

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**



**MÁSTER EN DERECHO PRIVADO**

**GARANTÍA HIPOTECARIA DE OBLIGACIONES  
FUTURAS: PRINCIPIOS CLÁSICOS Y FORMAS  
CONTRACTUALES MODERNAS**

**TRABAJO FIN DE MÁSTER**

**PRESENTADO POR**

**ALVYDA USINSKAITE**

**BAJO LA DIRECCIÓN DE LA DOCTORA**

**MATILDE CUENA CASAS**

CALIFICACIÓN OBTENIDA: 9.5 (SOBRESALIENTE CON PROPUESTA PARA LA MATRÍCULA  
DE HONOR)

CONVOCATORIA: JUNIO 2011

MADRID, 2011

© ALVYDA USINSKAITE, 2011

### **AUTORIZACIÓN DE DIFUSIÓN**

LA ABAJO FIRMANTE, MATRICULADA EN EL MÁSTER EN DERECHO PRIVADO DE LA FACULTAD DE DERECHO, AUTORIZA A LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID (UCM) A DIFUNDIR Y UTILIZAR CON FINES ACADÉMICOS, NO COMERCIALES Y MENCIONANDO EXPRESAMENTE A SU AUTORA, EL PRESENTE TRABAJO FIN DE MÁSTER: “GARANTÍA HIPOTECARIA DE OBLIGACIONES FUTURAS: PRINCIPIOS CLÁSICOS Y FORMAS CONTRACTUALES MODERNAS”, REALIZADO DURANTE EL CURSO ACADÉMICO 2010-2011 BAJO LA DIRECCIÓN DE MATILDE CUENA CASAS EN EL DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL, Y A LA BIBLIOTECA DE LA UCM A DEPOSITARLO EN EL ARCHIVO INSTITUCIONAL E-PRINTS COMPLUTENSE CON EL OBJETO DE INCREMENTAR LA DIFUSIÓN, USO E IMPACTO DEL TRABAJO EN INTERNET Y GARANTIZAR SU PRESERVACIÓN Y ACCESO A LARGO PLAZO.

**NOVIEMBRE 2011**

**ALVYDA USINSKAITE**

## RESUMEN

El presente estudio trata de determinar cómo encaja y cómo se percibe la hipoteca en garantía de obligaciones futuras en nuestro derecho —tanto históricamente como hoy día— y, por otra parte, analiza la problemática en torno a sus manifestaciones más habituales en la práctica negocial actual.

En este sentido, la primera parte del trabajo está dedicada al análisis de la figura desde el punto de vista conceptual —particularmente, su compatibilidad con las exigencias de los principios de accesoriedad y de especialidad (en su vertiente determinadora de la obligación principal garantizada). La segunda parte del estudio se centra en los supuestos prácticos de esta garantía atípica. En concreto, analizamos la hipoteca constituida en garantía de saldo de una cuenta corriente y la hipoteca flotante, centrándonos en lo característico (lo distintivo) de cada una y los interrogantes que plantea su aplicación en la práctica.

*Palabras clave: garantía hipotecaria, reserva de rango, concepto de obligación futura, principio de accesoriedad, principio de especialidad, hipoteca del propietario, hipoteca flotante, hipoteca de máximo, hipoteca en garantía de cuenta corriente, crédito abierto, concepto de actos jurídicos básicos, Ley 41/2007.*

## SUMMARY

The purpose of this study is to determine how a mortgage created as security of future (currently inexistent) obligations fits into and is perceived (both historically and currently) from the Spanish legal standpoint. It also analyses practical legal issues related to the figure in question.

In this regard, the first part of the study is focused on the conceptual analysis of the figure —particularly, its compatibility with the requirements arising from the principles of accessoriness and determination. The second part of the research analyses two practical examples of this atypical security, i.e., mortgage securing the outstanding current account balance and mortgage created as security (up to a certain maximum amount) of diverse current and/or future obligations (the so-called *hipoteca flotante*).

*Keywords: mortgage, reservation of priority, notion of future obligation, accessoriness principle, principle of determination, land charge in favour of the owner (Eigentümergrundschuld), "floating mortgage", maximum amount mortgage, mortgage securing the outstanding current account balance, home equity line of credit, notion of basic legal acts, Law 41/2007.*

*a P. P. A.*

**ÍNDICE**

1	Alcance de la flexibilización del principio de accesoriedad en hipotecas en garantía de obligaciones futuras .....	12
1.1	Manifestaciones del principio de accesoriedad: concepción clásica.....	13
1.2	Hipotecas de seguridad: ¿quiebra del principio de accesoriedad en su concepción clásica?.....	16
1.3	¿Hipoteca en garantía de obligaciones futuras o reserva de rango?.....	21
2	Determinación del crédito garantizado .....	35
2.1	Prohibición de la hipoteca del propietario: ejemplo alemán.....	36
2.2	Determinación de obligaciones garantizadas de acuerdo con la LH.....	40
2.3	Concepto de obligación futura .....	45
2.4	Determinación de obligaciones futuras: criterio de la DGRN .....	50
3	Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito .....	60
3.1	Régimen y consideraciones generales.....	60
3.2	Crédito abierto con garantía hipotecaria .....	69
4	Hipoteca flotante del art. 153 bis de la Ley Hipotecaria.....	76
4.1	Consideraciones generales: fundamento y régimen de la hipoteca flotante.....	76
4.2	Concepto de los actos jurídicos básicos.....	86
5	Conclusiones.....	94
	BIBLIOGRAFÍA.....	98
	ANEXO.....	105

### **ABREVIATURAS**

AA.VV.	Autores varios
Art.	Artículo
CC	Código Civil
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Ley 41/2007	Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria
LH	Decreto de 8 de febrero 1946, por el que se aprueba la Ley Hipotecaria
LH 1861	Ley Hipotecaria de 1861
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

## INTRODUCCIÓN

*The distinction between the past, present and future is only a stubbornly persistent illusion*

(Albert Einstein)

Al igual que los fenómenos físicos, las relaciones jurídicas se desenvuelven en el tiempo, pero, a diferencia de aquéllos, el marco temporal de éstas es a menudo borroso. Podemos medir, por ejemplo, cuánto tiempo dura nuestra compra semanal sumando el tiempo que implica ir hasta el supermercado, llenar el carrito, hacer la cola, pagar, volver a casa y colocar cada producto en su sitio. Pero, ¿es esta la duración de nuestra «relación» con el centro comercial en cuestión? Pues puede ser que acudamos al mismo atraídos por un anuncio publicitario o una oferta; puede suceder que alguno de los productos adquiridos sea defectuoso y tengamos que devolverlo; como también es posible que la compra haya sido financiada y tenga que pasar un tiempo hasta que devolvamos el importe que nos ha sido prestado. En cada uno de estos casos la relación jurídica con el comerciante se extenderá más allá de los límites marcados por nuestra «interactuación» en términos físicos. En consecuencia, si la distinción entre el pasado, el presente y el futuro es ilusionaria para una ciencia tan exacta como la física, más lo es para una a veces tan indefinida como el derecho.

No resulta sorprendente, por tanto, que la reglamentación de la interacción humana sobrepase los límites del tiempo y además de regular el presente proyecte algunos de sus efectos sobre el pasado o el futuro. Este es el caso de la hipoteca en garantía de créditos futuros amparada por el art. 1861 del CC y expresamente regulada en los arts. 142 y 143 de la LH —garantía que se constituye en el presente, pero con algunos de sus efectos en suspenso hasta un momento futuro. A pesar de que debido al crecimiento del mercado de crédito el uso de este tipo de garantía ha ido en aumento en las últimas décadas, la hipoteca en garantía de obligaciones futuras sigue planteando incógnitas tanto desde el punto de vista conceptual como práctico. En este contexto, a lo largo del presente estudio trataremos de determinar cómo encaja y cómo se percibe la hipoteca en garantía de obligaciones futuras en nuestro derecho —tanto históricamente como hoy

día— y, por otra parte, analizar la problemática en torno a sus manifestaciones más habituales en la práctica negocial hoy en día.

Si la hipoteca es accesoria al crédito, el reconocimiento de la existencia de aquella sin que haya nacido la obligación principal parece contradecir el principio de accesoriedad. Ahora bien, afirmar que debido a la aplicación de dicho principio la garantía hipotecaria no existe como tal hasta el nacimiento del crédito futuro plantea la pregunta de qué es lo que existe, en términos jurídicos por una parte y desde el punto de vista práctico por la otra, entre el momento de inscripción de la garantía y el nacimiento de la obligación principal. Estas son las cuestiones en las que nos centraremos en la primera parte de nuestro estudio, dedicada a la interpretación del principio de accesoriedad y la determinación del grado de flexibilidad interpretativa que permite su configuración legal. Trataremos de contestar si desde el punto de vista conceptual la existencia de una hipoteca sin que haya nacido todavía la obligación principal es compatible con las exigencias del principio de accesoriedad y analizaremos, con un enfoque más práctico, qué efectos produce este tipo de garantía antes del nacimiento de la obligación garantizada.

La hipoteca constituida en garantía de una obligación futura también plantea interrogantes en relación con el segundo de los principios definitorios de la hipoteca bajo el derecho español, esto es, el de determinación. ¿Cómo se determina algo que actualmente no existe? La posición que venía manteniendo la DGRN a este respecto antes de la promulgación de la Ley 41/2007 consistía en exigir la existencia de una relación jurídica previa que vinculara a las partes en el momento de constitución de la hipoteca y pudiera dar lugar al nacimiento de la obligación futura garantizada<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta línea interpretativa tiene su origen en la Resolución dictada el 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722), que señala que «solamente cuando la cuenta bancaria aparece como instrumento contable de una relación contractual, ya de apertura de crédito ya de cuenta corriente, deviene exigible el saldo resultante de modo autónomo, con independencia de la causa concreta de los cargos o de los abonos efectuados en aquella: tal exigibilidad se funda, entonces, en un convenio previo por el que o bien una de las partes concede crédito a la otra hasta cierto límite, de modo que al irse destinado aquél al pago de otras obligaciones del acreditado con el concedente, éstas se extinguen total o parcialmente, quedando únicamente el deber de restituir el importe dispuesto de ese nuevo

Muchos afirman<sup>2</sup> que esta exigencia ha perdido su fundamento y relevancia tras la introducción del art. 153bis<sup>3</sup> en la LH por la Ley 41/2007, que parece haber dado la

---

crédito abierto, o bien, ambas partes deciden que las recíprocas relaciones de crédito entre ellos pierdan, al ser recogidas en la cuenta, su exigibilidad aislada, y sean sustituidas en el momento del cierre por la obligación nueva correspondiente al saldo resultante y a cargo de quien aparezca en la posición deficitaria».

De acuerdo con la Resolución de 3 de octubre de 1991 (RJ 1991\7491), la hipoteca «puede constituirse también en garantía de una obligación futura (artículo 142 de la Ley Hipotecaria), pero no por ello queda comprometida su accesoriadad y su esencial finalidad de garantía de un crédito específico, por cuanto también en esta hipótesis es preciso identificar, al tiempo de su constitución, la relación jurídica de la que derivara la obligación a asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria. La hipoteca no puede configurarse, pues, como la afección de todo o parte del valor en cambio del bien gravado en favor de un determinado sujeto que de este modo obtendría una cobertura genérica que podrá aplicar a cualesquiera créditos que ostente o pueda ostentar en el futuro contra el constituyente, dentro del límite cuantitativo de la afección pretendida».

La exigencia de una relación jurídica previa se consolida con la Resolución de 17 de enero de 1994 (RJ 1994\239), para la que: «la hipoteca constituida en garantía de una obligación futura que puede llegar a ser inscrita y que, como tal, “surtirá efecto contra tercero desde su inscripción” es la que se constituye en garantía de los créditos que puedan eventualmente nacer de una relación jurídica ya básica existente y que jurídicamente vincula ya al eventual deudor».

En este mismo sentido cabe citar, entre otras, las Resoluciones de 11 de enero de 1995 (RJ 1995\186), 28 abril de 1999 (1999\2223) (para la que, aun cuando no sea preciso que la obligación por asegurar tenga ya existencia jurídica ni que ésta sea definitiva –pues puede constituirse también en garantía de una obligación futura o sujeta a condición- «es preciso identificar, al tiempo de su constitución, la relación jurídica básica de la que derive la obligación que se pretende asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento, en su caso, y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria»), 10 de julio de 2001 (2001\5910), 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6275) («Para que una obligación futura se incardine bajo la cobertura de una hipoteca de máximo, el requisito esencial para que tal posibilidad tome cuerpo, será que en el momento de la constitución de hipoteca, exista una relación jurídica básica que vincule ya al deudor») y 25 abril de 2005 (RJ 2005\5538) (de acuerdo con la cual, la constitución de una hipoteca en garantía de una obligación futura sólo exige «la identificación de la relación entre el deudor y el posible acreedor, la cual habrá de tener por sí consistencia suficiente para merecer que quepa garantizar hipotecariamente la eventual deuda en que tal relación pueda desembocar»).

<sup>2</sup> En este sentido, vid. Cordero Lobato, E. en Carrasco Perera, Á., Cordero Lobato, E. y Marín López, M.J.: *Tratado de los Derechos de Garantía*, t. I (Garantías personales. Hipoteca), Ed. Aranzadi, 2ª edic., Navarra, 2008, págs. 812- 813, al señalar que «esta cuestión debe entenderse resuelta tras la forma en que se ha regulado la hipoteca global (en el art. 153 bis LH), donde, permitiéndose la garantía de obligaciones futuras, no se ha establecido que en la escritura deba especificarse una relación jurídica que ya exista en el momento de la constitución, pues sólo se exige la “descripción de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas”».

En este mismo sentido se pronuncia Tena Arregui, R.: «*Hacia un nuevo derecho hipotecario*», en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, t. XX: (Conferencias del Curso Académico 2008/2009), enlazado como <http://0-vlex.com.cisne.sim.ucm.es/vid/hacia-nuevo-derecho-hipotecario-212959221>, al entender que el art. 153 bis de la LH permite «la constitución de la flotante incluso en garantía de una única obligación absolutamente futura, o de varias, aunque no exista en el momento de su constitución ninguna relación jurídica de la que puedan derivar, obteniendo así preferencia frente a cualesquiera otra de nacimiento anterior, pero posterior a la hipoteca».

Cabe apuntar, no obstante, que algunos interpretan el art. 153 bis de la LH en el sentido contrario, al entender que dicho precepto acoge la doctrina en torno a la relación jurídica preexistente de la DGRN.

razón a la doctrina contraria a la postura de la DGRN al limitar las exigencias a la escritura de constitución de la hipoteca a la «descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas». Sin embargo, cabe recordar que existen varios supuestos en los que la garantía constituida en seguridad de una obligación futura se quedaría al margen del ámbito de aplicación del citado artículo. En efecto, Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, supone un reconocimiento legal del fenómeno de los créditos y préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito. Si el artículo 153bis de la LH tan sólo se aplica a las entidades de crédito, ¿es posible constituir una hipoteca en garantía de un crédito futuro cuando el concesionario de este no lo es? ¿Sería precisa en este caso la existencia de una relación jurídica que vinculase a las partes en el momento de constitución de la hipoteca o sería suficiente, por analogía, la descripción de «actos jurídicos básicos»? Pues si concluyésemos que la garantía objeto de nuestro estudio era

---

En este sentido, vid. Sáenz de Jubera Higuero, B.: «*Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, mayo- junio 2008, pág. 1272, al apuntar, que «con el fin de respetar el principio de determinación registral en la garantía de obligaciones futuras, se acoge la doctrina de la DGRN en cuanto a señalar las líneas fundamentales de las relaciones jurídicas básicas de las que derivarán esas obligaciones futuras garantizadas».

Por otra parte, con posterioridad a la promulgación de la Ley 41/2007, la propia DGRN ha recordado el requisito en cuestión en Resoluciones de 21 de diciembre de 2007 (RJ 2008\2086), 14 de enero de 2008 (RJ 2008\2091), 28 de febrero de 2008 (RJ 2008\2792), 14 de mayo de 2008 (RJ 2008\8279) y 20 de mayo de 2008 (RJ 2008\7715), entre otras.

<sup>3</sup> «También podrá constituirse hipoteca de máximo:

- a. a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas,
- b. a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

imposible en la práctica antes de la promulgación de la Ley 41/2007, ¿qué sentido tenían entonces los arts. 142 y 143 de la LH?

Una vez hayamos analizado la hipoteca en garantía de obligaciones futuras en relación con los principios hipotecarios típicos de accesoriedad y de determinación, dedicaremos la última parte de nuestro estudio a los supuestos prácticos de esta garantía atípica. En concreto, estudiaremos la hipoteca constituida en garantía de saldo de una cuenta corriente y la hipoteca flotante, analizando lo característico (lo distintivo) de cada una y los interrogantes que plantea su aplicación en la práctica. A pesar de las ventajas que ofrece la hipoteca flotante, no se puede obviar la dificultad de determinación de los créditos que cubre la garantía en un momento dado. Dado que el nacimiento de la obligación garantizada no debe constar (de hecho, prácticamente nunca constará) en el Registro, resultará ciertamente difícil averiguar si un determinado crédito está amparado por la misma. Ello resalta la importancia de una precisa determinación de las obligaciones garantizadas, por lo que centraremos el último apartado del presente estudio al concepto de los «actos jurídicos básicos» cuya identificación o descripción será precisa para constituir la hipoteca flotante al amparo del art. 153 bis de la LH.

## **1 ALCANCE DE LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD EN HIPOTECAS EN GARANTÍA DE OBLIGACIONES FUTURAS**

La idea de hipoteca constituida en garantía de una obligación actualmente inexistente parece incompatible con el carácter esencialmente accesorio de garantías reales españolas. ¿Cómo es posible que el derecho accesorio nazca y exista antes del nacimiento de la obligación principal? Y si es que pudiera, ¿qué repercusiones tendría la inexistencia de la obligación sobre la garantía hipotecaria constituida para asegurarla? Vamos a abordar dichas cuestiones recordando, en primer lugar, los postulados del principio de accesoriedad; veremos que, a pesar de ser considerado como un principio definitorio de la garantía hipotecaria española, no constituye un dogma inamovible, y que existen ciertos supuestos que atestiguan la llamada «crisis» —o por lo menos un elevado grado de flexibilización— del principio de accesoriedad. Veremos, por último,

qué justificación sugiere dicha interpretación flexible a que la hipoteca sea accesoria de un crédito inexistente, y analizaremos los efectos prácticos que genera este tipo de garantía antes y después del nacimiento de la obligación garantizada.

### **1.1 Manifestaciones del principio de accesoriadad: concepción clásica**

Al igual que en el ámbito de la construcción, el tejado se construye para cubrir un edificio, la hipoteca nace en garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria, por lo que el derecho de hipoteca, por definición, es de carácter accesorio al derivado de la obligación garantizada. No se trata, recordemos, de un derecho real que viva por sí y en sí se justifique (¿qué sentido tendría un tejado sin un edificio a cubrir?), sino de un derecho de garantía de algo que no es la hipoteca, esto es, un derecho de crédito. De ahí que, aun cuando en principio puedan ser objeto de garantía obligaciones de cualquier naturaleza (artículo 1861 del CC) (así, el tejado en cuestión puede cubrir un edificio de oficinas, una casita de la playa o un museo, por ejemplo) la hipoteca, derecho real de realización de valor, siempre garantizará la percepción de una cantidad o montante económico en caso de incumplimiento de la obligación asegurada<sup>4</sup>.

Por consiguiente, siendo imprescindible que la hipoteca se constituya esencialmente para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (art. 1857 del CC) y, por otra parte, pudiendo esta obligación ser de cualquier clase —«ya sea pura, ya esté sujeta a condición suspensiva o resolutoria» (art. 1861 del CC)— parece lógico preguntarse cómo se adapta a dichas exigencias una obligación que aun entrando en el concepto de «cualquier obligación», es inexistente en el momento de constitución de la garantía (por lo que no hay —por lo menos actualmente— ninguna obligación asegurable). La

---

<sup>4</sup> Gallego Domínguez, I.: «Comentarios a los arts. 142 y 143 de la Ley Hipotecaria» en AA.VV. (Dir. Albaladejo, M. y Diez Alabart, S.): *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. VII, 8º vol., (Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria), Ed. Revista del Derecho Privado (EDERSA), 2000, (disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com)).

dificultad de conciliar dicha idea con la exigencia de accesoriedad se pone de manifiesto recordando los postulados tradicionalmente atribuidos a dicho principio<sup>5</sup>:

- a) Si la garantía hipotecaria, en cuanto accesorial, no puede constituirse de modo autónomo e independiente (art. 1857 del CC), el nacimiento de la hipoteca parece estar condicionado por la existencia de la obligación principal, o, dicho de otra manera, para que nazca la hipoteca debe de existir un crédito a garantizar. De ahí que la accesoriedad precisa una conexión inicial (y permanente) entre la obligación y el gravamen hipotecario, dependiente íntegramente de la primera. Si la obligación no existe (aun cuando pueda llegar a existir en el futuro), parece que tampoco puede ser garantizada.
- b) Ante la misma falta de congruencia nos encontramos en el seno de la extinción. Normalmente, al extinguirse el crédito, junto con él se extingue la garantía. De modo similar, la nulidad de aquel provocaría la ineficacia de esta. Desde este planteamiento, si una obligación no ha llegado a nacer, tampoco puede extinguirse. Afirmar que a partir de un determinado momento la hipoteca en garantía de un crédito inexistente se extingue (que es, según veremos más adelante, lo que se sostiene con respecto a la hipoteca constituida en garantía de una obligación principal cuando se llega a la certeza de que esta no llegará a contraerse) equivaldría a defender que la garantía hipotecaria se ha extinguido —al igual que ha sido constituida— de forma independiente del crédito garantizado.
- c) El titular de la hipoteca debe de ser la misma persona que el titular del crédito garantizado, pues la titularidad de este último justifica la condición del beneficiario de la hipoteca. Si el derecho de crédito no existe (y por lo tanto no se tiene), el otorgamiento del beneficio de la garantía no tiene justificación alguna. Sería igual que afirmar que se es titular de un derecho (de hipoteca) con respecto a algo (el crédito) a lo que no se tiene derecho.

