

La hipoteca de máximum

El tráfico entre los hombres, la realidad de la vida, hace surgir obligaciones cuyo importe no se conoce *a priori*, y situaciones jurídicas de las cuales no surge inmediatamente una obligación, pero puede surgir en lo futuro.

El asegurar el cumplimiento de estas obligaciones hipotéticas o de valor indeterminado, es en la práctica tan conveniente, como el aseguramiento de aquellas otras cuya existencia y valor están perfectamente fijados cuando los interesados en las mismas se deciden a garantizar su cumplimiento por medio de fianza personal, prenda o hipoteca.

Apartaré la atención de las obligaciones de existencia y valor determinados y estudiaré, siquiera sea someramente en este modesto artículo, la garantía exclusivamente hipotecaria de las obligaciones presentes o futuras de valor indeterminado.

Y como en materia de garantía real en todos sus aspectos, no se puede prescindir de las enseñanzas que la ciencia alemana suministra, empezaré por exponer el instrumento que la legislación alemana ofrece para asegurar estas obligaciones.

El derecho prusiano derogado por el Código civil vigente en Alemania, ofrecía para esta finalidad la Kautionshypothek, de cuyo estudio creo conveniente prescindir, fijándome en la actual hipoteca de máximum ; Höchstbetragshypothek.

La hipoteca de máximum es una hipoteca de seguridad y dentro de este concepto general, pertenece a las hipotecas de seguridad necesarias, o sea a aquellas que necesariamente han de constituirse en esta forma, por requerirlo así la naturaleza de las obligaciones por ella garantidas. A este grupo pertenecen las hipotecas en garantía de títulos endosables y al portador y la que

aquí se estudia, o sea la de máximum. Además, tiene también carácter de hipoteca de máximum, una de las judiciales; la llamada Arresthypothek.

La diferencia entre la hipoteca en garantía de títulos y la de máximum está, en que; en la primera, la indeterminación está en el acreedor, pues nadie puede saber *a priori* quienes vendrán a ser los tenedores de los títulos garantidos; mientras que en la segunda, la incertidumbre está en la obligación garantida.

El número y clase de obligación que pueden garantizarse con la hipoteca alemana de máximum, es extensísimo. Las leyes anteriores (Landesgesetze) al Código civil, exigían que la obligación garantida fuese futura e incierta, actualmente puede ser presente y cierta. El primer proyecto del Código refería la incertidumbre solamente al importe de la obligación, pero en el aprobado definitivamente, se permite garantir con esta hipoteca obligaciones inciertas en cuanto a su existencia solamente e inciertas en cuanto a su existencia e importe.

Con la hipoteca de máximum, puede garantizarse una sola obligación; varias obligaciones, expresando, naturalmente, en la inscripción cuales sean estas; o todas las obligaciones que el hipotecante tenga o pueda tener para con el acreedor. Puede asimismo garantir la obligación u obligaciones que tenga no el hipotecante, sino una tercera persona. En todos estos casos es de necesidad que en la inscripción conste de un modo claro y patente, cuales sean las obligaciones garantidas por la hipoteca. En un derecho inmobiliario como el alemán, fundado en el contrato abstracto, como base para las transmisiones de dominio y constitución de derechos reales, esta individualización de la obligación asegurada, con la indicación muchas veces necesaria del fundamento jurídico o fuente de donde surge la relación de deuda, para su fijación en el Registro y para su prueba procesal, origina problemas no resueltos con unanimidad (1).

Una hipoteca de máximum puede ser constituida no sólo para la seguridad del crédito de un acreedor, sino, al mismo tiempo, para la seguridad de los créditos de diferentes acreedores (2). (por

(1) Individualisierung der Forderung usw. Heinrich Siber. Iherings Jahrbücher, 75 Band, 1925.

(2) Foster y Turnau: Das Liegenschaftrecht, tomo I, págs 1.016.

ejemplo, en favor de varios endosantes de una letra de cambio, o de varios fiadores de una misma deuda).

Esta hipoteca es especialmente apropiada para la seguridad de créditos que pueden originarse de una relación de deuda continuada, o sea de una situación jurídica que perdura por un tiempo más o menos largo y de la cual surgen o pueden surgir varias obligaciones simultánea o sucesivamente, de valor no determinado; ya sea esta relación de deuda continuada efecto de un contrato, por ejemplo, un arrendamiento de cosas, del cual surge la obligación periódica de pagar el canón, de un contrato de obras, etc.; ya tenga como fuente directa la ley, como los usufructos y administraciones legales del marido, tutor y otros.

