

Patología actual de la hipoteca de máximo

SUMARIO: 1. INTRODUCCION AL TEMA.—2. DOCTRINA MERCANTIL.—
3. DOCTRINA HIPOTECARIA.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCION AL TEMA

Este artículo, breve como todos los míos, pretende sólo sacar a la luz algunos aspectos —esenciales, pero que parecen olvidarse— de la llamada, actualmente con gran énfasis, hipoteca «de máximo». Asunto que, como dirían mis amigos andaluces, tiene «mucho tela».

Para la doctrina hasta ahora generalmente aceptada (ROCA, por todos) la hipoteca de máximo es una especie del tipo genérico de las de seguridad, y, a su vez, tiene otras subespecies; para la moderna práctica bancaria, en cambio se ha convertido en figura singular, autónoma y arquetípica, de todo terreno y uso, con variantes, algunas tan esperpénticas, que han merecido por parte de los juristas y de la propia Dirección calificativos tales como hipoteca «flotante», «sumidero», en «saco común», etc. Por mi parte, hay tipos patológicos que bien pudieran llamarse «hipotecas paraguas» o «boina», por la facilidad con que se abren y cierran, o superponen a obligaciones muy distintas y mutables, yuxtapuestas sin mucho orden ni concierto en interés exclusivo del acreedor.

La situación no es nueva; es simpático recordar, para alegrar el recorrido por materia tan árida, que el Registrador informante de la nota que provocó la Resolución de 5 de marzo de 1929, relativa a una hipoteca bancaria y de máximo, la tituló de «amalgama de cuentas y efectos», apostillando que «jurídicamente hay que rechazar la amalgama, que tiene lugar adecuado en las ciencias químicas» (cita literal del Resultando 3.º).

Y, naturalmente, los árboles no dejan ver el bosque. Y se olvida que toda hipoteca, derecho real puro de garantía, el único, por cierto, de

perfecta expresión matemática, siempre supone en el terreno económico, y jurídicamente frente a tercero, necesariamente un máximo (suma aritmética de sus conceptos fundamentales de principal, intereses y costas). La fijación concreta, numérica, y *ab initio* de la cifra de la responsabilidad total hipotecaria es requisito esencial para la inscripción de cualquier tipo de hipoteca. La afirmación, por supuesto, parece perogrullesca, pero me sirve para denunciar que colocar el exclusivo acento y supervalorar tal aspecto parcial del máximo, con objeto de crear una figura *sui generis*, con la que se intentan superar ciertos corsés sustantivos, supone un evidente desenfoque del problema. Y como todo híbrido, a la larga resultará estéril...

2. DOCTRINA MERCANTIL

Para clarificación de ideas, creo conviene hacer un repaso, casi telegráfico, de la doctrina relativa a los contratos bancarios de crédito. Tomo como guía segura para ello citas literales del *Curso de Derecho Mercantil* del Profesor GARRIGUES. Las apostillas personales sugeridas por las mismas figurarán, por lo regular, con separación.

1.^a cita: En realidad, según el ilustre Profesor, *no existe un especial Derecho contractual bancario*: «lo que hay es una serie de características de los contratos bancarios, derivadas sobre todo del hecho de ser una de las contratantes una fuerte empresa capitalista (generalmente una sociedad anónima) que impone unilateralmente sus condiciones al otro contratante, cuya protección se encomienda a las normas del Derecho bancario administrativo y a los preceptos sobre contabilidad de las empresas mercantiles bancarias.»

Aparte de ello, y añadido de propia cosecha al párrafo transcrito, es incontestable la aplicabilidad a tales relaciones de las normas sustantivas civiles e hipotecarias, fundamentales a efectos registrales (toda vez que las Circulares del Banco de España, al emanar de un órgano administrativo no constituyen Derecho privado de la contratación, aunque puedan imponer líneas de conducta a la Banca), y las de la Ley General de Defensa del Consumidor y Usuario de 1984, cuyo artículo 10 puede tener especial incidencia sobre la materia.

2.^a cita: *La contabilidad mercantil, y sus asientos, no tienen por sí mismos sustancia jurídica*. Acredita hechos y modificaciones de carácter patrimonial (entradas y salidas), pero no hechos directamente. «Sería un error de perspectiva, nos dice literalmente el ilustre Catedrático, enfocar un tema jurídico —contratos bancarios— desde el punto de vista de la cuenta o cuentas que originen en los libros del banquero. La cuenta es,

sencillamente, la representación numérica de las relaciones jurídicas entre el Banco y el cliente. Lo que el *jurista* ha de investigar no es la manera de articular las cuentas, sino el contrato o contratos que sirvieron de base a la apertura de la cuenta.»

Luminosas palabras, que nos sirven, por de pronto, para despojar de toda la sacralidad pretendida al hecho de abrir o llevarse una cuenta bancaria, así como evitar la supervaloración de las certificaciones que la Sociedad de crédito —en definitiva, persona privada—, emita en relación con la misma.

3.^a cita: *Toda operación de crédito implica el diferimiento de la prestación del deudor y, por tanto, un plazo.* Pero no toda concesión de plazo supone el otorgamiento de crédito. Para que exista éste es necesario que se transfiera la propiedad de un valor económico y se aplaze la prestación equivalente a la propiedad que se adquiere (contrapartida). Tal transferencia de propiedad puede ir unida a diversas formas contractuales (préstamos, p. ej.) y no ser inmediata, sino en momento posterior a la perfección del contrato (como ocurre en la apertura de crédito). En la práctica bancaria hay que distinguir entre los *créditos y deudas en sentido jurídico y los asientos de abono o de adeudo en los libros de contabilidad* del Banco.

Como se desprende de lo antedicho, el hecho de hallarse dos personas «en situación de cuenta corriente» o de «Debe y Haber» no implica la existencia entre esas personas de un contrato de cuenta corriente; se trata de una mera situación contable, en la que se opera, como dice la STS de 23 de mayo de 1943, una compensación aislada de las partidas de cargo y abono, de la que puede surgir un saldo exigible en cualquier momento, sin esperar al cierre de la cuenta.

4.^a cita: Para que exista el *contrato de cuenta corriente* en sentido técnico (que es lo que jurídicamente interesa), se precisa, como nos dice el Profesor tan citado, *un pacto específico que excluya la accionabilidad aislada de los créditos*, sea por vía de pago, sea por vía de compensación, y *aplaze su liquidación hasta el momento del cierre de la cuenta*. En este caso, las prestaciones aisladas que recíprocamente realicen ambos contratantes no tienen efectos jurídicos externos, sino que se consideran elementos integrantes de una unidad inescindible antes del término pactado.

Este contrato, no regulado en el Código Civil ni en el de Comercio, pero bastante perfilado por la Jurisprudencia, presenta como características esenciales el ser un contrato *consensual* que pertenece a la categoría de los *normativos*, como afirma expresamente la Sentencia antes citada y que puedan nacer de sus relaciones negociales pierden su individualidad propia y exigibilidad aislada, para convertirse en simples asientos contables (partidas del Debe y Haber), de tal modo que el saldo en que se fundan es lo

único exigible al llegar el plazo convenido. Ello trae como consecuencia, como señala GARRIGUES, que el crédito inscrito en la cuenta corriente sufre una radical transformación: 1.º Deja de ser exigible (durante la cuenta y después, puesto que se funde con otros en el saldo). 2.º Deja de correr la prescripción. 3.º Desaparecen las acciones que lo protegían y las garantías que lo acompañaban. 4.º Deja de ser disponible en cualquier forma que sea (cesión, etc.). En realidad, el crédito deja de ser crédito al ingresar en la cuenta corriente: es un asiento simplemente contable y lo que prevalece es el contrato normativo que lo regula.

5.ª cita: En este punto es interesante destacar que el profesor URÍA (*Derecho Mercantil*, ed. 12.ª, 1982), después de advertir que su postura es contraria al parecer de la doctrina tradicional, reconocida en numerosos fallos del Tribunal Supremo (como última sentencia en la materia cita la de 16 de febrero de 1965), mantiene una posición más flexible que la del Profesor GARRIGUES, antes citada, y afirma que aunque esté suspendida la exigibilidad, la ausencia de novación hasta el momento del cierre de la cuenta permite sostener que hasta ese momento subsisten las acciones y excepciones relativas a las operaciones jurídicas que dan origen a las remesas que hacen nacer los créditos anotados en la cuenta. En consecuencia, el cuentacorrentista podrá ejercitar las acciones de nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución de los contratos que originan los créditos, no obstante la inclusión de éstos en la cuenta. Asimismo advierte (lo que es muy importante, dado el confusionismo que en la práctica diaria reina en esta materia) que la inclusión de los créditos en la cuenta no afecta a la productividad de intereses. No se trata, ciertamente, de intereses moratorios, porque la inexigibilidad de los créditos desde que entran en la cuenta *excluye la posibilidad de mora del deudor*. Serán intereses remuneratorios, libremente convenidos por las partes como compensación del aplazamiento de la exigibilidad de los créditos. Hasta aquí, la cita textual a URÍA.

Las discrepancias que, como la advertida, puedan surgir en esta materia, no deben extrañar mucho, al tratarse de un contrato sin concreta regulación positiva y en gran parte sometido a la ley cambiante de los usos de comercio. Pero lo cierto es que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, a falta de otra fuente superior, se inclina más a la postura del profesor GARRIGUES, que como arquetipo doctrinal, venimos exminando.

Lo que más importa, a nuestros efectos, es destacar los requisitos estructurales. En efecto, ¿cuántas veces, en la práctica diaria, observamos que se intenta pasar de la mera situación contable al contrato sin cumplir los requisitos esenciales de éste? ¿O se amalgaman cláusulas de naturaleza jurídica diferente, unas propias del contrato real de préstamos, otras de mera situación contable, y además con las propias de un contrato distinto,

el de cuenta corriente? Todo ello bajo la aparente unidad formal de la hipoteca única que se estipula en garantía.

6.^a cita: *Parecido confusionismo se observa en los conceptos de cierre y extinción de la cuenta.* El cierre significa tan sólo la liquidación de un período de la cuenta (períodos que han de ser regulares, según, entre otras, la Sentencia del TS de 6 de abril de 1933), pero es independiente de que el contrato continúe o no. En cambio, la extinción implica el fin del contrato y también el cierre de la cuenta, pero no al contrario. El efecto primordial del cierre consiste en la fijación del saldo mediante la simple operación aritmética de hallar la diferencia entre las partidas de Haber y Debe. Es una operación contable, que no hay que confundir con la compensación, que es una operación jurídica. Y el cierre, según el Profesor tan repetidamente citado, no supone compensación en el sentido jurídico, puesto que la única deuda líquida y exigible (conforme al art. 1.196,4.º del C.C.) es precisamente la que resulta del saldo. Y una vez determinado el saldo líquido, si no se lleva a nueva cuenta, no queda ya sometido a los efectos enervadores del contrato (aplazamiento o falta de exigibilidad). En otro caso, el saldo será exigible siempre que cumpla un requisito más: que haya sido admitido o aprobado por ambos contratantes. El reconocimiento del saldo, como ha declarado la Jurisprudencia, tiene efectos constitutivos respecto del derecho del acreedor a reclamarlo, y tal reconocimiento, que implica un consentimiento distinto del inicial del contrato, puede ser impugnado y anulado en caso de error, olvido, falsedad o duplicidad de las partidas (así, la STS de 29 de abril de 1936).

Es interesante retener esta idea de conformidad al saldo y posibilidad de impugnación del mismo para situar en sus justos límites hipotecarios la eficacia de la certificación bancaria, como después veremos con más detalle.

7.^a cita: También es interesante destacar que, según afirma literalmente GARRIGUES, «en cualquier caso de extinción (del contrato de cuenta corriente), ninguno de los contratantes puede exigir que el cierre final de la cuenta se haga antes del plazo convenido en el contrato.» Tal opinión doctrinal debe ser contrapunto obligado a la hora de evaluar en sus justos términos todas esas cláusulas de vencimiento anticipado, tan frecuentes, que parecen olvidar el primer efecto de todo su contrato: su obligatoriedad, su carácter de fuente de obligaciones para ambas partes. Este aspecto parece muy olvidado en los actuales contratos de adhesión, pero... *¿quid iuris?*...

8.^a cita (ya no tan literal, en méritos a la brevedad): Examinado el contrato de cuenta corriente en su aspecto puro, conviene ahora reparar en las características del contrato más utilizado en la práctica bancaria: el

de *apertura de crédito en cuenta corriente* (abreviadamente denominado «cuenta de crédito»). Por virtud de la apertura el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que permitan obtenerlo al cliente; y, por regla general (modernamente con pocas excepciones) la variada serie de operaciones aisladas a que puede dar lugar este contrato se contabilizan por el Banco en la forma de cuenta corriente.

