tal como hemos visto, en la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito: en este caso, se garantiza una única deuda, el saldo, que resultará de un único título con fuerza ejecutiva, el que establece la cuenta de crédito.

Nada pueden hacer las partes que impida este resultado; los créditos concretos de autonomía, el saldo todavía no existe, por lo que no cabe realizar, durante la vida de la cuenta, operaciones jurídicas independientes (sea de pago o de cesión) ni con los unos ni con el otro. Lo único que queda por determinar es la existencia de la deuda que dependerá del signo del saldo y, en su caso, la cuantía. No puede existir cobros o pagos por fuera de la cuenta. Tampoco subsisten títulos ejecutivos fuera del que fundamenta la eficacia ejecutiva de la cuenta misma.

Cada operación individual es absorbida en la cuenta establecida. Por esta razón el deudor sólo puede oponer a la certificación bancaria tacha de error contable o falsedad.

En cambio, en las meras cuentas de «caja» o de «efectos», falta de contrato de cuenta corriente y normalmente no hay apertura de crédito alguna, por lo que sólo existe una pluralidad de deudas, normalmente futuras pero también presentes, que conservan toda su independencia y autonomía. La escritura que documenta su incorporación a la hipoteca de máximo decide dos cosas distintas. En primer lugar cuáles, de entre las aseguradas, existen y son ejecutivas y, en segundo lugar, cuáles, resultarán beneficiarias de la garantía. La certificación bancaria no es un instrumento hábil para cumplir por sí sola estos cometidos: no se trata sólo de probar la cuantía del adeudo.

Los créditos individuales han podido ser cedidos, pagados, incluso ejecutados: el deudor debe tener derecho a poder discutir cualquiera de esos puntos y sus excepciones no deben limitarse al error contable o falsedad, únicos motivos de oposición según al artículo 153 de la Ley.

La virtualidad más apreciada de las hipotecas «propiaamente de máximo», la característica más apreciada de la denominada hipoteca de máximo propiaamente dicha, era que permitía dotar de aceptable cobertura hipotecaria a aquellas situaciones, en que coexistían obligaciones de naturaleza distinta, presentes y futuras, todas ellas independientes entre sí. Los acreedores sólo tenían que aceptar una «pequeña» limitación de sus derechos si comparamos su posición jurídica con la que ocupan en las hipotecas ordinarias: las hipo-

tecas de máximo «aseguran» tan bien como cualquier otra pero sólo en abstracto, pues carecen de la fortaleza ejecutiva de la hipoteca común (28).

Los créditos asegurados, porque son independientes y no están vinculados a la garantía, han podido ser cedidos, pagados o ejecutados, sin comprometer a la hipoteca, cosa que no es posible en el caso de las cuentas corrientes de crédito, en que las obligaciones entre las partes son absorbidas y por la cuenta y, una vez sentadas en los libros, pierden su autonomía y no pueden ser cedidas, pagadas o ejecutadas por separado.

La hipoteca caución es el mecanismo hipotecario adecuado para dar garantía a una pluralidad de deudas, no articuladas en un contrato de cuenta corriente. Cada una de ellas puede seguir llevando una vida independiente. Por lo que puede entrar y salir de la contabilidad cuantas veces se estime necesario.

29. LA REACCION JURISPRUDENCIAL: SU JUSTIFICACION

La importante resolución de la Dirección General de los Registros de 23 de diciembre de 1987, con decisión, reacciona contra esta permisiva doctrina.

La reacción, sin embargo, no se limitó, como sería de desear, a revisar los extremos de esta doctrina sino que, como veremos entró a valorar y discutir otros puntos: entre ellos, el papel del principio de determinación y en consecuencia el estatuto mismo de la hipoteca de máximo (29).

Al admitir la certificación, como medio de prueba de la transformación en ordinaria de la hipoteca caución —denominada hoy también hipoteca *omnibus*, percha o sumidero— sin lugar a dudas se había ido demasiado lejos. Tiene razón sin duda en este punto la Dirección General cuando reacciona contra la doctrina anterior.

(28) Lo característico de la hipoteca de máximo es que es una hipoteca que centra su eficacia en la fase de seguridad. De hecho no es título ejecutivo. Interesa de la hipoteca más la garantía en sí misma, que la fortaleza y agilidad del dispositivo ejecutivo. Como destaca WOLFF, *cit.*, 2 pág. 367 y número 1, la hipoteca de máximo desliga su vida del crédito de modo que la *causa debendi* puede quedar inexpressada. Y añade: «así puede concederse en garantía de todos los créditos que puedan resultar en lo futuro por cualquier causa a favor del acreedor hipotecario: entonces basta que la inscripción así lo exprese». En nota insiste que la «jurisprudencia llega muy lejos al admitir la indeterminación del crédito; KG HRR 1933, 202 (indeterminación del tipo de interés); DR 1943, 856; por otra parte KG JFG, 11, 258, donde con razón no se admite la indeterminación de un crédito de fianza» y concluye: «si el crédito está ya bien precisado no puede ya concederse en su favor ninguna de máximo, KG, JFG, 7, 365 (...). (!) Sin duda nuestro Derecho no admite una indeterminación semejante pero no debe acentuarse caprichosamente su rigor: bastará que haya un elemento suficiente de determinación que permita a un juez mediante un juicio, no una decisión arbitraria, incluir unas deudas y excluir otras. La hipoteca de máximo es como es y se admite o no se admite pero no cabe convertirla en una simple variante de la hipoteca común so pena de hacerla inservible.

(29) En el cuarto fundamento de Derecho de la Resolución de 23 de diciembre de 1987, decisivo, se afirma: «(...) Se pretende así poder sumar, a efectos de una misma garantía hipotecaria, indeterminados importes parciales correspondientes a obligaciones que siguen siendo distintas: si se quiere que éstas reciban cobertura hipotecaria habrá de constituirse una garantía individualizada para cada una de ellas, en consonancia con el mantenimiento de su autonomía jurídica (...).».