Como exponen Turnau y Föster (1) y también Fuchs (2) no sería completamente correcto decir que la hipoteca de máximum, prevee siempre que el importe de la obligación garantida sea todavía incierto, pues la incertidumbre es un estado simplemente subjetivo al que la ley no puede anudar sus preceptos. La incertidumbre reflejada en la hipoteca es meramente objetiva. Lo cual quiere decir que, con esta hipoteca no solamente pueden garantizarse obligaciones inciertas, de importe indeterminado, sino también obligaciones cuyo importe se reserven los interesados, porque así les conviene. Así, si se trata de asegurar un crédito determinado en cuanto a su existencia e importe, pero los interesados lo presentan como incierto, señalando solamente por medio de una cantidad máxima el grado de responsabilidad real de la finca hipotecada, tendremos una hipoteca de máximum: por lo contrario, es señalado como firme el importe de la obligación, entonces se inscribe una hipoteca ordinaria.

Como se ve, el campo de las obligaciones objeto de esta hipoteca, es extensísimo en Alemania. A ello corresponde un instrumento de garantía sumamente flexible.

Hablemos de este último.

En la hipoteca de máximum, como hipoteca de seguridad que es, el acreedor no puede fundarse en la inscripción para dar como existente su crédito, sin que sea permitida en ella la condición de quedar el dueño de la finca sujeto al procedimiento judicial sin más fundamento que la hipoteca.

(1) Obra citada, tomo I, pág. 1.015.

(2) Das materielle Grundbuchrecht, pag. 618.

¿ Por qué esto? Si nos fijamos en una inscripción de hipoteca ordinaria y en otra de hipoteca de seguridad, veremos la razón con claridad.

En la primera, consta la existencia de una obligación garantida, fijada por los interesados en su existencia, valor y elementos personales y si los interesados al tiempo de la inscripción la han reconocido y fijado por medio del consentimiento material o simplemente formal, necesario para la inscripción, es natural que ésta pruebe la existencia de aquélla. Por ejemplo: Si se trata de un simple préstamo de 1.000 duros, garantizado con hipoteca, mientras no conste cosa contraria en el Registro, la inscripción de esa hipoteca demostrará la existencia clara y terminante de un crédito de 1.000 duros a favor del acreedor.

En la inscripción de una hipoteca de seguridad, consta que esta se ha constituido para garantir una obligación hipotética o de valor no determinado, o de inciertos acreedores, y al proclamar de esta manera tan explícita la incertidumbre de la obligación garantida, es natural que nadie pueda fundarse en el Registro para fundar la prueba de la existencia de la misma. Por ejemplo: Trátase de una hipoteca constituida por un funcionario público por valor de 1.000 duros, en garantía de los posibles perjuicios que pueda causar en el ejercicio de su cargo. De la inscripción claramente se deducirá que nadie puede saber al tiempo de la constitución de la hipoteca si estos perjuicios se originarán o no; por tanto, si el funcionario llegará a deber algo o no; y en caso de suponerse que causará algún perjuicio exigible por medio de la hipoteca, nadie puede saber de antemano a cuanto ascenderá. Si el funcionario ejerce su oficio prudentemente, nada deberá; la garantía prestada será una hipoteca vacía de deuda. Si hace algún perjuicio, tendrá que ser liquidado antes de hacerse efectiva, sin hacer caso de que el inmueble hipotecado responda por 1.000 duros, pues el daño causado por el funcionario puede importar menos de esa cantidad.

He aquí porqué la obligación garantida por la hipoteca de seguridad, ha de probarse fuera del Registro y su vida se desenvuelve fuera de la inscripción con entera autonomía de la misma. Consecuencia de lo mismo, es que la prueba de la existencia y extensión de la obligación garantida con la hipoteca de maximum, compete al acreedor, incluso en el caso de que el propietario de la fin-

ca gravada demande negatoriamente a aquél al reconocimiento de la extinción de la obligación, a los fines de la rectificación del Registro o de la conversión de la hipoteca de seguridad en hipoteca ordinaria. Solamente incumbe al propietario la prueba de su extinción, cuando se trata de obligaciones cuya existencia hubiere éste reconocido, o de derechos ya establecidos, que el acreedor pretendiese estar todavía subsistentes para él.

Con esta indeterminación no padece en lo más mínimo el principio de especialidad. La finalidad de este principio tratándose de hipoteca, consiste (como dice Wieland) en que la inscripción reueje de un modo exacto la extensión en que el inmueble es gravado, para que los acreedores hipotecarios sucesivos puedan conocer con seguridad el montante de los gravámenes anteriores. Y lo que verdaderamente interesa conocer a los terceros, en general, es no la deuda, sino la responsabilidad, y ésta, está determinada en todo momento en la hipoteca de máximum con la constancia en la inscripción del importe máximo expresado en dinero. Como expresa Gierke (1) la deuda real se encuentra limitada por el importe máximo que consta en el Registro, aunque la fijación del crédito eventual se realice fuera del mismo. O como dice Fuchs (2) en la hipoteca de máximum solamente se determina el máximum de responsabilidad, no del crédito.

Para comprender estos conceptos, es necesario acudir a la teoría que distingue la deuda de la responsabilidad.