---

<sup>5</sup> Sáenz de Jubera Higuero, B.: *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, Ed. Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1ª ed., Madrid, 2008, págs. 130- 132.

Desde este punto de vista, la hipoteca en garantía de una obligación futura resulta injustamente perjudicial para aquel acreedor cuyo derecho de crédito nace con posterioridad a la inscripción de la garantía, que verá su derecho subordinado al que corresponda al titular del crédito futuro. Así, por ejemplo, en el caso de cesión de su crédito garantizado, dicho acreedor «secundario» podría verse obligado a conformarse con una contraprestación inferior a aquella que recibiría si la garantía de su crédito no estuviera subordinada a la de un crédito actualmente inexistente. Si éste finalmente llega a nacer (y, por lo tanto, la garantía hipotecaria despliega todos sus efectos), no parece haber perjuicio alguno (pues el crédito garantizado con una hipoteca de segundo rango se ha cedido como tal); ahora bien, si la obligación futura no se contrae —y, consecuentemente, la hipoteca constituida en garantía de la misma se extingue— la hipoteca constituida con posterioridad a ésta sube de rango. De este modo, el cesionario resulta ser titular de un crédito con una garantía más potente que se tuvo en cuenta en el momento de cesión, y el cedente sufre un perjuicio económico por haber cedido su crédito por menos de lo que realmente valía. Y todo ello —por «culpa» del acreedor que era titular de la supuesta primera hipoteca sin tener derecho de crédito que lo justificara.

- d) Por último, siendo el derecho real de garantía accesorio de un derecho de crédito, el deudor puede oponer frente a la ejecución de la hipoteca las mismas excepciones que tiene frente al crédito garantizado; correlativamente, el propietario del bien gravado, cuando no sea deudor de la obligación garantizada, puede oponer al acreedor las mismas excepciones que corresponden al obligado personal. Tratándose de un derecho de crédito futuro, la inexistencia de la obligación principal podrá ser alegada por el propietario del bien (sea o no deudor), cobrando todo sentido el principio de accesoriedad (si no hay obligación, tampoco se puede ejecutar la garantía). Ahora bien, para demostrar lo contrario el acreedor se verá obligado a demostrar la existencia de la obligación. Si ésta no está acreditada registralmente, no opera el principio de la fe pública registral; habrá de servirse, por consiguiente, de medios de prueba extrarregistrales. Así, en lo relativo a las objeciones a la ejecución hipotecaria, más que plantear un problema conceptual, el carácter futuro de la obligación garantizada plantea dificultades prácticas: cualquier

alegación relativa a esta deberá ser fundamentada extrarregistralmente. Consecuentemente, en un momento anterior a la ejecución hipotecaria resultará difícil tener a la seguridad de que la obligación garantizada se ha contraído, o, tratándose de una hipoteca flotante —según más adelante veremos— que un determinado crédito se halla cubierto por la misma.

## **1.2 Hipotecas de seguridad: ¿quiebra del principio de accesoriedad en su concepción clásica?**

En consideración de lo hasta ahora expuesto, una interpretación restrictiva del principio de accesoriedad induciría, al menos conceptualmente, al rechazo de la hipoteca en garantía de un crédito futuro en cuanto carente de las manifestaciones clásicas de dicho principio y rompedora del tradicionalmente indisoluble vínculo «crédito- garantía» que define a esta última. No obstante, a base de los amplios términos del citado art. 1861 del CC, el propio ordenamiento jurídico ampara una serie de supuestos en los que en mayor o menor medida la hipoteca se desvincula de la obligación garantizada. Ello ocurre en la hipoteca sujeta a condición suspensiva (art. 142 de la LH); la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 de la LH); la hipoteca en garantía de varias obligaciones, presentes o futuras (la llamada «flotante» del art. 153 bis de la LH); la hipoteca cambiaria (art. 150 de la LH); la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (art. 157 de la LH); la hipoteca unilateral (art. 141 de la LH); la hipoteca prestada por notarios y registradores conforme a los artículos 27 del Reglamento Notarial o 525 del RH, respectivamente; y, tácitamente, la hipoteca en garantía de obligaciones alternativas y la hipoteca a término. En la misma línea, el art. 142 de la LH hace referencia (y, por tanto, otorga reconocimiento legal expreso) a la hipoteca constituida «para la seguridad de una obligación futura».

Según adelantamos al referirnos a las excepciones a la ejecución hipotecaria y volveremos a comprobar al estudiar el principio de determinación, en este tipo de

hipotecas (llamadas de seguridad)<sup>6</sup>, a diferencia de las hipotecas ordinarias o de tráfico, «la *fe pública registral*, así como la *legitimación por el Registro*, no se extienden del derecho real de hipoteca al correspondiente crédito garantizado, por quedar la *existencia* o la *cuantía* de este crédito supeditados a la *realidad jurídica extrarregistral* aun respecto de *terceros adquirentes* o cesionarios del referido crédito hipotecario»<sup>7</sup>. En lo que al principio de accesoriedad le concierne, la relativa indeterminación de la obligación garantizada en estos supuestos induce al debilitamiento de la vinculación entre esta y la hipoteca. Mientras en la mayoría de los ejemplos de hipoteca que apuntamos este debilitamiento se limita al desconocimiento del contenido exacto de la obligación principal (¿qué obligación de entre las alternativas está garantizada?, ¿cuál es el importe exacto de la obligación principal?) (y, por tanto, plantea problemas de determinación), en el supuesto de hipoteca en garantía de obligaciones futuras o aquellas sujetas a condición suspensiva la inseguridad gira en torno a la propia existencia de la obligación garantizada<sup>8</sup>. De ahí que, al referirse a estos supuestos, se hable de la crisis del principio de accesoriedad<sup>9</sup>, o se afirme que el principio de accesoriedad resulta inaplicable respecto de las hipotecas de seguridad<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> En lo relativo a las hipotecas de seguridad, véanse González y Martínez, J.: *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, t. I (Derecho Hipotecario), Ed. Civitas, 2ª edic., 2009, págs. 703-743; Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, t. IX, Ed. Bosch, 9ª edic., Barcelona, 2009, págs. 323-358.

Según apunta González y Martínez (ob. cit., págs. 716-717), las hipotecas de seguridad se caracterizan principalmente por las siguientes cuatro circunstancias: (i) La inscripción no tiene valor probatorio, por lo que el acreedor no puede invocarla en apoyo de su derecho; (ii) Frente a tercero, la inscripción queda, en lo que al derecho personal le respeta, «sin valor positivo ni negativo», pues diga lo que diga la inscripción, lo que pasa fuera del Registro tiene tanta fuerza como si estuviera consignado en el mismo; (iii) No se expide cédula. A diferencia del derecho alemán, en el que la cédula facilita la circulación del crédito y resguarda al deudor contra los peligros de la falta de entrega del capital y de la cesión del crédito por el acreedor, la hipoteca de seguridad no atiende a estos fines y no se constituye esencialmente para ser cedida; (iv) La hipoteca de seguridad también se caracteriza por el momento de la determinación, de la fijación de la deuda asegurada.

<sup>7</sup> Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, ob. cit., pág. 328.

<sup>8</sup> La hipoteca por obligación futura se califica como de seguridad en la STS de 18 de abril de 1959, entre otras (RJ 1959\1959), en la que se señala que «aun cuando la obligación futura dependa del cumplimiento de una condición suspensiva, la hipoteca constituida existe como derecho real de garantía a favor del crédito que se otorgue cuando la condición se cumpla, gozando hasta ese momento de los privilegios de la publicidad en todo».

<sup>9</sup> Sáenz de Jubera Higuero, B. (*Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, Ed. Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de

Rechazando de primeras la inaplicabilidad del principio de accesoriedad de la hipoteca cuando la obligación que esta asegura es futura (pues los del art. 1857 son «requisitos esenciales» y, por tanto, deben cumplirse siempre), tampoco consideramos preciso el término «crisis», más apto para describir una situación temporal (o por lo menos de aparición reciente) que una presente en el derecho hipotecario español desde sus comienzos. La admisión de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras y las hipotecas de seguridad en general constituye muestra de una concepción flexible del principio de accesoriedad, pero no suprime la máxima de que la hipoteca debe estar al servicio de una obligación principal.

Todo lo contrario, pues el hecho de que el principio de determinación se vea debilitado en las hipotecas de seguridad (lo cual, según señalamos anteriormente, impide que la fe pública registral despliegue sus efectos con respecto al crédito), las hace «más dependientes», «más subordinadas», en definitiva, «más accesorias», pues seguirán «atadas» a la obligación principal en todo momento. Mientras en una hipoteca de tráfico cabe la posibilidad de exigir la ejecución hipotecaria aun cuando la obligación principal se haya extinguido (pues su constancia registral presupone la existencia del crédito tal y como la acredita el Registro), para ejecutar la hipoteca constituida en garantía de una obligación futura siempre será necesario demostrar que la obligación se ha contraído y existe, siendo imposible que la hipoteca opere de forma independiente del derecho de

---

España, 1ª ed., Madrid, 2008, pág. 214), por ejemplo, analiza la hipoteca en garantía de una obligación futura como uno de los principales supuestos de crisis del principio de accesoriedad.

<sup>10</sup> Gómez Gállego, J.: «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702, julio- agosto 2007, págs. 1671-1681; al sostener que «si en la hipoteca ordinaria o de tráfico <...> los principios de accesoriedad y determinación no son absolutos, ocurre que en la hipoteca de seguridad ni siquiera son aplicables. En ellas la publicidad registral tan sólo da fe pública de la existencia y validez de la garantía, pero no respecto de la obligación garantizada que se desenvuelve al margen del Registro» (ob. cit., pág. 1675). La inexigibilidad sumaria de la hipoteca de seguridad no concretada en su existencia y cuantía no es excusa para inadmitir la inscripción de la propia hipoteca en base a los principios de accesoriedad y determinación, que no son predicables respecto de estas hipotecas (ob. cit., pág. 1672). Ahora bien, también se afirma, (incorrectamente, a nuestro juicio) que «estas hipotecas de seguridad no caben ser confundidas con las hipotecas en garantía de obligaciones futuras (verdaderas hipotecas ordinarias o de tráfico con la única particularidad de la existencia no actual del crédito garantizado <...>» (ob. cit., pág. 1675).

crédito. Asimismo, si la hipoteca ha sido constituida como de máximo, su ejecución precisará acreditación extrarregistral del importe debido, mientras en una hipoteca de tráfico, al constar dicha suma en el registro, cabe la posibilidad de que se exija la ejecución hipotecaria por la totalidad de la misma aun cuando la deuda haya sido parcialmente pagada o compensada.

El grado de flexibilización que alcanza el principio de accesoriedad en los diversos supuestos de la hipoteca de seguridad varía. Así, por ejemplo, aun cuando se ignore cuál de las prestaciones alternativas será cumplida (o incumplida) por el deudor, la hipoteca constituida en garantía de una obligación alternativa asegura el cumplimiento de un compromiso ya existente. En este caso, la incógnita es la forma en la que debe materializarse la obligación, pero existe certeza en cuanto a su existencia e importe.

Lo incierto en cuanto a la hipoteca constituida en garantía de una obligación sujeta a condición suspensiva parece ser la existencia de la obligación asegurada, que se entenderá contraída (o no) según se cumpla la condición suspensiva impuesta. Resultaría sin embargo impreciso afirmar que dicha hipoteca garantiza una obligación del todo inexistente, pues los efectos de la obligación, una vez cumplida la condición, se retrotraerán al día de constitución de la hipoteca (artículo 1120 del CC). Aun cuando el nacimiento y la efectividad de la obligación no consten en el Registro en el momento en que se inscriba la hipoteca (haciendo, por tanto, necesaria su prueba extrarregistral), la constitución y la existencia de la garantía antes del cumplimiento de la condición se verán justificadas por la retroactividad en el cumplimiento de esta.

A diferencia de las anteriores, la hipoteca en garantía de una obligación futura (incluidas las prestadas por notarios y registradores para responder del buen desempeño de su cargo) se constituye sin que exista en el momento de la inscripción de la hipoteca la obligación principal garantizada, lo cual, volviendo a nuestro ejemplo arquitectónico, equivale a la construcción de un tejado —o más bien de una carcasa, un marco del mismo (pues el tejado, por definición, se entiende como tal cuando cubre un edificio)— separadamente del edificio, con la intención de cubrir este último cuando (si es que)

finalmente se construya. La existencia de la hipoteca no puede justificarse por un derecho de satisfacción efectivo (aunque de contenido incierto) como en el caso de obligaciones alternativas, ni tampoco por los efectos retroactivos del nacimiento de la obligación como en las condicionales; la obligación no existe, ni tampoco podrá entenderse que existía.

Ello no obstante, la hipoteca constituida con el fin de asegurar la obligación futura no deja de ser accesorio. Lo que la justifica en el momento de inscripción es la finalidad de aseguramiento<sup>11</sup>, no la existencia de la obligación en el momento de la constitución del gravamen<sup>12</sup>. Esta finalidad impide considerar la constitución de la hipoteca como un negocio jurídico sin causa. El hecho de que la obligación garantizada sea actualmente inexistente (o, mejor dicho, existente no actualmente<sup>13</sup>) no significa que la hipoteca que la garantiza esté al margen de la hegemonía del principio de accesoriedad y constituya un valor autónomo en sí misma considerada. Desde el momento de su constitución la garantía estará «atada» a una *determinada* (que no *cualquiera*) obligación futura (art. 1857, ap. 1 del CC) y no podrá servir de garantía para ninguna otra (que es lo que puede ocurrir, según veremos más adelante, con la hipoteca alemana, cuya existencia no necesariamente se apoya en la de un derecho principal).

Cabe concluir, por tanto, que desde el punto de vista conceptual la constitución de la hipoteca en garantía de una obligación futura no supone una excepción al principio de accesoriedad; igual o incluso mejor que otros supuestos de la hipoteca de seguridad, constituye una muestra de los amplios términos de la configuración legal de dicho principio.

---

<sup>11</sup> Sáenz de Jubera Higuero, B.: *Relación entre el crédito y la hipoteca...*, ob. cit., pág. 219: «La hipoteca de seguridad será tan accesorio como la ordinaria, pues la consideración de ser o no accesorio va ligada, a mi juicio, a la noción de finalidad de protección o garantía de cumplimiento y no al de la determinabilidad del crédito garantizado ni a los conceptos de dependencia o subordinación».

<sup>12</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Comentario al artículo 1857 del Código Civil*, disponible en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) bajo la signatura BIB 2009\5274.

<sup>13</sup> Gómez Gállego, J.: «*La reforma hipotecaria...*», ob. cit., pág. 1675.

Cuestión distinta a la finalidad justificativa de la constitución de esta hipoteca son sus efectos prácticos, pues una cosa es que, conceptualmente, la hipoteca pueda constituirse y existir a la espera de que nazca la obligación principal, y otra —que aun antes de que ello suceda la garantía opere en términos más amplios que los meramente formales. Procedemos a analizar, por tanto, cómo se manifiesta la incertidumbre en torno a la existencia del crédito en los efectos prácticos que genera la hipoteca constituida para asegurarlo. O, planteado de otro modo, ¿en qué medida se flexibiliza el principio de accesoriedad con respecto a la hipoteca objeto de nuestro estudio?

### 1.3 ¿Hipoteca en garantía de obligaciones futuras o reserva de rango?

Refiriéndose a la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, el art. 142 de la LH dispone que la hipoteca surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse. A pesar de su concisión (o a lo mejor precisamente por eso), el precepto ha generado un extenso debate doctrinal en torno a la situación en que se encuentra la garantía en cuanto a sus efectos prácticos antes de que se contraiga la obligación principal: ¿estamos ya ante un auténtico derecho real (aunque en suspenso en lo que respecta a sus efectos contra tercero), o, por el contrario, se trata de una mera reserva de rango a favor de una hipoteca que realmente nacerá (aunque formalmente ya se encuentre constituida) de forma simultánea con el crédito garantizado surtiendo efectos retroactivos desde que haya sido inscrita? Afirmar esto último equivaldría a sostener que la hipoteca, en cuanto derecho accesorio, no puede operar en la práctica sin que haya nacido y exista un crédito a garantizar; por el contrario, el primer planteamiento, mientras tanto, se aferra a la interpretación flexible de la nota de accesoriedad<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> En este contexto resulta de especial interés el estudio de diversas teorías de las relaciones entre la garantía real y el crédito garantizado, realizado por Jesús Dapena Mosquera en los años treinta del pasado siglo y plasmado en su tesis doctoral *Notas para el estudio de la hipoteca en garantía de créditos futuros (evolución doctrinal) en relación con la de apertura de crédito: (jurisprudencia y legislación comparada)* (defendida en 1933), cuya versión inédita actualmente se encuentra disponible en la Biblioteca Histórica Marqués del Valdecilla de la Universidad Complutense de Madrid).

Aun enfocada en garantía hipotecaria de cuentas corrientes de crédito, dicha obra (págs. 41 y ss.) incluye un extenso estudio de teorías «positivas» y «negativas», o, dicho de otro modo, aquéllas que

Cabe preguntarse, por último, si el tenor literal del art. 142 impide que la hipoteca a favor de una obligación todavía por nacer tenga cualquier efecto frente a terceros. Si es que no tiene ninguno, ¿en qué se benefician las partes constituyéndola? Si es que sí produce consecuencias jurídicas desde el momento de su inscripción, ¿cuáles son?

Numerosos intentos<sup>15</sup> de determinar el estatus de la garantía hipotecaria de una obligación futura comienzan haciendo referencia a la Resolución de 31 de enero de 1925 de la DGRN (vid. Anexo), cuyos postulados siguen resultando de gran interés para el entendimiento de este tipo de garantía. La hipoteca en garantía de obligaciones futuras, según la referida Resolución, presenta dos fases distintas en el ordenamiento jurídico español: la primera, cuando el crédito se encuentra en un estado potencial, aunque la seguridad ya ha nacido; y la segunda, que se inicia con el nacimiento de la obligación e implica la plena condensación de la garantía hipotecaria.

La distinción se basa en los efectos que produce la hipoteca: en la primera fase, la garantía inscrita asegura el pago preferente de obligaciones que podrán o no nacer, pero,

---

admiten y ofrecen argumentos a favor de la garantía real de créditos futuros y aquellas otras según las cuales no existe hipoteca propiamente dicha antes del nacimiento del crédito principal.

Así, entre las positivas se encuentran (tal como las define el autor): (i) Teoría del vínculo actual y previo; (ii) Teoría de la voluntad de las partes; (iii) Distinción entre vínculo de la cosa y derecho real de garantía, entre preconstitución y retroacción, estado «in pendentis» y perfeccionamiento de un derecho, entre «debitum» y «obligatio», entre contrato y relación jurídica. Teoría de los efectos pasivos de un derecho. Idem del «nasciturus»; (iv) Teorías que aplican la general de la condición; (v) Teorías que no admitiendo, en principio, la constitución de la garantía como eficaz desde tal momento, la aceptan en algún caso especial, fundamentando la excepción en la equidad; (vi) Interpretación especial de la relación de accesoriedad, haciendo posible la constitución de la garantía, previamente a la del crédito; (vii) La posibilidad de la preconstitución de la garantía al crédito es acorde con la naturaleza de ambos; y (viii) Teoría de la enajenación de valor de la cosa y «obligatio rei».

Como teorías negativas se mencionan las siguientes: (i) Teoría de la condición potestativa; (ii) El principio de accesoriedad y la imposibilidad de constituir garantía real por obligaciones futuras; (iii) Teoría general de la condición; y (iv) Aplicación de la teoría de la «conditio iuris».