La certificación bancaria, en este caso, no trata de acreditar simplemente el montante de un saldo sino que se configura como un título hábil, por sí solo, para proceder a la ejecución, sin necesidad de aportar los títulos originales de cada una de las obligaciones aseguradas, que expresamente las partes querían mantener independientes (30): la certificación, sin más, decidiría cuáles serán los créditos que se incorporarán a la garantía y abre así la posibilidad de una duplicidad de títulos ejecutivos, que «se multiplican en forma inadmisibile» (31).

Esta asimilación había triunfado en la Jurisprudencia anterior, con apoyo en una discutible argumentación: la hipoteca de máximo no era una mera variante de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de créditos que regulaba el artículo 153 de la Ley Hipotecaria, porque, entre otras cosas, la realidad jurídica que garantizaba cada hipoteca, era de naturaleza bien distinta. Más bien debía entenderse lo contrario: al revés era la hipoteca en garantía de cuentas de crédito la que debía entenderse una variante (excepcional) de la hipoteca de máximo.

30. UNA CONCLUSION INNECESARIA: LA PROHIBICION DE ACCESO AL REGISTRO DE LAS HIPOTECAS CAUCION

Esta reacción, como suele pasar con las reacciones, excedió con mucho de lo debido y supuso en realidad una verdadera involución: la nueva doctrina afectó gravemente a la flexibilidad de la hipoteca de máximo hasta el punto que ha perdido, en la práctica, gran parte de su atractivo.

El Centro Directivo, confirmando lo que venía haciendo desde 1936, no reconoce un estatuto especial a la hipoteca caución que confunde con la hipoteca de cuentas de crédito pero curiosamente para llegar, a la postre, razonando a partir de estas premisas, a resultados totalmente opuestos a las que mantenía la doctrina anterior.

A partir de las premisas en que se apoyaba la última (permisiva) jurisprudencia hipotecaria, niega también un *tertium genus de hipoteca*, distinta tanto de las hipotecas ordinarias como de las hipotecas de deuda futura entre las que incluye la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito. Pero acepta esas premisas precisamente con el fin de reaccionar contra los resultados a que había llegado esa misma jurisprudencia: el recurso a la certificación bancaria es posible ahora sólo porque, cuando hay créditos diferentes, y se los quiere asegurar con la hipoteca de máximo, es preciso constituir una cuenta de crédito. En resumen no hay hipoteca de máximo sino en forma de hipoteca de cuentas de crédito.

Lo importante está en que de rebote esta doctrina no limita sólo el uso de la certificación bancaria: por el camino tira por la borda a la misma hipoteca de máximo, la denominada hipoteca de máximo propiamente dicha: la hipoteca caución.

(30) La Resolución de 23 de diciembre de 1987 rechaza que el título ejecutivo sea la certificación.

(31) La Resolución de 21 de marzo de 1917 es la primera, que sepamos, que alerta sobre la posibilidad de una pluralidad de ejecuciones. Es suya la frase de que «se multiplican en forma inadmisibile» los títulos ejecutivos.

31. SITUACION ACTUAL

Si hay créditos diferentes y se quiere asegurarlos con una sola hipoteca, se precisa la articulación de una cuenta de crédito que elimine la independencia de las obligaciones aseguradas: en otro caso, se exige la constitución de tantas hipotecas como créditos: una hipoteca por cada crédito.

Los antiguos problemas, que parecían definitivamente conjurados, reaparecen. La vieja pero útil construcción de la hipoteca caución ve agotado su ciclo vital. De hecho ésta resolución certifica su defunción.

Es admisible, según el Centro Directivo, sólo la hipoteca de máximo constituida en garantía de cuenta de crédito, porque encuentra amparo en la hipoteca en garantía de una (sola) deuda (en este caso futura), pero no cabe ir más allá. Las hipotecas en garantía de varias obligaciones, sin cobertura en una operación de crédito, no es que no puedan recurrir al mecanismo de determinación del saldo que el artículo 153 de la Ley prevé para las cuentas de crédito: son inadmisibles (32).

32. NECESIDAD DE REVITALIZAR LA ANTIGUA DOCTRINA

La Dirección de los Registros últimamente viene rechazando la inscripción de la hipoteca denominada en Derecho alemán «propiamente de máximo»: hipoteca funcionalmente idéntica a nuestra «hipoteca caución» o fianza hipotecaria, expresamente regulada por nuestro legislador cuando se ocupa de la hipoteca del tutor o del que maneja fondos públicos.

El Centro Directivo, sin apenas argumentos que contradigan seriamente la (permisiva) doctrina jurisprudencial anterior, ha decidido prescindir de ella: la viabilidad de la hipoteca de máximo en garantía de varias deudas queda en entredicho, cuando no se articula una cuenta corriente de crédito que las engulla jurídicamente (por novación) a todas.

Cierto que si la asimilación de la hipoteca de máximo sólo pudiese escudarse en la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, no cabría garantizar, si respetamos la letra de la ley, con hipoteca de máximo aquellas

(32) La causa de que no se pueda incluir, entre las hipotecas del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, la hipoteca constituida en garantía de las posiciones acreedoras en situaciones de cuenta corriente, consiste en que falta la obligación del acreedor de proporcionar crédito al deudor. En consecuencia no es una hipoteca en garantía de cuentas de crédito que es la que previene el artículo 153 de la Ley Hipotecaria. Poco tiene que ver esta afirmación con el argumento que busca rechazar la hipoteca que nos ocupa razonando que, porque falta crédito, no hay verdadero contrato en cuanto que su «cumplimiento queda al arbitrio de una de las partes». Nuestro sistema admite la hipoteca en garantía de deuda futura y si el acreedor estuviese obligado a prestar o acreditar, la deuda no sería propiamente futura sino presente y, en todo caso, meramente aplazada o condicional. La Resolución de 24 de noviembre de 1991 no le repugna que el acreedor se reserva la decisión de acreditar o no, en cada caso, sino que se atribuya la facultad de la «determinación de las (posibles) obligaciones (a asegurar) (...) con efectos hipotecarios y, por tanto, procedimentales (...) (por los que se) infringe (...) las normas que sustraen, como principio, la materia de la prueba y, en particular, la carga de la prueba a la autonomía de la voluntad». Lo prohibido no es que se hipoteque en garantía de deudas futuras sino que quede al arbitrio del acreedor, que deudas, entre las que lleguen a contraerse, serán las aseguradas.

situaciones contables en que no se concede crédito alguno por ninguna de las partes.