Las *características* que más interesa destacar a nuestros efectos son las siguientes:

Es contrato consensual (lo que le diferencia del préstamo), bilateral, oneroso y, generalmente, de tracto sucesivo.

Es un contrato único, y la doctrina más general (GARRIGUES y URÍA, entre otros) rechaza su conceptualización como contrato complejo, compuesto de uno preliminar de promesa de préstamo, seguido de otros tantos contratos definitivos de préstamo mutuo como disposiciones por el cliente de los fondos acreditados. El propio número 7 del artículo 175 del C. de Comercio señala como operaciones distintas «prestar» y «abrir créditos en cuenta corriente».

A diferencia del puro contrato de cuenta corriente, en que la concesión de crédito es recíproca, en la apertura de crédito la concesión es unilateral, sólo por el Banco a favor del cliente. No obsta a ello, que el descubierto pueda ser recíproco, es decir, que en un momento dado el Banco pueda ser deudor del acreditado, si los abonos de éste superan los cargos. Advierte URÍA que en la práctica bancaria se suele eximir al Banco en tal caso de abonar intereses por los saldos a favor de los acreditados.

Se instrumenta contablemente en forma de cuenta corriente (lo que la diferencia de la apertura de crédito simple), con lo que asume el juego específico de la cuenta, sobre todo en orden a la inexigibilidad aislada de cada crédito singular originado por las sucesivas disposiciones del crédito abierto, en la forma típica antes expuesta.

Generalmente se otorga con garantía, que de ser hipotecaria, se rige por el artículo 153 de la Ley Hipotecaria (al cual se remite unánimemente la doctrina).

9.^a *cita*: En cuanto al *contenido* del contrato, la obligación de conceder crédito, que pesa sobre el Banco representa una promesa «en blanco» cuyo contenido no está predeterminado de antemano, sino que se determina en cada caso por voluntad del cliente y a su requerimiento. Se concreta *in solutione* en muy diversas prestaciones, como: 1) entregas en efectivo; 2) pago de deudas del acreditado (recibos, facturas, etc.); 3) pago de cheques; 4) descuento de letras del acreditado como tenedor; 5) aceptación de letras

(«crédito para aceptaciones»); 6) constituyendo fianzas y avales; 7) otorgando al cliente la prórroga de una deuda vencida; 8) facilitando al cliente una carta de crédito, etc. No obstante la amplitud de esta enumeración, no agota el contenido posible ni tiene carácter limitativo, como señala GARRIGUES, sino que el contrato de apertura de crédito puede prever otras formas de poner a disposición del acreditado fondos hasta la cuantía y durante el tiempo prefijados.

Como esto es evidentemente así, cabe plantearse inmediatamente una interesante pregunta: ¿a qué viene entonces arbitrar esas formas patológicas de crédito como las que hoy se estipulan? La pretendida originalidad, ¿no estará basada muchas veces en el desconocimiento del propio Derecho mercantil? Los Registradores, por supuesto, ya estamos muy acostumbrados a que el Hipotecario sea el gran desconocido...

Este fragmentario repaso a la doctrina mercantil sobre contratos bancarios de crédito, centrado fundamentalmente sobre su figura más típica y usual, quizá haya resultado excesivamente largo y reiterativo de doctrina muy conocida, pero lo estimo necesario a los fines propuestos, y nos sirve para adentrarnos en el terreno bastante más confuso y menos estudiado y desarrollado jurisprudencialmente de la actual hipoteca de máximo.

3. DOCTRINA HIPOTECARIA

Como ya se dijo al comienzo, actualmente a la gente, valga el vulgarismo, «se le llena la boca» al hablar de la hipoteca de máximo. Y, como es lógico, la digestión jurídica de ésta resulta pesada...

Por de pronto, ya se produce una inversión interna: lo accesorio (la hipoteca) se antepone al substrato (la obligación garantizada). Y constituido en el elemento esencial, aglutina y amalgama todo lo que de la percha se quiera colgar; pero eso sí, dentro de un «máximo» volumen (continente que puede estar vacío de contenido) y amparado en el pacto (aunque la autonomía de la voluntad sea muy difícil de reconocer en los contratos de adhesión). Se olvida además muy frecuentemente que los límites al artículo 1.255 no se encuentran sólo en las concretas normas imperativas; antes, e incluso en plano superior, se encuentran principios generales y estructurales que conforman cada institución jurídica, cada contrato, y que la voluntad de las partes no puede contravenir. Tales límites estructurales se estrechan aún más en materia de derechos reales, no obstante la doctrina del *numerus apertus*, y realmente, estimo imposible la creación, por la sola vía del pacto, de formas distintas de hipoteca a las reguladas legalmente. Cosa muy distinta es, no se confundan los planos, que el derecho real de hipoteca se adapte, con la flexibilidad necesaria, a

las modernas formas contractuales, pero con variantes, en orden a la constitución y ejecución, que de igual modo han de ser diversas a las del arquetipo.

En orden a la catalogación precisa de la hipoteca de máximo, existen diversas posturas doctrinales, sin duda por tratarse de categoría no regulada específicamente en nuestro Derecho.

Así, por ejemplo, ROCA (tomo IV, vol. 2.º, págs. 701 y sigs.), después de establecer la diferencia con la hipoteca ordinaria o de tráfico en que la de seguridad, a efectos de fe pública y legitimación registral, no extiende la protección al crédito garantizado, por quedar la existencia y cuantía de éste supeditados a la realidad extrarregistral, clasifica las hipotecas de seguridad en los siguientes grupos: 1) las de máximo, con las variantes de hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito; 2) las hipotecas en garantía de obligaciones futuras o condicionales; 3) las en garantía de títulos valores, con la variante de la hipoteca cambiaria; 4) las hipotecas de fianza. Añade, sin total convicción, las hipotecas con cláusulas de estabilización. Y define la hipoteca de máximo como la que se 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.

Por su parte, CAMY (vol. VI, págs. 861 y sigs.), después de afirmar que la denominación de hipoteca de seguridad no es muy apropiada (pues en un sentido genérico todas las hipotecas lo son en seguridad del cumplimiento de la obligación garantizada), coloca el acento diferenciador de este tipo de hipotecas en el hecho futuro que determinará el nacimiento o no de la obligación garantizada, es decir, las asimila a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras. Para caracterizar a la hipoteca de máximo *strictu sensu* (no sin dejar de advertir que también en las de seguridad habrá de determinarse una cantidad máxima de que responda la finca), se basa en la determinación del crédito, de tal forma que la llamada hipoteca de máximo es aquella en que la relación entre el importe real del crédito y el garantizado hipotecariamente es variable; y la cantidad garantizada no será determinada hasta el momento de la ejecución (siempre dentro del máximo prefijado), pero la obligación garantizada ha surgido desde el instante mismo de la hipoteca, mientras que en las de seguridad no surge hasta que nazca la obligación de indemnizar.

Se observa, pues, que en esta materia no existe unanimidad de conceptos. Difícil de lograr, por supuesto; es más, quizá resultase un esfuerzo inútil tratar de llegar a generalizaciones sobre tipos de hipoteca químicamente puros. Como ya advirtió la Dirección General, incluso dentro del concepto unitario de la hipoteca ordinaria cabe distinguir una hipoteca de

tráfico respecto al capital, otra de máximo en cuanto a los intereses, y otra de seguridad en cuanto a las costas.

Por todo ello, estimo preferible en la presente nota, y dando por supuesta, en méritos a la brevedad, la regulación legal de la materia, destacar aquellos aspectos importantes puestos de manifiesto por la doctrina de la Dirección General en relación a las hipotecas de máximo y/o de seguridad. Y por orden cronológico, por lo que habrá de tenerse muy en cuenta la legalidad vigente a la respectiva fecha.

La Resolución de 21 de marzo de 1917 contempla el supuesto de constitución de hipoteca que asegura, hasta cierta cantidad o total fijado, las letras de cambio que una Compañía expidiese a favor de un particular, así como todas las cantidades que como saldo resultasen a favor de éste contra la Sociedad, estipulándose además que los débitos representados por las letras y no satisfechos a su vencimiento, así como los demás saldos a favor del acreedor permitirían a éste proceder por sí a la venta de la finca hipotecada.

El Registrador deniega la inscripción por dos motivos: 1.º Carecer la constitución de la hipoteca de la expresión de la cantidad garantizada; y 2.º Estimar que el mandatario (que representó al acreedor) estuviese autorizado para estipular el procedimiento extrajudicial.

La Dirección confirma ambos defectos y establece la doctrina siguiente:

Que es necesario distinguir las hipotecas ordinarias de los tipos diversos de hipoteca de máximo, garantía, seguridad o fianza. En estas últimas, «no se determina el valor de las obligaciones por el máximo que aparezca en la inscripción correspondiente, sino en el tiempo y forma consiguientes, con las reservas y manifestaciones de los contratantes; se niega el acreedor la facultad de ampararse en presunciones hipotecarias para probar la existencia de la deuda y la cantidad a que asciende, y se da valor a los hechos o convenios entre las partes que pueden modificar o destruir la eficacia de la obligación garantida, aunque tales circunstancias no se hayan hecho constar en el Registro».

Que tales diferencias se reflejan de un modo importante en la cancelación, que generalmente depende de una liquidación de cuentas o de una especificación contractual de los créditos, sin que baste la prueba de pagos parciales o totales, de los que se ajusten a los datos suministrados por la inscripción para provocarla...»; y «por la naturaleza, existencia incierta y total desconocido de la deuda o deudas contraídas, por las múltiples excepciones que el Derecho civil admite en contraposición a los rígidos conceptos de la hipoteca ordinaria y por la falta del título en que cristalice el derecho real mientras que se transforme la hipoteca de máximo,

requiere desenvolvimientos procesales distintos de los establecidos por los artículos 131 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 201 de su Reglamento...»

Que en el supuesto contemplado se une «una hipoteca de máximo con otra de cuentas de contenido indeterminado» ...y se declaran documentos bastantes a efectos de ejecución «no sólo el saldo que aparezca en los libros de contabilidad... sino las letras vencidas y no satisfechas, aunque no se hayan cumplido los preceptos exigidos por los artículos 1.429 y siguientes de la L.E.C., y estén o no en poder de la misma, y hayan o no provocado asientos en la cuenta corriente respectiva, con lo cual se multiplican en forma inadmisibles los títulos que llevan aparejada ejecución y se restringen a precarios límites, si no se anula de modo definitivo la defensa y excepciones oponibles del deudor o tercer poseedor».

La Resolución de 31 de enero de 1925, cuyo supuesto de hecho era una hipoteca a favor de un Banco, hasta el límite de 225.000 pesetas por el importe de letras vencidas, estimándose como cantidad líquida la resultante de las que dicha entidad bancaria tuviera en su poder, establece una clara doctrina sobre la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, afirmando:

Que «presenta en nuestro sistema dos fases distintas: la primera, a que se refiere el artículo 142 de la Ley Hipotecaria, cuando el crédito se halla en un estado potencial, aunque la seguridad ya ha nacido; y la segunda, regulada por el artículo 143 de la misma Ley, cuando contraída la obligación, se hace constar esta circunstancia por medio de nota al margen de la inscripción correspondiente»;

que «en el período inicial, la garantía constituida se acerca a la figura llamada hipoteca de caución, fianza, máximo o de seguridad» ...que «no goza de las garantías del sistema, tanto por lo que toca al acreedor, que ha de probar la existencia, vencimiento, importe y carácter hipotecario del crédito cuya ejecución pretende, como respecto al deudor o tercero adquirente, que se haya autorizado para oponer al mismo cualquier acto, convenio o excepción que pueda modificar o destruir la eficacia de la obligación, aunque no conste en el Registro con la precisión que el artículo 144 de la citada Ley especifica»;

que «en el segundo período, la hipoteca se ha condensado, el crédito queda determinado y protegido por los principios fundamentales, y los terceros que intenten adquirir la finca saben con certeza las responsabilidades que le corresponden por el expresado motivo...»;

que «el procedimiento judicial para que el acreedor justifique que la deuda existe, que su importe es una cantidad determinada, que se halla vencida y que es de las incluidas en la protección hipotecaria, 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...»