<sup>15</sup> Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, ob. cit., pág. 346; Cordero Lobato, E.: *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pág. 97; Chico y Ortiz, J.M<sup>a</sup>.: *Estudios sobre derecho hipotecario*, t. II, Ed. Marcial Pons, 3<sup>a</sup> edic., Madrid, 1994, pág. 1493.

en cambio, no atestigua (sobre todo dada la redacción actual del art. 143 de la LH)<sup>16</sup> la existencia del crédito garantizado. En la segunda etapa, «el crédito queda determinado y protegido por los principios fundamentales, y los terceros que intenten adquirir la finca saben, con certeza, las responsabilidades que les corresponden». Ahora bien, independientemente de la inseguridad con respecto a la existencia del crédito garantizado, ya en la primera fase «la seguridad hipotecaria existe y perjudica a los terceros adquirentes, como la fianza en garantía de deudas futuras», o, dicho de otro modo, no se trata de una mera expectativa, sino de un derecho real actual, en garantía de un probable crédito. Una vez acreditada la existencia de la obligación principal, la hipoteca se transforma, en palabras de la DGRN, «en una hipoteca normal o negociable, cuyo concreto contenido puede ser cedido total o parcialmente, subhipotecado, embargado o cancelado, con sujeción a las reglas comunes».

Aplicando el criterio manifestado en la Resolución citada al art. 143 de la LH actualmente vigente<sup>17</sup>, en la primera fase el cesionario del crédito, si no consta en el Registro la existencia de la obligación garantizada, no se podrá fundar en las declaraciones del asiento para reclamar una cantidad determinada (pues no se sabe si se debe, ha sido satisfecha o no ha llegado a deberse), ni el adquirente de la finca quedará obligado a responder incondicionalmente (como sucedería en el caso de que la hipoteca garantizase una obligación cuya existencia se encuentra acreditada en el Registro) del total garantizado. Ello no significa, sin embargo, que la hipoteca no esté constituida. En definitiva, según afirma la DGRN, no estamos ante una mera expectativa, por lo amplio que sea el concepto, ni tampoco un gravamen potencial, sino, por el contrario, ante un derecho de garantía actual a favor de un probable crédito, «que toma puesto preferente

---

<sup>16</sup> La Ley Hipotecaria de 1861 exigía constancia registral del nacimiento de la obligación, señalando que los interesados «deberán» (en vez de la expresión actual «podrán») solicitar la práctica de esa nota marginal, y añadía que sin este requisito la hipoteca constituida no podría aprovechar ni perjudicar a tercero. La supresión de dicha exigencia en la LH actualmente vigente resta importancia a la inscripción registral de la contratación de la obligación: mientras antes, si dicha circunstancia no constaba en el registro, cabía la presunción de que la obligación no se había contraído (y por lo tanto la hipoteca no desplegaba sus efectos frente a terceros), actualmente la falta de constancia registral del nacimiento de la obligación principal tiene una fuerza probatoria sustancialmente inferior.

<sup>17</sup> Nótese que la Resolución de 31 de enero de 1925 hace referencia al art. 143 de la Ley Hipotecaria de 1861.

en la serie hipotecaria, fija una relación de naturaleza real, con autenticidad indiscutible, y goza de los privilegios de la publicidad en todo lo que no se refiera directamente a la existencia y cuantía de la deuda asegurada»<sup>18</sup>.

Las dos fases de la existencia de la hipoteca objeto de nuestro estudio y los diferentes efectos que produce dicha garantía en cada etapa también han sido aludidas por el Tribunal Supremo. Así, la Sentencia de 28 de noviembre de 1953<sup>19</sup>, haciendo referencia a la Resolución de la DGRN de 31 de enero de 1925, resalta la distinción entre la fase descrita en el art. 142 de la LH, que comprende el período entre la constitución de la garantía y el nacimiento de la obligación (*obligatio pendens*); y otra, la regulada en el art. 143 de la LH, que comienza en el momento de contracción de la obligación garantizada (*obligatio existet*). En el período inicial o de gestación, el derecho de garantía ha surgido a favor de un probable crédito y goza de los privilegios de la publicidad en todo lo que no se refiera directamente a la existencia y cuantía de la deuda asegurada.

El flexible criterio empleado por la DGRN en la Resolución de 1925 se restringe en la novena década del pasado siglo. Así, denegando la inscripción de una hipoteca cambiaria por no ajustarse al principio de especialidad, en la Resolución de 22 marzo 1988<sup>20</sup> la DGRN señala que «la admisión legal de la hipoteca en garantía de una deuda futura <...> presupone que la relación entre el deudor y el posible acreedor deba ser identificada y tenga por sí consistencia suficiente para merecer que quepa garantizar hipotecariamente la eventual deuda en que tal relación puede desembocar». De este modo, ante la amplitud del criterio expresado en la Resolución de 1925, según la cual «no es necesario que se fije la cuantía exacta de la deuda, plazo e intereses, y sí sólo, además del máximo por el que cada finca haya de responder, los datos referentes al

---

<sup>18</sup> En el mismo sentido cabe citar la Resolución de 28 de febrero de 1933 (RJ 1933\88), relativa a la hipoteca constituida en garantía de pago del precio en ciertas operaciones mercantiles futuras. La Resolución rechaza la alegada incompatibilidad entre el carácter accesorio de la hipoteca y su constitución firme y válida al inscribirse, haciendo referencia a y llamando «jurisprudencia» el criterio interpretativo que expresa la DGRN en la Resolución de 31 de enero de 1925.

<sup>19</sup> RJ 1953\3141.

<sup>20</sup> RJ 1988\2563.

deudor y los generales que permitan incluir un crédito entre los hipotecarios», la Resolución de 1988 requiere que la inexistencia actual de la obligación principal sea suplida por una relación existente entre las partes en el momento de constitución de la garantía.

Dicho requisito se desarrolla en la importante Resolución de 17 de enero de 1994<sup>21</sup>, en la que se afirma que la admisión de garantía de deudas totalmente futuras equivaldría a permitir la inscripción de hipotecas inexistentes, en cuyo caso estaríamos ante «una reserva de rango —un difuso derecho real en formación— que aunque aparece constituido a favor de un sujeto determinado (el eventual futuro acreedor) en realidad su existencia queda a la libre disposición del propietario». Aun reconociendo que el tenor literal de la expresión «obligación futura» del artículo 142 de la LH comprende cualquier deuda que no exista en el momento de constituirse la hipoteca, se afirma que la inexistencia de un legítimo interés actual suficiente que justifique este tipo de garantía «menoscabaría indebidamente el crédito territorial del propietario y perturbaría al tráfico inmobiliario», por lo que se entiende que la hipoteca constituida en garantía de una obligación futura que puede llegar a ser inscrita y que, como tal, «surtirá efecto contra tercero desde su inscripción» es la que se constituye en garantía de los créditos que puedan eventualmente nacer de una relación jurídica básica existente y que jurídicamente vincula ya al eventual deudor.

Sin perjuicio de que analicemos la exigencia de esta relación jurídica básica más adelante, cabe concluir aquí que tanto en 1925 como en 1994 la DGRN reconoce que la hipoteca constituida en garantía de un crédito futuro puede existir como tal y producir ciertos efectos aun antes de que nazca el crédito garantizado. Ahora bien, donde se refleja el cambio de criterio de la DGRN es en el concepto de crédito futuro a estos efectos<sup>22</sup>. Mientras la garantía constituida para un crédito futuro determinado por sus

---

<sup>21</sup> RJ 1994\239.

<sup>22</sup> La restricción del criterio parcialmente se corresponde con la evolución experimentada por la doctrina de la DGRN en torno a la hipoteca flotante, rechazada en un primer momento, admitida con un criterio flexible en Resoluciones de años veinte y treinta, y nuevamente sometida a restricciones a

«datos generales» constituía la seguridad hipotecaria en 1925, la creada en relación con un crédito futuro sin que exista una relación jurídica previa entre las partes es una mera reserva de rango de acuerdo con la interpretación defendida por la DGRN a finales del siglo XX. Los efectos de la seguridad constituida dependen, según el criterio de la DGRN, del modo de determinación de la obligación garantizada. Si no puede ser determinada por una relación jurídica básica ya existente, no puede producir los efectos de una hipoteca y funciona como una mera reserva de rango<sup>23</sup>. Así, el problema parece residir no tanto en el principio de accesoriedad (pues la DGRN concibe la existencia de la garantía sin que exista la obligación principal), sino en el grado de determinación del derecho garantizado, exigiéndose la acreditación de una cierta probabilidad de que la obligación futura va a contraerse.

Entre la garantía plenamente constituida y la reserva de rango también oscilan los pronunciamientos doctrinales referentes a los efectos de la hipoteca objeto de este estudio. Al referirse a las diferencias entre la reserva de rango hipotecario y la hipoteca plenamente constituida, numerosos autores<sup>24</sup> se remiten al análisis comparativo de Pau Pedrón<sup>25</sup>, afirmando que los efectos originados por una reserva de rango son significativamente más limitados que los que se derivan de una hipoteca.

- a) Al tratarse de una mera reserva de rango, esta quedaría inoperante tras la expropiación del inmueble. La hipoteca, a cambio, se transformaría en una garantía sobre la indemnización y podría hacerse efectiva por el acreedor una vez se quede acreditado el nacimiento de la obligación garantizada.
- b) Similares diferencias destacan en relación con los siniestros que eventualmente pueda sufrir el inmueble: si éste está sujeto a una reserva de rango, las indemnizaciones corresponderán al propietario; si, por el contrario, el inmueble se

---

partir de las Resoluciones de 04/07/1987 y 23/12/1987 (vid. Azofra, F.: «*Hipotecas Flotantes*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, mayo- junio 2008, págs. 1184- 1188).

<sup>23</sup> La actual posición de la DGRN se resume y se explica, como la «posición estricta», por Peña Bernaldo de Quirós, M.: *Derechos Reales, Derecho Hipotecario*, t. II (Derechos reales de Garantía. Registro de la Propiedad), Ed. Centro de Estudios Registrales, 3ª edic., Madrid, 1999, págs. 270- 271.

<sup>24</sup> Entre otros, vid. Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob.cit., pág. 817.

<sup>25</sup> Pau Pedrón, A.: «*La constitución unilateral de hipoteca*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 631, noviembre- diciembre 1995, págs. 1991-2016.

encuentra efectivamente hipotecado, el acreedor hipotecario tendrá derecho a reclamar la indemnización.

- c) La hipoteca también produce consecuencias distintas en relación con las construcciones realizadas en la finca con posterioridad a la constitución de la garantía: mientras las que fuesen posteriores a la inscripción de una reserva de rango quedarían sujetas al gravamen hipotecario (pues este se constituye sobre un terreno ya construido), aquellas que sean posteriores a la inscripción de la hipoteca no se entenderían hipotecadas.
- d) Lo mismo ocurre con respecto a los muebles existentes en la finca «para su adorno, comodidad o explotación o para el servicio de alguna industria»: en el supuesto de una auténtica hipoteca, quedan afectados en virtud de la cláusula de extensión desde la fecha de inscripción de la hipoteca; la anotación de una reserva de rango, mientras tanto, no sujeta los muebles antes de la constitución del gravamen hipotecario.
- e) La reserva de rango produce consecuencias distintas a las de una hipoteca en relación con los actos de devastación que realice el propietario. Si lo constituido es una mera reserva de rango, las limitaciones derivadas del art. 117 de la LH<sup>26</sup> no podrán ser impuestas al propietario; en caso contrario, el acreedor podrá ejercitar la acción de devastación.
- f) Por último, no siendo el rango hipotecario un derecho accesorio al crédito, la cesión de este último no conlleva la cesión del rango ni tampoco puede acceder al Registro (pues el crédito con respecto al cual se inscribe una reserva de rango no es un crédito hipotecario); cosa que sí ocurre cuando lo constituido es una hipoteca.

Teniendo en cuenta las diferencias apuntadas, no sorprende el empeño doctrinal en determinar la «naturaleza efectiva» de la garantía hipotecaria antes del nacimiento de la obligación garantizada. Mientras para unos autores se trata de una hipoteca plenamente

---

<sup>26</sup> «Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de Primera Instancia del partido en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño».

constituida, existente y eficaz (aun cuando algunos de sus efectos se encuentren en suspenso)<sup>27</sup>, otros aseguran que lo que existe antes de la contracción de la obligación principal es una mera reserva de rango que no se convertirá en hipoteca hasta que haya nacido el crédito<sup>28</sup>.

Al margen de estas dos corrientes mayoritarias, hay quienes sostienen que lo que regula el art. 142 de la LH es «una verdadera hipoteca independiente o “deuda inmobiliaria” del propietario», la cual, aunque de modo tácito y excepcional, se admite en el ordenamiento jurídico español<sup>29</sup>. Al entender que el hecho de que la constitución de la hipoteca en garantía de una obligación futura no requiere —por lo menos de acuerdo con el tenor literal de la norma— que esta proceda de una vinculación previa, ni menos aún de una situación vinculante, sea de hecho o de derecho, se afirma que la hipoteca en garantía de obligaciones futuras española es equiparable a la hipoteca del propietario alemana (objeto de nuestro análisis en páginas posteriores) y produce efectos propios de esta, esto es, constituye una parte autónoma dentro de lo que abarca el derecho de propiedad (un valor económico en sí misma considerada), que puede ser separada de este último y entregado para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación futura.

Al rechazar las teorías basadas en la potencialidad o expectativa de la hipoteca antes del nacimiento de la obligación garantizada, la afirmación apuntada parece acorde con el criterio expresado en la Resolución de 31 de enero de 1925 de la DGRN (la cual, recordemos, señala que estamos ante un derecho de garantía actual). No obstante, cabe discrepar con que los efectos prácticos de dicha figura vayan más allá de los de la hipoteca accesoria en su concepción clásica, pues, aun siendo inexistente en el ámbito

---

<sup>27</sup> Díez-Picazo, L., Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. 3 (Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral), Ed. Tecnos, 6ª edic., Madrid, 1997, pág. 538, donde se apunta que se trata «de una hipoteca actual en garantía de una obligación que es futura». En el mismo sentido, vid. Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob.cit., pág. 817: «la hipoteca en garantía de obligaciones futuras está válidamente constituida desde el inicio».

<sup>28</sup> Refiriéndose al período que media entre la constitución de la hipoteca de seguridad y la fijación decisiva de la deuda, González y Martínez (*Estudios...*, ob. cit., pág. 717) señala que existe durante este tiempo «una sustancia vacilante que va de una a otra persona, del propietario al acreedor, sin que el derecho se encuentre concretado sobre nadie».

<sup>29</sup> En este sentido, vid. de Casso Romero, I.: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 3ª edic., Madrid, 1946, pág. 565.

de lo jurídicamente tangible, la obligación garantizada, en la medida en que esté identificada, «existe» hipotéticamente (en un momento «no actual»), y constituye la causa de la constitución de la garantía, que no podrá devenir accesoria en un momento posterior a su constitución.

Ahora bien, ¿estaríamos admitiendo la hipoteca del propietario si sostuviésemos que incluso antes del nacimiento de la obligación garantizada la hipoteca produce ciertos efectos? O dicho de otro modo: ¿hay alguna otra forma de defender la eficacia de la garantía antes del nacimiento de la futura obligación, si no es mediante la admisión de la hipoteca del propietario? ¿Algún término intermedio entre la exigencia de una relación jurídica previa (posición de la DGRN) y la no exigencia de ninguna obligación principal (hipoteca del propietario)? Es en lo que claramente se diferencian las principales posturas doctrinales sobre este particular: mientras los que se pronuncian en defensa de la eficacia del gravamen durante el período que precede el nacimiento de la obligación entienden que antes de dicho momento la garantía se ajusta a las máximas del principio de accesoria (y por lo tanto se equipara a la hipoteca «normal» sin convertirse en la «del propietario»), los defensores de la teoría de reserva de rango, siguiendo la línea de la DGRN, afirman que la admisión de la hipoteca sin que haya nacido todavía la obligación que esta debe garantizar equivaldría al reconocimiento de la hipoteca del propietario.

De acuerdo con este último planteamiento, «hasta que nazca la obligación lo único existente en el ámbito hipotecario es el aviso, el anuncio, de que *si* nace y *cuando* nazca la obligación, quedará garantizada, en las mismas condiciones de retroactividad con las que nazca, mediante una hipoteca de las características ya determinadas y con el rango registral correspondiente a la fecha de la inscripción». De modo que, hasta que se contraiga la obligación, lo que consta en el registro no es una hipoteca, sino una reserva de rango hipotecario a favor de la hipoteca que eventualmente puede nacer<sup>30</sup>. Se trata,

---

<sup>30</sup> Sancho Rebullida, F., en AA.VV. (Lacruz Berdejo, J.L.): *Elementos de Derecho Civil*, t. III (Derechos Reales), 2º vol. (Derechos reales limitados. Situaciones de Cotitularidad), Ed. Bosch, 2ª edic., Barcelona, 1991, págs. 321- 322.

por tanto, de «una situación interina llamada a desaparecer, bien por el fortalecimiento de la garantía al nacer la obligación y configurarse normalmente la hipoteca, bien por desvanecerse el rango hipotecario al perderse la esperanza de que la obligación llegue a nacer»<sup>31</sup>. La obligación constituye, en definitiva, una *conditio iuris*, cuyo cumplimiento o deficiencia resuelve a lo que algunos se refieren como «fase dificultosa de explicar de esta hipoteca», la cual, una vez cumplida dicha *conditio*, se transforma en una hipoteca ordinaria.

Debido al interés que ha suscitado la figura en cuestión como consecuencia de la promulgación de la Ley 41/2007, la teoría de reserva de rango también se ha defendido en relación con el nuevo art. 153 bis de la LH (objeto de nuestro estudio en páginas posteriores). En este sentido, se afirma que lo que admite dicho artículo al incorporar la hipoteca llamada «flotante» en el derecho español, es «una reserva de rango por obligaciones aún no contraídas»<sup>32</sup>.

Ante la tesis expuesta y sin reconocer todo efecto a esta peculiar garantía, Roca Sastre<sup>33</sup> ocupa una postura intermedia, considerando que la figura en cuestión es una garantía actual y no una mera reserva de rango en aras de una eventual (pues depende de que, eventualmente, nazca o no nazca la obligación principal) seguridad futura. La hipoteca existe y toma rango aun cuando la obligación asegurada permanece siendo futura (*pendentem*), pero el hecho de eventual nacimiento de la obligación futura constituye una *conditio iuris* de la eficacia de la hipoteca. En el período entre la constitución de la

---

<sup>31</sup> Espín Cánovas, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. 2 (Derechos Reales), Ed. Revista de Derecho Privado, 5ª edic., Madrid, 1977, pág. 470.

<sup>32</sup> Faus, M.: «*El principio de especialidad y la hipoteca*», en *Breviario Civil 2* (Derechos reales especiales. Hipotecas mobiliarias e inmobiliarias), disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com).

En el mismo sentido, Parra Lucán afirma que el principal efecto frente a tercero de hipoteca en garantía de una obligación condicional o futura es «una reserva de rango si el crédito llega a nacer» (Parra Lucán, M<sup>a</sup>.Á.: «*Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, enero- febrero 2009, pág. 267.

<sup>33</sup> Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, ob. cit., págs. 346 y ss.

Con respecto a este particular, Roca Sastre es citado, entre otros, por Cordero Lobato, E.: *La hipoteca global...*, ob. cit., pág. 96; Espín Cánovas, D. ob. cit., pág. 470, Chico y Ortiz, J. M<sup>a</sup>., ob. cit., págs. 1494- 1495.

garantía y el nacimiento del crédito, la hipoteca *subsiste*, produciendo sus efectos subordinados o condicionados al hecho de que la obligación llegue a contraerse. Mientras no llegue el cumplimiento de la obligación asegurada, la hipoteca conserva «su energía latente o potencial y no permite al hipotecante ejercer en su perjuicio ningún poder jurídico sobre la cosa». Ello desemboca en un doble condicionamiento de la efectividad de la garantía hipotecaria, que pende ya no solo del incumplimiento de la obligación principal, sino también de la previa existencia plena de esta. Si la obligación no llega a contraerse, «el embrión de hipoteca desaparece o se extingue».

De acuerdo con la teoría totalmente opuesta a la de la reserva de rango —llamémosla la «teoría de gravamen actual»— cabe entender que se trata de una hipoteca actual, que precisamente por el hecho de serlo tiene acceso inmediato al Registro y es objeto de inscripción<sup>34</sup>. Y aunque sólo el nacimiento de la obligación transformará la garantía en una hipoteca ordinaria desde su constitución (es decir, con efectos retroactivos), la hipoteca estará válidamente constituida —como hipoteca de seguridad— desde el inicio<sup>35</sup>.

Desde el punto de vista puramente estadístico, diría que la idea de que aun antes del nacimiento de la obligación garantizada la garantía existe y produce efectos propios de una hipoteca parece tener más seguidores. Lógico, sobre todo teniendo en cuenta que la literalidad de la propia LH admite «la hipoteca (que no una reserva de rango) constituida para la seguridad de una obligación futura» (el paréntesis es mío), que puede llegar o no a existir efectivamente<sup>36</sup>. ¿A qué supuestos se aplicaría el art. 142, si lo que

---

<sup>34</sup> Díez Picazo, L., Gullón, A., ob. cit., pág. 538.