Pero no era la hipoteca en garantía de cuenta de crédito el único apoyo que la práctica financiera tenía cuando buscaba «canalizar» hipotecariamente una relación compleja de clientela en la que se sucedían continuamente créditos y pagos. La Dirección, al rechazar la vieja figura de la hipoteca caución, cuya memoria, por lo demás, de este modo pareció perderse definitivamente, sí que eliminó la posibilidad de ofrecer oportuna cobertura hipotecaria a relaciones globales como la descrita en la que desde luego falta (cuenta de) crédito.

El meollo argumentativo de la Resolución de 1987 no contempla, por lo demás, sólo argumentos de orden literal. Como veremos, se atrincheró en razones de distinta naturaleza y profundo calado doctrinal.

La citada Resolución de 1987, deudora probablemente de la doctrina sentada con anterioridad por el Centro Directivo en sede de intereses de demora, exige que las hipotecas de máximo deben cumplir con exigencias, explicitadas recientemente por el mismo Centro en sede de hipoteca ordinaria, que obligan a señalar cifra propia, según otros constituir una hipoteca distinta, por cada una de las obligaciones aseguradas siempre que sean distintas; desde luego si su naturaleza fuese diferente. En resumen nunca cabría globalizar en un sola cifra hipotecaria, la garantía de una pluralidad de créditos de distinta naturaleza.

33. LA DEFENSA DE LA HIPOTECA CAUCION: SU FUNCION PRACTICA

Antes de ponernos a la tarea de discutir por extenso la prohibición jurisprudencial, parece oportuno hacer algunas reflexiones previas.

Habíamos visto que uno de los objetivos de las hipotecas de máximo era servir al tráfico comercial, empresarial, en cuanto permitía sacar todo el provecho posible a las garantías inmobiliarias.

La especialidad de este mundo mercantil consiste que entre acreedor y deudor, comerciante y sus proveedores, se establecen relaciones obligatorias de distinta naturaleza cuyo número, cuantía y naturaleza cambia con incesante y vertiginosa rapidez.

La hipoteca de máximo estaba pensada precisamente para hacer frente a esta situación: su característica principal consiste en su neutralidad e independencia frente a los créditos asegurados, lo que le permite servir a varias obligaciones, incluso de naturaleza diferente. Se persiguen con esta construcción objetivos muy precisos.

Primero: Se ahorran gastos de documentación y fiscales. No es preciso cancelar una hipoteca y volver a constituir otra, siempre que varían los créditos asegurados o se altera su naturaleza jurídica.

Segundo: Se trata de conseguir hacer un uso «racional» de las posibilidades de garantía que ofrecen los inmuebles propiedad del deudor. Hay que elegir, para cada finca hipotecada, la cifra óptima de responsabilidad que permita extraer, con un mínimo de hipoteca, el máximo de garantía posible. La hipoteca garantiza un determinado valor, que es la cifra máxima de adeudo que el acreedor está dispuesto a tolerar en las operaciones con el deudor, con independencia de las cuáles sean los adeudos concretos existentes en cada

momento y cuál sea su naturaleza jurídica. No debe olvidarse que, en el momento de la constitución de la hipoteca, no se sabe cuáles serán en concreto y hasta donde alcanzará el montante de los impagados a asegurar. Es preciso aventurar una cifra que no sea excesiva, a fin de no desvalorizar innecesariamente la finca en el mercado ni privar injustificadamente al propietario de su capacidad de garantía. En una palabra se trata de «economizar», sacar todo el provecho posible, a la garantía impidiendo que se amortice «improductivamente» parte de su valor.

34. EL JUEGO DEL PRINCIPIO DE DETERMINACION

No hay duda, desde este punto de vista, que, cuanto más determinación de créditos a asegurar se exige en la hipoteca de máximo, menor partido cabe obtener de su especial naturaleza jurídica: se infrutiliza la hipoteca de máximo siempre que se fuerza a destinar cifra propia a cada obligación o serie de obligaciones de igual naturaleza jurídica (33).

En efecto puede ocurrir, como efectivamente ocurre muchas veces, que el acreedor no llegue a necesitar, por la razón que sea, toda la cifra reservada a alguno o algunos de los créditos garantizados, al tiempo que, posiblemente, en cambio, otras obligaciones quedan en descubierto de garantía por insuficiencia de la cifra a ellas asignada.

La Dirección, al imponer la necesidad de vincular cifra a créditos distintos o de naturaleza diferente, limita la comunicación libre de la garantía entre créditos asegurados. De este modo acaba con la flexibilidad que caracteriza a la hipoteca de máximo, la encarece y priva de gran parte de su utilidad (34).

Vamos a ocuparnos ahora de discutir las razones que el Centro Directivo ofrece para fundamentar su opinión de que sólo pueden servirse de una sola hipoteca o cifra, aunque sea de máximo, no puede dar cobijo a obligaciones de naturaleza distinta. Esta restrictiva doctrina jurisprudencial debe someterse a crítica. El sentido de esa crítica es fácil deducirla de lo dicho hasta ahora. Su contenido puede ordenarse en torno a varios puntos.

(33) Hoy la actividad financiera no es, sin más, comercio reprochable, sospechosa de usura, sino que es un elemento necesario para el desarrollo de la economía y, por tanto, para el bienestar general. El sistema hipotecario óptimo es que consigue movilizar, con el mínimo de inmuebles, el máximo de capital atrayendo, así, «dinero ocioso a la industria y al comercio»: uso racional de los medios de producción. Esto no se consigue si se recuperan, en todo su rigor, los resortes del viejo Derecho en materia de *pignus* obsesionado únicamente en reprimir las prácticas usurarias. *Vid* el exhaustivo A. IGLESIA, *Las garantías reales en el Derecho histórico español* (Santiago, 1977). El reto del moderno Derecho de garantías es encontrar un equilibrio entre la necesidad de movilizar, del modo más amplio posible, el capital sin, por ello, aceptar la indefensión de los consumidores de «capital». Un principio económico rige cualquier política: la intervención política, por encomiable que parezca, tiene siempre un coste. En consecuencia, antes de tomar una decisión, hay que determinar, si los beneficios que genera o los daños que busca evitar la prohibición que se trata de establecer, superan los perjuicios que inevitablemente causará la intervención misma.