La *Resolución de 5 de marzo de 1929* versó sobre la constitución de una hipoteca, de las llamadas de *máximum*, por la que el deudor hipotecaba a favor de un banquero, para garantizar la efectividad de los créditos que tuviese a favor de éste, por efecto de operaciones bancarias realizadas por su mediación y representadas por letras de cambio libradas, aceptadas, endosadas o avaladas por el hipotecante, así como cualesquiera otras que consten en documento de giro y créditos que lleven su firma. El Registrador suspendió la inscripción «porque la hipoteca, tipo *máximum* constituida, viene a unirse a una de cuentas corrientes de contenido indeterminado... además de especulaciones contractuales que restringen hasta anular la defensa del deudor. La Dirección confirma la nota y establece la doctrina siguiente:

Que «en la hipoteca de *máximum* deben distinguirse cuatro puntos fundamentales, cuya reglamentación ha de consignarse en la escritura pública que le sirva de título: la garantía real, el contenido de la hipoteca, el título ejecutivo y el procedimiento para hacerla efectiva o cancelarla»;

que en cuanto al primer problema, fijado en la escritura el *máximum* garantizado y las costas, no es defectuosa;

que en cuanto a la determinación de las obligaciones garantizadas, «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 las responsabilidades y para que los Tribunales, en su día, puedan declarar cuáles se hallan cubiertas por la garantía, y aunque los términos empleados por la escritura son de una gran amplitud, no pueden ser tachados de vagos y confusos»;

que «la escritura de constitución de la hipoteca de *máximum* no es por sí sola título ejecutivo, toda vez que no acredita de un modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda» ... «por cuyos motivos el establecimiento de una garantía, con referencia a todos los documentos bancarios firmados por el deudor, que se encuentren en poder del acreedor, o que éste haya negociado, y la atribución a los mismos del carácter de título hipotecario ejecutivo, conduce a situaciones ambiguas y confusas, que no pueden ser patrocinadas»;

y que «los procedimientos para hacer efectivos los créditos, y liquidar la hipoteca de *máximo* han de ajustarse a los preceptos rituarios, y que la adopción del procedimiento ejecutivo regulado por la LEC, pero denegan-

do la admisibilidad de las excepciones enumeradas en el artículo 1.464, y acaso prohibiendo la petición de nulidad y oposición, por existir *plus petitio*, como puede deducirse de la escritura calificada, deroga disposiciones de orden público y anula las garantías con que la ley ha querido evitar los pactos comisorios».

La Resolución de 28 de febrero de 1933 versa sobre un caso de hipoteca constituida por un comerciante a favor de una Sociedad proveedora, de la que venía retirando mercaderías, y de la había solicitado un crédito por importe de 5.500 pesetas, pactándose que el precio de cada operación estaría representado por las letras de cambio; para asegurar el cumplimiento de lo convenido se constituía hipoteca por importe de las 5.500 pesetas del crédito concedido, más 1.500 pesetas para costas y gastos. La cantidad garantizada se haría efectiva en la cuantía y en las fechas que se señalasen en las letras de cambio, cuyo protesto daría nacimiento al ejercicio de la acción hipotecaria; la duración del contrato se pactó indefinida, pero pudiendo resolverlo cualquiera de las partes.

El Registrador, que enfoca el supuesto de hecho como hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, deniega la inscripción, señalando como defectos insubsanables: el plazo indefinido; no fijarse la forma de acreditar el importe líquido de la deuda, y por ejercitarse la acción por el importe individual de cada operación, aunque el mismo esté representado por letras de cambio.

La Dirección, que mira con óptica distinta el supuesto de hecho, establece la interesante doctrina siguiente:

que en el «recurso se plantean las diferencias entre la hipoteca en garantía de crédito simple que asegura el pago del precio en la compraventa de mercancías a realizar, combinando el crédito con dicho contrato, y la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, en la cual la apertura del crédito está combinada con la cuenta corriente»;

que en la escritura calificada no se encuentran «las características de la cuenta corriente de crédito, que aunque no sea un *modo* de contabilidad, sí es en su ejercicio una deuda continuada e indivisible, en la que se elimina el valor individual de cada partida para reflejarse en el saldo que la hipoteca garantiza en definitiva, mientras que en la escritura calificada los otorgantes se limitaron a un garantía de pago del precio individualizado en cada operación mercantil, conteniéndolo en letras de cambio con virtualidad bastante para producir el nacimiento de la acción hipotecaria»;

que «aunque al constituirse unas y otras hipotecas falta generalmente el *debitum*, estando *in pendentibus*...; en las crédito simple, como en la contenida en la escritura, se garantiza el tráfico mercantil por operaciones

separadas, nace el débito cuando se realiza la operación; no produciéndose en las segundas hasta cada saldo de la cuenta...»;

que la hipoteca constituida «no está comprendida en el artículo 153 de la Ley..., sino en el marco más amplio de los artículos 142 y 143» ... y en el principio «del artículo 1.861 del C.c., de que la hipoteca... puede constituirse para la seguridad del cumplimiento de cualquier especie de obligación permitida por las leyes»;

que «no existe motivo alguno para excluir en esta clase de hipotecas los procedimientos judiciales pactados» ... y ha de atenderse a «la interpretación (por la propia Dirección) del párrafo final del artículo 143 citado, singularmente en la Resolución de 31 de enero de 1925» (antes vista).

Como se observa, la Dirección no entra en el problema de la duración indefinida, ni tampoco aborda los que puede plantear la ejecución aislada y sucesiva de las singulares letras de cambio.

Problemas que, de haber sido estudiados en profundidad, quizá variesen en algún aspecto sus apreciaciones, pues naciendo cada crédito particular en su momento determinado, ¿cómo se conjuga cada uno con el saldo total?, ¿cuándo y cómo se ejercita?, ¿y el artículo 128 de la Ley?... La invocación, meramente de cobertura, a la accesoriedad del artículo 1.861 del Código Civil, no deja de producir efectos perturbadores, como veremos más adelante.

La Resolución de 16 de junio de 1936 resulta muy interesante. En ella, cada una de las partes intervinientes tiró por su lado, con el resultado anómalo que veremos... En cierto modo, además, es quizá responsable del inicio de la patología hipotecaria que venimos examinando, y su pretendido traslado al actual artículo 245 del Reglamento ha enturbiado los razonamientos de mentes muy preclaras.

Procuraremos, aunque recomendamos su lectura íntegra, trasladar fielmente su sustancial contenido.

La escritura se titulaba de «cuenta de crédito», y según los Resultandos de ella resulta literalmente:

«Que el compareciente don ... viene sosteniendo relaciones de carácter mercantil con el Banco, consistiendo las principales operaciones que verifican en la expedición de letras de cambio y cheques, descuento de los mismos y otras similares, habiendo sido pacto expreso la convención previa que al efecto han concertado, que sin perjuicio de cuantas responsabilidades de carácter personal don ... contraiga con el Banco, aquél asegure la efectividad de las mismas con una garantía de naturaleza hipotecaria hasta la cantidad de 90.000 pesetas, en calidad de obligación principal, y de 18.000 pesetas en concepto de crédito supletorio. La hipoteca, que se constituye sobre las fincas que después se describirán,

responde: A) De la efectividad de las operaciones que dimanen de cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito se hayan expedido o se expidan por don ... a cargo de tercera persona y a la orden del Banco o de persona distinta de esta entidad que transfiera los efectos por endoso a dicho Banco. B) De la efectividad de las obligaciones que dimanen de cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito se hayan expedido o se expidan por tercera persona a cargo de don ..., bien a la orden del Banco, bien a la de persona distinta que transfiera el efecto por endoso a este último. C) De la efectividad de las operaciones que dimanen de cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito se hayan expedido o se expidan a la orden de don ... y éste transfiera por endoso al Banco, cualquiera que sea el librador o librado. D) En general, de las obligaciones que dimanen de cuantas letras de cambio y demás documentos similares de cambio o crédito sea tenedor el Banco y en las cuales figure dicho señor don ... como librador, librado, endoso o avalista o en cualquier otro concepto.»

La primitiva escritura de fecha 11 de mayo de 1933 fue ratificada y aclarada por otra de 3 de octubre de 1934, que, a su vez, fueron aceptadas por el Banco acreedor en virtud de escrituras de 13 de junio de 1933 y 27 de octubre de 1934, respectivamente. De ahí los resultados que siguen:

Resultando que en la primera de las mencionadas escrituras se hizo constar lo siguiente: «La presente hipoteca se entenderá siempre válidamente constituida a partir de la fecha, perjudicando a tercero desde el expresado momento», y en las dos escrituras últimamente extendidas no se reproduce este pacto y se modifican totalmente las consignadas en la cláusula en que éste figuraba y en otras cláusulas en los términos que siguen: «Para los efectos de esta escritura y para que haga fe en juicio ejecutivo o hipotecario o en procedimiento judicial sumario o extrajudicial, el deudor acepta desde ahora como saldo deudor líquido y exigible la cantidad que resulte de los libros de contabilidad del Banco, hecho constar en certificación expedida por el Director e Interventor del mismo, que a tales efectos se reputará desde luego auténtica, para que surta todos los efectos en juicio. Es pacto expreso del presente contrato que el importe de las cantidades que en cada momento resulte debiendo el deudor devenguen el interés del 6 por 100 anual en favor del Banco. La duración de la presente hipoteca será de seis años, a contar del 11 de mayo de 1933; esto no obstante, el Banco podrá darla por vencida desde el instante en que don ... deje de pagar a su vencimiento cualquiera de sus operaciones en dicho Banco, pudiendo éste, llegado tal caso, reclamar la totalidad de la deuda con sus intereses y gastos. También se producirá el vencimiento total de la hipoteca por la falta de pago de cualquier vencimiento de intereses, por el incumplimiento de cualquiera de las condiciones estipuladas en la escritura, por el concurso, quita o espera, suspensión de pagos o quiebra del deudor y por falta de pago de un trimestre de cualquier clase de contribuciones o de su vencimiento en la prima del

seguro o por la venta o arriendo sin la autorización del Banco de los inmuebles afectados. Los efectos de la presente hipoteca se extienden no sólo a las operaciones mercantiles y efectos comerciales expedidos y puestos en circulación con anterioridad a la fecha 11 de mayo de 1933, sino a cuantas operaciones se hayan concertado posteriormente a dicha fecha y a cuantas en lo futuro se concierten y a cuantos efectos comerciales se hayan expedido o se expidan mientras la presente escritura esté en vigor, siempre que aquéllos y éstos sean de la clase de los mencionados en el antecedente segundo de la presente escritura, y siempre que en ellos intervengan las personas que en el mencionado antecedente se consignan. El Banco no viene obligado a descontar efectos por cantidad determinada a don ..., como tampoco a renovar los mismos a su vencimiento, teniendo siempre libertad para rechazar aquellas operaciones que se le propongan por el referido don ..., aun cuando las verificadas no hayan rebasado el capital asegurado en la hipoteca, así como también para no renovar los efectos que venzan, cuyo inmediato pago podrá exigirse, y si éste no se verifica, dar por vencida, como ya queda dicho, la presente hipoteca. Si para obtener la efectividad de su crédito el Banco acreedor tuviere que acudir a la vía judicial, podrá seguir, a su elección, el juicio ordinario o el ejecutivo que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil, o el judicial sumario de la Ley Hipotecaria. También podrá el Banco ejercitar sus funciones (*sic*) por el procedimiento extrajudicial establecido en el Reglamento de la Ley Hipotecaria en su artículo 201. El Banco tendrá derecho a pedir y obtener la administración y posesión interina de las fincas hipotecadas tan pronto incoe un procedimiento judicial, cualquiera que éste sea.»

Hasta aquí, el supuesto de hecho, tal como se puede conocer en base a la Resolución.

El Registrador deniega la inscripción en base a los siguientes defectos:

Primero.—*Ambigüedad, por lo que se refiere al tipo de la hipoteca* contenida en las escrituras calificadas, pues de las cláusulas primera y quinta del apartado segundo, parece deducirse que se trata de una hipoteca en garantía de crédito simple —regulada por los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria—, en que las operaciones conservan su individualidad; mientras que de las cláusulas segunda y tercera y párrafo primero de la quinta parece que se trata de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito —a que se refiere el artículo 153 de la nombrada Ley—, que garantiza, en definitiva, el saldo de dicha cuenta en la que se elimina el valor individual de cada partida.

Segundo.—*Si se trata de la hipoteca primeramente citada*, existe el defecto de que el pacto consignado en la cláusula segunda esté en pugna con el artículo 1.256 del Código Civil, que dice que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrantes, y es claro que la *fijación unilateral por parte del Banco acreedor del saldo líquido y exigible*, por lo que resulte de sus libros de contabilidad, equivale a confiar la ejecución del contrato, al menos en la cuantía de lo que se debe, al arbitrio de uno de los contratantes, en este

caso el acreedor. Además, pugna con el principio de que nadie puede ser juez en causa propia. Según el artículo 1.116, las condiciones prohibidas por la Ley anulan la obligación que de ellas dependa.