<sup>35</sup> Así, Cordero Lobato, E., rechaza la teoría de reserva de rango señalando que «esta hipoteca constituye un gravamen actual desde su constitución, gravamen que está amenazado de desaparición si la deuda futura no llega a nacer» (Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob.cit., pág. 817).

En este mismo sentido, refiriéndose a la citada Resolución de 17 de enero de 1994, apunta que «la DGRN se equivoca en la resolución referida, pues la reserva de rango no es "un difuso derecho real en formación", ni tampoco es, por supuesto, el imposible lógico al que alude la resolución, esto es, un derecho real que, pese a estar constituido, sea de existencia futura y puramente potestativa (¿quiere decirse que cabe que un derecho esté constituido sin existir?). Sencillamente, la reserva de rango no es un derecho real, sino que tampoco el rango constituye un derecho real, siendo solamente una cualidad de los derechos reales» (Cordero Lobato, E.: *La hipoteca global...*, ob. cit., pág. 96).

<sup>36</sup> Peña Bernaldo de Quirós, M., ob.cit., pág. 269.

nace con la inscripción de la garantía hipotecaria de una deuda futura no es una hipoteca y si ésta tan sólo se constituye con el nacimiento de la obligación? Afirmar esto último equivaldría a contradecir el art. 1861 del CC, pues la hipoteca, como tal, jamás podría garantizar una obligación futura, sino tan sólo las actuales (¿qué sentido tendría entonces lo de «toda clase de obligaciones»?). Por ello considero que la afirmación que la hipoteca está constituida, pero puede dejar de existir, expresa la intención del legislador con más precisión que la idea de que la hipoteca no existe, pero puede llegar a existir con efectos retroactivos (ocupando desde el principio el rango que le ha sido reservado).

Igualmente rechazable es el argumento de la *conditio iuris* a cuyo cumplimiento, a juicio de Roca Sastre, se encuentra sometida la eficacia de la hipoteca. La ley no condiciona la eficacia del negocio constitutivo de la hipoteca al nacimiento de la obligación garantizada. La garantía existe (no «subsiste», y menos como «embrión de hipoteca»), aunque sin poder desplegar sus efectos contra tercero. Dada la ausencia de efectos retroactivos de la *conditio iuris*<sup>37</sup>, la hipoteca sometida a la misma debería considerarse constituida en el momento de acaecimiento de la *conditio*. ¿Cómo explicaríamos entonces los efectos producidos contra tercero desde su inscripción de acuerdo con el art. 142?

El hecho de que la hipoteca se entienda plenamente constituida no significa que igualmente plenos sean sus efectos prácticos, pues, tal y como se desprende del art. 142 de la LH, serán limitados en comparación con los que produce una hipoteca «normal». Para Roca Sastre<sup>38</sup>, en este período la hipoteca sólo perjudica o afecta a terceros (pues la LH hace referencia a «efecto contra tercero», es decir, efectos negativos), de modo que, aunque el hipotecante venda el inmueble o constituya una segunda hipoteca, los adquirentes posteriores, preavisados en cuanto a la hipoteca ya existente, deberán soportarla.

---

<sup>37</sup> Lasarte, C., *Compendio de Derecho Civil*, Ed. Dykinson, 2ª edic., Madrid, 2005, pág. 216.

<sup>38</sup> Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, ob. cit., pág. 347.

A diferencia de la mera obligación pasiva de soportar la hipoteca —darse por informado de la existencia del gravamen— hay quienes sostienen que incluso antes del nacimiento de la obligación el acreedor hipotecario tiene ciertas facultades activas de conservación de su derecho de hipoteca; esto es, que a pesar del tenor literal del art. 142 de la LH, la garantía hipotecaria puede producir ciertos efectos materiales frente a tercero<sup>39</sup>. Así, afirman, el acreedor podría ejercitar la acción de devastación aunque todavía no hubiera nacido su derecho de crédito. Habiendo sido acreedor hipotecario desde el inicio, podrá —cuando la obligación ya exista— ejercitar su derecho hipotecario contra las indemnizaciones o el justiprecio expropiatorio, a pesar de que la obligación haya nacido después de la destrucción o la expropiación de la finca. Asimismo, el crédito hipotecario, aun futuro, ya es un valor patrimonial susceptible de disposición (cesión, modificación, posposición, etc.). Ahora bien, la hipoteca no constituirá su principal efecto frente a tercero, esto es, no podrá ser ejecutada, hasta que no se acredite el nacimiento de la obligación (y la exigibilidad y la liquidez de la deuda).

Por nuestra parte, volviendo, al igual que los autores citados, al análisis comparativo de Pau Pedrón, consideramos que sería difícil sostener que, *pendiente el nacimiento de la obligación*, los efectos prácticos de la hipoteca constituida sean muy diferentes a los que produce una mera reserva de rango. En efecto, el acreedor no podrá reclamar indemnizaciones en los supuestos de expropiación o siniestros (como tampoco puede reclamarlos el titular de una reserva de rango). Lo mismo cabe afirmar en relación con las construcciones realizadas en la finca y los muebles existentes que se encuentran en la misma: hasta el nacimiento de la obligación principal, no benefician al acreedor (como tampoco benefician al titular de una reserva de rango).

La única facultad prácticamente ejercitable durante este período es la acción de devastación, pero, nuevamente, difícilmente contra un tercero. En el supuesto de que la finca hipotecada haya sido vendida, la posibilidad de ejercitar la acción de devastación

---

<sup>39</sup> Peña Bernaldo de Quirós, ob. cit., pág. 268; Cordero Lobato, E.: *La hipoteca global...*, ob. cit., pág. 98.

contra el nuevo titular antes del nacimiento de la obligación parece sumamente dudosa, pues antes del nacimiento de aquélla la hipoteca no puede producir efectos contra tercero. Sí sería lícito el ejercicio de dicha acción contra el propietario hipotecante (según concluimos, la hipoteca existe y despliega la totalidad de sus efectos entre las partes). Pero valorémoslo desde un punto de vista todavía más práctico. Hoy día, la hipoteca es mayoritariamente usada por las entidades de crédito en la concesión de préstamos para adquisición de vivienda<sup>40</sup>. Teniendo en cuenta el elevado número de préstamos hipotecarios que puede llegar a conceder una entidad de crédito y el minúsculo porcentaje que representará cada uno de ellos —individualmente considerado— en el total de su activo, parece tanto teórica como prácticamente improbable, ya no que el acreedor hipotecario estime conveniente ejercitar y efectivamente ejercite la acción de devastación, sino que lleve a cabo un seguimiento y conozca el estado del inmueble. ¿Qué probabilidad hay de que un día nos sorprenda la visita de nuestro banco con el fin de comprobar si por nuestro dolo, culpa o voluntad no se está deteriorando el inmueble? ¿Qué derecho tendría el representante de la entidad en cuestión a entrar en nuestra casa (pues difícilmente se podrá comprobar el estado de un piso sin poder entrar)? Por ello, aun cuando jurídicamente tenga la facultad de ejercitar la acción de devastación, lo más habitual será que el acreedor hipotecario ni siquiera se plantee tal posibilidad.

Cuando realmente se manifiesta la ventaja que tiene la hipoteca en garantía de créditos futuros frente a una mera reserva de rango es en la segunda fase vital de la hipoteca que se inicia con el nacimiento de la obligación garantizada. Dado el peculiar efecto retroactivo que reconoce a esta circunstancia el art. 142 de la LH, el acreedor hipotecario tendrá derecho a reclamar indemnizaciones por expropiaciones y siniestros, así como verse beneficiado por las mejoras realizadas en el inmueble antes de confirmarse la contracción de la obligación principal.

---

<sup>40</sup> En efecto, de las 956.127 hipotecas inscritas en los registros de la propiedad sobre fincas rústicas y urbanas durante el año 2010, 605.172 eran hipotecas sobre vivienda. Datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística el 23 de febrero de 2011 (*Estadística de Hipotecas (Base 2003) Año 2010 y diciembre 2010. Datos provisionales*), [www.ine.es](http://www.ine.es).

Ahora bien, en el supuesto de que la obligación garantizada no llegue a nacer, dejando de existir incluso en el plano hipotético), la hipoteca pierde la finalidad que justifica su existencia y automáticamente se extingue. Dicha solución deriva del mismo principio de accesoriedad, y aun cuando no esté expresamente prevista en la LH, se deduce a *sensu contrario* de su art. 142: si la obligación no llega a contraerse, la hipoteca jamás surtirá efectos contra tercero<sup>41</sup>. El propio principio de accesoriedad que, en opinión de algunos, constituye el mayor obstáculo para reconocer la existencia de la hipoteca en ausencia de la obligación principal es el que mejor explica la esta figura. La garantía nace para asegurar el cumplimiento de una obligación principal y, dada su accesoriedad, se extingue<sup>42</sup> (lo cual no significa que no haya llegado a existir<sup>43</sup>) con la desaparición —el final de la existencia hipotética— de esta última.

## 2 DETERMINACIÓN DEL CRÉDITO GARANTIZADO

Una vez justificada la existencia de la hipoteca aun siendo inexistente la obligación principal y analizados sus efectos, vamos a centrarnos en la determinación de la obligación principal a estos efectos. La idea de que debe tratarse de una obligación determinada viene del ya citado art. 1857 del CC, de acuerdo con el cual la hipoteca debe asegurar el cumplimiento de una (que no cualquiera) obligación principal.

Tal y como adelantábamos refiriéndonos a la doctrina de la DGRN en el capítulo anterior, la existencia «no actual» de la obligación garantizada plantea una discusión en torno a su determinación. Existiendo (aun hipotéticamente) ésta, puede existir la

---

<sup>41</sup> Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, ob. cit., págs. 350-351.

<sup>42</sup> En sentido contrario, vid. Sáenz de Jubera Higuero, B.: *Relación entre el crédito y la hipoteca...*, ob. cit., pág. 247. «En este caso <...>, no se puede decir que el derecho de hipoteca se haya extinguido inmediatamente a causa de la falta de existencia de la obligación (en una aplicación tradicional del principio de accesoriedad), sino que la hipoteca subsiste, aunque con una ineficacia latente. De la falta de objeto garantizado lo único que se puede derivar inmediatamente es la potencial falta de eficacia de la garantía, pero no su extinción automática».

<sup>43</sup> En sentido contrario, vid. Peña Bernaldo de Quirós, M., ob. cit., pág. 268, al considerar que en tal caso la hipoteca es inexistente desde el principio.

hipoteca. Pero ¿qué significa «existir» en este plano hipotético?, ¿cómo habrá de describir la hipótesis obligacional para que ésta merezca ser garantizada?

## 2.1 Prohibición de la hipoteca del propietario: ejemplo alemán<sup>44</sup>

El principio de determinación se traduce en la prohibición de la llamada hipoteca de propietario<sup>45</sup> (figura propia del derecho hipotecario alemán) en el ordenamiento jurídico español, por lo que el estudio de esta resulta de gran utilidad en un análisis comparativo *a contrario sensu*. Dada la inviabilidad de la hipoteca de propietario en nuestro derecho,

---

<sup>44</sup> Gómez-Ferrer Sapiña, R.: «La Hipoteca» en AA.VV. (coord. Delgado de Miguel, J.F.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. II (Reales), 3<sup>er</sup> vol., Ed. Civitas, 1<sup>a</sup> edic., Madrid, 2003, págs. 287-289; Sáenz de Jubera Higuero, B.: *Relación entre el crédito...*, ob. cit., págs. 186-202; Enneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M.: *Tratado de Derecho Civil*, t. III (Derecho de Cosas), 2<sup>o</sup> vol. (Gravámenes), 10<sup>a</sup> revisión (por Wolff, M. y Raiser, L.), traducción española con anotaciones de Pérez González, B. y Alguer, J. (actualizada por Valentí Fiol, E.), Ed. Bosch, 3<sup>a</sup> edic. al cuidado de Puig Brutau, J., Barcelona, 1971, págs. 297-323; González y Martínez, J.: «La Hipoteca del Propietario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 28, abril 1927, págs. 241-256.

<sup>45</sup> Resoluciones de la DGRN de 22 de marzo de 1988 (RJ 1988\2563) y 5 de noviembre de 1990 (RJ 1990\9310) hacen referencia a dicho concepto al rechazar la constitución de hipoteca en favor de cualquier deuda futura de no importa qué acreedor, quedando al arbitrio del propietario favorecer con la garantía a cualquier obligación futura, de momento absolutamente indeterminada contra las exigencias del principio de especialidad. Se entiende que «por este camino se llegaría a la admisión de la hipoteca en garantía de cualquier deuda futura, lo que equivaldría a una muy literal admisión de la hipoteca de propietario, figura que, en principio, no acepta el Ordenamiento español» (Resolución de 22 de marzo de 1988).

Según apunta el TS en la STS núm. 1034/2000, de 16 noviembre (RJ 2000\9915), relativa a la emisión de obligaciones hipotecarias por particulares, «desde el punto de vista hipotecario este tipo de hipotecas han sido vistas con recelo a causa del riesgo de fraude que entraña la inscripción de una hipoteca cuyo verdadero titular no sea otro que el mismo dueño de la finca» (Resoluciones de la DGRN de 5 de noviembre de 1990 y 17 de agosto de 1993 (RJ 1993\7116)). A juicio del alto Tribunal, una admisión indiscriminada de estas emisiones podría afectar al principio que veda la hipoteca de propietario, que pareció oportuno conservar en el sistema hipotecario español en armonía con el apotegma «nemine res sua servit» —la hipoteca constituye un «ius in re aliena»— y el carácter accesorio (Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944; Resolución de la DGRN de 17 enero 1994 (RJ 1994\239)) de la hipoteca española.

Por ello la Resolución de la DGRN de 14 de enero de 1999 (RJ 1999\47), con referencia a los títulos-valores individuales, sienta la doctrina de que «no cabe en nuestro sistema la hipoteca en garantía de obligación derivada de un título individual que permanece aún en manos de su acreedor, por cuanto se vulnera flagrantemente la prohibición general de la hipoteca de propietario (no hay obligación actual y su futura existencia depende absoluta y exclusivamente de la voluntad del deudor e hipotecante: arts. 1857 CC, 104, 142 y 143 LH) y se eludiría el carácter de “ius cogens” de las normas sobre prelación de créditos».

el conocimiento de ésta facilita la determinación de aquellos extremos a los que no podría llegar la hipoteca en garantía de créditos futuros española<sup>46</sup>.

La garantía hipotecaria de deuda futura (*künftige Forderung*) está expresamente prevista en el apartado 2 del art. 1113 del código civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*, o *BGB*)<sup>47</sup>. Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el derecho español, antes de que nazca el crédito, el gravamen constituido en garantía del mismo no será una hipoteca propiamente dicha (*Hypothek*) —pues ésta se caracteriza por su relación de accesoriedad con el crédito garantizado (art. 1113 del BGB)<sup>48</sup>— sino que existirá bajo la forma de deuda inmobiliaria del propietario (*Eigentümergrundschuld*) —derecho de garantía que por sí misma constituye un valor autónomo, independiente y separado del resto del patrimonio del propietario.

La actual configuración de la hipoteca de propietario en el BGB es una combinación de la total sujeción de la cosa hipotecada al acreedor hipotecario característica de derecho romano<sup>49</sup> y la concepción germánica de que una finca puede dividirse en «parcelas» o cuotas de valor, siendo posible establecer derechos separados sobre cada una de ellas<sup>50</sup>. Aun admitiendo, al igual que en Roma, que a cada acreedor le corresponde la cosa en su totalidad (por lo que, si se extingue una hipoteca, avanzan en rango los acreedores posteriores), el derecho alemán contempla una serie de casos (más numerosos que los previstos en el derecho romano) en los que la hipoteca no se extingue, creándose en su

---

<sup>46</sup> En sentido contrario: de Casso Romero, ob. cit., pág. 565, al afirmar que el art. 142 de la LH excepcionalmente admite la deuda inmobiliaria del propietario.

<sup>47</sup> Apartado 2 del art. 1113 del BGB

« Die Hypothek kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden».

<sup>48</sup> Apartado 1 del art. 1113 del BGB: Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (Hypothek).

<sup>49</sup> Por ello, «si sobre una cosa recaen varias hipotecas, la del acreedor posterior está limitada en su contenido por la hipoteca del acreedor preferente, de suerte que aquél carece de derecho a la venta de la cosa, y vendiéndose ésta por el titular anterior, le corresponde únicamente la *hyperocha*, o sea aquello en que el producto de la venta excede del importe de la hipoteca precedente» (Enneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M.: *Tratado de Derecho Civil*, ob. cit., pág. 297).

<sup>50</sup> De acuerdo con esta concepción, «es posible que una finca, correspondiente a un propietario exclusivo, esté gravada con varios derechos de renta o de garantía, por los cuales esté sujeta a cada uno de los titulares sólo una cierta "parcela" de valor (*Wertparzelle*)» (Enneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M.: *Tratado de Derecho Civil*, ob. cit., pág. 298).

lugar una transmisión al propietario de la finca e impidiéndose de esta manera el avance de titulares posteriores. Según el modo en que se producen estas situaciones, se distingue entre los derechos de garantía del propietario originarios (en cuyo caso, tal y como ocurre con las hipotecas en seguridad de obligaciones futuras, la garantía pertenece desde su origen al propietario) y los posteriores (cuando una garantía ajena se transforma posteriormente en un derecho de garantía de propietario)<sup>51</sup>.

La garantía hipotecaria constituida en relación con un crédito que no ha nacido aún pertenecerá, desde su origen hasta el nacimiento del crédito, al propietario (será una garantía del propietario originaria) y, según apuntamos hace un instante, existirá bajo la forma de *Eigentümergrundschild*, pues, dada la inexistencia actual del crédito garantizado, no podrá considerarse satisfecho el requisito de accesoriedad que caracteriza y es fundamental para la *Hypotheken*<sup>52</sup>. Cabe concluir, por tanto, que no existe en el derecho alemán una hipoteca ajena de créditos futuros como tal (lo cual, en cambio, sucede en el derecho español). Lo que nace automáticamente en este supuesto es una deuda territorial originariamente perteneciente al propietario del bien gravado, quedando asegurado de este modo el rango de la hipoteca ajena que pueda nacer en el futuro. Una vez contraído el crédito futuro garantizado, la *Eigentümergrundschild* se convierte automáticamente en un derecho ajeno (*Hypotheken*).

Las principales diferencias entre los derechos de garantía de propietario y los derechos de garantía de un extraño (*Abweichungen von der Fremdgrundschild*) son las que señala el art. 1197<sup>53</sup> del BGB. De acuerdo con el apartado uno, el propietario no puede

---

<sup>51</sup> Enneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M.: *Tratado de Derecho Civil*, ob. cit., pág. 298.

<sup>52</sup> El criterio de accesoriedad resulta igualmente determinante en la clasificación de los derechos de garantía del propietario posteriores: si el propietario adquiere la hipoteca y el crédito, y, a pesar de la confusión, éste subsiste (por ejemplo, en el supuesto en que el acreedor es heredado por el deudor y se decreta el concurso o la administración de la herencia), el puesto conserva el carácter de hipoteca (es hipoteca, y no una deuda territorial, de propietario). Ahora bien, si el propietario adquiere sólo la hipoteca (extinguiéndose el crédito y, consecuentemente, la relación de accesoriedad), el puesto registral en sus manos no puede ser hipoteca en lo sucesivo y se convierte en una deuda inmobiliaria.

<sup>53</sup> Art. 1197 del BGB

«(1) Ist der Eigentümer der Gläubiger, so kann er nicht die Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung betreiben. (2) Zinsen gebühren dem Eigentümer nur, wenn das Grundstück auf Antrag

instar la ejecución forzosa de la finca, aunque, en caso de que la ejecución sea instada por otro, el propietario tiene derecho a ser satisfecho con el producto por el orden resultante del rango de su deuda inmobiliaria. «La hipoteca del propietario está paralizada mientras no surja un interés contrario a su existencia. El derecho subjetivo duerme, y el propietario no puede hacerlo efectivo para liquidar la situación. En su consecuencia, se le niega la acción ejecutiva y el procedimiento de apremio para hacer efectiva su hipoteca y reembolsarse con el precio de la finca el valor asegurado»<sup>54</sup>. En segundo lugar, el titular de la deuda mobiliaria que a la vez sea propietario de la finca sólo tendrá derecho a percibir intereses en el caso de y mientras que la finca se encuentre en administración judicial (la cual, lógicamente, sólo podrá ser instada por otro). Tanto la hipoteca como la deuda inmobiliaria de propietario son susceptibles de disposición. El propietario puede modificar el contenido del derecho de garantía inmobiliaria o incluso abandonarlo<sup>55</sup>.