En el derecho prusiano podían inscribirse cauciones de altura indeterminada; en el derecho vigente, la fijación en el Registro del importe máximo ha sido elevada a principio necesario, de tal manera, que no puede verificarse legalmente la inscripción si en el consentimiento para ésta, falta la indicación del máximum.

La hipoteca de máximum en el derecho alemán, grava al inmueble desde su inscripción por el montante máximum que en ella figura, de un modo determinado e incondicional, aunque la deuda no exista. Y, por lo mismo que es una hipoteca efectiva desde su inscripción, viene a ser una *Grundschuld* o una hipoteca del propietario, cuando la obligación no ha nacido, o se ha extinguido, así como en las otras clases de hipotecas; si bien en la de má-

(1) Deutsches Privatrecht, tomo II, pág. 906.

(2) Das materielle Grundbuchrecht, pág. 618.

ximum surgen problemas de no fácil solución cuando la conversión se realiza por extinción o renuncia parcial del crédito garantido (1).

También son aplicables a esta hipoteca las reglas relativas a la reserva de rango que tanta flexibilidad da a la garantía real alemana y los efectos de las reglas del párrafo 1.180 del Código civil, según las cuales, es permitido que durante la existencia de la hipoteca de seguridad, pueda el propietario del inmueble hipotecarlo con la aprobación del acreedor inscrito, inscribir un segundo acreedor garantizado con la misma hipoteca, o sea con la misma responsabilidad, en la parte que el primer acreedor no haya usado. Es decir que la hipoteca, después de garantizar con todo su valor la obligación para cuva seguridad se constituye originalmente, pueda garantizar con el mismo valor otra deuda, y esto de dos modos: *a)* de tal manera, que el propietario ligue inmediatamente la hipoteca vacante, por falta de la primera obligación, a otra nueva obligación personal; *b)* de tal modo, que la segunda obligación se ligue a la hipoteca con la condición de que la hipoteca quede total o parcialmente vacante; es decir, para el caso de que la primera obligación garantida, llegue a desaparecer o disminuir, de modo que no alcance al valor de la hipoteca.

Por ejemplo: Se constituye una hipoteca en garantía de una cuenta de crédito por un máximo de 100.000 marcos. El deudor liquida la cuenta satisfaciendo al acreedor lo que le debe: entonces puede con la misma hipoteca garantir una nueva obligación. O bien antes de liquidar la cuenta de crédito, el propietario del inmueble gravado, con anuencia del primer acreedor, garantiza con la misma hipoteca otro crédito de otro acreedor, solamente para el caso de que el saldo de la cuenta de crédito primeramente garantida, no alcance a los 100.000 marcos por los que responde el inmueble. Si al vencimiento resulta que se ha pagado todo al primer acreedor, el segundo puede disponer de los 100.000 marcos de responsabilidad; si sólo se deben al primero 50.000, el resto aprovecha al segundo, y así lo mismo, si el saldo del primero es más pequeño.

En todos estos casos se trata de una sola hipoteca, que ha servido para garantizar varias obligaciones de diversos acreedores, sin haber existido subrogación de personas ni cesión de créditos.

(1) Foster y Turnau: Das Liegenschaftsrecht, tomo I, pág. 1.024

La cuestión de cesión de créditos presenta un aspecto interesante en la hipoteca de maximum alemana. El apartado 4.^º del párrafo 1.190 del Código civil alemán, dispone que, al ser cedido un crédito garantido con esta clase de hipoteca, según las reglas generales de transmisión de obligaciones, la hipoteca no se transmite con él.

Esto constituye una excepción a los principios generales sobre esta materia, pues en dicho Código, como en el español, la cesión de una obligación lleva consigo la de los derechos de garantía. (Párrafos 401 y 1.053 del Código alemán y art. 1.528 del español). La razón de la excepción es la pluralidad y diversidad de obligaciones que con una sola hipoteca de maximum pueden garantizarse. Si la cesión aislada de cada una de estas obligaciones llevara consigo la transmisión de una parte de la hipoteca, ésta se pulverizaría en una multitud de partes ideales difícilísima de armonizar y disciplinar.

Si la cesión de la obligación, previo el necesario acuerdo de los interesados, se hace constar en el Registro, entonces tiene lugar la transmisión del derecho hipotecario, pero esto supone en realidad una transmisión de la hipoteca, total o parcial.

Desde luego, subsiste en la hipoteca de maximum, la prohibición general de ceder la hipoteca sin el crédito.

También es una excepción la hipoteca de maximum alemana en cuanto a la extensión de la garantía a los intereses. En Alemania, la hipoteca, en general, extiende su garantía por los intereses hasta el 5 por 100 contra los titulares de derechos de igual o posterior rango, pero la hipoteca de maximum no garantiza nada que exceda del maximum por ella garantido, de manera que si las obligaciones protegidas por ella devengan intereses, éstos quedarán asegurados solamente en el caso de que, sumado el importe de los que se devan al de la obligación principal, no pasen del maximum inscrito.