(34) Parece que para el Centro Directivo poco importa que la hipoteca sea de máximo u ordinaria: ambas están sujetas, del mismo modo y en el mismo grado, al principio de determinación.

35. ESCASO PELIGRO DE LA HIPOTECA CAUCION

Es posible aceptar las parciales derogaciones a los principios de accesoriedad y determinación que la hipoteca caución implica, siempre que a cambio se niegue tajantemente al acreedor la posibilidad de acceder directamente a la ejecución de las obligaciones aseguradas por un procedimiento hipotecario privilegiado, como desde luego lo es el sumario (35).

En nuestro Derecho, desde 1909, el juego de las hipotecas de tráfico al modo alemán ha perdido casi todo su sentido. Desde la reforma hipotecaria de aquél año, que introduce el proceso judicial sumario, nuestras hipotecas ordinarias no necesitan intermedie una cesión para gozar de una protección semejante a la que proporciona la fe pública registral: la drástica limitación de excepciones, consustancial al juicio sumario, acrecienta el valor ejecutivo del título hipotecario juega tanto a favor del cedente como del cesionario.

El primer acreedor hipotecario está en principio, a la hora de la ejecución, tan protegido por el sistema como el posterior (cesionario) que adquiere a título oneroso y de buena fe: todos los acreedores son iguales ante el judicial sumario. Por eso nuestro Derecho de hipotecas desconoce hoy, en la práctica de nuestros Tribunales, la alegación del juego del principio de fe pública registral, también cuando se trata de ejecutar créditos hipotecarios cedidos. La cesión no refuerza la ejecutividad del crédito: la alegación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es así en este punto casi intrascendente.

La única distinción con importancia práctica es la que se atiene al hecho de si las hipotecas son o no son ejecutables sumariamente, y ello no depende de que haya intermediado o no una cesión.

Es característica definitoria de la hipoteca caución su inejecutabilidad en vía procesal privilegiada: la hipoteca «propia de máximo» es una reserva de valor que todavía no ha sido vinculada a un crédito determinado. No hay todavía créditos hipotecarios. Todos los posibles pretendientes viven libremente su vida en el campo del Derecho civil o mercantil.

(35) En la hipoteca ordinaria interesa tanto la garantía o afectación de valor de una finca al pago de una deuda como su potencia ejecutiva que permita expeditivamente la realización de ese valor. Sobre esta distinción razonó J. A. DORAL *La fase de seguridad de la hipoteca* (Pamplona, 1967) su (magnífico) libro. Dado que nuestro Derecho no conoce la realización de valor que la hipoteca permite si falta la deuda impagada que garantiza, sólo será posible la ejecución si consta el impago de la deuda garantizada. Es obvio que no cabe demostrar el impago si no está determinada y, por tanto, nunca procedería la ejecución, porque no estaría precisada la deuda cuyo impago se garantiza. No basta que haya deudas entre las garantizadas (accesoriedad) sino que es preciso determinar, con claridad, cuáles son las aseguradas: se ejecuta un crédito y es preciso que se posibilite la discusión, por limitada que sea, sobre él. Para la situación del Derecho alemán WOLFF, *Derecho 2 cit.*, pág. 250. La exigencia de rigor, en la apreciación de la determinación del crédito asegurado, tiene, en nuestro Derecho, razón sobrada, sobre todo después de que, en 1909, se articuló el judicial sumario del 131. En nuestro Derecho la mera inscripción de la hipoteca, ya entre partes, limita las «excepciones» (?) oponibles a sólo cuatro, que en realidad se reducen a dos (art. 132 de la Ley Hipotecaria).

En Derecho alemán, en principio, la limitación de excepciones sólo puede venir por el cauce de la fe pública, si se transmite el crédito hipotecario, *vid* WOLFF, *cit.*, 2 pág. 268. Sobre *pactum executivum vid.*, sin embargo, nota pág. que no cambia la situación. Explica las consecuencias del llamado *pactum executivum* HEDEMANN, *cit.*, pág. 429: sin

La ejecutabilidad sumaria pasa porque se incorporen a la hipoteca los créditos beneficiarios y esos exige que se pruebe que existen, que son de los genéricamente asegurados y sobre todo que a ellos en concreto les corresponde ser los beneficiarios de la garantía. Hasta entonces, sin crédito, no hay, en nuestro Derecho, ejecución sumaria posible, esto es de base estrictamente hipotecaria.

36. ORIGEN DE LA POSTURA RESTRICTIVA: LA GARANTIA HIPOTECARIA DE LOS INTERESES DE DEMORA

La justificación de la actual rigidez del Centro Directivo, cara a la admisión de hipotecas de máximo, lo adelantábamos, habría que buscarla en otro sitio: concretamente en la Jurisprudencia de notable calado doctrinal que, a finales de la década pasada, reformula los principios que gobiernan nuestra hipoteca común.