A pesar de la larga historia del BGB<sup>56</sup> (y, por tanto, la consolidación de los preceptos jurídicos en cuestión), la naturaleza jurídica del derecho de garantía de propietario sigue siendo vivamente discutida<sup>57</sup>. Teniendo en cuenta la variedad de las teorías que expuso Jerónimo González ya en 1927<sup>58</sup> y el hecho de que las publicaciones más recientes<sup>59</sup> siguen haciendo referencia a la diversidad de opiniones existentes con respecto a este extremo, parece que la doctrina no ha conseguido siquiera acercarse a la unanimidad.

---

eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist, und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung».

<sup>54</sup> González y Martínez, J.: «*La Hipoteca del Propietario*», ob.cit., pág. 249.

<sup>55</sup> Con respecto al contenido de la deuda inmobiliaria de propietario y de la hipoteca de propietario, vid. Enneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M.: *Tratado de Derecho Civil*, ob. cit., págs. 313- 320.

<sup>56</sup> El código fue aprobado en 1896.

<sup>57</sup> Enneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M.: *Tratado de Derecho Civil*, ob. cit., pág. 320.

<sup>58</sup> González y Martínez, J.: «*La Hipoteca del Propietario*», ob. cit. El autor hace referencia a la teoría según la cual la hipoteca del propietario no es un derecho de garantía, sino una porción del dominio formalmente separada de la totalidad; concepción de la finca como una suma de porciones (parcelas de valor) independientes; teoría de los puestos fijos.

Entre las teorías que defienden la idea de que se trata de un verdadero derecho real destaca (y domina) la de Gierke, para el que la solución debe buscarse en la distinción del lado subjetivo y objetivo de las relaciones jurídicas. Así, desde el punto de vista subjetivo, la hipoteca del propietario es simplemente una parte integrante del dominio, pero objetivamente considerada constituye un derecho real sustantivo.

<sup>59</sup> *Münchener Kommentar zum BGB* (actualizado por Dr. Dr. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker y Dr. Roland Rixecker), edición 2009, versión online (<http://beck-online.beck.de>).

Ahora bien, predomina la definición de Gierke<sup>60</sup>, según la cual la deuda inmobiliaria de propietario es un derecho real limitado sobre cosa propia, que se llena con contenido de propiedad, pero independizado frente a esta.

Así, desde el punto de vista subjetivo, la hipoteca del propietario es simplemente una parte integrante del dominio, pues no concede al propietario ningún poder dominical que no se halle contenido en el mismo dominio (en efecto, «no demuestra que subsiste una limitación de la propiedad, sino más bien que no existe cierta limitación»<sup>61</sup>); ahora bien, objetivamente considerada constituye un derecho real sustantivo: el contenido del derecho de garantía se detrae del dominical y se configura como un objeto patrimonial independiente. Mediante la inscripción hipotecaria, esta situación jurídica del inmueble se hace visible y adquiere fuerza real, con lo que «el propietario retiene una parte de su patrimonio inmobiliario bajo las apariencias de hipoteca»<sup>62</sup> y puede disponer de ella en forma de transferencia hipotecaria. Se afirma, por tanto, que la hipoteca del dueño es un compromiso del inmueble en garantía de una deuda futura, y que mientras tiene la hipoteca en su poder, el propietario es el representante del futuro acreedor hipotecario, dotado de las facultades necesarias para salvaguardar la prelación y eficacia de la obligación no nacida<sup>63</sup>.

## 2.2 Determinación de obligaciones garantizadas de acuerdo con la LH

Afirmaba Jerónimo González, al explicar el principio de especialidad, que cuando en los albores del régimen hipotecario el principio de publicidad se oponía a las hipotecas clandestinas, el de especialidad apareció como una reacción contra las hipotecas generales; entendiéndose como tales a aquellas constituidas sobre los inmuebles de un determinado deudor sin referencia específica a cada una de las fincas. Al adquirir dicho término más amplitud de la que correspondía a la antítesis «general- especial», posteriormente fue sustituido por el principio de determinación, que hoy día ya no se

---

<sup>60</sup> Enneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M.: *Tratado de Derecho Civil*, ob. cit., pág. 322.

<sup>61</sup> González y Martínez, J.: «*La Hipoteca del Propietario*», ob. cit., pág. 244.

<sup>62</sup> González y Martínez, J.: ob. cit., pág. 244.

<sup>63</sup> González y Martínez, J.: ob. cit., pág. 256.

concreta en la exigencia de una mayor precisión al describir la finca hipotecada, el contenido de la hipoteca o el rango registral, sino que trasciende el sistema entero y se infiltra en todos sus elementos orgánicos<sup>64</sup>.

Así, entre otras consecuencias, el principio de especialidad impone la necesidad de determinar la naturaleza y la extensión del derecho que se inscriba, «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.)»<sup>65</sup>. En una relación de subordinación con respecto a la obligación principal, la hipoteca no puede darse por determinada si no es en relación con esta última.

Matizando el criterio general, la DGRN ha señalado en reiteradas ocasiones que en lo referente a las hipotecas, 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. Este es el caso de las hipotecas de seguridad, cuyo crédito constará en el Registro en sus líneas generales, con una existencia dudosa (caso de hipoteca constituida en garantía de una obligación futura), condicionada o indeterminada en cuanto a alguna de las circunstancias «normales», siendo necesaria la prueba extrarregistral de lo no inscrito. Como consecuencia de la flexibilización del principio de especialidad, resultará suficiente fijar el crédito de un modo tal que en su momento llegue a estar perfectamente concretado en su existencia y cuantía. Mientras tanto, la interrelación entre las esferas del crédito y de la hipoteca se desvanece impidiendo que la hipoteca comparta sus prerrogativas registrales con la obligación; los principios hipotecarios no sostienen más que el derecho real. Todo lo referente al contenido de una

---

<sup>64</sup> González y Martínez, J.: *Estudios...*, ob. cit., págs. 529-530.

<sup>65</sup> Resolución de 4 de julio de 1984 (RJ 1984\3851), relativa a hipoteca constituida «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 obras 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».

hipoteca de seguridad (es decir, la obligación asegurada y, sobre todo, sus particularidades) se queda en el campo de obligaciones, de modo que, paradójicamente, tal y como concluimos en relación con el principio de accesoriedad, la indeterminación del crédito hace más accesoria la garantía<sup>66</sup>.

Ahora bien, aun cuando la obligación por asegurar no tenga existencia jurídica en el momento de inscripción de la hipoteca, será necesario cumplir ciertas exigencias mínimas en cuanto a su determinación<sup>67</sup>. En este sentido, el art. 12 de la LH requiere que en la inscripción del derecho real de hipoteca se exprese «el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración»<sup>68</sup>. Ningún obstáculo existe para inscribir en el

---

<sup>66</sup> En este sentido, González y Martínez, J.: *Estudios...*, ob. cit., págs. 703- 741. El autor analiza los caracteres jurídicos de la hipoteca de seguridad tratando como polos opuestos el crédito y el derecho real. Así, mientras la hipoteca normal u ordinaria lleva la mayor parte de las relaciones de la hipoteca (tanto las reales como las obligacionales) hacia el campo del derecho real, en la de seguridad los principios hipotecarios protegen tan solo el derecho real, rigiéndose su contenido por el derecho de obligaciones.

La finalidad de la hipoteca de seguridad también la aparta de la ordinaria. A diferencia de esta última —constituida para asegurar una obligación y desamortizar la propiedad inmueble— la hipoteca de seguridad no se preocupa de que el crédito hipotecario pueda circular libremente.

<sup>67</sup> Resolución de la DGRN de 4 de julio de 1984 (RJ 1984\3851).

<sup>68</sup> La Ley 41/2007 dio nueva redacción al art. 12 LH, suscitando un vivo debate en torno al significado y alcance del apartado segundo del mismo («Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización»).

A este respecto, la DGRN ha apuntado (Resolución de 11 de enero de 2011 (RJ 2011\269)) que (i) esas «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» a las que se refiere el párrafo segundo del citado art. 12 LH han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real; y (ii) el reflejo registral de tales cláusulas necesariamente se efectuará en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, a menos que su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que el Registrador pueda realizar cualquier tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho.

«Dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello

Registro la ampliación de una hipoteca que tenga por objeto garantizar nuevas responsabilidades derivadas de la ampliación del crédito que hasta entonces lo estaba siempre que se determine con precisión cuáles sean esas nuevas responsabilidades objeto garantía<sup>69</sup>. En todo caso, el importe de la obligación garantizada deberá ser fijado en moneda nacional o señalando su equivalente en divisa extranjera (art. 219 del RH). En el supuesto de que la hipoteca se constituya sobre varias fincas, la inscripción habrá de indicar la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder (art. 119 de la LH).

La naturaleza de la obligación y, por consiguiente, la causa u origen de la misma, podría ser un préstamo mutuo, un reconocimiento de deuda, un precio aplazado de una compraventa, una indemnización de daños y perjuicios, un descuento, un aval, etc.<sup>70</sup> La cantidad (o, conforme al art. 12 de la LH, «el importe de la obligación asegurada») coincidirá, en los casos «normales», con el importe del crédito garantizado». Tratándose de una obligación futura, no será infrecuente que su importe se desconozca en el momento de constitución de la garantía (no podemos saber, por ejemplo, a cuánto ascenderán los intereses de demora en el caso de incumplimiento del deudor), constituyéndose esta como una hipoteca de máximo— un subtipo de las hipotecas de seguridad, en las que lo indeterminado *a priori* resulta ser la cuantía de la obligación garantizada<sup>71</sup>. Ahora bien, la naturaleza futura de la obligación garantizada no

---

supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que exprese dicha tacha), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (p.ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial» (vid. Resoluciones de la DGRN de 6 de mayo de 2008 (RJ 2008\2796) y 24 de julio de 2008 (RJ 2008\7718), entre otras).

<sup>69</sup> Resolución de la DGRN de 17 de enero de 2002 (RJ 2002\4588).

<sup>70</sup> Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, ob. cit., págs. 323- 324.

<sup>71</sup> En relación con las hipotecas de máximo, vid. Sáenz de Jubera Higuero, B.: «*Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, mayo-junio 2008. Cabe destacar como principales las siguientes características de las hipotecas de máximo: (i) la variabilidad e indeterminación del importe asegurado, de modo que en el Registro, en el momento de la constitución de la garantía, sólo

necesariamente impide que la cuantía exacta de la deuda futura se conozca de antemano. Por último, en lo que respecta al plazo de vencimiento, este se determinará señalando la fecha de cumplimiento de la obligación principal, el plazo máximo de duración y/o, en su caso, los plazos diferentes de pago por capital e intereses.

La ley no establece ningún plazo máximo para la contracción de la obligación futura garantizada; sin embargo, en aras de su mejor determinación será frecuente (y desde luego conveniente) fijar un máximo temporal, extinguido el cual habrá de darse por extinguida la hipoteca, al haber desaparecido la hipotética obligación para cuya seguridad había sido constituida. En casos de relaciones de aseguramiento indefinidas, será frecuente pactar que cualquiera de las partes podrá desistir unilateralmente de la relación de garantía<sup>72</sup>.

Aparte de las exigencias apuntadas, cabe recordar que, al indicarse en cada inscripción la persona a cuyo favor se haga la inscripción (art. 9.4 de la LH) y aquélla de quien proceden inmediatamente los bienes o derechos que se inscriben (art. 9.5 de la LH), conoceremos al acreedor de la obligación garantizada (pues será el acreedor hipotecario) y, salvo aquellos casos en los que la hipoteca se constituya en garantía de obligaciones de un tercero (tal y como lo permite el art. 1857 del CC), también al deudor.

---

se hace constar una cantidad máxima (por principal e intereses) de la que responderá el inmueble hipotecado, con independencia de cuál sea finalmente el importe de la obligación garantizada. «Viene a señalarse así, de antemano, el importe máximo del crédito asegurado con la hipoteca, como exigencia del principio de especialidad o de determinación registral, en aras de la protección de terceros poseedores o adquirentes del bien hipotecado con posterioridad, pues lo que a éstos interesa especialmente no es tanto el importe real del crédito para cuya seguridad se constituyó el gravamen sobre el bien, sino la cuantía de la que responderá ese bien; (ii) la indeterminación de la existencia o cuantía de los créditos garantizados. A diferencia de la hipoteca ordinaria, en la hipoteca de máximo la obligación asegurada no está determinada exactamente en su importe y, en muchos casos, además, ni siquiera en su existencia, aludiéndose a ella como algo posible o potencial. Así pues, en la hipoteca de máximo, en muchas ocasiones, concurre, además, la figura de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras; (iii) la indicación del crédito en sus líneas fundamentales, que viene a ser una exigencia de los principios de especialidad y de accesoriedad; y (iv) la necesidad de determinación por medios extrahipotecarios del crédito que, en definitiva, resulte garantizado.

Con respecto a las hipotecas de máximo, vid. STS 607/1994, de 3 de julio (RJ 1999\4903), STS 492/2002, de 27 de mayo (RJ 2002\4484), y STS 1331/2007, de 10 de diciembre (RJ 2007\8913), entre otras.

<sup>72</sup> Cordero Lobato, E.: *La hipoteca global...*, ob. cit., pág. 31.

A la luz de lo anterior, cabe concluir que ya meramente por exigencias legales expresas la constitución de una hipoteca del propietario en su estado puro resultaría imposible en España, pues, por una parte, siempre será necesario indicar una serie de circunstancias de la obligación garantizada (las cuales, a diferencia del caso alemán, no se conceptuarán como límites propios de la hipoteca considerada en sí misma, sino como límites indirectamente impuestos a la misma por el derecho principal asegurado), y, por otra parte, la garantía hipotecaria se inscribirá a favor de un acreedor determinado, no pudiendo ser entregada posteriormente a cualquier sujeto como si fuese un valor patrimonial independiente.

Finalmente, el art. 143 de la LH permite (aunque no exige) que el nacimiento de la obligación que era futura en el momento de inscribirse la hipoteca se haga constar en el Registro por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria. A estos efectos, cualquiera de los interesados podrá —siendo el acreedor el más interesado— presentar al registrador copia del documento público que acredite que se han contraído las obligaciones futuras y, en su defecto, una solicitud firmada por ambas partes, ratificada ante el Registrador o cuyas firmas estén legitimadas, pidiendo que se extienda la nota marginal y expresando claramente los hechos que deban dar lugar a ella. Si se extiende la nota marginal, la hipoteca muta de naturaleza y pasa de ser una hipoteca de seguridad a una hipoteca de tráfico u ordinaria. El crédito queda perfectamente determinado en su existencia y cuantía, por lo que pasa a estar amparado y protegido por los principios hipotecarios<sup>73</sup>.

### **2.3 Concepto de obligación futura**

Ya en el año 1920 apuntaba Jerónimo González<sup>74</sup> que la discusión en torno al concepto de la obligación futura llevaba más de 100 años abierta; a pesar de ello, tras citar

---

<sup>73</sup> Gallego Domínguez, I.: «Comentarios...», ob. cit., disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com).

<sup>74</sup> González y Martínez, J.: *Estudios...*, ob. cit., págs. 703- 741; transcripción de la Conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 10 de abril de 1920.

diversas opiniones expresadas a este respecto por autores extranjeros, resumía el estado de dicha discusión asegurando que uno podía sentirse igualmente perdido en la misma como cuando al examinar la nulidad del acto jurídico se le habla de contratos inexistentes. Para salir del ámbito de lo abstracto (el de la futuridad), el autor acude al sentido común, sentando la siguiente premisa: al hablar de posibilidades es necesario referirse a algunas de suficiente probabilidad que entren dentro del campo de los negocios, porque, de no ser así, el derecho no tiene porqué emplear sus razonamientos ni su técnica en resolver problemas fantásticos. *Lex statuit de eo quod plerumque fit*, de lo que ordinariamente se hace, nace la ley; no de conceptos artificiales e hipótesis extrañas. Por ello, tras analizar la susceptibilidad de garantía hipotecaria de créditos futuros desde el derecho romano hasta la (su) actualidad, el autor acaba recordando la postura de Chironi, para el que basta una cierta consistencia: «para garantizar una deuda futura, no se requiere que haya de existir, basta con que el aparato jurídico creado tenga consistencia suficiente para merecer garantía de sus consecuencias». Tratemos de determinar qué «consistencia» de la obligación futura se entiende suficiente para ser objeto de un aseguramiento actual en términos del CC, o, dicho de otro modo, en qué supuestos resulta conveniente asegurar una obligación aun siendo futura.

En materia de garantías<sup>75</sup>, el CC tan sólo contiene una alusión literal al futuro; de acuerdo con el art. 1825 del CC, la fianza puede prestarse en garantía de deudas futuras. El concepto de la obligación futura a los fines de la norma podría tener los siguientes significados<sup>76</sup>:

- (i) Ateniéndose al tenor literal de la palabra<sup>77</sup>, se podría comprender que es toda obligación que no haya nacido en el momento de constitución de la garantía, «con independencia de que su proceso de formación esté iniciado, pendiente de ulteriores integraciones que lo completen o no, quedando vinculado a un hecho futuro». En el seno de la hipoteca, esta postura encuentra apoyo no sólo en la

---

<sup>75</sup> Entendemos como tal la regulada bajo los Títulos XIV y XV del Libro IV del Código Civil.

<sup>76</sup> Guilarte Zapatero, V.: «Comentario al art. 1825 en Comentario del Código Civil», en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, t. II, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 2ª edic., Madrid, 1993, págs. 1791-1792.

<sup>77</sup> futuro, ra - adj. que está por venir (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española).

literalidad de la ley (art. 142 de la LH), sino también en la doctrina sobre la admisibilidad de las reservas de rango y la conveniencia de la flexibilización del régimen jurídico de la hipoteca que requieren las necesidades del comercio<sup>78</sup>.

- (ii) La obligación futura afianzable es aquella que, aun siendo inexistente en el momento de creación de la garantía, surge de un vínculo jurídico preexistente. Según comprobaremos más adelante, esa es la posición estricta<sup>79</sup> seguida por la DGRN. Dicho criterio también se defiende en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1924<sup>80</sup>, que limita el ámbito del art. 1825 del CC al caso de que, al momento de constituirse la fianza, se desconozca el importe de la deuda, estimando que en otro supuesto no habría fianza válida por imperativo del art. 1824 del CC<sup>81</sup>, al referirse el art. 1825 del CC a «deudas» en vez de «obligaciones». De acuerdo con la referida STS, sólo esta interpretación permite evitar una antinomia entre ambos preceptos.
- (iii) Por último, la tercera postura se basa en la consideración de que, si bien no es precisa la preexistencia de un vínculo jurídico del que habrá de nacer la obligación principal, resulta necesaria la concurrencia de circunstancias

---

<sup>78</sup> Peña Bernaldo de Quirós, M., ob. cit., pág. 269.

Aun reconociendo que la «interpretación del término "obligaciones futuras" que emplea el art. 1825 del Código Civil ha sido controvertida por la doctrina», el TS señala como mayoritaria «la de quienes entienden que dentro del concepto de obligación futura han de integrarse todas aquellas que en el momento de la constitución de la garantía no hayan nacido, independientemente de que su proceso de formación esté iniciado, pendiente de ulteriores integraciones que la completen o sin que tal proceso se haya iniciado todavía, quedando vinculado a un hecho futuro» (STS de 28 febrero de 2006 (RJ 2006\724)).

En este sentido se manifiesta expresamente la STS de 31 de octubre de 1984 (RJ 1984\ 5153) según la cual «el art. 1825 del Código Civil autoriza la constitución de la fianza con precedencia al nacimiento de la obligación principal», la STS de 3 de marzo de 1947 (RJ 1947\ 338), que apunta que la obligación principal, una vez surgida, «opera como elemento constitutivo para la producción de los efectos típicos del contrato de garantía», criterio reiterado en la STS de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005\7340), según la cual el art. 1825 CC «tolera expresamente, no sólo que un tercero garantice el cumplimiento de una obligación existente pero ilíquida, sino también el de una obligación no nacida todavía cuando el afianzamiento se constituye, con tal que quede en ese acto determinada o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento entre fiador y quien con él hubiere contratado.

Cabe concluir, por tanto, que la el vínculo de accesoriedad en estos casos se refiere no tanto al momento de celebración del contrato de fianza, sino a aquel en que el acreedor pretenda exigir al fiador el cumplimiento de su prestación (STS de 28 febrero de 2006 (RJ 2006\724)).

<sup>79</sup> Así la califica Peña Bernaldo de Quirós, M., ob. cit., págs. 270- 271.

<sup>80</sup> Vid. Guilarte Zapatero, V., ob. cit., pág. 1791.

<sup>81</sup> «La fianza no puede existir sin una obligación válida».

objetivas que permitan la determinación de la obligación futura que queda garantizada. «Sólo la obligación futura, determinada o indeterminada, pero determinable sin necesidad de nueva declaración de los interesados, es susceptible de afianzamiento y exigirá que, al menos, sean conocidas las partes entre quienes surgirá la obligación principal y que al constituirse la garantía concurren circunstancias objetivas para concretar el límite de ésta y el de la obligación fiada»<sup>82</sup>.