Además, el artículo 198 del Reglamento Hipotecario, abundando en el mismo criterio, exige documento público o solicitud firmada por ambas partes y, en defecto de esta última, providencia dictada en juicio ordinario.

Tercero.—Si se trata de hipoteca de garantía de cuenta corriente de crédito, existen los defectos siguientes:

a) Se señalan como *duración del contrato* —cláusula quinta— un plazo superior al de tres años, fijado como límite en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria; ya que no concurren los requisitos del artículo 205 del Reglamento Hipotecario;

b) *No se expresa la forma de determinar al tiempo de la reclamación la cantidad líquida* a que asciende; ya se ha dicho que no se estima lícito lo pactado en la cláusula segunda.

Cuarto.—Trátase de una u otra hipoteca:

a) Lo pactado en el antecedente cuarto de la escritura de rectificación con respecto a la *fecha en que ha de comenzar a surtir efectos* entre las partes la hipoteca, es contrario a lo dispuesto en el artículo 146 de la Ley Hipotecaria y 1.875 del Código Civil.

b) El pacto contenido en el párrafo segundo de la cláusula quinta de que se producirá el vencimiento de la hipoteca por la *venta o arriendo* sin la autorización del Banco de los inmuebles afectados, no es inscribible por ser contraria al principio de libertad que inspira nuestra legislación civil, cristalizado en el artículo 107, número cuarto de la Ley Hipotecaria y reconocido por la constante jurisprudencia de la Dirección General de los Registros.

c) En cuanto al procedimiento ejecutivo del artículo 201 del Reglamento Hipotecario, aunque pudiera pactarse, no es inscribible por falta de la designación del mandatario a que se refiere la regla quinta de dicho artículo.

d) La administración y posesión interina por pacto sólo procede en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Añade el calificador otros defectos, no derivados de la hipoteca en sí misma, sino de otras circunstancias (poderes, *pro indiviso*, etc.) que al presente nos interesan.

El Banco *recurrente*, por su parte, enfoca el supuesto de hecho desde un punto de vista totalmente distinto, y afirma rotundamente:

que la hipoteca «sólo garantiza letras de cambio y documentos similares y se concreta indudablemente en el apartado letra *D*» (de la escritura), antes transcrito;

que, por consiguiente, cubre las resultas de posibles contratos de

cambio que en nada se parece al contrato de cuenta corriente, carente de definición en nuestro Derecho positivo;

que por garantizar obligaciones dimanantes de letras de cambio, éstas conservan su individualidad;

que se trata de una hipoteca de máximo de las permitidas por el artículo 142, y sin que el empleo de la palabra «saldo» origine confusión, porque gramatical y jurídicamente esta palabra significa la diferencia entre los ingresos y los pagos de una cuenta corriente (*sic*), lo mismo que en otra cuenta que no tenga la calificación de corriente (?)...;

que en la escritura ni se concede un crédito ni se abre una cuenta, puesto que el Banco se reserva la facultad de admitir o no las letras a negociación, y la cuenta corriente tiene por esencia la apertura desde luego y en firme de un crédito;

que no hay infracción al artículo 1.256, puesto que el acreedor no puede fijar a su capricho cuando nace la obligación hipotecaria, pues ésta depende de la voluntad conjunta de ambas partes de que se negocien letras de cambio.

El Registrador, en el *informe* en defensa de la nota, entre otros razonamientos, expuso:

que de las estipulaciones resulta una hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito, «toda vez que se habla de saldo deudor líquido y exigible, y la palabra saldo hay que referirla a cuenta con varias partidas que se suman o se restan»; que así hay que deducirlo de la significación gramatical de tal palabra; que la frase relativa al interés de las cantidades que en cada momento resulte debiendo el deudor patentiza que la palabra «cantidades» equivale a saldo;

que la facultad conferida al Banco acreedor para fijar el saldo líquido y exigible por lo que resulte de sus libros de contabilidad infringe el artículo 1.256, sin que sea admisible la opinión del recurrente de remitir la calificación de tal pacto al momento de solicitar la extensión de la nota marginal del artículo 198 del Reglamento Hipotecario, y

que la fuerza probatoria de los libros de comercio está condicionada y que la naturaleza especial del procedimiento hipotecario exige la prueba tasada.

El *Presidente* de la Audiencia revocó los defectos primero y tercero de la nota y confirmó los demás, si bien en cuanto al cuarto, afirmó la posibilidad de inscripción del documento denegando sólo los respectivos pactos.

Por su parte, el Notario autorizante afirmó que al haberse autorizado las escrituras con arreglo a minuta, no acepta ni rechaza la nota calificadora.

Apelado el Auto por ambas partes, se produce una situación curiosa: La Sección (de la que ya era a la sazón Letrado Jefe el ilustre hipotecarista

SEBASTIÁN MORO LEDESMA) y el Director general mantienen valoraciones muy dispares de la cuestión, aunque, como es natural, al final prevalece la opinión del Superior jerárquico. Veáanse ambas posiciones:

Resultando que la Sección correspondiente (vistos los artículos 142, 143 y 153 de la Ley Hipotecaria, el 201 de su Reglamento, el 1.530 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la regla segunda de la Real Orden de 8 de marzo de 1920 y las Resoluciones de 21 de marzo de 1917, 31 de enero de 1925, 5 y 16 de marzo de 1929 y 25 de noviembre de 1935) informó lo que sigue: *a)* Que del examen de las cláusulas de la escritura calificadora se infiere que la hipoteca debe estimarse comprendida en la denominación genérica de hipotecas de seguridad y específicamente en el grupo de hipotecas de máximo, a que se refieren los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, con las cuales se garantiza la deuda antes de que ésta exista y el derecho real se halla protegido por los principios hipotecarios; pero su contenido está regulado por el derecho de obligaciones y puede ser en algún momento meramente hipotético, sin que aparezca que dicha hipoteca se constituyó concretamente en garantía de cuenta corriente de crédito, regida especialmente por el artículo 153 de la misma Ley; y que tal lectura patentiza, además, la ambigüedad apreciada por *el Registrador en el primer* defecto de su nota, derivada de la circunstancia de que la hipoteca, que reviste caracteres de cierta complejidad, tiene por objeto *garantir el saldo* resultante de las operaciones cambiarias y crediticias en que figure como interesado, en alguna de las varias formas que se detallan en el documento, don ..., enlazando así «una hipoteca de máximo con otra de cuentas de contenido indeterminado», según frase de la *primera de las citadas Resoluciones*. *b)* Que en las hipotecas de máximo la inscripción no tiene valor probatorio en cuanto a la cantidad realmente debida y lo que la caracteriza es la necesidad de un procedimiento para la fijación del crédito exigible y, por tanto, es ineludible que el acreedor presente en su día un título al cual la legislación conceda eficacia bastante a este respecto; y a tal finalidad responde lo dispuesto en el artículo 198 del Reglamento Hipotecario que, desenvolviendo lo prescrito en el artículo 143 de la Ley, preceptúa que para extender al margen de la inscripción hipotecaria la nota en la cual se haga constar que la obligación futura se ha contraído, se necesita copia del documento público que así lo acredite; en su defecto, una solicitud firmada por ambas partes en la cual se expresen claramente los hechos que den lugar a la nota; y, en último término, si alguno de los interesados se negare a firmar la solicitud, la correspondiente decisión judicial recaída en juicio ordinario; *por lo cual el pacto según el que la determinación del saldo ha de hacerse unilateralmente por el Banco acreedor, con arreglo a sus libros de contabilidad, no está de acuerdo con la letra ni con el espíritu de las mencionadas disposiciones*, y por tal motivo su trascendencia hipotecaria, en un caso análogo, ha sido discutida en la repetida Resolución. *c)* Respecto al pacto señalado en la letra *b)* del defecto cuarto, conforme al cual se producirá el vencimiento de la hipoteca por la *venta o arrendamiento* de los bienes gravados sin la autorización del Banco, que, según este Centro

ha declarado en la Resolución de 25 de noviembre último, tal pacto contraviene el principio de libertad de contratación que inspira la legislación civil y lo que se deduce del número 4.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, porque, aunque no se convenga expresamente la prohibición de gravar, es manifiesto que con dicha estipulación se pretende limitar hipotecariamente el derecho del dueño a enajenar sus bienes y constituye una sanción para el caso de que el deudor ejercite sus facultades dispositivas. *d)* Que el pacto por el cual se estipuló *el procedimiento extrajudicial* para hacer efectivo el crédito hipotecario, regulado por el artículo 201 del Reglamento, debe declararse *no inscribible en el presente caso por la omisión del nombramiento del mandatario* que exige tal precepto, *sin prejuzgar*, dados los términos de la nota y para no invadir la facultad calificadora, si dicho procedimiento es *normalmente aplicable a la hipoteca de que se trata o solamente a las hipotecas en donde el crédito exigible esté determinado y sus modificaciones registradas*. *e)* Que la *administración y posesión interina*, de las fincas hipotecadas, cuando se trate de hacer efectivo el crédito, puede pactarse, no sólo para el caso de que se entable el procedimiento judicial sumario, sino también para el caso de que se promueva el procedimiento ejecutivo ordinario, con arreglo a lo terminantemente prevenido para el segundo supuesto en el artículo 1.530 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el cual se recogió la misma norma consignada en la base décimotercera de las aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1880, que antecedieron a la promulgación de la Ley Procesal, acomodados el artículo y la base al precedente establecido en las disposiciones a favor de las instituciones de crédito por el Decreto-ley de 5 de febrero de 1869, elevado a Ley en 20 de junio siguiente. *f)* En cuanto al defecto señalado con la letra *a)* del número 4.º de la nota y a los demás defectos que, las manifestaciones del recurrente relativas a su existencia y la promesa de presentar oportunamente en el Registro los documentos indispensables para que desaparezcan los obstáculos que los han motivado, hacen inoportuno el examen de los mismos; por todo lo cual *propuso que, confirmando en parte y en parte revocando el auto apelado, procede: 1.º Confirmar la nota recurrida en cuanto a los dos primeros defectos. 2.º Declarar que no serían inscribibles los pactos a que se refieren las faltas señaladas con las letras b) y c) del defecto cuarto y que, en su caso, sería inscribible el pacto sobre administración interina de la finca que se menciona en la letra d) del mismo defecto; y 3.º Estimar improcedente el examen de los demás defectos incluidos en la nota, en vista de las manifestaciones del recurrente.*

No obstante la anterior propuesta, y ya en el último tercio, se retrocede al anterior, se coloca un par «al quiebro», y, en definitiva, se dicta la siguiente Resolución:

Vistos los preceptos y Resoluciones citados en la propuesta de la Sección y el artículo 48 del Código de Comercio;

Considerando que la realidad muestra la *conveniencia* de facilitar la constitución de hipotecas en garantía de negocios mercantiles, en atención

a que las entidades que se dedican a operaciones de descuento exigen a veces de sus clientes garantías de carácter real que las pongan a cubierto de posibles insolvencias, por lo cual debe darse a tales hipotecas la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio, porque de seguir un criterio riguroso y restrictivo se contribuiría a la paralización de los negocios, con la consiguiente crisis de trabajo, a la inmovilización de las carteras y cuentas corrientes bancarias, y, en suma, a provocar sensible reducción de la actividad industrial y daño grave de la economía nacional;

Considerando que la hipoteca objeto del recurso *se halla comprendida en las llamadas de máximo*, regidas por el artículo 142 de la Ley Hipotecaria, las cuales, si bien suponen un gravamen actual sobre las fincas afectadas, nada indican sobre la existencia de la obligación afianzada ni acerca de su importe y exigibilidad;

Considerando que no ha de estimarse obstáculo para reputar dicha hipoteca, incluida entre las que aseguran obligaciones futuras, el hecho de que se haya *pactado que el importe de la obligación* se determinaría en su día por el saldo que resulte de los libros de contabilidad de la Entidad Bancaria acreedora, ya que ello es consecuencia de la *índole especial de las operaciones de descuento de efectos*, que exigen su consignación en una cuenta, de la que serán partidas de abono y de cargo el importe de los efectos descontados, el de los que hayan sido satisfechos a su vencimiento y el de aquellos que hubiesen sido devueltos impagados; *característica que aproxima tal hipoteca a la de cuentas corrientes de crédito*, de la que se diferencia por la distinta naturaleza de las operaciones que se garantizan, representadas por efectos en circulación, y *a la que se asemeja porque en ambas* la acción hipotecaria sólo podrá ejercitarse, respecto del saldo deudor, en un *momento determinado*;

Considerando que, como consecuencia de las diferencias apreciadas entre una y otra hipoteca, ha de estimarse inaplicable, a la que es objeto de la escritura, la *limitación, en cuanto al tiempo, establecida en el artículo 153 de la Ley*, para la que asegura cuentas corrientes de crédito, y en cambio, por ser idéntica la posición de ambas en lo relativo a la fijación del saldo, no hay inconveniente en admitir la aplicabilidad del expresado artículo en lo que a este particular se refiere;