La hipoteca de maximum puede transformarse en hipoteca ordinaria, o en una hipoteca corriente de seguridad (ya se dijo que la de maximum es una variedad de esta última). Para ello se precisa el acuerdo del propietario de la finca gravada y del acreedor, y la inscripción consiguiente. Además, para la transformación en hipoteca ordinaria, se necesita el reconocimiento de la obligación garantida en el importe que realmente tenga al tiempo de la conversión, ya que estas últimas hipotecas requieren obligaciones de-

terminadas en su existencia y valor. Una vez convertida la hipoteca de máximum en hipoteca ordinaria, esta extiende su protección a los intereses devengados por la obligación garantida, desde la conversión, hasta el 5 por 100.

No es necesario para la transformación de la hipoteca de máximum, el consentimiento de los titulares de derechos de igual o posterior rango, ya que la responsabilidad del inmueble gravado permanece la misma después de la transformación.

Desde luego, la hipoteca de máximum alemana necesita la inscripción en el Registro, previo el acuerdo (*Einigung*) material o formal.

Dos palabras acerca de la hipoteca de máximum en la legislación suiza. No me detendré mucho en ello, porque la técnica jurídica que sirve de base a sus Códigos y a su doctrina, en el fondo es la técnica alemana.

El Código civil suizo trata de la hipoteca de máximum (art. 794) en el capítulo primero, que dedica a la garantía inmobiliaria, en donde se contienen las disposiciones generales a toda clase de hipotecas. Sin embargo, el campo donde prácticamente tiene su desarrollo, es dentro de aquella hipoteca que en la edición alemana del Código se llama *Grundpfandverschreibung*, y en la francesa, simplemente *hipoteca* (*Hypothèque*). De las tres clases de hipoteca que admite el Código civil suizo, aquella es la que corresponde con la hipoteca alemana de seguridad (1). Tanto en una como en otra, la inscripción contiene la afirmación de la garantía real, pero no del crédito.

Esta hipoteca es, en Suiza como en Alemania, procedente para garantizar las obligaciones futuras e inciertas en toda su amplísima variedad, teniendo entre ellas especial interés aquellas que pudieramos decir conjuntas, o sea las que pueden surgir en lo futuro a favor del acreedor, de un negocio jurídico determinado que tenga con el deudor (1).

A este grupo pertenecen, y son de grande importancia, las siguientes :

Las obligaciones que surgen de los contratos de cambio y de cuenta corriente : especialmente el de cuenta corriente de crédito.

Las que se derivan de la devolución y administración de un

(1) Wieland : Kommentar zum S. Z. G. Das Sachenrecht, págs. 289-343

patrimonio. (La de bienes de mujeres casadas, de menores e incapacitados, enfrente del tutor, bienes a cargo de fiduciarios, etc.).

Aquellas que nacen de un derecho de indemnización de daños y perjuicios. (Las que pueden causar ciertos empleados públicos en el ejercicio de sus cargos; los que puede ocasionar un contratista de obras, etc.).

Las obligaciones que nacen de los contratos de un modo inmediato (como las de un arrendamiento, las del deudor principal para con sus fiadores y otras de la misma fuente).

Todas estas obligaciones se aseguran en Suiza con la Grundpfandverschreibung, y si no todas, en su mayor parte, haciendo uso de la hipoteca de máximum, ya que resultan obligaciones de importe *a priori* indeterminado.

El amplio juego que a la reserva de rango concede la legislación suiza en toda clase de hipotecas, permite en su aplicación a la de máximum, efectos análogos a los que antes se han indicado en la misma hipoteca alemana.

El distinto concepto que la hipoteca de propietario tiene en Alemania y en Suiza, se refleja en la hipoteca de máximum. En este último país, la hipoteca se origina materialmente con el nacimiento de la obligación, aunque formalmente ya desde el momento de la inscripción se produzcan importantes efectos, como el de la reserva de rango si la obligación llega a nacer (1). En Alemania ya se indicó que en este caso surge una Grundschuld o una hipoteca de propietario. En este punto concreto, la legislación suiza tiene una semejanza con nuestra ley Hipotecaria cuando regula la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición suspensiva (artículo 142 de la ley Hipotecaria). Por lo demás, sabido es que el Código civil suizo permite la hipoteca de propietario en amplio sentido.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

La reforma de 1909 introdujo en nuestra ley Hipotecaria una expresa hipoteca de máximum, pero reducida a la garantía de las obligaciones que surgen de lo que la ley llama cuentas corrientes

(1) Wieland: Obra citada, pág. 397.

de créditos. Está regulada en los arts. 152 y 132 de la ley. Luego, el Reglamento vigente de 6 de Agosto de 1915 se ocupó de la misma hipoteca en los arts. 205 y 206.