Las razones que justificaron este cambio de actitud cara a la hipoteca de máximo parecen las mismas que apoyaron el viraje, producido en la jurisprudencia de la misma Dirección, en relación al alcance de la garantía hipotecaria de los intereses de demora (36).

inscripción no afecta a tercer poseedor. Hay sólo una inversión fuerte de la carga de la prueba a favor del acreedor pero el deudor puede reaccionar. *Vid.*, BAUR, *Lehrbuch cit.*, pág. 380: «...Die gerichtliche rechtsverteidigung ist dann Initiative des Schuldners überlassen; will er etwageltend machen, die zu sichernde Forderung sei durch Bezahlung erloschen oder die Hypothek sei nicht wirksam begründet oder Gläubiger habe ihm die Hypothek destundet, so mus er gegen den Titel mit der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO (mit § 795 und 797 Abs. 4 ZPO) vorgehen; d. h. er mus Klage erheben und danach trachten, ein Urteil zu erwirken, das Zwangsvollstreckung aus der Urkunde für unzulässig erklärt. (...)». Cfr. con el artículo 132 de la Ley Hipotecaria: las consecuencias (respecto a los casos citados por F. BAUR) pueden llegar a ser parejas pero sólo porque en Derecho alemán la inscripción es constitutiva, lo que no sucede en nuestro Derecho. En nuestro Derecho la cesión o el pago del crédito hipotecario son perfectamente válidos sin asiento. Muy claro NUSSBAUM, *Tratado cit.*, pág. 197: «(...) Por los trámites de la llamada reconvención ejecutiva puede también el propietario, por su parte, alegar las excepciones de que se crea asistido contra la ejecución...». Importante es que «...los hechos de los cuáles dependen el vencimiento y exigibilidad del capital deben acreditarse ante el Juez o el Notario por medio de documento público o en escritura debidamente legalizada (...)» (con cita de preceptos legales): *Ibidem id.* Sobre este punto BAUR, *cit.*, pág. 379: «Der Gläubiger braucht lediglich die Fälligkeit der Hypothek nachzuweisen (§§ 726, 751 ZPO) und erhält dann von dem Gericht oder Notar eine vollstreckbare, d. h. mit der Vollstreckung versehene Ausfertigung der Urkunde (...)». Para comprobar la generosidad de nuestro judicial sumario basta recordar que se admite cualquier prueba que quiera ofrecer el acreedor de los hechos determinantes de la existencia, certeza y exigibilidad del crédito: artículo 131 regla 2.1. Especialmente descabellado cuando la causa de vencimiento no sea la falta de pago: incumplimiento de obligaciones accesorias. Por lo demás nuestro judicial sumario, iniciado por acreedor hipotecario, aunque no sea un cesionario protegido por la fe pública, sólo puede ser suspendido por las causas del 132 de la Ley. La limitación de «excepciones» (?) no precisa el juego de la cesión onerosa y de buena fe: procede directamente de la ley y ya a favor del primer acreedor.

(36) De todos modos la existencia del judicial sumario no priva de interés a la disputa sobre sí, en nuestro Derecho, la cesión de créditos está protegida por la fe

Es sabido que, si se desea garantizar intereses de demora en la hipoteca común u ordinaria, la Dirección exige ahora que se les asigne cifra distinta a la destinada a los intereses ordinarios. De este modo se impide que la cifra vacante en la hipoteca, por interés ordinario, pueda ser usada por los de demora por lo que, en último término, como sobrante, aprovecha al propietario.

La Dirección General no habría hecho otra cosa que extender esta doctrina a las hipotecas de máximo: si la naturaleza de cada una de las obligaciones aseguradas es heterogénea, debe asignárseles una cifra hipotecaria propia, independiente.

No parece sin embargo que exista, en uno y otro caso, (hipoteca en garantía de intereses de demora e hipoteca de máximo) una identidad de razón que pueda justificar la traslación de soluciones pensadas para la hipoteca común a la llamada propiamente de máximo.

Las hipotecas de máximo son en principio inejecutables sumariamente (hemos visto antes porque excepcionalmente pueden serlo las hipotecas en garantía de cuentas de crédito), en cambio esa es la cualidad más valorada por los prestamistas en las hipotecas ordinarias. Más bien parece que lo que pretende el Centro Directivo, al exigir cifra para los intereses de demora, es «desmarcar» la suerte procesal de este concepto de la de aquellos otros que están garantizados por la hipoteca ordinaria cerrando el judicial sumario a los intereses moratorios.

De este modo consigue preservar, y así salvar, la ejecutabilidad sumaria de la hipoteca común y las partidas que ordinariamente comprende: el principal o capital, intereses remuneratorios (ordinarios) y costas.

Se señala máximo independiente a las deudas futuras por intereses de demora para que la indeterminación propia, de esencia, que tienen los intereses de demora, no «contamine» al crédito por principal, sí presente, y a los intereses remuneratorios y a las costas evitando de este modo que todos pierdan su ejecutabilidad sumaria (36 bis). Dicho de otro modo, porque la hipoteca de máximo es normalmente inejecutable a través del judicial sumario, es por lo que debe garantizarse con hipoteca distinta (de máximo) a los intereses

pública registral. La ejecución sumarial de un crédito inexistente o excepcionable no impide que el deudor o el tercero puedan revolversen, una vez termine el pleito, contra el acreedor plantando el oportuno declarativo: cfr. el artículo 132 *in fine* de la Ley Hipotecaria. De mediar cesión y operar la fe pública, ésta posterior reclamación no tendría posibilidades de prosperar contra el acreedor ejecutante si fuese un cesionario protegido por la fe pública y las causas de oposición no constasen en el Registro.

(36 bis) La Resolución de 20 de octubre de 1984 señala: «dado que ahora se trata de una garantía hipotecaria sobre posibles intereses moratorios (...) lo que supone la constitución de una hipoteca de seguridad por ser indeterminado el crédito con la consiguiente fijación de una máximo de responsabilidad, y en este aspecto se asemeja a la hipoteca en garantía de costas y gastos, pero esta semejanza no implica que puedan englobarse ambos créditos en una sola cantidad, pues siguen subsistiendo en base al principio de especialidad, (...) razones (...) que implican que ambas cantidades parezcan claramente diferenciadas, a fin de que se conozcan tanto por las partes como por los terceros, la determinación de cada crédito y se eviten así ambigüedades, se elimine toda confusión y se dé cumplimiento a los fundamentos del sistema inmobiliario español». Lo que se trata de impedir, con la constitución de tantas hipotecas como obligaciones aseguradas, es la «flotabilidad» de los sobrantes de garantía. Una deuda no puede servirse del sobrante de la garantía asignada a otra. *Vid.* más adelante en el texto.

de demora. La naturaleza especial de los intereses de demora impide que la escritura de préstamo hipotecario, por sí sola, pueda operar como título ejecutivo respecto a ellos.