Siguiendo a Guilarte Zapatero, consideramos que la obligación futura a la que se refiere el precepto es la que propiamente se entiende como tal; esto es, inexistente en el momento de constitución de la fianza<sup>83</sup>. En este sentido, cabe hacer referencia a la Sentencia de Tribunal Supremo de fecha 23 de febrero de 2000<sup>84</sup>, relativa al contrato en virtud del cual tres fiadores solidarios garantizan las cantidades que adeude o «llegue a adeudar» al banco el deudor garantizado, cualquiera que sea el concepto de que procedan, hasta la suma de 25.000.000 de pesetas más intereses y gastos. La garantía se constituye sin limitación de tiempo, hasta que sea cancelada. Partiendo del principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del CC y del concepto del contrato de fianza, artículo 1822, y de su regulación relativa a la obligación garantizada como objeto del mismo, entiende el alto Tribunal que debe admitirse, en principio, la

---

<sup>82</sup> Guilarte Zapatero, V., ob.cit., pág. 1791.

<sup>83</sup> En este sentido, vid. STS 03/03/1947 (RJ 338\1947).

<sup>84</sup> STS núm. 148/2000 de 23 febrero (RJ 2000\1242), que además resume la doctrina mantenida por el TS en relación con la validez de fianza por deudas futuras: «la sentencia de 20 de febrero de 1987 (RJ 1987\701) considera válida la fianza por deudas futuras, de cuantía desconocida e incierta, si bien no cabe reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida; la de 10 de febrero de 1989 contempla y declara válida la fianza de las obligaciones que deriven de un contrato de arrendamiento de servicios; la de 20 de mayo de 1989 (RJ 1989\3873) reitera que el fiador sólo viene obligado al pago cuando la deuda es líquida y exigible, partiendo de la validez de la fianza de la obligación futura; la de 29 de abril de 1992 (RJ 1992\4470) destaca la posibilidad de constituir válidamente fianza por obligaciones futuras e inciertas y de cuantía desconocida y en el caso de autos no admite que tal validez alcance a obligaciones nacidas después de la muerte del fiador; la sentencia de 10 de julio de 1995 (RJ 1995\5561) declara la validez de una fianza encubierta en un préstamo y dice, literalmente, que la fianza puede llevarse a cabo por cualquiera de las formas que admite el Código Civil, lo que no impide que se desarrolle con autonomía cuando las partes así lo convinieren, difuminándose la nota de accesoriedad respecto al contrato principal. En todo caso, son constantes las sentencias que contemplan fianzas de obligaciones futuras sin plantearse siquiera el tema de su validez, que se considera indiscutible y que es práctica habitual en el tráfico mercantil».

validez de la fianza descrita, ya que no hay norma que la impida y restrinja la autonomía de la voluntad, siempre que:

- a) no se atente a la normativa sobre condiciones generales de la contratación o cláusulas abusivas, tal como aparecen reguladas en las Leyes 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (actualmente derogada y sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias);
- b) la obligación garantizada sea determinada o determinable, lo que significa, no sólo que exista la obligación y se desconozca su importe, sino también que no haya nacido la obligación y pueda nacer en el futuro, quedando determinada o determinable por fijarse —siendo este el caso más frecuente— las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan y el importe máximo de las mismas;
- c) se armonice la indeterminación de la obligación garantizada con la fianza con el carácter expreso de esta, que contempla el artículo 1827 del CC de tal modo que sólo se admite la obligación que sea determinable —no la absolutamente indeterminada— por, como mínimo, la concreción subjetiva de las partes entre quienes nacerá la obligación y por la concreción objetiva de la cuantía, aunque sólo sea como máximo.

De acuerdo con los anteriores criterios, la constitución de una fianza no requiere la existencia de una relación jurídica entre el acreedor y el deudor garantizado en el momento de afianzamiento.

La conclusión, además de tener un sólido fundamento jurídico, es coherente con la máxima que recordábamos al principio de este apartado: el derecho surge para regular los negocios habituales; no son éstos los que nacen porque lo diga el derecho. En consecuencia, en situaciones en las que la obligación, aun siendo futura y aun no proviniendo de una relación jurídica existente en este momento, puede ser concretada de tal modo que resulte innecesario un pacto posterior entre los intervinientes (quedando

«formada» y por tanto merecedora de aseguramiento), parece lógico que la constitución de fianza en garantía de obligaciones futuras esté amparada por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, a pesar de la accesoriedad característica de la fianza y la hipoteca, no podemos obviar la distinta naturaleza jurídica de garantías personales y reales. La eficacia *erga omnes* de estas últimas extiende el grupo de los posibles afectados (perjudicados) finales, pues el constituyente de la garantía no necesariamente será el que sufra las consecuencias económicas de su ejecución. Dado que la hipoteca sigue al inmueble, el propietario del mismo en el momento de ejecución hipotecaria frecuentemente será un sujeto distinto al que ha constituido la garantía pudiendo fijando las obligaciones garantizadas. La fianza, por el contrario, en la mayoría de los casos será «soportada» por el que la ha constituido inicialmente (o por lo menos ha prestado su consentimiento expreso al subrogarse en la posición contractual del fiador originario). Consecuentemente, teniendo en cuenta la relativa facilidad de cesión de la «carga aseguradora» de una hipoteca, no sería contrario al sentido común entender que la constitución de una hipoteca en garantía de obligaciones futuras requiere mayor precisión en la determinación de estas, de modo que el concepto de obligación futura del art. 1825 del CC resulta de gran ayuda al mismo análisis en el seno de la hipoteca, pero no puede ser aplicado al pie de la letra<sup>85</sup>.

#### **2.4 Determinación de obligaciones futuras: criterio de la DGRN**

A lo largo del pasado siglo la DGRN ha ido variando su criterio en relación con los diversos tipos de la hipoteca de seguridad y la hipoteca en garantía de créditos futuros en particular. Así, según adelantamos al referirnos a los efectos de la hipoteca objeto de este estudio, mientras en una primera etapa la hipoteca en garantía de créditos futuros se admitía aplicando un criterio amplio (Resoluciones de 1925 y 1933 antes citadas), a

---

<sup>85</sup> «En material de hipoteca, como la cuestión afecta al número de los derechos reales, la solución precedente puede ser de mayor rigor que la que se dé en materia de fianza» (Peña Bernaldo de Quirós, M., ob.cit., pág. 271).

finales del siglo XX se optó por una interpretación más restrictiva exigiéndose que el crédito futuro garantizado provenga de una relación jurídica preexistente; de lo contrario, tan sólo es admisible una reserva de rango en relación con un eventual, pero actual ni «no actualmente» inexistente —esto último por indeterminable siquiera hipotéticamente— derecho de crédito futuro.

Y aun cuando algunos<sup>86</sup> opinen que la anterior doctrina de la DGRN ha quebrado con la promulgación de la Ley 41/2007, que, admitiendo la constitución de hipoteca en garantía de «una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras», en relación a estas últimas tan sólo exige «la descripción general de los actos jurídicos básicos», consideramos que la cuestión no ha perdido su relevancia. En efecto, veremos que la posibilidad incorporada por la Ley 41/2007 abarca un ámbito de aplicación subjetivamente muy limitado, por lo que no determina si la constitución de una hipoteca en garantía de un crédito futuro fuera de los supuestos a los que se refiere el actual art. 153 bis de la LH requiere o no la existencia de una relación jurídica básica. A la luz de estas consideraciones iniciales, vamos a analizar la aludida doctrina de la DGRN y trataremos de formular nuestra propia tesis a este respecto.

La exigencia de la relación jurídica básica (o vínculo jurídico previo) ha sido formulada por la DGRN de forma progresiva. Como punto de inflexión hacia el criterio restrictivo se suele citar la citada Resolución de la DGRN de 4 de julio de 1984<sup>87</sup>, en la cual, al pronunciarse sobre una hipoteca constituida a favor de un banco «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 obras 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» la DGRN recuerda la necesidad, impuesta por el principio de especialidad, de determinar la naturaleza y la extensión del derecho que se inscriba, «lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen

---

<sup>86</sup> Entre otros, Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob.cit., págs. 812-813.

<sup>87</sup> RJ 1984\3851.

circunstanciadamente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.)».

Unos años más tarde, en la Resolución de 22 de marzo de 1988<sup>88</sup> de la DGRN, la presencia de la relación jurídica de la que emanarían las obligaciones futuras garantizadas se menciona como un modo de determinación de las mismas. La Resolución se refiere a una hipoteca constituida en garantía de obligaciones cambiarias sujetas a condición suspensiva, dimanantes de unas letras de cambio libradas a cargo de hipotecante —sin la designación del tomador y las fechas de su expedición y respectivo vencimiento— con el objeto de garantizar a avalistas y fiadores la responsabilidad que pudiera sobrevenirles como consecuencia de una serie de operaciones. La DGRN señala que «la admisión legal de la hipoteca en garantía de una deuda futura —que es como califica el centro directivo las obligaciones en cuestión— presupone que la relación entre el deudor y el posible acreedor deba ser identificada y tenga por sí consistencia suficiente para merecer que quepa garantizar hipotecariamente la eventual deuda en que tal relación puede desembocar». Parece, por tanto, que la indicación de la relación jurídica ya no sólo es necesaria a fin de determinar la obligación garantizada, sino que también sirve como criterio en cuanto a la probabilidad del nacimiento de la obligación principal y la consiguiente necesidad de asegurarlo.

La Resolución reina en esta materia indudablemente es la dictada el 17 de enero de 1994<sup>89</sup>, relativa a una escritura en virtud de la cual se constituía una hipoteca de máximo, no sólo en garantía de las cantidades que tuviera que satisfacer el acreedor hipotecario —una sociedad de garantía recíproca— como consecuencia de los avales ya concedidos al deudor otorgante, socio de la sociedad, sino también en garantía de cualquier operación que se formalizase en el plazo de quince años entre los mismos intervinientes.

---

<sup>88</sup> RJ 1988\2563.

<sup>89</sup> RJ 1994\239.

Aun reconociendo que literalmente la expresión «obligación futura» del art. 142 de la LH comprende cualquier deuda que no exista en el momento de constituirse la garantía hipotecaria y la necesidad de mantener un criterio flexible para responder a las necesidades de comercio, la DGRN rechaza la inscribibilidad de hipotecas «puramente futuras» —esto es, aquéllas cuya constitución depende enteramente de un futuro contrato que las partes libremente pueden o no celebrar— apuntando los siguientes argumentos a favor del requisito de un vínculo jurídico previo:

- a) Carácter accesorio de la garantía hipotecaria, lo cual implica que no puede haber hipoteca si no existe en absoluto la relación obligatoria que se pretende garantizar. La seguridad constituida en garantía de una obligación puramente futura constituiría, en opinión del centro directivo, una mera reserva del rango, «un difuso derecho real en formación- que, aunque aparece constituido en favor de un sujeto determinado (el eventual futuro acreedor) en realidad su existencia queda a la libre disposición del propietario».
- b) Perjuicio a otros acreedores por una hipoteca constituida en garantía de una obligación que el acreedor y el deudor son absolutamente libres de contraer o de no contraer. En este sentido, la DGRN entiende que la preferencia a favor de créditos futuros con respecto a aquéllos que nazcan antes que éstos, pero sean posteriores a la inscripción de la hipoteca en garantía de créditos futuros, supone una violación del orden de prelación de créditos.
- c) Antecedentes históricos de los preceptos jurídicos aplicables. En efecto, los arts. 142 y 143 de la LH provienen de la Ley Hipotecaria de 1861, cuya Exposición de Motivos justifica la admisibilidad de garantía hipotecaria de créditos futuros con la existencia de «otra obligación preliminar en que se constituye la hipoteca y que lleva implícita la necesidad o la suposición de la existencia de la segunda».
- d) Peligro que representa la hipoteca en garantía de obligaciones puramente futuras desde el punto de vista comercial. De ser admitida la hipoteca en garantía del saldo resultante, en un determinado período, de las operaciones que entre Banco y cliente puedan, con total libertad, concertarse o no en el futuro, «se propiciaría que las diversas entidades encadenaran a sus clientes con la constitución de hipoteca sobre sus bienes en previsión de las eventuales operaciones futuras» (con

lo que el crédito territorial del propietario quedaría agotado y con ello su libertad para negociar con otras entidades). En este sentido, se apunta que el bloqueo patrimonial que supone la garantía anticipada conlleva, en primer lugar, una pérdida de valor de mercado del inmueble que no se corresponde con ningún beneficio actual (pues el acreedor no está obligado a conceder el crédito). En segundo lugar, el deudor que constituye una hipoteca asegurando obligaciones futuras sacrifica las oportunidades de mejores ofertas contractuales que en el futuro hubiera podido percibir de un tercero, las cuales no se le harán precisamente por la existencia de la hipoteca que, al sustraer del alcance de los acreedores posteriores el inmueble hipotecado (hasta un determinado máximo), aumenta el riesgo de insolvencia del deudor frente a terceros<sup>90</sup>.

- e) Por último, la cancelación de las llamadas hipotecas de máximo en garantía de distintas deudas enteramente futuras exigiría difíciles pruebas de hechos negativos, lo que equivaldría prácticamente a que formalmente se perpetuasen cargas inexistentes con la consiguiente perturbación del tráfico y del crédito.

En consideración de los argumentos expuestos y apoyándose en la interpretación que la doctrina común italiana da al art. 2852 del código civil italiano (relativo a hipotecas constituidas en garantía de créditos condicionales y futuros)<sup>91</sup>, la DGRN se pronuncia a favor de un criterio restrictivo y entiende que la hipoteca del art. 142 de la LH «es la que se constituya en garantía de los créditos que puedan eventualmente nacer de una relación jurídica ya básica existente y que jurídicamente vincula ya al eventual deudor».

En consecuencia, una *conditio sine qua non* a la garantía hipotecaria de una obligación futura es, a juicio de la DGRN, una relación jurídica básica que, o bien vincule al deudor ya en el momento de la constitución de la garantía hipotecaria, de modo que el

---

<sup>90</sup> Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob.cit., págs. 874-879. La autora rechaza el primer argumento señalando que la existencia de una garantía anticipada es una invitación para conceder crédito y no puede ser calificada como un vínculo inútil perjudicial para el deudor.

<sup>91</sup> «Art. 2852 Grado dell'ipoteca  
L'ipoteca prende grado dal momento della sua iscrizione, anche se è iscritta per un credito condizionale. La stessa norma si applica per i crediti che possano eventualmente nascere in dipendenza di un rapporto già esistente».

nacimiento de la concreta obligación asegurada depende de la sola voluntad de una de las partes; o bien implique deberes respecto del posible acreedor cuya infracción dé lugar al nacimiento de la concreta obligación garantizada. Intentando adelantarse a las posibles críticas de la interpretación expuesta, el centro directivo señala que en cualquiera de estos supuestos la obligación seguirá siendo futura, pues realmente empezará a existir cuando en ella se den todos los requisitos (sujetos, prestación, contenido) que la estructuran como tal obligación en sentido técnico.

El mismo criterio<sup>92</sup> se reitera posteriormente en la Resolución de 11 de enero de 1995<sup>93</sup>, relativa a una hipoteca de máximo constituida en garantía de cuantas obligaciones tengan contraídas los prestatarios con el banco en la fecha de la escritura y las que contraigan dentro del término de 5 años en operaciones de índole determinada. La DGRN señala que las obligaciones futuras que se pretenden garantizar «no son las que puedan derivar como vicisitud eventual de una relación jurídica previa sino las que en un futuro queden constituidas *ex novo* por libre decisión individualizada de acreedor y deudor», por lo que, de acuerdo con la doctrina expuesta en la Resolución de 17 de enero de 1994, no procede la inscripción de la hipoteca.

La exigencia, claramente limitativa de la libertad contractual, ha sido sometida a arduas críticas doctrinales, al entender, en contra de la opinión de la DGRN, que la hipoteca en garantía de obligaciones futuras del art. 142 de la LH no requiere una relación jurídica previa. Los argumentos en apoyo de esta tesis son los siguientes<sup>94</sup>:

- a) La literalidad de la ley, que admite «la hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura» que puede llegar a no «a contraerse» (arts. 142 y 143 de la LH y arts. 232 y 238 del RH).
- b) Solución analógica en el seno de la fianza (que explicamos en el apartado anterior).

---

<sup>92</sup> En el mismo sentido, vid. Resoluciones de la DGRN de 7 de junio de 1999 (RJ 1999\4740), 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6275) y 18 de enero de 2005 (RJ 2005\1108).

<sup>93</sup> RJ 1995\186.

<sup>94</sup> Peña Bernaldo de Quirós, M.: *Derechos reales...*, ob. cit., pág. 269.

- c) La doctrina sobre la admisibilidad de las reservas de rango. Si, cumplidas las condiciones exigidas en el art. 241, el hipotecante puede consentir la posposición de rango a favor de una hipoteca de futura constitución, ¿por qué no va a poder constituir directamente una hipoteca anticipada al nacimiento del crédito?<sup>95</sup>
- d) La necesidad —reconocida por la propia DGRN— de dar a las hipotecas «la flexibilidad que requieren las necesidades del comercio».

También se afirma que la referencia a la «obligación preliminar» incluida en la Exposición de Motivos de la LH 1861 no constituye un precedente histórico, pues no sólo no pasó a la redacción definitiva del art. 142 de la LH 1861, sino que, además, ningún autor de la época interpretó esta alusión en el sentido de que la obligación preliminar fuera un requisito para la válida constitución de la hipoteca. Y lo que es todavía más importante: la existencia de una relación jurídica de la que va a provenir la obligación futura no permite entender satisfecho el requisito de la accesoriidad de la hipoteca, pues la relación de accesoriidad sólo se produce entre el derecho del acreedor garantizado (a ejecutar la hipoteca) y la deuda exigida e incumplida por el deudor. La accesoriidad de la hipoteca significa que el incumplimiento constituye una *conditio iuris* de eficacia del derecho del acreedor a realizar la finca. «De hecho, el contenido que normalmente tenga el derecho del acreedor garantizado una vez que el mismo sea eficaz (por haberse producido incumplimiento) no se determina *per relationem* con la relación jurídica de la que iba a nacer la obligación (en efecto, las garantías no son

---

<sup>95</sup> Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob.cit., págs. 873-874, donde apunta que la constitución de la hipoteca en estos supuestos no produce daño para los potenciales acreedores, «porque la publicidad del gravamen asegura una información suficiente sobre la existencia de la afección en garantía y el montante máximo en que la misma va a ser oponible. Si, pese a ello, otro acreedor concediera crédito sin garantías y, tras el incumplimiento, obtuviese posteriormente una anotación de embargo que, <...>, debería ser pospuesta a la hipoteca aunque el crédito garantizado todavía no hubiera nacido, es cierto que la posición de este acreedor estaría totalmente debilitada <...>. El acreedor que, a pesar de la existencia del gravamen, concede crédito conformándose con la responsabilidad patrimonial del deudor ex. Art. 1911 CC, no puede pretenderse dañado a posteriori por el hecho de no haber utilizado los medios que el Ordenamiento pone a su disposición para evitar el riesgo patrimonial de su deudor. Desde otro punto de vista, no puede decirse que sea más o menos justo que un partícipe en el mercado del crédito adquiera preferencia antes que otro, porque precisamente el sistema de preferencia de créditos permite que el deudor consiente la constitución de una hipoteca beneficie a los acreedores que libremente elija. Al sistema le basta con que los terceros (también los potenciales acreedores) estén informados sobre la existencia del gravamen».

acesorias de relaciones jurídicas), es más, ni siquiera se determina *per relationem* con la obligación garantizada, sino tan sólo con la medida en que ésta se haya incumplido»<sup>96</sup>.

Consecuentemente, la existencia de una relación jurídica previa no hace más probable el nacimiento del crédito futuro, que puede seguir siendo puramente aleatorio y eventual. «Aunque exista una relación jurídica subyacente, la posibilidad de que la obligación futura nazca es tan remota como en el caso de obligaciones puramente futuras, pues, en la práctica es tan contingente que un deudor incurra en mora con su acreedor como que concierte con él una nueva operación». Y es que la aleatoriedad y la eventualidad caracterizaban igualmente otras obligaciones cuya garantía era permitida por la DGRN<sup>97</sup>.

El principio de especialidad, por su parte, exige que la obligación garantizada sea determinada o determinable, de modo que se sepa (sobre todo, para que lo sepan los terceros) cuál será la obligación garantizada por la hipoteca constituida sobre determinados inmuebles. Ello se alcanza definiendo las líneas fundamentales que definen la relación jurídica entre deudor y acreedor de la que surgirá esa obligación, pero no precisa que dicha relación exista ya desde ese momento. Si la relación predeterminada no surge, tampoco surgirá la obligación; en caso de que surja, determinará el ámbito en el que podrá nacer (o no) la obligación garantizada<sup>98</sup>. Por último, tampoco resulta de gran utilidad el argumento basado en el derecho civil italiano (art. 2852 del *Codice Civile*), que hace referencia expresa al «rapporto già esistente». El hecho de que el CC no haga mención de dicha exigencia podría ser interpretado en el sentido de que, a diferencia del derecho civil italiano, el español no lo requiere.