Examinaremos primero la obligación y después la garantía, a que se refieren el artículo 153 de la ley y los correspondientes del Reglamento.

La cuenta corriente es un concepto genérico que comprende varios contratos de especie muy diferente. Nuestro Código civil no contiene ninguna referencia a ellos; el Código de comercio no los regula, solamente en los artículos 175, 177, 180, 182 y 909 hace una alusión a las cuentas corrientes, pero sin determinar lo que estas sean. Más afortunados los marroquíes y demás habitantes de nuestra zona de influencia en Marruecos, les fué dado un Código de comercio (10 de Junio de 1914), donde existe un título (el XIV), que con la rúbrica «De los contratos de cuentas corrientes mercantiles» regula y determina esta materia, distinguiendo entre ellos: el contrato de depósito de dinero en cuenta corriente; el de imposición de valores en cuenta corriente; el de depósito en cuenta corriente; el de apertura de crédito en cuenta corriente, y el contrato de compensación mutua y entrega de saldo a plazo fijo.

Los tres primeros son contratos de depósito, aunque las prácticas bancarias parece que tienden a desviarlos hacia el préstamo, sobre todo tratándose de depósitos de metálico.

La apertura de crédito en cuenta corriente es claramente un préstamo, que en vez de perfeccionarse en un momento (la entrega del dinero) y resolverse en otro (de devolución del mismo), como ocurre en el préstamo simple, constituye una relación de deuda continuada mientras dura la cuenta corriente modificándose el volumen del crédito según las necesidades del prestatario y las devoluciones que el mismo realiza.

La cuenta corriente de compensación mutua y entrega de saldo a plazo fijo, la define Benito y Endara (1) diciendo, que: «es un contrato por el que dos comerciantes convienen en remitirse recíprocamente mercaderías o valores de cualquier clase, a título de propiedad y con deducción de intereses por su respectivo importe, a condición de que uno y otro figuren como crédito pasi-

(1) Manual de Derecho mercantil, tomo II, pág. 295.

vo o Debe en la cuenta del que lo recibe, y como crédito activo o Haber en la del que lo remite, y de que se liquiden y extingan por compensación los respectivos débitos en la época convenida para ello, a excepción del saldo definitivo que arroje a favor de uno de los cuentarrentistas». Como se ve, el autor de la definición considera que este contrato no puede existir sino entre comerciantes, cosa discutible y contradicha por mercantilistas tan notables como Vidari. Lo califica de compraventa, aunque no se percibe claramente la existencia del precio; quizás pudiera llamarse mejor permuta de valores y mercaderías.

Este contrato tiene su precedente en la *stipulatio Alquiliiana* del derecho romano, que no era otra cosa que la aplicación de la novación, a un conjunto de derechos y obligaciones de variada especie, existentes entre un mismo acreedor y deudor, cuyos derechos y obligaciones, por medio de la *acceptilatio* podían transformarse *novationis jure*, en una obligación total que sustituía y extinguía el conjunto de todas ellas (1).

El contrato de compensación mutua y entrega de saldo a plazo fijo, llamado por autonomía de cuenta corriente, se diferencia del de apertura de crédito en cuenta corriente, en que en éste, el acreedor y el deudor están claramente determinados desde la perfección del contrato; el que concede el crédito es siempre el acreedor, el otro es el deudor. En el contrato de compensación mutua, nadie sabe quién de los contratantes resultará acreedor cuando llegue el plazo de liquidarse la cuenta. Otra diferencia entre uno y otro contrato es que en el préstamo en cuenta corriente generalmente no juega otra cosa que dinero, mientras que el objeto del otro puede ser y es ordinariamente, valores de todas clases, dinero y aun mercaderías.

¿ A cuál de estos contratos se refiere el artículo 153 de nuestra ley? Desde luego, la frase *cuentas corrientes de créditos* no es absolutamente explícita, porque de todas las cuentas corrientes, como de todos los contratos surgen créditos. Por otra parte, ni ese artículo ni el 132 ni los 205 y 206 del reglamento, hablan de otra cosa que de acreedores y deudores, y estos conceptos son comunes a toda obligación.

(1) Kuntze: *Die obligationen im römischen und heutigen Recht. usw.*, pág. 140.

La cuestión no deja de tener importancia, ya que la hipoteca del artículo 153 de la ley es una hipoteca especialísima dentro de nuestro sistema y claramente limitada a proteger las obligaciones que surgen de un contrato que no resulte en nuestra ley con exactitud determinada.

Los créditos resultantes de cuentas corrientes de depósito no suelen garantizarse en la práctica con hipoteca aun cuando esto sería una cosa posible y permitida.

Para asegurar con hipoteca el resultante de la cuenta corriente de compensación mutua, habría que constituir dos hipotecas, ya que *a priori* no se sabe en este contrato cuál de los contratantes será en definitiva acreedor y cuál deudor.