Considerando que así centrada la cuestión debatida, ha de estimarse trascendental la apreciación de la *licitud del pacto* por el que se determina la manera de fijar el saldo en cuya virtud ha de ejercitarse en su día la acción hipotecaria, cuestión que ha de resolverse en *sentido favorable a la validez*: a) porque *no vulnera ningún precepto legal* de carácter prohibitivo; b) porque el artículo 153, aplicable en este extremo, según queda dicho, *deja en libertad a los contratantes* para que regulen la forma de fijar el saldo de la cuenta, y sólo subsidiariamente y en ausencia de pacto establece el sistema de las libretas duplicadas; c) porque a los *libros de los comerciantes*, llevados en forma legal, concede el Código de Comercio eficacia probatoria; d) porque la *seriedad y solvencia* de las Entidades bancarias, unida a la intervención oficial que en cierto modo se ejerce sobre ellas a través del Consejo Superior Bancario, aleja todo temor de

falsedad o de fraude; e) porque en las *pólizas de apertura* de créditos con garantía de valores, no obstante la elevada cuantía de muchas de estas operaciones, se establece generalmente la misma condición, y f) porque, en definitiva, tal pacto no ha de ser obstáculo para que el deudor *pueda ejercitar en el juicio correspondiente*, las acciones que la asistan para impugnar el saldo fijado por el acreedor, y aun para justificar la inexistencia de la obligación, supuesto de gran importancia, dado que en estas hipotecas la relación obligatoria desenvuelve su vida en ámbito extrarregistral;

Considerando en cuanto a las demás cuestiones: que el pacto señalado con la letra b) del cuarto defecto no es admisible por limitar el derecho del dueño a enajenar los bienes hipotecados; que en el supuesto de aceptar el procedimiento extrajudicial, no sería inscribible la estipulación respectiva por omitirse el mandatario; que, por el contrario, es válido lo convenido acerca de la administración y posesión interina de las fincas gravadas por las razones alegadas en el informe de la Sección, que en estos extremos se aceptan íntegramente; y que, en cuanto a los demás defectos, releva de su examen la conformidad del interesado,

Esta Dirección General ha acordado: 1.º *Revocar la nota recurrida en cuanto a los dos primeros defectos*. 2.º *Declarar que no son inscribibles los pactos a que se refieren las faltas señaladas con las letras b) y c) del defecto cuarto, y que es inscribible el pacto sobre administración interina de las fincas que se mencionan en la letra d) del mismo defecto*, y 3.º *Estimar improcedente el examen de los demás defectos incluidos en la nota en vista de las manifestaciones del recurrente*.

Creo oportuno, sin perjuicio de volver más adelante sobre el tema, y en tercio de banderillas, apostillar brevemente la doctrina de tan curiosa (en nudo y desenlace) Resolución.

(Previa advertencia de que a su fecha, mientras los artículos 142 y 143 de la Ley y 198 de su Reglamento eran de redacción idéntica a los actuales 142, 143 LH y 238 del vigente Reglamento, por el contrario, la evolución, y el artículo 153 de la Ley de 1909 señalaba un plazo de apertura no mayor de tres años, si bien prorrogable por nueva escritura; y para poder tramitarse el sumario, establecía un sistema de libertad de pacto, disponiendo que el «importe líquido de la cantidad adeudada» se acreditará «en la forma convenida en la escritura de constitución de hipoteca»; y en defecto de pacto, se acudiría al sistema de doble libreta. Pero no existían los cuatro últimos párrafos del actual artículo 153 de la Ley vigente, ni tampoco el artículo 132 viejo recogía más causa de oposición al sumario que la existencia de saldos distintos en las libretas duplicadas. De ahí, como es bien sabido, que la Dirección, en otras Resoluciones restringiere tal libertad de pacto, en doctrina que ha pasado a la Ley actual.)

Las apostillas, obvias, que sugiere la Resolución, se pueden condensar así:

Admite la garantía hipotecaria directa de una simple situación contable de cuenta corriente que no se fusiona en un saldo (de ahí las analogías evidentes que encuentra con el contrato de cuenta corriente). Naturalmente, a la hora de buscar diferencias, no las encuentro salvo en la «distinta naturaleza de las operaciones garantizadas, representadas por efectos en circulación». Diferencia que no es tal, puesto que como antes vimos, las operaciones de descuento, aval, aceptación, etc., de letras de cambio pueden ser contenido típico de la cuenta corriente de crédito;

Los argumentos meramente económicos de los considerandos primero y parte del quinto necesariamente han de ceder, jurídicamente, ante preceptos de orden público dirigidos a evitar la indefensión del deudor, pues flaco consuelo es la posibilidad de impugnar «en el juicio correspondiente (faltaría más...) el saldo fijado por el acreedor», como dice la Resolución, sin la posibilidad de impugnarlo en el propio ejecutivo, como permite el actual artículo 153 de la Ley;

Por la supervaloración del valor probatorio de los Libros de Comercio; tal supervaloración ya estaba claro a la fecha de la Resolución; ahora (tras la reforma de 1973) todavía es más patente: al decir el artículo 47 del Código de Comercio que «el valor probatorio de los libros de los comerciantes y demás documentos contables será apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho» desplaza la cuestión al artículo 1.228 del C.C., como dice, entre otros, el profesor URÍA.

La Resolución de 27 de abril de 1945 tiene importancia, en cuanto es precursora del actual artículo 153 de la Ley, al establecer que no basta notificar el saldo, sino que es necesario «un extracto de la cuenta». Tal circunstancia, ratificada entre otras, por la Sentencia del TS de 21 de febrero de 1985, adquiere relevancia ante la proliferación actual de intereses variables, por ejemplo, en los que cada paso cronológico de elevación habrá de ser debidamente acreditado.

Las conocidas Resoluciones de 31 de octubre de 1978 y 18 de octubre de 1979, se refieren, como es bien sabido, a la hipoteca cambiaria, supuesto de hecho con características distintas al que venimos examinando, si bien, como antes vimos, ROCA incluye también este tipo de hipoteca en la rúbrica genérica de las de seguridad. La razón de su cita aquí se encuentra en que emplea en sus Considerandos un argumento que después se ha aplicado, con generalidad, a la hipoteca de máximo; literalmente es el siguiente:

«si bien los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, y con una interpretación meramente literalista podría pensarse que no puede constituirse *una sola* hipoteca en garantía de *varias* obligaciones

independientes o autónomas, no cabe duda que a la vista de otros preceptos legales como el artículo 1.861 del propio Código Civil, y de una interpretación lógica de la materia, tal posibilidad es factible, y sin ningún género de duda en el caso cuestionado de acuerdo con el artículo 154 de la Ley Hipotecaria.»

Sin duda que el supuesto del artículo 154 es muy distinto al del artículo 153 de la Ley. Pero, además, y como afirma expresamente el recordado TIRSO CARRETERO, en su comentario a la primera de las Resoluciones citadas (*vide* pág. 1124 del volumen editado en 1987 por el Colegio), «creo que tanto el artículo 1.876 como el 1.861 son totalmente inadecuados para resolver nuestro problema. Como tan pueril deducir, del singular en que van las palabras hipoteca y obligación en el 1.876, que es necesaria una hipoteca para cada cambial, como deducir, del plural en que va la palabra obligaciones en el 1.861, que una hipoteca puede garantizar varias obligaciones independientes y autónomas. En general, cuando un texto legal se propuso únicamente decir una cosa o resolver una cuestión, es inútil pretender utilizarle para un problema distinto no tenido en cuenta por el legislador al redactarle». La claridad de concepto y exposición típica del recordado compañero nos releva de más comentario a tan débil argumentación.

La Resolución de 4 de julio de 1984 contiene una interesante doctrina, que por desgracia quedó incompleta por las incidencias del recurso, interpuesto sólo a efectos doctrinales.

El supuesto de hecho de la Resolución es el siguiente:

Hipoteca constituida por una Sociedad, a favor de dos Bancos distintos, «en garantía del pago de diversas operaciones comerciales, así como en garantía de las renovaciones que se verifiquen de las mismas, en cualquier fecha, o de otras nuevas que se concierten en adelante, y de sus intereses, comisiones y gastos, mientras la hipoteca no sea cancelada en el Registro con el consentimiento del acreedor»; se establecieron causas de vencimiento anticipado como la suspensión de pagos, quiebra, etc., así como el deterioro o depreciación de las fincas, y a efectos de ejecución, en la estipulación 6.^a se pactaba que: «Para el ejercicio de las acciones dimanantes de esta escritura será título bastante la primera copia autorizada de la misma, o las posteriores expedidas con los requisitos de la Ley, y se entenderá como cantidad líquida exigible y vencida la que resulte acreditada por las letras de cambio impagadas, pólizas y otros documentos justificativos del crédito. Tratándose de créditos por intereses, comisiones, saldos deudores, cuentas de crédito o cualquier otra obligación de las que se garantizan, la cantidad líquida exigible y vencida será la que por tales

conceptos se sienten como partida de cargo en la cuenta corriente que cada Banco titular de la hipoteca abra bajo el título de *cuenta con garantía hipotecaria por débitos líquidos, exigibles y vencidos por la Sociedad X* y el título ejecutivo para su reclamación se completará mediante certificación librada conforme a Derecho por el Banco ejecutante que determine con referencia a dicha cuenta la cantidad que sea objeto de reclamación. Los acreedores podrán cargar en esta cuenta también la cantidad líquida exigible y vencida que resulte acreditada por las letras de cambio impagadas, pólizas u otros documentos justificativos del crédito.»

Nada nos dice la Resolución, y es de lamentar, de cómo se articulaba en la escritura la posición en orden a la hipoteca única de los dos distintos Bancos acreedores, ni la relación de esas dos distintas «cuentas con garantía hipotecaria por débitos líquidos, exigibles y vencidos...» Hay que suponer que estaría correcta, no obstante sus evidentes dificultades...

Los Registradores suspenden la inscripción, señalando los siguientes defectos subsanables:

1.º No respetarse los artículos de la legislación hipotecaria que regulan el principio de especialidad, en cuanto a la fijación de los derechos inscribibles, por:

a) Indeterminación de las líneas fundamentales del crédito especialmente en cuanto a la falta de señalamiento directo o indirecto de un plazo de vencimiento del crédito garantizado, indispensable para fijar el momento en que se inicia la prescripción de la creación hipotecaria, artículo 128 y disposición transitoria 3.ª de la Ley Hipotecaria, así como la incompatibilidad que en la estipulación 6.ª se da entre las dos formas alternativas en el ejercicio de las acciones que regula respecto a «las letras de cambio impagadas, pólizas u otros documentos justificativos del crédito».

b) Indeterminación de la hipoteca, tanto en cuanto a su clase o tipo como en cuanto a la duración, extremo este último imprescindible al no haberse fijado la fecha de vencimiento del crédito, con la finalidad de evitar que los acreedores a su unilateral arbitrio, artículo 3, 2.º, del Código Civil, pueden ejecutar la hipoteca inmediatamente, artículo 62 del Código de Comercio, o dejar vinculados para siempre los bienes hipotecados.

2.º No es inscribible, por no poder afectar a tercer poseedor, la cláusula de vencimiento de las obligaciones garantizadas señaladas en la letra a) de la estipulación quinta.

3.º No es inscribible el valor vinculante que se da al informe del Perito de los Bancos en la letra c) de la estipulación 5.ª, por oponerse a lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil.

4.º Tampoco es inscribible el pacto por el que se admite la ejecución de la hipoteca por el procedimiento extrajudicial y, en consecuencia, el

nombramiento de mandatario especial para él, establecidos en el número 1 de la estipulación séptima de la escritura que se califica.

No se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado.