---

<sup>96</sup> Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob.cit., págs. 813-814.

<sup>97</sup> AA.VV. (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Thomson Aranzadi, 2ª edic., 2006, pág. 2142; Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob.cit., págs. 813-815.

<sup>98</sup> Sáenz de Jubera Higuero, B.: *Relación entre el crédito y la hipoteca...*, ob. cit., pág. 235.

En consideración de los argumentos expuestos, consideramos que antes de la promulgación de la Ley 41/2007, la constitución de una garantía hipotecaria para la seguridad de una obligación futura estaba amparada por el derecho aun no proviniendo esta última de una relación jurídica existente en el momento de la inscripción de la hipoteca, al no contribuir dicho requisito ni a un mejor cumplimiento del principio de accesoriedad, ni ser exigible en aras del cumplimiento del principio de especialidad. Ahora bien, de acuerdo con el nuevo art. 153 bis de la LH, se admite la constitución de hipoteca en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, siendo suficiente que se especifique en la escritura de constitución de la hipoteca y se haga constar en la inscripción de la misma, entre otros extremos, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas. No se exige, por tanto, que exista un vínculo jurídico previo entre las partes para la constitución de hipotecas flotantes a favor de las entidades financieras y administraciones públicas.

Sin perjuicio de que analicemos la hipoteca flotante y el concepto de los «actos jurídicos básicos» más adelante, cabe destacar aquí dos dudas interpretativas que plantea el artículo en cuestión. Por una parte, el reconocimiento legal expreso de la hipoteca de máximo en un ámbito de aplicación estrictamente limitado —pues tan sólo puede constituirse a favor de entidades financieras y administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social— lleva a la pregunta de si puede constituirse una hipoteca de máximo en garantía de una obligación futura a cuando se trate de un acreedor distinto a los especificados en el artículo en cuestión. Por otra parte, admitiendo dicha posibilidad, cabe preguntarse si la hipoteca estará sujeta, por analogía, a los requisitos del art. 153 bis de la LH. Y si es que no es así, cabría volver al art. 142 de la LH y determinar nuevamente si es necesaria o no la existencia de una relación jurídica básica.

En cuanto a la primera duda, se entiende que lo que se admite no es la hipoteca de máximo, de cuya cabida bajo el derecho español ya no parece haber dudas, sino la

hipoteca flotante, siendo la primera una cualidad de esta<sup>99</sup>. Lo que induce a confusión es la mención de «una o diversas obligaciones»: ¿dónde está la flotabilidad en el caso de hipoteca constituida en garantía de una sola obligación futura?<sup>100</sup> Entendemos que la redacción del artículo citado no limita la posibilidad de constituir una hipoteca de máximo en garantía de una obligación futura a las relaciones con acreedores especificados en el precepto: ¿qué sentido tendría, si no, el art. 142 de la LH? Ahora bien, ¿hará falta especificar la relación jurídica previa en este caso? ¿Bastará, por analogía del art. 153 bis, con la descripción del acto jurídico básico?

La doctrina de la DGRN no parece haber cambiado fuera de los supuestos señalados en el art. 153 bis. En efecto, en la Resolución de 27 de marzo de 2008<sup>101</sup> (posterior, por tanto, a la entrada en vigor de la Ley 41/2007), en relación con una hipoteca inversa, el centro directivo vuelve a afirmar que la hipoteca «puede constituirse <...> en garantía de una obligación futura o sujeta a condición (artículo 142 de la Ley Hipotecaria), pero también en esta hipótesis es preciso identificar, al tiempo de su constitución, la relación jurídica básica de la que derive la obligación que se pretende asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento, en su caso, y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria»<sup>102</sup>. Cabe entender, por tanto, que la constitución de hipoteca en garantía de una obligación futura al amparo del art. 142 de la LH siempre requiere, a juicio de la DGRN, la existencia de una relación jurídica previa.

Tal y como explicamos en páginas anteriores, no consideramos necesaria la concurrencia de dicho requisito. Existiendo una razón justificativa suficiente, aun cuando ésta todavía no esté materializada en una relación jurídica, la constitución de hipoteca en garantía de una obligación futura debe admitirse. Es cierto que en la

---

<sup>99</sup> Fernández de Córdova Carlos, I.: «*La hipoteca global*», en AA.VV. (coord. Pérez de Madrid Carreras, V.): *Hacia un nuevo derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Ed. Academia Sevillana del Notariado, Consejo General, Madrid, 2008, pág. 207.

<sup>100</sup> Eso mismo se pregunta Azofra, F., en «*Hipotecas Flotantes*», ob.cit., pág. 1193.

<sup>101</sup> RJ 2008\8278.

<sup>102</sup> El mismo criterio se emplea en las Resoluciones de 1 de marzo de 2008 (RJ 2008\2794), 14 de mayo de 2008 (RJ 2008\8279) y 16 de mayo de 2008 (RJ 2008\3154).

mayoría de los casos en la práctica dicha garantía estará sometida al art. 153 bis y sus exigencias simplificadas. Pero existen operadores del tráfico jurídico distintos a los especificados en el precepto. A este respecto, cabe mencionar, a modo de ejemplo, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, que provee de cobertura legal a la actividad financiadora desempeñada por personas distintas a las entidades de crédito. De acuerdo con nuestro criterio, las hipotecas en garantía de obligaciones futuras a favor de tales sujetos deberían admitirse aun cuando en el momento de inscripción en el Registro no exista ninguna relación jurídica entre las partes interesadas.

### 3 HIPOTECA EN GARANTÍA DE CUENTAS CORRIENTES DE CRÉDITO

#### 3.1 Régimen y consideraciones generales

La hipoteca constituida en garantía de saldo final de una cuenta corriente de crédito constituye uno de los dos supuestos típicos de garantía hipotecaria de una obligación futura. De hecho, antes de la reforma hipotecaria de 1909 sólo podían constituirse tales hipotecas, carentes de régimen legal propio por aquel entonces, al amparo de los arts. 142 y 143<sup>103</sup> de la Ley Hipotecaria. Implantada en España con el objeto de ofrecer una mayor flexibilidad, facilitando su aplicación en forma comercial, como medio especialmente destinado a desarrollar el crédito con aplicación a la industria y a la agricultura<sup>104</sup>, la hipoteca por cuentas corrientes ha sufrido una importante evolución

---

<sup>103</sup> Aunque, según apuntan Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J. en *Derecho Hipotecario*, ob. cit., pág. 388, dichos preceptos eran «a todas luces insuficientes a este objeto».

<sup>104</sup> Vid. La Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909.

A este respecto, cabe destacar que estas hipotecas no eran muy habituales en la práctica en sus inicios, pues los bancos solían abrir créditos en cuenta corriente bien a base de la solvencia del prestatario, bien con garantía mobiliaria, mediante pignoración de valores (vid. Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, ob.cit., pág. 389), evitando de este modo la inmovilización del activo.

Por otra parte, el escepticismo relativo a la gradual «impersonalización» del crédito y la necesidad de acudir a la garantía inmobiliaria se percibe del discurso *Del crédito hipotecario, su carácter, instituciones de crédito hipotecario, aplicaciones á nuestro país*, leído en la Universidad Central en 1867 por Montaldo y Reges, J., que recuerda que «el crédito, como dicen economistas distinguidos, es la confianza, <...>. Hoy luchan el capital y el inmueble; se ha abusado del crédito; ha desaparecido la confianza; todo son inquietudes y temores» (accesible a través del enlace

flexibilizadora<sup>105</sup> a lo largo del siglo XX y hoy día es relativamente frecuente en la práctica.

La hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito es la que se constituye en seguridad del saldo definitivo resultante de la liquidación de apertura de crédito en cuenta corriente —un contrato consensual en virtud del cual una de las partes (generalmente, una entidad de crédito) «se obliga por tiempo fijo y cantidad máxima, a poner a disposición de la otra una suma de dinero, de la cual ésta podrá disponer de una vez o en fracciones, ya directamente, ya mediante operaciones que permitan obtenerlo, con facultad de reembolso a voluntad durante el tiempo prefijado, y de volver a disponer de él nuevamente, y así sucesivamente, procediéndose, una vez transcurrido dicho plazo, a la liquidación de la cuenta, al objeto de determinar el saldo definitivo a restituir, si lo hay»<sup>106</sup>. Consecuentemente, el crédito asegurado por esta hipoteca consiste en el saldo definitivo resultante de la ejecución del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente. Dado que el importe del crédito garantizado es desconocido en el momento de constituirse la hipoteca, ésta responde a la naturaleza de la hipoteca de máximo<sup>107</sup>.

Aun cuando el prestamista esté obligado, desde el momento de la firma del contrato y cumpliendo el prestatario las condiciones establecidas en el mismo, a prestar el dinero

---

[http://cisne.sim.ucm.es/search~S6\\*spl?/Xhipotecario&searchscope=6&SORT=DX/Xhipotecario&searchscope=6&SORT=DX&extended=0&SUBKEY=hipotecario/397%2C420%2C420%2CB/frameset&FF=Xhipotecario&searchscope=6&SORT=DX&401%2C401%2C](http://cisne.sim.ucm.es/search~S6*spl?/Xhipotecario&searchscope=6&SORT=DX/Xhipotecario&searchscope=6&SORT=DX&extended=0&SUBKEY=hipotecario/397%2C420%2C420%2CB/frameset&FF=Xhipotecario&searchscope=6&SORT=DX&401%2C401%2C)

<sup>105</sup> Así, según se señala en la Resolución de la DGRN de 27 de abril de 1945 (RJ 1945\590), «frente a las restricciones y rígidas formalidades que para su prórroga establecía el artículo 153 dictado como consecuencia de aquella Ley [de 1909], el Reglamento Hipotecario de 1915, recogiendo las enseñanzas de la práctica y orientaciones de la doctrina, suavizó considerablemente el precepto legal, y dando un paso más, la novísima Ley Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 también se ocupa de la regulación de estas hipotecas y establece interesantes novedades en determinados aspectos».

<sup>106</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002\117462).

<sup>107</sup> Por esta razón, no estará sujeta al art. 153 de la LH la hipoteca constituida en garantía de una deuda preexistente por un importe determinado que no es sino consecuencia del saldo negativo que arroja un crédito en cuenta corriente anteriormente concertado, saldo deudor que se enjuga mediante el apunte contable de la suma garantizada mediante la hipoteca, en cuya escritura constitutiva se establece el plazo para la devolución del importe ya dispuesto (STS núm. 470/2005, de 7 de junio (RJ 2005\4425)).

que se le solicite dentro del límite máximo predeterminado, la obligación de devolver los importes prestados no surge hasta la entrega efectiva de estos, de modo que, en el momento de la firma del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente y el de la inscripción de la hipoteca, puede que no exista todavía ninguna obligación a cargo del prestatario (pues, al no haber dispuesto de ningún importe, aún no debe nada). Consecuentemente, esta hipoteca asegura la obligación futura de devolver el saldo resultante de la cuenta<sup>108</sup>.

Esta hipoteca se encuentra regulada en el art. 153 de la LH, de acuerdo con el cual «podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable, y caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta».

El tenor literal de la norma no parece contemplar la posibilidad de que esta se utilice para constituir hipotecas en garantía de aperturas de crédito simples u obligaciones derivadas de contratos de cuenta corriente. El artículo se refiere a cuentas corrientes de crédito y, además, a la devolución del saldo de la cuenta, como si ésta fuera la obligación garantizada, que sustituye, por novación, a las que han sido incluidas en la cuenta<sup>109</sup>. No obstante, precisamente por entender que lo determinante de este tipo de garantía es la autonomía de la exigibilidad del saldo, y considerando que este se presenta con independencia de la causa concreta de los cargos o de los abonos

---

<sup>108</sup> No cabe confundir el contrato de crédito en cuenta corriente con otras figuras afines —el contrato de cuenta corriente y el de la apertura de crédito simple. «El contrato de cuenta corriente, es un pacto por el que dos partes estipulan que los créditos que puedan nacer de sus relaciones de negocios perderán, al entrar en la cuenta, su individualidad propia, para convertirse en simples partidas del Debe o el Haber, de tal modo que el saldo en que se fundan sea el único exigible en la época convenida. El contrato de apertura de crédito simple es el mismo contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, pero desprovisto de la facultad de efectuar reembolsos parciales, lo que impide su contabilización en forma de cuenta corriente. Así pues, el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente constituye una figura intermedia entre el contrato de cuenta corriente y el de apertura de crédito simple» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002\117462)).

<sup>109</sup> Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob.cit., pág. 824.

efectuados en la cuenta, la DGRN resta importancia al fundamento de dicha exigibilidad y admite la utilización de este tipo de garantía en aperturas de crédito simple e incluso contratos de cuenta corriente<sup>110</sup>.

Sin discutir la conveniencia de una interpretación extensiva de las normas a fin de favorecer el tráfico jurídico, considero criticable que ello dé lugar a la banalización de referencias empleadas por el legislador<sup>111</sup>. La diferencia entre la hipoteca en garantía de crédito simple y la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito ha sido destacada por la propia DGRN en la Resolución dictada el de 28 de febrero de 1933 (RJ 1933\88), señalando que aunque al constituirse una y otras hipotecas falta generalmente el «debitum», estando «in pendentis» mientras se contrae o no la relación obligatoria, en las de crédito simple, en las que se garantiza el tráfico mercantil por operaciones separadas, nace el débito cuando se realiza la operación; no produciéndose en las constituidas en garantía de crédito en cuenta corriente hasta cada saldo de la cuenta, «porque durante la vida de ésta sus fluctuaciones se confunden en ella, sin que las remesas por medio de letras u otras formas de giro que pudieran existir produzcan otros efectos que el característico de su unión, sin influencia en su modalidad, condicionada al saldo en cuanto a la garantía hipotecaria». Se trata, en definitiva, de operaciones de naturaleza y funcionamiento distintos.

En la apertura de crédito simple, el acreditado estará desprovisto de la facultad de efectuar reembolsos parciales y por tanto no habrá «cuenta corriente» en el sentido del art. 153 de la LH: se dispondrá del crédito, en una o varias ocasiones, y la obligación de

---

<sup>110</sup> Según apunta la DGRN en la Resolución de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9722), «solamente cuando la cuenta bancaria aparece como instrumento contable de una relación contractual, ya de apertura de crédito ya de cuenta corriente, deviene exigible el saldo resultante de modo autónomo, con independencia de la causa concreta de los cargos o de los abonos efectuados en aquélla: tal exigibilidad se funda, entonces, en un convenio previo por el que o bien una de las partes concede crédito a la otra hasta cierto límite, de modo que al irse destinado aquél al pago de otras obligaciones del acreditado con el concedente, éstas se extinguen total o parcialmente, quedando únicamente el deber de restituir el importe dispuesto de ese nuevo crédito abierto, o bien, ambas partes deciden que las recíprocas relaciones de crédito entre ellos pierdan, al ser recogidas en la cuenta, su exigibilidad aislada, y sean sustituidas en el momento del cierre por la obligación nueva correspondiente al saldo resultante y a cargo de quien aparezca en la posición deficitaria».

<sup>111</sup> Vid. Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob. cit., pág. 824.

devolución del saldo dispuesto habrá surgido del propio hecho de disponer (no siendo necesario que el saldo, «fluctuante» hasta un determinado momento, devenga exigible de modo autónomo con respecto a las disposiciones efectuadas). La hipoteca en garantía de crédito simple asegurará, por tanto, una obligación futura de las contempladas en los arts. 142 y 143 de la LH, y no una de las reguladas en el art. 153 de la LH<sup>112</sup>, cuyo objeto será *el saldo resultante de la liquidación* de una cuenta corriente, esto es, una obligación independiente, novatoria de las disposiciones individuales efectuadas. Mientras la existencia de la obligación asegurada dependerá, en el primer caso, de que el acreditado haya dispuesto de los fondos que el acreedor se obligó a poner a su disposición, en el segundo supuesto será preciso que, al cierre de la cuenta, el saldo de la misma resulte adverso al deudor. Entendemos, en definitiva, que aunque en cualquiera de los anteriores supuestos se trata de hipoteca de una obligación futura, sólo la constituida en garantía de un crédito concedido en cuenta corriente debería sujetarse, además del régimen general (arts. 142 y 143 de la LH), al régimen específico del art. 153 de la LH<sup>113</sup>.

Lo cierto es que, a pesar de la literalidad del precepto en cuestión, el mismo ha sido utilizado para dar cobertura a todo tipo de contrato de concesión de crédito en el cual la constatación final del saldo adeudado produce un efecto novatorio de las diversas obligaciones que han dado lugar al mismo, aunque cabe destacar que el mero hecho de que el préstamo, de acuerdo con el contrato, no deba reembolsarse hasta el término o vencimiento final, no significa en modo alguno que nos encontremos ante una cuenta corriente de crédito y de que la hipoteca lo sea de máximo<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> En este sentido, vid. Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, ob. cit., págs. 386- 387.

<sup>113</sup> El hecho de que se haya pactado que el importe de la obligación asegurada se determinaría en su día por el saldo que resulte de los libros de contabilidad de la entidad de crédito aproxima la hipoteca constituida en garantía de diversas operaciones bancarias a la hipoteca de cuentas corrientes de crédito (pues tanto la primera como la segunda sólo podrán ejercitarse, respecto del saldo deudor, en un momento determinado), pero no significa que la primera esté sujeta al art. 153 de la LH en todos sus extremos (vid. Resolución de la DGRN de 16 junio 1936 (RJ 1936\1544)).

<sup>114</sup> Resolución de la DGRN núm. 2/2007 de 21 diciembre (RJ 2008\2086).

Así, para el contrato de cuenta corriente, será necesario que el contrato expresamente prevea que las respectivas relaciones de crédito existentes entre las partes perderán su exigibilidad individual al ser incluidas (mediante novación extintiva) en la cuenta, de modo que la hipoteca tan sólo garantice el pago del saldo resultante de la liquidación de la cuenta al final del período determinado. En el caso de que el saldo final resulte a favor del deudor hipotecario, la obligación futura no se habrá contraído, y la hipoteca quedará extinguida<sup>115</sup>.

El art. 153 de la LH establece una serie de requisitos a observar en la constitución de esta hipoteca. Así, la escritura (y, consecuentemente, la inscripción) deberá indicar: (i) la cantidad máxima de la que responde la finca; (ii) el plazo de duración de la cuenta, indicando si es prorrogable o no, así como la duración de la prórroga (en su caso); (iii) los plazos de liquidación de la cuenta; y (iv) el sistema por el que se acredite la existencia y cuantía del saldo final de la cuenta.

La cantidad máxima —requisito indispensable en toda hipoteca de máximo—, comprende los intereses del crédito<sup>116</sup>. Cabe señalar, no obstante, que en la medida en que se cumpla la exigencia de la refundición en una sola obligación de los débitos y cargos que se asienten en la cuenta, perdiendo así su autonomía y exigibilidad aislada, la hipoteca en garantía del contrato de crédito en cuenta corriente permite un amplio juego a la autonomía de la voluntad, también en relación con los intereses. En efecto, «del mismo modo que nada obsta a la fijación de plazos o instrumentos para la disponibilidad, al señalamiento de cuantías mínimas para cada disposición o amortización, el establecimiento de liquidaciones periódicas, de reducciones o ampliaciones del límite del crédito disponible, etc., nada impide que en materia de intereses se fije no sólo la forma y tiempo de liquidarlos, sino también <...> que los mismos se configuren como créditos independientes aunque accesorios del principal, no

---

<sup>115</sup> Pretel Serrano, J.J.: «*La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (Examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2000)*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 661, septiembre- octubre 2000, pág. 2843.

<sup>116</sup> Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, ob.cit., págs. 391- 392.

asentables en la cuenta y exigibles con independencia del saldo de la misma o, por el contrario, se convenga en que se integren como una partida más a los efectos de contabilizarlos para fijar el saldo de liquidación perdiendo así su relativa autonomía»<sup>117</sup>. En lo que respecta a los intereses de demora, constituyen una obligación nueva, no susceptible de incluirse en el saldo de la cuenta ni siquiera en el caso de que no se hubiera agotado su límite de disponibilidad.

El plazo, que actualmente no está sujeto a límite alguno<sup>118</sup>, se refiere a la determinación del saldo exigible, y no cabe confundirlo con el plazo de duración del mismo derecho de hipoteca<sup>119</sup>. La exigencia de que se indique si existe o no la posibilidad de prórroga (y, en su caso, la duración de la misma), responde a la necesidad de que los terceros conozcan exactamente no solo la cantidad máxima de que responde la finca, sino también el plazo máximo de tiempo que puede estar respondiendo. La utilización de la prórroga supondrá la eliminación de la incertidumbre acerca del plazo (es decir, quedará claro que será el máximo pactado). El establecimiento de una nueva prórroga, no prevista inicialmente, supondrá la pérdida de la prioridad de rango de la hipoteca prorrogada. En efecto, dada la relevancia del momento de cierre de la cuenta a los efectos de determinar la cuantía de la obligación garantizada (que será el saldo que se adeude precisamente en este momento), la modificación del mismo cambia la obligación principal en su esencia, y no puede perjudicar (a no ser que lo consientan) a titulares de cargas posteriores<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> Resolución de la DGRN de 16 de junio de 1999 (RJ 1999\4379).