La garantía de préstamo en cuenta corriente, parece tener su molde adecuado en la hipoteca del artículo 153. Pero obsérvese que ni éste ni los otros artículos de la ley y el reglamento hablan de préstamos, y por consiguiente, creo que no puede afirmarse de un modo concluyente, que los créditos que nacen de las otras especies de cuentas corrientes quedan excluidas de esta hipoteca.

La hipoteca del artículo 153 de nuestra ley es una hipoteca de máximum. Claramente se dice que se determinará en la escritura la cantidad máxima de que responde la finca hipotecada, cantidad máxima que naturalmente se hará constar en la inscripción.

Al no constar en ésta más que el máximum de responsabilidad y tratándose de asegurar una obligación de importe indeterminado y hasta de existencia eventual, puesto que al tiempo de liquidarse la cuenta corriente, puede ocurrir que nada deba al hipotecante, la inscripción no puede probar la existencia de la deuda. Esto no lo dice el artículo 153: pero el 132, al enumerar las excepciones que el deudor tiene contra el acreedor, al hacerse efectiva la hipoteca por el procedimiento regulado en la ley, señala como una de ellas el no coincidir el saldo que arroja la libreta deudor con la del actor. Creo que sería interpretar esa regla de un modo muy estrecho, si se quisiera limitar la excepción al caso preciso de usar los interesados en la cuenta corriente el procedimiento de las libretas para determinar sus créditos. Entiendo que la excepción ha de ampliarse a todos los casos en que no hay coincidencia en el saldo, aunque los contendientes hayan usado otro procedimiento para la constancia de sus obligaciones. Fundo esta opinión en que la ley permite otros procedimientos que el de las libretas y en el mismo artículo 153 se lee

que «a la escritura y demás documentos designados en la regia tercera del artículo 131, tendrá que acompañar el que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada en la forma convenida en la escritura de constitución de la hipoteca». Y este importe líquido no sería justo que se admitiese estando realizado por sólo el acreedor. (Véase la resolución de 21 de Marzo de 1918.)

Por consiguiente, existe en esta hipoteca algo fuera del Registro, indispensable para probar la existencia y valor de la deuda; o sea que la obligación garantida desenvuelve su vida dentro del campo del derecho de obligaciones, fuera del Registro, no reflejándose en éste sus vicisitudes. Es, por consiguiente, en este aspecto igual a las hipotecas de seguridad alemanas y la *Grundpfandverschreibung* suiza.

Sin embargo, es mucho menos flexible, por no reconocerse en nuestro sistema hipotecario las reservas de rango que producen en Alemania y Suiza aquellas combinaciones de las que he procurado dar idea y que permiten eximir, si se permite la frase, el crédito real de que es capaz un inmueble.

Tampoco es conocida en nuestra legislación la hipoteca de propietario, que conduce al mismo resultado. Solamente en alguna situación eventual de ciertas hipotecas pueden verse con más o menos claridad efectos parecidos a aquella hipoteca, pero con muy limitado desarrollo.

La cesión de créditos que en general puede dar flexibilidad a la hipoteca, subrogando las personas interesadas en la obligación, sin que aquélla cambie de rango, es poco apropiada para las obligaciones que la hipoteca de máximum garantiza, por tratarse de créditos eventuales. Además la cesión de créditos hipotecarios resulta en nuestro país sumamente cara. (La ley del impuesto de derechos reales la grava con un 4 por 100.) Esto, aunque no es una razón jurídica, es un motivo práctico que paraliza los buenos efectos que la cesión podía producir en el desenvolvimiento del crédito territorial.

Una de las pocas resoluciones de la Dirección general que se han ocupado de esta hipoteca, fué la de 12 de Septiembre de 1910 que resolvió un caso de cesión sin consentimiento del deudor: pero aquí se trataba de un crédito ya liquidado, o sea de la cantidad que de un modo efectivo había pagado un fiador, el cual se subrogaba en todos los derechos del acreedor pagado, según dispone la ley (artículo 1.839 del Código civil).

La constitución de la hipoteca del artículo 153 exige, como todas, el consentimiento por medio de escritura pública, la inscripción en el Registro y la cantidad máxima por la que responde la finca.

Su duración, según la ley, no puede ser por un plazo mayor de tres años, pudiendo prorrogarse éste por plazos que no excedan del tiempo indicado, por convenio entre acreedor y deudor, mediante escritura pública. El reglamento (artículo 205) permite inscribir hipotecas de cuentas de crédito por un plazo mayor de tres años, cuando la liquidación deba practicarse, mensual, trimestral, semestral o anualmente, sin necesidad de otorgarse escritura pública para llevar el saldo de común acuerdo a cuenta nueva. Se exige en este caso que en la escritura de constitución se determine la prórroga posible, los plazos de liquidación y la forma en que debe ser acreditada la cantidad líquida exigible al vencimiento de cada uno. Se hacen por consiguiente posibles la constitución de hipotecas por cuentas corrientes por más de tres años; pero a condición de que se practiquen liquidaciones periódicas anuales, semestrales, trimestrales o mensuales. Si se practica una sola liquidación al terminar el plazo pactado, entonces rige la limitación de los tres años indicada en el artículo 153 de la ley.