En la hipoteca caución poco sentido tiene fijar cifras hipotecarias independientes para cada una de las obligaciones aseguradas que tengan una naturaleza distinta. Precisamente el acreedor adopta la forma hipotecaria de máximo porque está dispuesto a prescindir del beneficio de la ejecutabilidad sumarial de la hipoteca. Es más bien todo lo contrario: sólo si, por la razón que fuese, el acreedor quisiera preservar la ejecutabilidad, a través del judicial sumario, de alguna obligación en particular de las que en principio podrían entenderse comprendidas en la garantía de máximo, sería preciso dotarla de cifra propia y restarla de la global correspondiente a la hipoteca de máximo (37).

Resuelto este punto, y atendida la objeción (de fondo), vamos ahora a limitarnos a señalar cuatro razones que hacen dudar de la oportunidad y utilidad social y económica de la nueva doctrina, mucho más cuando, como es el caso, acaba por extenderse a las hipotecas de máximo.

37. POLITICA HIPOTECARIA

Como principio de política legislativa, el principio de determinación no es un mero principio doctrinal, inocente y bondadoso. Su aplicación envuelve un juicio de preferencia entre los diferentes intereses en juego: en concreto antepone los intereses de los futuros propietarios de la finca a los de los acreedores hipotecarios.

La determinación de créditos, tal como la Dirección la entiende, exigiría señalar cifra propia, dentro del máximo global garantizado, por cada obligación o serie de obligaciones de naturaleza distinta. Ahora bien, semejante asignación no es un mero formalismo sin sentido. Al contrario, produce importantes efectos de Derecho sustantivo.

Se trata de impedir el libre uso de la cifra total, que la hipoteca de máximo implica, entre todos los créditos que garantiza, limitando esa posibilidad, como mucho, a los de naturaleza homogénea y precisamente sólo dentro de la cifra particular a ellos asignada. Poco importa, que entre los genéricamente garantizados, queden algunos por pagar.

Dicho de otro modo: el acreedor no puede servirse de los sobrantes de cifras particulares, asignadas a unas obligaciones, para cubrir otras distintas, aunque estas últimas tengan agotada la cifra a ellos reservada. Esos sobrantes parciales, al impedir su uso al acreedor, se atribuyen necesariamente al propietario. La aplicación del llamado principio de determinación envuelve, así, una disposición indirecta sobre el sobrante.

Se trata ahora de conocer las razones que fuerzan a privar al acreedor hipotecario de un sobrante, producido dentro de la cifra total que la hipoteca vincula y que, por tanto, en principio, le pertenece. La causa por la que se niegue toda comunicación entre cifras, cuando los créditos son de distinta naturaleza.

(37) Mientras la hipoteca de máximo es tal, en la llamada fase de seguridad, no se ve ninguna razón a la limitación de la flotabilidad de los sobrantes. La conversión de la hipoteca de máximo en ordinaria sí que exige la determinación de los créditos y la asignación de cifra hipotecaria a cada uno de ellos. *Vid.* más adelante en el texto.

Desde el punto de vista del orden público económico o del interés social, conviene advertir que sostener a ultranza el principio de determinación no supone defender necesariamente la causa de la Justicia.

De hecho se antepone al interés del acreedor hipotecario y, sobre todo, al del actual deudor propietario, el interés de un tercero futuro cuyos objetivos al comprar la finca se desconocen. Se opta por favorecer el tráfico inmobiliario especulativo frente al productivo. El interés del que adquiere por el simple hecho de hacerlo, cualquiera que sea la finalidad a que trate de destinar la finca, frente al propietario que produce y necesita, obviamente, movilizar todo el crédito, de que pueda disponer, con el mínimo costo.

El uso del principio de determinación, como instrumento indirecto para atribuir todo sobrante al tercer adquirente (tercer poseedor), no contribuye necesariamente a la defensa del interés público o al desarrollo de la economía nacional. El sobrante producido en una hipoteca no pertenece por Derecho natural y, en consecuencia debe ser reservado, al futuro adquirente (tercer poseedor): otros sistemas adoptan soluciones distintas.

38. LA DEFENSA DE LOS TERCEROS

La admisión de la hipoteca de máximo en su forma de hipoteca caución, tal como la hemos definido antes, no agrava particularmente la posición de los terceros. Para decidir este punto es preciso no olvidar algo muy importante.

i) El tercero esta suficientemente protegido cuando se tasa la responsabilidad de la finca y, en consecuencia, se señala una cifra máxima de responsabilidad. El tercero siempre puede calcular el precio a pagar por la finca hipotecada y, mediante el juego de la retención del importe de la hipoteca o de su descuento del precio de compra, protegerse contra futuras reclamaciones hipotecarias. Las necesidades del tráfico quedan así cubiertas (38) (39).

(38) La existencia de una hipoteca justifica que cualquier comprador prudente descunte o retenga parte del precio en la cantidad necesaria para cubrir el principal que queda por pagar. La poca modernidad de nuestro Derecho de hipotecas aparece de nuevo aquí: al negarse a que, sin el consentimiento expreso o tácito (eliminando el presunto) del acreedor, la asunción de deuda por el comprador suponga la liberación del deudor-vendedor (art. 118 de la Ley Hipotecaria). Cfr. §§ 416 del *BGB* y artículo 832 del Código Civil suizo. El deudor queda en una pésima situación porque, si el acreedor decide dirigirse por la acción personal contra él, tendrá pagar el crédito y luego dirigirse contra el comprador que había retenido o descontado el precio. Sin duda la tradición romana se opone a la libre circulación de las deudas, pero sería conveniente limitar la rigidez de ese principio a fin de facilitar la movilidad de las fincas hipotecadas. Es obvio que no cabe forzar (pero sí facilitar) al acreedor a que preste su consentimiento a la asunción. Incluso estamos en la más completa inseguridad respecto a si la asunción consentida por el acreedor es novatoria. Para esto último cfr. J. A. ALVAREZ CAPEROCHIPI, «El artículo 1.207 del Código Civil» en *RCDI* (1973) 413 ss y especialmente M. PEÑA, *Derecho reales. Derecho hipotecario* (Madrid, 1986) pág. 452 nota 12: «¿Qué hipoteca es preferente? ¿La que asegura la obligación primitiva con nuevo deudor quizá de peor solvencia? Esto equivale a admitir la permuta de rango sin consentimiento de los titulares de derechos reales de rango intermedio (...)». Sobre esta cuestión C. PARDO, *Sustitución de créditos hipotecarios*, en *La Ley*, 3499 (1994), 1 y ss.