El Notario autorizante, que entabla el recurso a efectos meramente doctrinales, alega, en síntesis, lo siguiente:

Que no están indeterminadas las líneas fundamentales del crédito garantizado, porque se determinan las partes y la determinación de la obligación futura es suficiente;

Que las llamadas hipotecas de máximo o de seguridad carecen de tipificación legal, por lo que la «reseña» (*sic*) de las obligaciones garantizadas es suficiente a efectos tipificadores... y basta fijar un máximo de responsabilidad hipotecaria para cumplir el principio de especialidad;

Que en base a los artículos 1.113 y 1.128 del Código Civil y 128 de la Ley Hipotecaria es innecesaria la fijación del vencimiento del crédito;

Que es cierto que la cláusula sexta de la escritura se convienen dos formas alternativas del ejercicio de las acciones, pero también es cierto que la articulación de varios procedimientos como posibles para que el acreedor elija el que juzgue más adecuado para el ejercicio de su derecho o acción no sólo está ajustado a derecho, sino que es, precisamente, el criterio legal;

Que el pacto según el cual la quiebra, el concurso o la suspensión de pagos del deudor determina el vencimiento de la deuda en un pacto: a) Innecesario referido al concurso o a la quiebra, pues se produce coincidencia total entre la cláusula de la escritura y lo establecido por la Ley; b) meramente convencional, comprendido en el ámbito reservado a la autonomía de la voluntad, cuando se refiere a la suspensión de pagos, pues no ahorra con la Ley y el procedimiento correspondiente, sino que deduce consecuencias de la abstención que la Ley permite al acreedor hipotecario en su beneficio; que tratándose de un pacto lícito que debe y puede vincular al tercer poseedor, en cuanto regulador del vencimiento de la obligación garantizada, el Registrador debe proceder a su inscripción;

Que es indiscutible que el procedimiento extrajudicial sólo es viable cuando el título ejecutivo acredita por sí solo un crédito exigible, vencido y líquido, pero ello no obsta para que el pacto se inscriba, pues de su inscripción no se deriva que pueda pretenderse el ejercicio por tal procedimiento de toda clase de acciones hipotecarias nacidas de la escritura calificada, sino que la viabilidad del procedimiento dependerá de los títulos que invoque el acreedor en cada caso y, además, de que se hubiese pactado el procedimiento.

Los Registradores de la Propiedad alegaron en defensa de la calificación que la indeterminación del crédito perjudica a acreedores hipotecarios posteriores, y terceros poseedores, pues éstos no tienen que pasar, en todo caso, por el máximo, sino que tienen que poder discutir si determinado crédito que quiera ejecutarse a través de la hipoteca estaba o no

comprendido en ésta; que si bien en nuestro Derecho positivo no hay precepto categórico que exija la determinación del plazo de la hipoteca, son muchos los motivos que abogan en favor de esa tesis: La práctica continuada, la opinión de la mejor doctrina, diversos artículos de la Ley Hipotecaria (126, 128, 153, 3.º y disposición transitoria tercera) y de su Reglamento (219, párrafo 3, y 374 en relación con el modelo oficial VIII); que la referencia que el recurrente hace a diversos preceptos de las hipotecas legales no tiene aplicación de este recurso; que en la escritura calificada falta bien el plazo de vencimiento de la obligación o bien el plazo de duración de la hipoteca, ausencia que puede originar, con grave perjuicio para el deudor o para el tercer poseedor, una ejecución de la hipoteca fulminante, inmediata (art. 62 del Código de Comercio), cuando la hipoteca en garantía de un préstamo, como advierte un conocido hipotecarista, exige lógicamente que la duración de éste sea algo prolongada; que no parece admisible la «alternativa» que establece la hipoteca, pues no se trata de elección entre un procedimiento de ejecución u otro, sino de que dos tipos de hipotecas distintas en la escritura, que podrían tener cada una su ámbito, luego puedan mezclarse, trasvasándose de la una a la otra; que no ignoran que se trata de una hipoteca de seguridad en su modalidad de máximo en garantía de obligaciones futuras, pero dudan si se trata de una hipoteca del artículo 153 de la Ley Hipotecaria o de aquella otra que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1936 consagra como hipoteca en garantía de operaciones bancarias, o bien sea una hipoteca *sui generis* intermedia entre ambas; que el pacto según el cual la quiebra, el concurso o la suspensión de pagos del deudor determina el vencimiento de la deuda no accede generalmente al Registro en base al artículo 434 del Reglamento Hipotecario; porque lo estipulado no puede afectar al régimen establecido en la legislación específica de las insolvencias que con carácter totalmente imperativo regula esta materia y deja sin contenido la voluntad negocial de las partes; que la Resolución de 3 de marzo de 1952 y las opiniones de importantes tratadistas impiden inscribir el pacto por el cual se admite la posibilidad de ejecutar las hipotecas de la naturaleza de la contemplada por el procedimiento extrajudicial;

El Presidente de la Audiencia Territorial dictó auto en que acordó la revocación de la nota en los siguientes extremos: a) el particular del número 1, b), en lo que se refiere, exclusivamente, a la indeterminación de la hipoteca en cuanto a su clase y tipo, manteniéndose el resto de dicho apartado; b) en número 2.º de la expresada nota, por estimarse inscribible la cláusula de vencimiento cuya inscripción por el mismo se suspende, y c) el número 4.º de la repetida nota por entender, en contra de la calificación, inscribible el pacto sobre ejecución de la hipoteca por el procedimiento extrajudicial; desestimándose el resto de los extremos del recurso con la consiguiente confirmación de la nota de calificación en cuanto a los mismos;

Sólo el Notario autorizante de la escritura se alzó de la decisión presidencial al haberse conformado los Registradores con el mencionado auto.

Esta circunstancia, lógica en un recurso interpuesto a efectos doctrinales y confirmado en lo esencial, impide a la Dirección un tratamiento completo del supuesto; no obstante, y tras citar en los Vistos a la Resolución de 16 de junio de 1936, antes reseñada, establece la importante doctrina siguiente:

Considerando que el *principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extinción del derecho que se inscriba* (cfr. arts. 9, 2.º, de la Ley Hipotecaria y 51, 6.º, del Reglamento Hipotecario), *lo que tratándose del derecho real de hipoteca y dado su carácter accesorio del crédito garantizado exige que, como regla general, se expresen circunstanciadamente las obligaciones garantizadas* (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.), *y esta regla no sufre inflexión respecto de cada una de las obligaciones ya existentes al constituirse la hipoteca que las ha de garantizar*, por lo que no cabe para las mismas la simple expresión de que *queden garantizadas con la hipoteca las «diversas operaciones crediticias» que «en la actualidad» tienen los Bancos acreedores con la Sociedad deudora* (sin estipularse tampoco que cada obligación pierda en principio su autonomía en relación con la cuenta corriente estipulada);

Considerando que si bien en materia de hipoteca el principio de determinación de los derechos inscribibles se acoge con *notable flexibilidad* a fin de facilitar el crédito, permitiéndose en ciertos supuestos la hipoteca sin la previa *determinación registral de todos los elementos de la obligación, siempre se imponen algunas exigencias mínimas*, y así ocurre con la *hipoteca en garantía del saldo resultante de una cuenta corriente de crédito, figura muy próxima, aunque no igual*, a la hipoteca concertada en la escritura que ahora se juzga;

Considerando que, en efecto, del conjunto de la escritura se desprende que la hipoteca se constituye en garantía de las obligaciones resultantes de las operaciones de crédito concedido por determinadas entidades bancarias, sean las que estén ya vigentes al constituirse la hipoteca sean, *las que se concierten en lo sucesivo*, y aunque no pierda cada obligación en principio su autonomía, se estipula una cierta *interdependencia entre ellas* en cuanto que, incumplida cualquier obligación singular se tendrán por vendidas todas las obligaciones garantizadas; aún más, entonces *la obligación garantizada podrá ser el saldo final de las operaciones bancarias reflejadas* en una cuenta corriente en la que, conforme a la escritura, pueden ser partidas de cargos los *avales*, descuentos, letras de cambio impagadas u otras operaciones de crédito, así como los intereses, comisiones y gastos; y partidas de abono; los pagos que de sus obligaciones vaya haciendo la Entidad deudora «a sus respectivos vencimientos... por principal, intereses o accesorios»;

Considerando que estamos, pues, prácticamente ante una *figura muy próxima a la hipoteca en garantía del saldo de una cuenta corriente de crédito* y aunque se entienda que no coincide exactamente con esta figura, *serían en todo caso aplicables los preceptos que, en relación con este tipo*

de hipoteca, imponen la determinación de los *plazos de duración*, ya que de una parte de las peculiaridades de la presente escritura no justificarían excepcionar *tal determinación temporal* exigida por el párrafo 1.º del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, *tan interesante para el tráfico (terceros poseedores, terceros adquirentes de derechos reales) y para facilitar la cancelación (cfr. art. 209 de la misma Ley)*, y de otra porque estipulándose que quedan garantizadas las operaciones crediticias bancarias que se concierten en lo sucesivo, cabe entender que la hipoteca se extiende directa y concretamente a las posibles futuras aperturas de crédito en cuenta corriente, que son también indudablemente operaciones crediticias bancarias;

Considerando que la segunda cuestión planteada hace referencia más que al fondo de la estipulación 6.ª de la escritura, a su redacción formal, que parece permitir la posibilidad de ejercicio simultáneo de diferentes acciones ejecutivas en base a un mismo crédito, y todo ello sin entrar en la cuestión por no haber sido objeto de debate, de si pueden las partes que constituyen un derecho real de hipoteca dar el carácter de título ejecutivo de las prevenciones pactadas, al margen del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil;

Considerando que la circunstancia de que el acreedor pueda convenir con su deudor hipotecante dos formas alternativas del ejercicio de sus acciones no aparece cuestionada en la nota de calificación, sino el que a través de la redacción dada a la estipulación 6.ª pueda tener lugar una simultaneidad de procedimientos en relación con la cantidad exigible por las letras de cambio impagadas para las que, o basta su presentación, o bien el que puedan quedar incluidas, sin especificar dentro de la certificación bancaria que engloba principalmente otros créditos, por lo que aparece justificada la prevención de la nota y que en el sentido de cargo se exprese el origen y causa de la deuda cargada para que por conocimiento del extracto de cuenta del deudor pueda, caso de error, llevar a efecto la oposición prevista en el artículo 153, 5.º, y siguientes de la Ley, si hubieran sido ya pagadas o satisfechas;

Considerando que una tercera cuestión se plantea al tener que decidir si dentro del supuesto de vencimiento anticipado por *depreciación de las fincas hipotecadas* es inscribible el pacto por el que el informe del Perito designado por los Bancos acreedores atribuye al haberse producido la depreciación necesaria del 30 por 100 que puede originar el mencionado vencimiento;

Considerando que la *seriedad que debe presidir el contenido de los asientos registrales y el rigor de los efectos del derecho de hipoteca no autoriza a que aparezcan reflejados en los mismos todo tipo de pactos y circunstancias*; y en concreto de que la justificación de la mengua de valor de los inmuebles que va a producir el efecto del vencimiento de su obligación pueda obtenerse a través del *informe de Peritos tan parcialmente designados*;

Considerando que al *no haber apelado los Registradores la decisión presidencial que revocaba el resto* de los defectos señalados en la nota no cabe entrar en el examen de su contenido,

Esta Dirección General ha acordado *confirmar el auto apelado*, si bien en *cuanto al defecto primero* hay que entender *referida la exigencia de determinación temporal a los créditos ya existentes* al constituirse la hipoteca y a *la fecha final de liquidación de las operaciones garantizadas*.

En un comentario breve a tan importante doctrina, cabe destacar los siguientes puntos:

1.º Es un ejemplo típico de la ahora llamada hipoteca «flotante» o «sumidero», en la que la garantía real accesoria destaca con verdadero protagonismo sobre la obligación principal garantizada, múltiple y proteica, que reviste un añeja apariencia de vinculación personal: la hipoteca intenta garantizar el resultado para el acreedor de toda la cambiante situación económica en que un deudor puede estar frente al mismo (incluso, en este supuesto, por tiempo indeterminado), al modo de las antiguas vinculaciones de siervo y señor, con olvido absoluto de los terceros y de la libertad inmobiliaria. En este marco encuentran explicación las frases que se leen en el recurso de que basta «que se determinen las partes» ... «que la indeterminación del plazo no es un vicio o defecto» ... «que basta con fijar un máximo de responsabilidad hipotecaria para cumplir el principio de especialidad...»

2.º Como dijeron los Registradores en su informe, la indeterminación del crédito perjudica a acreedores hipotecarios posteriores y a terceros poseedores; éstos no tienen que pasar en todo caso por el máximo; tienen que poder discutir si determinado crédito que quiere ejecutarse a través de la hipoteca estaba o no comprendida en ésta. Lo mismo ocurre frente a los acreedores ordinarios; el artículo 1.911 del Código Civil les da en principio a todos ellos las mismas perspectivas sobre todo el patrimonio del deudor, que no pueden romperse arbitrariamente, la Ley permite, a través de la hipoteca, que el deudor pueda conceder a su acreedor una preferencia sobre un bien determinado, hasta una cantidad máxima, pero tal como estaba redactada la escritura calificada se podía situar cualquier crédito propio o ajeno (fiador, avalista, garante), bajo la capa de la hipoteca, sin posibilidad de defensa para los otros acreedores (hipotecarios u ordinarios).