No se explica bien esta limitación temporal de la hipoteca. El señor Figueroa, ministro que presentó a las Cortes el proyecto de reforma de la ley en 1909, dió como razón el ser tres años el tiempo señalado por los artículos 114 y 115 de la ley para que la hipoteca proteja tácitamente los intereses vencidos en perjuicio de tercero. Parece, por tanto, que se quería enlazar la cuestión de duración de la hipoteca, con la extensión de la misma a los intereses devengados por el capital protegido. Pero ni en la ley ni el reglamento tiene esta idea ningún desarrollo. Morell y Terry (1) opina que en la cantidad máxima «se comprende lo mismo la cantidad principal que otras accesorias por razón de costas, *intereses*, etc.», de modo que en perjuicio de tercero existe siempre un máximo del actual, del cual no ha de exceder nunca la responsabilidad. Ya se ha indicado que en Alemania así sucede; pero allí la regla general de extensión de la hipoteca a los intereses vencidos, está exceptuada de un modo expreso respecto de la hipoteca de máximum (2). Aquí, en cuan-

(1) Comentarios, tomo IV, pág. 245.

(2) Párrafo 1.190 del Código civil de Alemania.

to a las costas, no hay duda; pero en cuanto a los intereses, nos encontramos con los artículos 114 y 115 de la ley, que rigen para todas las hipotecas en general. ¿Dónde está la excepción? No se encuentra, y por ello considero aplicables a la hipoteca en garantía de cuentas corrientes las reglas contenidas en dichos artículos, aunque dada la índole de las obligaciones objeto de esta hipoteca, creo sería conveniente la excepción.

Por lo que va expuesto se deduce la importancia que tiene la cuestión de la determinación del importe líquido del saldo de la cuenta corriente asegurada con la hipoteca. La ley deja a los interesados en libertad de elegir el procedimiento para realizar esta determinación, bien que cualquiera que éste sea, no puede dejarse la fijación del crédito arbitrario de una sola de las partes. Así lo declaró la resolución de la Dirección general de 21 de Marzo de 1917, con criterio jurídico indiscutible. El procedimiento elegido por los interesados para esta finalidad, ha de constar en la escritura de constitución de la hipoteca; pero si en ella no aparece pacto sobre esto, la ley impone un procedimiento subsidiario, consistente en dos libretas con los requisitos que indica el artículo 206 del reglamento, una en poder del acreedor y otra en poder del deudor, en donde consten, con la aprobación y firma de los interesados, cada una de los asientos de la cuenta corriente.

Otra cuestión que surge del artículo 153, es la del procedimiento para hacer efectiva la hipoteca. Dice tal artículo, en su segundo párrafo, que: «Si al vencimiento del término fijado por los otorgantes el acreedor no se hubiera reintegrado del saldo de la cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria por el procedimiento establecido en los artículos 129 y siguientes».

Al referirse a este procedimiento y no a otro, parece que no deja en libertad al actor para ejercitar distinto medio procesal para hacer efectivo su crédito. Sin embargo, Morell v Terry (1) opina que «se trata de un derecho, no de una necesidad, pudiendo el acreedor seguir otro procedimiento». Se funda en la palabra *podrá* que se ha subrayado; pero la facultad que ella entraña entiendo que ha de referirse más bien al derecho del actor de hacer efectiva la hipoteca en el caso de no serle reintegrado su crédito; si se refiere a la libertad de elegir procedimiento, la afirmación transcrita del

(1) Comentarios, Tomo IV, pág. 245.

artículo 153 sería una repetición valdía de la contenida en el 129^r, donde permite en general hacer uso del regulado en los artículos siguientes.

El mismo autor deduce de la resolución citada de 21 de Marzo de 1917, que no puede pactarse el procedimiento extrajudicial, «en las hipotecas no ordinarias, como las de tipo máximo, seguridad o fianza». La resolución no expresa, a mi juicio, tal afirmación. En uno de sus considerandos dice que: «mientras no se transforme la hipoteca de máximum, requiere desenvolvimientos procesales distintos de los establecidos por los artículos 131 y siguientes de la ley Hipotecaria y 201 de su reglamento, para casos en que la deuda se halle determinada y sus modificaciones registradas». La frase *mientras no se transforme la hipoteca* (corriente en la técnica germana) (1), considero quiere decir en el texto de la resolución: mientras no se fije de un modo indubitado y bilateral la existencia e importe de la obligación garantida; base justa y antecedente necesario para entrar en un procedimiento de ejecución, que por su índole presupone y da por probada y determinada la obligación a cuya realización tiende. Esta es la finalidad del precepto del artículo 153 cuando ordena que, al escrito en que se inicie el procedimiento se acompañará el documento que acredite el importe líquido en la cantidad adeudada, en la forma convenida en la escritura de constitución de la hipoteca.