(39) En el caso de la hipoteca ordinaria la Dirección ha salvado esta dificultad, imposibilitando que la suma de la responsabilidad por intereses ordinarios y de demora

ii) Protegido de este modo el interés de los terceros adquirentes de la finca hipotecada, no se alcanza a comprender cuál es la razón que impone, contra la voluntad de los contratantes, la necesidad de vincular, a cada uno de los créditos concretos, cifras determinadas de hipoteca. Por lo general, lo hemos visto, acreedor y deudor, en la hipoteca de máximo, están interesados precisamente en todo lo contrario.

El acreedor, porque como hemos visto, pierde el sobrante de hipoteca producido en una de las cifras, si las deudas que le quedan por cobrar están vinculadas a otra cifra distinta, pero ya agotada. El deudor porque no quiere despilfarrar garantía en beneficio de un tercer adquirente, que muy bien puede no aparecer nunca.

Todo ello produce el indeseable efecto de que el acreedor diligente se vea obligado a tomar la precaución de establecer cifras de garantía sobradas, de montante excesivo, para grupos de créditos de naturaleza homogénea, aunque previsiblemente la cifra en conjunto, que resulte de la suma de las cifras parciales, sea muy superior a la que se espera razonablemente utilizar.

Nunca los acreedores, ni los deudores, entenderán cuáles son los beneficios que obtienen a cambio de esta limitación. No se ve el fundamento que justifica el dar siempre preferencia al interés en procurar la movilidad de las fincas frente al interés en extraer de ellas todo el crédito de que sean capaces. Lo importante, para el deudor, en muchos casos, no es que la finca se venda mejor (puede no estar interesado en vender nunca) sino procurarse financiación para sus operaciones.

Tampoco es posible aclarar cuál sea el principio político o social, la razón jurídica, que exija extremar el rigor del principio de determinación hasta el punto de que las partes estarían obligadas para alcanzar sus objetivos a constituir tantas hipotecas como créditos. Una empresa, por otro lado, inútil: los créditos garantizados no son estables, su destino es sucederse y substituirse, vertiginosamente, durante el curso de las relaciones entre acreedor y deudor. La hipoteca de máximo, precisamente, ha sido concebida para dar respuesta a estas dificultades: lo que se buscaba era precisamente de corregir la inflexibilidad de la hipoteca ordinaria.

39. EL CONTROL DEL POSIBLE ABUSO

La flexibilidad en la garantía hipotecaria, que el comercio exige, no debe ciertamente convertirse en ocasión para el abuso. Como vimos, el verdadero peligro de la hipoteca caución se conjura si se adoptan severas precauciones de orden procesal que limiten drásticamente su ejecución hipotecaria en vía sumaria.

El judicial sumario es un dispositivo ejecutivo excesivo de fortaleza superior a la de todos los ejecutivos hipotecarios conocidos, incluso los iniciados por un cesionario amparado por la fe pública registral (40). Es por ello comprensible

supere la correspondiente a cinco años de intereses ordinarios. *Vid.* la Resolución de 23 de octubre de 1987 en su tercer fundamento. Esta medida de protección al propietario es probablemente muy «humanitaria», pero demuestra que nuestro Derecho arrastra una óptica que mira sólo por el propietario o el deudor. Sin duda no cabe basar la extensión de semejante limitación (cinco años) en una pretendida analogía de naturaleza entre los intereses ordinarios y los de demora.

(40) Ya vimos que el artículo 131 de la Ley Hipotecaria deja en manos del acreedor, en el judicial sumario, la determinación de la certeza, subsistencia y exigibilidad del

que la Jurisprudencia, exija que el asiento registral de la hipoteca ordinaria determine la identidad y existencia de la deuda garantizada a fin de que esas posibilidades ejecutivas no den ocasión a abusos de difícil reparación.

Pero, cuando de hipoteca caución se trata, ese rigor pide su sentido porque la hipoteca de máximo no es ejecutiva de este modo y el acreedor, por hipótesis, no puede determinar por sí sólo, sin audiencia del deudor, cuál, o cuáles, son, o serán, las deudas garantizadas por la hipoteca. La inscripción de hipoteca de caución, mientras no se practique un nuevo asiento destinado a este fin, no ampara todavía crédito alguno. Mientras la hipoteca no se ha convertido en ordinaria nada cabe deducir del simple asiento de hipoteca respecto a la existencia e identidad de las concretas obligaciones aseguradas.

La hipoteca de máximo, en garantía de obligaciones independientes, no accede normalmente al judicial sumario sino previa extensión de un asiento nuevo que determine, en modo análogo al que establece el artículo 143 de la Ley, cuáles, entre los créditos asegurados, han sido «incorporados», se benefician de la garantía inmobiliaria.

40. EJECUCION DE LA HIPOTECA DE MAXIMO

Esta «discriminación» procesal es el coste que el acreedor hipotecario tiene que «pagar» cuando opta por elegir un tipo de hipoteca que le permita mantener la posibilidad de proceder a una negociación separada e independiente de los créditos.

La determinación en la hipoteca común u ordinaria de cifra por cada crédito tiene, así, un sentido evidente. Como antes adelantábamos y veremos luego con algún detalle, si a cada obligación se le fija, en la hipoteca común, su cifra de garantía, cada una de las obligaciones aseguradas serán susceptibles de cesión hipotecaria: asimismo por las mismas razones será viable proceder a su ejecución sumaria independiente de las demás obligaciones garantizadas.