3.º La Dirección, por supuesto, reafirma el principio de especialidad, y exige, no la mera reseña de las causas *petendi*, sino que se «expresen circunstancialmente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.)». En otros Considerandos, no obstante, se deja influir excesivamente por la técnica de analogías y diferencias ya empleada por la Resolución de 1936, que supone caminar por la periferia de la cuestión, sin encaminarse al centro.

4.º Contiene también la Resolución un importante *obiter dictum*

relacionado con el artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero de tales cuestiones ejecutivas nos ocuparemos después.

La Resolución de 23 de diciembre de 1987 es, sin duda, la más completa y extensa de las publicadas, hasta la fecha, sobre la materia. Dado lo extenso de la misma y su reciente publicación (*BOE* de 1 de febrero de 1988), lo que hace muy fácil su consulta, nos limitaremos, en méritos a la brevedad, a destacar aspectos esenciales, omitiendo citas literales excesivamente amplias.

La obligación que se pretende garantizar constituye una abigarrada amalgama de créditos muy diversos, unos ya existentes, garantizado uno ya con hipoteca anterior, y otros futuros, incluso a favor de terceros y residenciados no sólo en la propia Oficina Bancaria, sino en cualquier otra sucursal (¿también en el extranjero?).

Ante la absoluta indeterminación, las contradicciones internas de la escritura, que estructuraba un contrato bancario absolutamente híbrido y atípico, y otros defectos (hasta diez), el Registrador deniega la inscripción.

La *Dirección*, tras citar en los vistos las anteriores Resoluciones de 21 de marzo de 1917, 5 de marzo de 1929 y 16 de junio de 1936, establece, con evidente mejora, una importante doctrina básica, que puede condensarse así:

1.º En el primer fundamento de Derecho, y con perfecta sintonía con la doctrina mercantil expuesta en el apartado 1 de este trabajo, la Dirección afirma la distinta naturaleza jurídica de la mera situación contable de cuenta corriente («reunión contable»), que carece jurídicamente de «virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante», puesto que «éste representa únicamente la posición global acreedora o deudora de cada parte, y su realización sólo procederá a través del ejercicio individual de cada una de las relaciones jurídicas comprendidas», que siguen siendo autónomas; y el verdadero contrato bancario, ya sea en forma de «apertura de crédito», ya en el de propia «cuenta corriente», en las que «deviene exigible el saldo resultante de modo autónomo, con independencia de la causa concreta de los cargos o de los abonos efectuados en aquélla...»

2.º El segundo fundamento confirma la contradicción interna, ya apreciada por el Registrador, latente en el supuesto de hecho, que pretendía acogerse al artículo 153 de la Ley, sin ajustarse a la naturaleza, ni cumplir los requisitos estructurales de la cuenta corriente de crédito, singularmente en los aspectos de falta de disposición de la cuenta y ausencia de acuerdo novatorio.

3.º En el tercer fundamento, la Resolución, en base a los principios

de especialidad y accesoriedad, niega que la escritura cumpla las exigencias mínimas de determinación de la obligación garantizada para que pueda ser considerada como hipoteca en garantía de obligaciones futuras («hipoteca de máximo por deuda futura»).

Por ello, califica expresamente el supuesto de «hipoteca flotante», entendiendo por tal aquella en que, «si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del Banco determinar si esta cifra máxima va a quedar integrada por los importes, totales o parciales, de ... obligaciones ya existentes... o con el importe de ... otras obligaciones que en el futuro puedan contraer los mismos deudores a favor del Banco».

Respecto a las obligaciones ya existentes (fundamento 4.º), no se establece que pasen a ser ya las obligaciones garantizadas, sino sólo que podrá serlo el saldo que presenten en su día las cuentas bancarias respectivas, con lo que queda al arbitrio del Banco determinar a qué crédito va a servir la hipoteca (lo que califico personalmente de hipoteca «boina» o de «quita y pon»), aplicable indistintamente y a elección del acreedor.

En cuanto a obligaciones futuras, y según el fundamento 5.º, se pretende que la «hipoteca de máximo» (el entrecomillado es de la propia Resolución) garantice, «unitariamente, créditos que entre sí no tienen conexión causal... y otras obligaciones que quedan en total indeterminación, tanto en su futura existencia —que queda al arbitrio del Banco— como en cuanto a su fuente y causa...»

4.º Termina el fundamento 5.º planteando una importantísima cuestión, sobre la que después volveremos con más detalle: «Para acreditar que se ha constituido la obligación y obtener la consiguiente efectividad hipotecaria bastaría, según la escritura, el acto unilateral del Banco (con la inclusión de las cantidades en el Debe de la cuenta) (cf. art. 238 del Reglamento Hipotecario en relación con los arts. 142 y 143 de la Ley Hipotecaria)». La cita es directa y esencial...

Tras este amplio repaso a las más importantes Resoluciones dictadas sobre la materia, parece ya oportuno pasar al siguiente apartado de

4. CONCLUSIONES

Naturalmente que muy provisionales, dada la complejidad del tema, diariamente sometido a vertiginosa evolución; y, como resulta obligado, por las propias limitaciones. No obstante, creo que toda la doctrina expuesta proporciona bases seguras de aproximación al problema.

Primera.—En cuanto a la *garantía real* en sí misma considerada, puede

afirmarse que, como antes vimos, no existe una doctrina elaborada y completa de las hipotecas de seguridad y de máximo; tampoco esta figura puede pretender elevarse a verdadera categoría autónoma, tipificada exclusivamente por tal circunstancia: la de establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria en garantía de obligaciones no perfectamente definidas *ab initio*.

Por eso no basta invocar la manida doctrina del *numerus apertus* para constituir, por simple pacto, una garantía real sin cumplir los requisitos estructurales de ésta, creyendo que para favorecer el crédito hipotecario basta con favorecer su mal pergeñada constitución. Lo que importa es posibilitar su rápida y eficaz ejecución, pero guardando a la vez los límites que constitucionalmente impiden la indefensión del propio deudor y de los terceros poseedores, evitando a la vez que los procesos hipotecarios puedan convertirse en paraíso de subasteros.

Tampoco cabe estimar cumplido el principio de especialidad con sólo señalar el máximo, necesario en cualquier hipoteca; además, la accesoriedad, de esencia a la hipoteca en nuestro Derecho, impide una hipoteca autónoma: incluso en el caso límite, como es el de la hipoteca en garantía de obligación totalmente futura, indeterminada en cuanto a su propia existencia, no se quiebra el principio de accesoriedad, conforme al párrafo 1.º del artículo 142. Si la obligación futura no llegó a «contraerse», como dice literalmente, pero también, y por la misma razón, si llegó a «extinguirse», lo único que procede es la cancelación de la garantía real. ¿O es que esa extraña «novación continuada» de obligaciones garantizadas, por virtud del solo pacto, puede excepcionar el principio de accesoriedad?... Precisamente este supuesto límite, sometido a específica regulación legal (cuyas consecuencias destacaron tantas Resoluciones) no permite extrapolar su doctrina para conseguir una «flotabilidad» en garantía de obligaciones ya existentes, de otras futuras que irán naciendo, y, a su vez, extinguiéndose, para dar, en un largo plazo, paso a la garantía de otras que seguirán la misma trayectoria... La hipoteca se utiliza así a modo de escudo superponible a muy distintas obligaciones, que sólo tienen de nexo común la coincidencia personal de titularidades. Y, en definitiva, lo que se pretende, sobre todo a efectos ejecutivos, es que funcione como una hipoteca ordinaria.

Segunda.—En realidad, la tipificación de la hipoteca debe buscarse por la vía de la distinta naturaleza de las *obligaciones garantizadas*, y así lo hace la legislación vigente, pues es muy distinta la hipoteca, dentro incluso de la rúbrica general de las de máximo, según garantice obligaciones futuras o sujetas a condición, títulos emitidos en masa, cuentas de crédito, etc. Como ya se dijo al principio, y se corroboró en numerosas

Resoluciones, no es posible la amalgama, la yuxtaposición inconexa de distintas modalidades, fuera de su propio contexto. Tal contexto se establece en virtud de causas objetivas (p. ej., en la hipoteca de títulos-valores, sobre la base de la emisión; en la de cuenta corriente, por la refundición en el saldo, etc.), pero nunca en base exclusivamente a circunstancias subjetivas o personales. Ahondar en este camino de investigación de las posibles causas de configuración y tipificación de la hipoteca posiblemente sería muy interesante, pero extravasaría los límites de este trabajo.

Sin embargo de lo anterior, creo conveniente destacar que el *casus litis* más contemplado en las Resoluciones, el de «amalgama de cuentas y efectos» parece resultado de una mala constitución de la hipoteca. En efecto, dado el amplio contenido que institucionalmente ofrece el contrato de cuenta corriente de crédito, según la doctrina mercantil examinada, la solución pasa por la correcta estructuración jurídica de las partidas contables, de las prestaciones, muy varias, pero susceptibles de integrarse en un saldo definitivo, única deuda líquida y exigible al cierre. Tal estructuración jurídica es indispensable, pues lo que ya resulta claro, según la doctrina y la jurisprudencia, es que la mera situación contable de cuenta corriente (y la suma contable de prestaciones yuxtapuestas de muy diversas modalidades de crédito entre dos personas) no es susceptible, sin más, de garantizarse directamente con hipoteca. Que se pretende unitaria sólo con denominarla y destacar su aspecto de «máximo», sin tener en cuenta para nada las distintas obligaciones garantizadas...

Tercera.—En materia de *ejecución hipotecaria*, el confusionismo es todavía mayor. Con la enorme gravedad que supone intentar desvirtuar el principio de tutela judicial efectiva en base al simple pacto y con olvido de tres aspectos fundamentales. En primer lugar, que las normas de procedimiento son rigurosamente imperativas. En segundo término, que como se dijo en uno de los informes en defensa de la nota, los terceros no tienen que pasar en todo caso por el máximo. Y, finalmente, que el hecho de que en las hipotecas de seguridad la determinación del crédito se realice por medios «extrahipotecarios» no supone necesariamente que tales medios sean «unilaterales», y restrinjan las facultades de oposición que por ley tiene el deudor.

En este punto, conviene detenerse en la consideración de algunas cuestiones fundamentales:

1. Como es bien sabido, el artículo 1.429 de la LEC establece una lista taxativa de los títulos (tanto en sentido material como documental) que llevan aparejada ejecución; como advirtió la Resolución de 1984, en el *obiter dictum* antes reseñado, no cabe que por pacto puedan crearse otros distintos, extravasando la lista legal.

Y en cuanto a la determinación concreta de la deuda, establece el artículo 1.435 (reformado por Ley de 6 de agosto de 1984) que, aparte de vencida (ojo con esos extraños pactos de vencimiento anticipado) ha de ser líquida, disponiendo expresamente (en precepto que muchas escrituras suelen insertar literalmente) que «si los contratos mercantiles otorgados por entidades de crédito, ahorro o financiación, en escritura pública o en póliza intervenida... se hubiera convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor».

Tal precepto tiene su inmediato antecedente en los Reales Decretos de 15 de octubre de 1982 y 8 de junio de 1984, este último reformador del Reglamento Notarial. En concreto, el artículo 207,4.º del citado Reglamento dispone que el acta notarial de exhibición de cosas o documentos será utilizable, entre otros supuestos: «Para fijar el saldo líquido exigible en los préstamos o créditos en cuenta corriente concedidos por entidades de crédito, ahorro o financiación, siempre que tales operaciones y esta modalidad de fijación hayan sido pactadas en escritura pública. En virtud de la documentación exhibida por la entidad acreedora y de su concordancia con certificación de ésta, que se unirá a la matriz, el Notario levantará el acta en la que quede determinado el saldo de la cuenta». La redacción de este último inciso es un poco desafortunada, pues parece no tener en cuenta que el carácter de la certificación y demás documentos exhibidos sigue siendo unilateral, y que el valor probatorio de las actas se limita a la existencia de tales documentos, pero no a la verdad intrínseca de las manifestaciones contenidas en ellos, que sólo tienen el carácter de meras declaraciones extrajudiciales. Aparte de ello, el Reglamento Notarial ha de entenderse modificado en este punto por la norma específica procesal, de rango superior y de fecha posterior, la Ley de 6 de agosto de 1984, reformadora de la LEC.

Y, sin duda, resulta del artículo 1.435 de ésta que el valor de tal certificación, figure o no unida a un acta notarial, no debe magnificarse; según afirma literalmente el Profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ (*Derecho Procesal*, tomo I, vol. II, pág. 122, obra escrita en colaboración con los también Catedráticos de Derecho procesal GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y ALMAGRO NOSETE), «las condiciones impuestas por el legislador hacen necesario que la determinación del saldo deudor se haga *por persona ajena* a la entidad acreedora y que tenga los conocimientos *técnicos* suficientes para poder llevarla a cabo. Fuera de estas coordenadas, no

cabría sostener que la certificación *acredita*, pues sólo sería una *afirmación* proveniente de parte interesada». Por tanto, si el deudor no la acepta y surge el conflicto sobre la determinación del saldo, habrá de decidirse judicialmente.