¿Existen otras hipotecas de máximum además de aquélla regulada en el artículo 153 de la ley? Indudablemente, si miramos al campo de las obligaciones garantidas. Muchas de las hipotecas legales tienen este carácter, ya que la responsabilidad de las fincas hipotecadas se fija con un máximum, por la sencilla razón de no poderse determinar el tiempo de constitución, si el hipotecante contraerá en la gestión de intereses o bienes ajenos alguna obligación o no, y cuál será su cuantía. En las llamadas hipotecas voluntarias, todas las que garantizan obligaciones futuras, cuando son de importe indeterminado, tienen este carácter, y otras muchas que no son obligaciones futuras; en suma, todas aquellas obligaciones que hemos señalado como propias para ser garantidas con la hipoteca de máximum en Alemania y Suiza, se producen aquí como

(1) Ya se trató antes someramente de la transformación de las hipotecas alemanas.

allí y en todas partes, porque la realidad de la vida de donde surgen se desenvuelve sin atender a las construcciones legislativas y al legislador incumbe el adaptar las leyes a la realidad.

Nuestro Código civil (artículo 1.861) permite asegurar con hipoteca toda clase de obligaciones, principio que no contradice la ley hipotecaria; pero ésta no contiene una hipoteca apropiada para asegurar las obligaciones de que nos ocupamos, fuera de la del artículo 153, ya examinado, y la del 154 para obligaciones de acreedor indeterminado.

La hipoteca ordinaria está regulada como instrumento propio de garantía de aquellas obligaciones de existencia, importe y elementos personales determinados al constituir la garantía real, y considerando así en la inscripción, no es extraño que ésta pruebe la existencia de la obligación y ésta se confunda en cierto modo y forme un todo con la responsabilidad. De aquí se sigue la necesidad en estas hipotecas de que todas las vicisitudes de la obligación consten en el Registro, o no responda de ellas el tercero; así, el pago, compensación, espera, novación, etc. (artículo 144). Pero cuando la hipoteca asegura una obligación incierta y así se desprende de la inscripción, la aplicación de ese principio puede resultar absurda.

Igualmente puede dar lugar a situaciones sumamente injustas, y por los mismos motivos, la aplicación del procedimiento regulado en los artículos 129 y siguientes para hacer efectiva una hipoteca en garantía de un crédito eventual.

Este procedimiento se inicia en virtud de un escrito en el que el autor, bajo su responsabilidad, pero de un modo unilateral, afirma la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito. Como título del crédito puede bastar una certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca, con lo cual no quedará aquél probado si se trata de créditos, como los que aquí examinamos.

¿Qué excepción podrá oponer el hipotecante que nada deba al actor, en el caso de que se trate de una hipoteca sin deuda o de deuda no fijada de antemano? Estrictamente ninguna; porque el procedimiento no admite la de inexistencia total o parcial de la deuda (a no ser que conste en una escritura de cancelación ya presentada en el Registro). La excepción cuarta del artículo 132 se refiere a los créditos de cuentas corrientes. El acta de requerimiento de pago al

supuesto deudor, preliminar del procedimiento (regla tercera del artículo 131) probará que éste no ha pagado; pero no que deba o no deba, cosa muy diferente. Solamente queda al dueño de la finca ejecutada el remedio tardío y posiblemente ineficaz para resarcirle de los perjuicios originados, de un largo juicio declarativo, después de haber vendido la finca que puede constituir todo su haber.

Conveniente sería, como se deduce de lo expuesto, regular en nuestras leyes la hipoteca de seguridad, dotándola de efectos especiales diferentes de los de la hipoteca ordinaria, para que sirviera de apropiado instrumento de garantía real que asegurase todas aquellas obligaciones que hoy tienen que acogerse a ésta de un modo defectuoso. Y como el camino no es corto, pues habría que tener en cuenta ideas y técnica, no del todo vulgarizadas entre nosotros, podía desde luego hacerse algo práctico, ampliando el ámbito de la hipoteca regulada en el artículo 153 de la ley Hipotecaria, en el sentido que en ella tuvieran cabida, no sólo las obligaciones que surgen de las cuentas corrientes de crédito, sino todas aquéllas, ciertas o inciertas, de un importe indeterminado, cualquiera que fuese la fuente de donde surgieren.

De este modo, más o menos perfecta, existiría una hipoteca propia, si no para todas las obligaciones que forman el campo de las de seguridad, cuando menos para las que garantiza la hipoteca máximum.

MARIANO RIBO.

Notario

Aranda de Duero, abril de 1925.