Estos dos objetivos son despreciables en el caso de la hipoteca de máximo, entre otras cosas, porque no son posibles. Mientras la hipoteca es de máximo,

crédito lo que ciertamente parece excesivo. No debemos olvidar que el deudor propietario no puede suspender el procedimiento sino prueba que el crédito no está inscrito, o se ha presentado escritura de cancelación (art. 132 de la Ley), aunque pueda probar la extinción de la deuda de otro modo. Las dudas se acentúan cuando el propio asiento resultan posibles condicionantes al ejercicio de la reclamación. Así, en el caso de que la hipoteca ejecutada sea de amortización, cuando el cuadro consta inscrito y el acreedor reclama exceso con relación a lo que correspondería según el cuadro de amortización inscrito. Para el Derecho alemán, sobre este punto, HEDEMANN, *Derechos cit.*, pág. 447. El convenio de amortización inscrito no sirve para desvirtuar la buena fe del cesionario, que adquiere toda la hipoteca, en cuanto no le conste que ha sido efectivamente amortizada. Cfr. WOLFF *cit.*, 2 pág. 347: en efecto allí toda alteración del crédito hipotecario precisa de la inscripción para constituirse. No es éste obviamente el caso de nuestro Derecho. En todo caso, de ser inclinarse porque el proyecto de amortización no limita el montante de la reclamación judicial, de ser ésta a la postre excesiva, deberían compensarse con generosidad los daños o perjuicios sufridos por el deudor o el propietario, una vez el declarativo desmuestre el error (*pluspetitio*): ¿siempre culposo en las entidades acreedoras? En este contexto, deben ser revisadas y pueden ser aprovechadas, para la hipoteca de amortización, muchas de las afirmaciones de P. CABELLO DE LA SOTA, «La hipoteca de rentas o prestaciones periódicas. Sus problemas», en *AANN* 5 (1949).

es inejecutable directamente vía procedimiento judicial sumario: sólo lo es en el momento que se convierte en ordinaria y, por tanto, sólo en ese momento interesa la asignación de cifra hipotecaria a cada crédito (41). En cuanto a la cesión, como vimos, una de las finalidades perseguidas con la hipoteca de máximo es precisamente la cesión independiente de las obligaciones que la hipoteca asegura: interesa no la cesión de la hipoteca, sino del crédito sin la hipoteca.

41. TESIS DEFENDIDA: RESUMEN

La inejecutabilidad sumaria de la hipoteca caución justifica, desde el punto de vista del Derecho sustantivo, que sean asumibles las parciales derogaciones de los principios de accesoriedad y determinación que la hipoteca «propriadamente de máximo» implica.

La rigidez de los sistemas hipotecarios se justifica y explica porque la hipoteca concede al acreedor un medio de cobro excepcional de su crédito, que le privilegia frente a los demás acreedores del propietario de la finca hipotecada, sea o no deudor.

La protección contra la autotutela es el fundamento que explica los sofisticados mecanismos que conforman el llamado Derecho de hipotecas. Las medidas concretas, en que esa protección se plasma, son diferentes en cada país en función del juego de intereses económicos dominantes que expresa la política: por eso los sistemas hipotecarios son distintos. Pero no es admisible pensar que la hipoteca de máximo contribuye, en mayor medida que la ordinaria, al endeudamiento de la propiedad inmueble o esclaviza a los deudores. Sólo la hipoteca común es ejecutable sumariamente y es ella la que posibilita directamente el abuso y la intimidación (42).

(41) Consecuencia que suele aceptar la doctrina. Pero cfr. Roca, 4.2 *cit.* pág. 795 y la Resolución de 5 de febrero de 1925 ya citada. La doble fase está descrita con claridad en la Resolución de 5 de febrero de 1925 ya citada: «(...) presenta en nuestro sistema dos fases; la primera, a que se refiere el artículo 142 de la Ley Hipotecaria, cuando el crédito se halla en estado potencial aunque la seguridad ya haya nacido; y la segunda, regulada por el artículo 143 de la misma Ley, cuando contraída la obligación, se hace constar esta circunstancia por nota al margen de la inscripción correspondiente (...) en el período inicial se asemeja (la resolución es para hipoteca de deuda futura) a (...) la hipoteca de caución, fianza, máximo o seguridad, en primer lugar, porque asegura el pago preferente de obligaciones que podrán o no nacer, y en segundo término, porque no goza de las garantías del sistema, tanto por lo que toca al acreedor que ha de probar la existencia (...) y carácter hipotecario del crédito cuya ejecución pretende, como respecto al deudor y tercer adquirente que se halla autorizado para oponer al mismo cualquier acto (...) que pueda (...) destruir la eficacia de la obligación, aunque no conste en el Registro con la precisión que el artículo 144 de la citada Ley específica». Y añade: «(...) en el segundo período, la hipoteca se ha condensado, el crédito queda determinado y protegido por los principios del sistema y los terceros que intenten adquirir la finca saben con certeza las responsabilidades que les corresponden por el expresado motivo (...)».

(42) Como se sabe la excepcionalidad que la hipoteca procura es doble: por un lado sustrae el crédito asegurado a la *pars conditio creditorum*. Por otro además se facilita su ejecución por un procedimiento especial, que no cae en autotutela porque se realiza ante el juez y sometido al principio de precio justo (subasta pública), que tutela el sobrante de valor, impidiendo el efecto «comisorio». *Vid.*, Resolución de 5 de marzo de

Puede, pues, formularse una regla de vigencia general de Derecho de hipotecas: *a menor fuerza ejecutiva de la hipoteca, mayor flexibilidad en su configuración*. El peligro de la hipoteca de máximo aparece cuando se transforma en ordinaria.

Es, en este momento, cuando el principio de determinación reclama sus derechos: la determinación de créditos asegurados se vuelve absolutamente necesaria cuando ya no interesa la garantía por sí misma sino como un instrumento para conseguir la ejecución del crédito asegurado.

C. R. P. N.

1929. Este doble privilegio se justifica en base al juego de la publicidad legitimadora que el Registro procura. La publicidad impide normalmente la maniobra fraudulenta; la calificación, la nulidad.