Hasta aquí, el sistema de la Ley Rituaria; pero hay más, mucho más: a continuación del texto transcrito, y como inciso último establece el citado artículo 1.435 LEC que «*En el caso de cuentas corrientes garantizadas con hipoteca, abiertas por Bancos o Cajas de Ahorro, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria*». Rotunda remisión, pues, a la legislación específica, si bien el autor antes citado no deja de advertir que «el procedimiento de liquidación establecido en el artículo 153 LH no es totalmente adaptable a un procedimiento declarativo, ya que está pensado para el procedimiento de ejecución *ex* artículo 131 de la Ley Hipotecaria». Por eso, apostillamos, no cabe duda de que, quizá por el designio del legislador de favorecer los específicos procedimientos hipotecarios, se reconoce el mayor valor que el artículo 153 LH otorga a la certificación de saldo, si bien, en caso de conflicto, y notificado al deudor «un extracto de la cuenta», podrá éste utilizar los medios de defensa que le proporcionan los cuatro últimos párrafos del citado precepto. Como ya dijo la Resolución de 27 de abril de 1945, «el pensamiento del legislador ha sido separar, de un lado, el establecimiento de la cláusula referente al modo de acreditar el saldo y de otro, lo relativo a la ejecución».

2. Entrando en este campo específicamente hipotecario, y para el debido análisis y valoración de las importantes cuestiones planteadas, hay que advertir que publicado el artículo 24.1 de la Constitución (que como es bien sabido, consagra el principio de la tutela judicial efectiva de los derechos y rechaza toda indefensión) no ha dejado de plantearse cuestiones respecto la absoluta legalidad de las limitaciones que los procedimientos hipotecarios específicos puedan suponer a las facultades de oposición del deudor. Como dice MORENO CATENA (*Ob. cit.*, pág. 451): «Precisamente la falta de contradicción (consustancial, como se sabe, a la ejecución forzosa) en estos procedimientos, ha sido denunciada ante el Tribunal Constitucional como generadora de indefensión... Los recursos de amparo acumulados se referían al procedimiento hipotecario en favor del Banco Hipotecario de España, aunque se argumenta respecto del procedimiento judicial sumario de la LH; las razones pueden considerarse extensibles a las demás ejecuciones hipotecarias, desde el punto de vista en que el procedimiento donde el ejecutante se halla más favorecido es precisamente el del BHE, gozando el deudor en los restantes de mayores posibilidades de defensa. El TC, en la Sentencia de 18 de diciembre de 1981 desestima el amparo y entiende ajustado a la Constitución el procedimiento especial

a favor del BHE, aduciendo que lo expeditivo de la ejecución no elimina la posibilidad de contradicción que sigue abierta en el juicio ordinario, y señalando que la limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor...»

Como se observa, y con alegría, la Ley Hipotecaria, resulta perfectamente constitucional en este punto concreto. Pero, sin duda, es necesario extremar la prudencia en la calificación de todos esos pactos relacionados con la ejecución, dirigidos, expresa o tácitamente, a fortalecer la posición acreedora. En primer lugar, porque se trata de pactos de adhesión, que, además de la materia procesal, los enmarca en especiales coordenadas; en segundo término, porque nunca la rapidez sumaria, por deseable que sea en el tráfico, puede llegar a crear indefensión; y, finalmente, porque la restricción a la causas de oposición del deudor, en cuanto excepcional, ha de ser objeto de interpretación restringida.

3. Sentadas las anteriores conclusiones, conviene entrar, finalmente, en una cuestión muy interesante: y, en mi modesta opinión, bastante mal resuelta: la relativa a los *procedimientos ejecutivos*.

Como *regla general*, la determinación por medios extrahipotecarios de la existencia, importe, exigibilidad y vencimiento del crédito garantizado por la hipoteca de seguridad, y el hecho de que la escritura no sea por sí sola título ejecutivo, sino que este ha de formarse completo con posterioridad, condiciona el procedimiento ejecutivo aplicable. En efecto, y como dice ROCA (t. IV, vol. 2.º, pág. 713, nota), «en principio, la forma ordinaria de concreción del *debitum* será el acuerdo de las partes y, en su defecto, la resolución judicial». Esto es, un sistema de *determinación bilateral*, conforme a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, desarrollado el último por el artículo 238 del Reglamento, al cual se remite expresamente la Resolución de 1987, al rechazar que pueda acreditarse que se ha constituido la obligación por el acto unilateral del Banco de incluir las cantidades en el Debe de la cuenta.

Como consecuencia de ello, y como ya afirmó la Resolución de 1917, que es seguida por la doctrina más general, en las hipotecas de máximo no es procedente, en general, ni al procedimiento judicial sumario ni el extrajudicial. No obstante, advierte ROCA (*op. cit.*, pág. 715, nota) que ello es así «mientras la hipoteca no se ha transformado, o sea en tanto no hayan sido fijados indubitada y bilateralmente la existencia e importe del crédito resultante», pues entonces ya tendrían posible aplicación tan expeditivos procedimientos de ejecución. Advertencia certera del ilustre maestro, si bien temo mucho que pocas veces en la práctica puede darse esa concreción del débito de común acuerdo; aparte de que ello es imposible de saber de antemano.

La regla general expuesta, basada en los artículos 142 y 143 LH, tiene muy pocas *excepciones*. En mi modesta opinión, *sólo una*, el de la típica hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito.

Tal afirmación puede resultar muy polémica, habida cuenta de la doctrina, ya iniciada por la anómala Resolución de 1936, que extiende el procedimiento de la certificación bancaria a toda hipoteca de máximo a favor de Entidades de crédito, en base al artículo 245 del Reglamento. Intentaré razonar convincentemente tal aserto en base a los siguientes argumentos:

1.º Como ya dijimos, el actual artículo 153 LH eliminó la libertad de pacto anterior y sólo permite la certificación bancaria del saldo, aparte la anacrónica doble libreta. Pero desde siempre sólo se aplica a las «cuentas corrientes de crédito» en sentido estricto. La invocación del mismo en otros tipos de hipoteca ha sido rechazada, como vimos, por la moderna doctrina de la DGR.

2.º Sólo en base a la propia naturaleza de la cuenta corriente (inexigibilidad aislada, aplazamiento, etc.), y por razones de agilidad del tráfico mercantil, se justifica lo excepcional del procedimiento, así como las causas de oposición tasadas a tal determinación del saldo, más restringidas que las de los artículos 1.464 y siguientes de la LEC. Cabe observar, no obstante, que respecto al «error» oponible por el deudor, al ser un concepto tan amplio (que abarca tanto el material como el jurídico) puede determinar una directa intervención judicial para resolver el aspecto puntual de la fijación del saldo. Precisamente por esto (la posibilidad y, en su caso, necesidad de intervención judicial), además de otras razones, la doctrina más general no considera aplicable a este tipo de hipoteca el procedimiento extrajudicial.

3.º Un examen atento del artículo 245 del Reglamento revela, a mi juicio, que su interpretación se ha distorsionado hasta el punto que se intenta que diga lo que no dice. En efecto:

Por su propia colocación sistemática, se ampara bajo la rúbrica literal de la «hipoteca en garantía de cuentas corrientes». El otro artículo colocado bajo la misma rúbrica, el 246, regula el otro medio específico de acreditación del saldo en tal caso (la doble libreta).

Por razones de jerarquía normativa, es obvio que no puede modificar el artículo 153 LH y su supuesto de hecho.

Su propio texto literal es totalmente congruente con tan específica hipoteca al referirse concretamente al «saldo resultante», a una «cuenta especial» y a las «partidas» de la misma.

En cuanto a las obligaciones garantizadas, se refiere a las «operaciones

cambiarias y crediticias». Ahora bien, ¿existe verdadera contraposición de términos? Sin duda que no, puesto que, en primer lugar, las operaciones cambiarias son también operaciones de crédito; además, tales operaciones cambiarias forman parte del normal contenido de la cuenta corriente (véase la anterior novena cita a GARRIGUES). Por eso, el artículo comentado, a pesar de su imperfecta redacción, ha venido a afirmar el perfecto encaje en la cuenta corriente de las operaciones cambiarias, en la que «serán partidas de abono y cargo el importe de los efectos descontados, el de los que hayan sido satisfechos a su vencimiento y el de los que hubiesen sido devueltos impagados»; lo que no parecía claro antes, si se observan los supuestos de hecho de las Resoluciones dictadas con anterioridad al mismo. Tal es, a mi juicio, el sentido profundo del artículo 245 del Reglamento.

Termina el citado artículo con una referencia expresa a los «requisitos» señalados en los artículos 142 y 153 LH. Unánimemente criticada, y con razón, por la doctrina: ni el artículo 142 establece ningún requisito, ni tampoco, en realidad, los cuatro últimos párrafos del artículo 153 establecen «requisitos», sino trámites procesales de ejecución. Pero de tal cita conjunta no se puede deducir, siguiendo la imperfecta técnica de analogías y diferencias (siempre las hay), que el artículo 245 sea aplicable a las hipotecas del 142 LH, a efectos de emplear la certificación bancaria. Si no hay cuenta en sentido jurídico, sino sólo situación contable (extremo éste perfectamente definido en la última doctrina de la Dirección, no puede haber certificación de saldo que complemente el título ejecutivo.

4.º La opinión contraria a lo anterior no resulta muy convincente, aunque venga de grandes maestros, como LA RICA y ROCA. El primero, que escribe sus conocidos Comentarios en 1948, lógicamente no puede tener en cuenta la doctrina posterior; además, contrario a la restricción de la libertad de pacto introducida en el artículo 153 LH, se deja influir en exceso por la Resolución de 1936. Por su parte, ROCA, dicho sea con el debido respeto, incurre en cierta contradicción al afirmarlo (*op. cit.*, página 721) que «si la hipoteca garantiza una apertura de crédito simple más bien se estará ante un caso típico de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, regulable por los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, mientras que cuando asegure una apertura de crédito en cuenta corriente, se estará en el caso especialmente regulado en el artículo 153 de la misma ley». Tal contraposición de términos no se entiende muy bien, pues indudablemente lo más parecido al contrato de apertura de crédito simple es el crédito en cuenta corriente; y lo «especial» que el artículo 153 establece para esta última no está en los requisitos sustantivos que exige en orden al máximo, plazo de duración, etc., que son normales y comunes a toda

hipoteca de máximo, sino precisamente en la determinación del *debitum* por certificación bancaria. CAMY (vol. VI, pág. 883), sin plantearse frontalmente el problema, y después de afirmar que las Resoluciones de 1933 y 1936 carecen hoy de base, apunta certeramente que «lo esencial en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes otorgadas por Bancos o similares es la cuenta corriente de crédito en sí misma, así como la peculiaridad para acreditar el saldo en las en favor de Bancos... Lo accesorio, lo que no tiene trascendencia a efectos hipotecarios, es cual sea la causa de los asientos de abono o de cargo que se hagan en dicha cuenta corriente... La posibilidad o no de operaciones bancarias de descuento, siempre que la hipoteca se configure como en garantía de cuentas corrientes de crédito, es inoperante a efectos de la hipoteca...».

Apoyado en tal aseveración concluyo que, a mi juicio, para aplicar el medio específico y excepcional de la certificación bancaria a los muy variados supuestos de hipoteca constituida al amparo del artículo 142 sería necesaria una reforma legislativa, y no sólo reglamentaria (ni, por favor, tan ridícula como la del 131 LH o la de la Ley de Propiedad Horizontal...).

Con ello termino este repaso a la patología actual de la hipoteca de máximo; patología que también puede observarse en otros tipos de hipoteca, y cuya causa fundamental, sin duda por mi parte, se encuentra en la mala estructura jurídica, por imprecisa y unilateral, de los actuales contratos bancarios de crédito. Se busca en sus minutas una originalidad omni-comprendiva, sin aprovechar las potencialidades que la propia cuenta de crédito ofrece, y se articula una hipoteca totalmente atípica y abstracta, para la que se pretende en cambio una ejecución muy puntual y típica. Esperemos que, con el rumbo calificador de la doctrina de las últimas Resoluciones, se llegue a buen puerto. Todo es cuestión de seguir navegando... pero en el buen sentido.

Oviedo, 7 de febrero de 1989.

CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA

Registrador de la Propiedad
De la Academia Asturiana
de Jurisprudencia