<sup>118</sup> No era así en la redacción inicial del art. 153 de la LH, de acuerdo con el plazo indicado en la escritura no podía ser superior a tres años, aunque podía prorrogarse por plazos que no excediesen del tiempo indicado mediante convenio entre acreedor y deudor instrumentado mediante escritura pública (Pretel Serrano, J.J., ob. cit., pág. 2847).

<sup>119</sup> Según apunta la DGRN en la Resolución de 18 de mayo de 1992 (RJ 1999\4184), relativa a la escritura de constitución de hipoteca que establece un plazo improrrogable de un año, «no se ha hecho más que dar cumplimiento a lo establecido para las hipotecas de máximo en el párr. 1.º del art. 153 de la Ley, en donde al vencimiento del plazo o, en su caso, de la prórroga, puede el acreedor no reintegrado de su crédito utilizar la acción hipotecaria para hacer valer su derecho y, por ello, si se procediera a cancelar la hipoteca al transcurrir dicho plazo -por estimarlo de caducidad-, quedaría sin poderlos ejercer el acreedor que dispone de un plazo de veinte años hasta tanto no prescriba la acción hipotecaria -art. 128 de la Ley».

<sup>120</sup> Vid. Cordero Lobato, E. *en Tratado...*, ob.cit., pág. 826, Pretel Serrano, J.J., ob. cit., págs. 2846-2849.

El sistema de acreditación de la existencia e importe del saldo final de la cuenta no tiene que ser necesariamente uno de los que indica el art. 153 de la LH<sup>121</sup>. Ahora bien, tan sólo estos dos podrán servir a los efectos de ejecución mediante el procedimiento judicial sumario, por lo que (i) «los interesados llevarán una libreta de ejemplares duplicados: uno en poder del que adquiere la hipoteca y otro en el del que la otorga, en los cuales, al tiempo de todo cobro o entrega se hará constar, con aprobación y firma de ambos interesados, cada uno de los asientos de la cuenta corriente» (pár. 4 del art. 153 de la LH); o (ii) «en las cuentas corrientes abiertas por los Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de crédito debidamente autorizadas, podrá convenirse que, a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo puede acreditarse mediante una certificación de la Entidad acreedora», en cuyo caso el deudor, una vez se le notifique judicial o notarialmente el extracto de la cuenta, podrá alegar error o falsedad dentro de los ocho días siguientes.

Aparte los requisitos apuntados, algunos autores señalan la exigencia de que se haga constar en la escritura la clase de operaciones mediante las cuales se puede utilizar el crédito abierto en cuenta corriente<sup>122</sup>. A este respecto, cabe recordar que la obligación garantizada por este tipo de hipoteca es la de restitución del saldo resultante de la liquidación de la cuenta, y no las diversas obligaciones cuya refundición en la cuenta da lugar a dicho saldo final. A diferencia de la hipoteca flotante, cuya ejecución no precisa ningún acuerdo novatorio de las diversas obligaciones garantizadas, las cuales, además, no necesariamente estarán relacionadas entre sí (por lo que resultará necesaria la indicación de los actos jurídicos básicos que puedan dar lugar a las obligaciones garantizadas), la constituida en virtud del art. 153 de la LH garantiza una sola obligación, esto es, la derivada de la concesión de crédito instrumentalizado en cuenta corriente (sea cual sea la finalidad de cada una de las disposiciones).

---

<sup>121</sup> Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, ob.cit., pág. 394; Sáenz de Jubera Higuero, *Relación entre el crédito y la hipoteca*, ob. cit., pág. 278.

<sup>122</sup> Esto apunta, aunque sin indicar qué autores son, Sáenz de Jubera Higuero, B.: *Relación entre el crédito y la hipoteca*, ob. cit., págs. 278- 279).

Por ello, cuando el Banco esté obligado a hacer prestaciones distintas a la entrega del numerario, que permitan al cliente o acreditado obtener dinero (por ejemplo, descuento de letras, aceptación de letras, avales o fianzas, órdenes de pago, etc.), será necesaria la especificación de la clase de operaciones mediante las cuales se puede utilizar el crédito abierto en cuenta corriente<sup>123</sup>, pues mermaría la seguridad jurídica el hecho de que cualesquiera obligaciones que tenga el acreditado frente al acreedor hipotecario se entendiesen cubiertas por la hipoteca sólo por el hecho de que exista una cuenta corriente en la que el acreedor pudiese asentar cualesquiera saldos debidos. Ello no impide, a nuestro juicio, que con posterioridad a la firma del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente alguna de las deudas derivadas de operaciones distintas a la disposición del numerario a cargo de la cuenta corriente se asiente en la cuenta corriente, siempre que medie un acuerdo expreso de novación extintiva relativo precisamente a esta obligación.

Como conclusión de lo expuesto hasta este momento en relación con este tipo de hipoteca, cabe resumir que constituye un ejemplo de garantía hipotecaria constituida para la seguridad de una obligación futura, con la peculiaridad de que la obligación futura garantizada se determina mediante la liquidación del saldo al final del plazo estipulado en la escritura. En comparación con la hipoteca en garantía de una obligación futura sujeta sólo a los arts. 142 y 143 de la LH, la del art. 153 de la LH, (i) Será más acorde con la exigencia de una relación jurídica básica reiterada por la DGRN, pues la obligación futura garantizada efectivamente provendrá, de una relación jurídica existente en el momento de constituirse la garantía— normalmente, un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente; y (ii) será menos respetuosa, según veremos más adelante, con el principio de accesoriedad, porque el hecho de que la hipoteca garantice tan sólo el pago del saldo final (sin que fuese necesario detallar los actos que darán lugar a los abonos y adeudos constitutivos de dicho saldo) permite «colar» bajo el paraguas de la garantía disposiciones de crédito efectuadas con objetivos y en circunstancias muy diversas.

---

<sup>123</sup> Vid. Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, ob.cit., págs. 393-394.

### 3.2 Crédito abierto con garantía hipotecaria

Un buen ejemplo de lo mucho que puede abarcar la hipoteca del art. 153 de la LH —por lo menos desde el punto de vista del propio deudor— es el llamado «crédito abierto» (o «hipoteca abierta»), modalidad que permite al acreditado ir disponiendo del crédito hipotecario cuando quiera, en la cantidad y sobre todo para la finalidad que desee, pudiendo, además, volver a disponer nuevamente del dinero amortizado o utilizar el aún no dispuesto (por lo que dicho crédito suele calificarse como *revolving*<sup>124</sup>). Así, después de adquirir una vivienda, y en la medida en que haya amortizado parte del importe recibido del banco para su adquisición, el acreditado podrá volver a disponer del crédito cuando quiera renovar la casa, cambiarse de coche, pagar la universidad de sus hijos, o igual decida comprarse (después de muchos años, eso sí) una casita de la playa —lo dicho, cualquier finalidad que se le ocurra<sup>125</sup>.

El contrato de crédito abierto garantizado con hipoteca responde a una doble finalidad económico-jurídica: por una parte, permite una utilización del capital dispuesto más acorde con las necesidades económicas del acreditado, pues cada una de las disposiciones puede tener un destino distinto y una configuración autónoma (en lo que se refiere al tipo de interés y el plazo de amortización). En segundo lugar, la reducción paulatina del límite de concesión de crédito a medida que vaya acercándose el vencimiento final, así como la posibilidad de vencimiento anticipado de la totalidad del crédito abierto en el caso de impago de alguna de las disposiciones evita el riesgo que conlleva la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito «convencional», que obliga al acreedor mantener abierta la cuenta durante el tiempo estipulado, con el riesgo

---

<sup>124</sup> Ingl., giratorio.

<sup>125</sup> El límite de la línea de crédito normalmente se determinará tomando un porcentaje del valor de la tasación de la vivienda (el 75%, por ejemplo) y restándole el importe pendiente de amortizar de lo ya dispuesto. Así, por ejemplo, si la casa vale 100.000€, y el acreditado todavía debe al banco 40.000€ por su adquisición, podrá volver a disponer de los 35.000€ restantes (los cuales han sido devueltos o no se han dispuesto) ([http://www.federalreserve.gov/pubs/equity/equity\\_english.htm](http://www.federalreserve.gov/pubs/equity/equity_english.htm)).

de que el acreditado pueda disponer de la totalidad del crédito hasta el último momento<sup>126</sup>.

Como notas propias del crédito abierto con garantía hipotecaria podríamos destacar las siguientes<sup>127</sup>:

- a) Existencia de una relación crediticia entre el cliente y una entidad de crédito, en el marco de la cual surgirán deudas a favor de esta última.
- b) En ocasiones, a fin de evitar que el banco tenga que proceder judicialmente contra su cliente en caso de incumplimiento, la cobertura del crédito se extiende, mediante la concesión de nuevo plazo, a obligaciones ya contraídas.
- c) Las deudas que vayan surgiendo se cargan en la cuenta corriente y, a partir de dicho momento, comienzan a devengar los intereses pactados en el contrato.
- d) Normalmente se pacta que sea el acreedor hipotecario quien decida, vigente el contrato, las deudas a cargar en la cuenta.
- e) También es frecuente que se pacte la exigibilidad de cualquiera de estas deudas hasta el momento del cierre de la cuenta.
- f) Finalizado el plazo del contrato de crédito abierto en cuenta corriente, resultará un saldo —cero si el cliente no ha dispuesto del crédito o lo ha reembolsado— el cual será exigible el día del cierre, que es lo que al fin y al cabo asegura la hipoteca.

Desde el año 2000, el recurso al crédito abierto (*home equity line of credit*, o *HELOC*) ha sido bastante frecuente en los EE.UU<sup>128</sup>. De hecho, el abuso de dicha figura es considerado como uno de los factores detonantes de la crisis económica mundial, teniendo en cuenta que, desde la perspectiva económico-financiera, el producto en

---

<sup>126</sup> Gómez Gállego, F.J.: «*Estudio sobre las modernas figuras de crédito abierto garantizado con hipoteca*», en AA.VV. (coord. Gimeno y Gómez-Lafuente, J.L.): *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Ed. Marcial Pons, 1995, Madrid, pág. 806.

<sup>127</sup> Bellod Fernández de Palencia, E.: *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000, págs. 21-22.

<sup>128</sup> La figura, basada en la idea de liquidez conseguida a cargo de un inmueble, tiene un uso bastante extendido. Así, por ejemplo, se conoce como *home-Equity Kreditlinie* o *hypotheken-kreditlinie* en Alemania, *hypothèque ouverte* en Francia o *atvira kredito linija* en Lituania.

cuestión entraña un elevado riesgo debido a su exposición a las fluctuaciones de los tipos de interés<sup>129</sup>. Asimismo, en el supuesto de la caída del valor del inmueble, que es precisamente lo que ha ido sucediendo en los últimos años, el acreditante suele tener la posibilidad (pactada en el contrato) de impedir el uso del capital no dispuesto. Como consecuencia, en el contexto marcado por los precios de la vivienda en caída libre, el paro y la morosidad, muchos hogares se han encontrado desprovistos de la financiación que creían haber contratado; y no la tenían precisamente en el momento que más la necesitaban<sup>130</sup>.

Sin perjuicio de las consideraciones económicas, sociales e incluso de índole moral, lo que concierne aquí es el régimen aplicable a la hipoteca constituida en garantía de dicho crédito: ¿será la de los arts. 142 y 143, la del art. 153 o la flotante del art. 153 bis de la LH? La respuesta inevitablemente dependerá de la naturaleza jurídica de la figura en cuestión.

Siguiendo a Roca Sastre<sup>131</sup>, cabe hablar de cuatro tesis en torno a la figura de crédito abierto: (a) La tesis de que se trata de un contrato innominado; (b) La que sostiene que es propiamente un préstamo hipotecario; (c) La tesis del contrato atípico; y (d) La que considera que se trata de una refundición de la hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito y de préstamos normales. A nuestros efectos (esto es, a fin de determinar el régimen aplicable a la garantía hipotecaria) y conforme al criterio seguido por Roca Sastre, entendemos que se trata de una cuenta de crédito, en cuanto «concede al acreditado una determinada disponibilidad de dinero, que puede hacer efectiva en una o sucesivas veces».

La propia entidad originadora de esta modalidad de financiación en España, la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa)<sup>132</sup>, la define como un crédito hipotecario,

---

<sup>129</sup> Cabe tener en cuenta que el producto en cuestión puede ser tanto a interés fijo como variable.

<sup>130</sup> [http://www.mtgprofessor.com/a%20-%20second%20mortgages/what\\_is\\_a\\_heloc.htm](http://www.mtgprofessor.com/a%20-%20second%20mortgages/what_is_a_heloc.htm).

<sup>131</sup> Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, ob.cit., págs. 90-97.

<sup>132</sup> La primera operación de crédito abierto en España se formalizó en el mes de mayo de 1993.

que, pudiendo ser tanto a interés fijo como variable, permite disponer nuevamente de parte del capital amortizado<sup>133</sup>. Ahora bien, esta configuración del producto (como crédito) no impide que el mismo se vea sujeto a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. En efecto, a juicio del Servicio de Reclamaciones del Banco de España<sup>134</sup>, «con arreglo al nuevo criterio sobre el particular de la Dirección General de Registros y del Notariado, las entidades no pueden negarse a la solicitud de subrogación de créditos hipotecarios, de conformidad con el procedimiento y los beneficios previstos en la Ley 2/1994, interesada por sus clientes, debiendo no obstante advertirle que la Agencia Estatal Tributaria no admite la aplicación de los beneficios fiscales previstos en esa norma».

Lo característico del crédito abierto, sin embargo, no son sus disposiciones *revolving* (recordemos que la posibilidad de volver a disponer de lo amortizado también caracteriza la apertura de crédito en cuenta corriente —aunque es cierto que ésta es más típica de un empresario mercantil que de un consumidor), sino la forma en la que se procede a su devolución, pues, a diferencia de la cuenta corriente comercial, en la que el saldo adeudado se abona de golpe una vez líquido (es decir, lo dispuesto se devuelve íntegramente al final de cada período liquidatorio), la amortización del crédito abierto se asemeja a la de un *préstamo* hipotecario —*palabra terrible*, en opinión de Roca Sastre, en este contexto— pues se efectúa mediante el pago de cuotas mensuales que comprenden amortización de capital e intereses<sup>135</sup>.

A este respecto, en línea con las opiniones manifestadas en relación con este producto en el mercado, cabe reconocer que, aún cuando el crédito abierto se ofrezca al cliente como medio idóneo para poder hacer realidad sus «proyectos tanto actuales como futuros», se trata de un producto complejo en cuanto a su funcionamiento. Su flexibilidad —el mayor atractivo para el que lo contrata— se traduce en una fórmula de

---

<sup>133</sup> [http://portal.lacaixa.es/prestamoshipotecas/hipotecaabierta\\_es.html](http://portal.lacaixa.es/prestamoshipotecas/hipotecaabierta_es.html) .

<sup>134</sup> Consulta C-200903395, incluida en la memoria del Servicio de Reclamaciones del año 2009 (disponible en [www.bde.es](http://www.bde.es)).

<sup>135</sup> Roca Sastre, R. M<sup>a</sup>., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, ob.cit., pág. 88.

cálculo de cuotas de amortización difícilmente comprensible para el cliente, que muchas veces se encontrará con la sorpresa de que, después de haber ido «amortizando» el crédito durante un tiempo considerable, la deuda casi supera la inicial (en el supuesto de que se haya vuelto a disponer del capital amortizado). Cabe apuntar, sin embargo, que en la medida en que la información proporcionada al cliente a este respecto se ajuste a las exigencias de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, la hipoteca abierta, aun cuando el cliente no entienda a fondo su funcionamiento, estará acorde con las buenas prácticas bancarias<sup>136</sup>.

Lo que garantiza la hipoteca del crédito abierto no es, sin embargo, el pago de las cuotas de amortización en su consideración como tales, sino la obligación de devolución del saldo final. Sería sumamente erróneo sostener que dicha obligación es una obligación presente, sometida a la condición de que el acreditado disponga de todo o parte del crédito sin reembolsarlo en su totalidad<sup>137</sup>, pues, en contra de la prohibición que establece el art. 1115 del CC, el cumplimiento de dicha condición dependería de la exclusiva voluntad del deudor. Ni condicional ni tampoco presente, pues, aun cuando el contrato mediante el que se concierte el crédito abierto desde el primer momento dará lugar a ciertas obligaciones a cargo de las dos partes (así, el acreedor — normalmente una entidad de crédito— estará obligado a poner a disposición del acreditado el importe del crédito, mientras este último deberá pagar las comisiones pactadas), la obligación de devolución del saldo resultante de la liquidación de la cuenta va a surgir hasta el final del término fijado, momento hasta el que será imposible saber si el acreedor se ha reintegrado del saldo de la cuenta o si, en cambio, finalmente surge la obligación de devolverlo a cargo del acreditado.

---

<sup>136</sup> Sin entrar a analizar el contenido de dicha Circular, el cual se encuentra fuera del ámbito de este trabajo, consideramos conveniente apuntar que de acuerdo con el apartado 11 de la Norma Sexta, el contrato de «crédito abierto» deberá especificar «el importe, número y periodicidad o fecha de los pagos que el deudor deba realizar a la entidad para el reembolso del crédito y el pago de los intereses, comisiones y gastos repercutibles, así como el importe total de esos pagos, cuando sea posible. No será necesario incluir dicha información en las operaciones sin vencimiento o cuadro de amortización determinado. En las concertadas a tipo variable bastará incluir la información relativa al período en que se aplique el tipo de interés inicial; esa información se renovará con cada actualización del tipo».

<sup>137</sup> Eso sostiene Bellod Fernández de Palencia, ob. cit., pág. 82.

La configuración individual de cada disposición lo es a efectos puramente contables e incluso puede ser relevante con respecto a la operación de crédito en su totalidad (pues la falta de pago de alguna amortización o disposición puede dar lugar al vencimiento anticipado del crédito abierto, con cierre y liquidación de la cuenta), pero en ningún caso se puede pretender el desenvolvimiento sustantivo autónomo de cada disposición realizada ni su exigibilidad, por lo que no cabe el vencimiento anticipado de la disposición individual, ni un plazo de vencimiento que exceda del plazo de vencimiento total, ni el embargo o cesión de los derechos derivados de cada disposición con independencia del total, ni tampoco unas garantías propias separadas del crédito abierto<sup>138</sup>.

El contrato de crédito abierto se caracteriza por su unicidad causal, que se instrumenta por medio de una serie de obligaciones a cargo de las dos partes a lo largo de la vida del contrato. Dicha unicidad es de tal modo que hace innecesario el pacto novatorio expreso, pues más que tratarse de diversas obligaciones que deban perder su virtualidad en el momento del cierre de la cuenta, se trata de cumplimiento fraccionado de un único contrato. Por ello, a diferencia de la apertura de crédito en cuenta corriente (que permite, si es que así se pacta expresamente, diversas formas de disponibilidad), la disponibilidad de crédito abierto tan sólo puede ser en numerario (pues en caso contrario romperíamos la unicidad causal)<sup>139</sup>.

Dicha unicidad causal justifica el contrato en cuestión ante los principios de accesoriedad y de especialidad, en cuanto que la hipoteca se constituye en garantía de la obligación de devolución del saldo resultante de la ejecución del contrato de cuenta corriente (que no de cualquiera de las disposiciones realizadas en el marco del mismo), obligación futura e indefinida en cuanto a su importe. Por consiguiente, desde el punto

---

<sup>138</sup> Gómez Gállego, F.J.: «*Estudio...*», ob. cit., pág. 807.

<sup>139</sup> En sentido contrario, Bellod Fernández de Palencia, E., ob.cit., pág. 21, al apuntar que «no es necesario la disposición en numerario de la cantidad acreditada porque puede disponerse de la misma en virtud de pólizas, cheques, letras... en general cualquier operación que se califique de crédito».

de vista formal, la hipoteca estaría sujeta y conforme al art. 153 de la LH, pues aseguraría una cuenta corriente de crédito (aunque con un modo de amortización peculiar) y podrá servir de recurso al acreedor si al vencimiento definitivo del término fijado no se hubiere reintegrado del saldo de la cuenta.

Ahora bien, llama la atención el hecho de que las disposiciones a cargo del crédito abierto no estén sujetas a ningún límite en cuanto a su finalidad. Así, tal y como apuntábamos al principio del presente capítulo, pueden utilizarse tanto para la adquisición de un coche como para la reforma del inmueble objeto de la garantía real. Teniendo en cuenta que la vivienda normalmente constituye el principal activo del consumidor, lo lógico sería que el crédito abierto se utilizara para adquisiciones de cierto valor sustancial (así, la educación, mejoras en el inmueble, etc.)<sup>140</sup>, y no para cualesquiera necesidades diarias del hogar (la compra de un frigorífico, por ejemplo), pues, además de que, el impago de cualesquiera cuotas de amortización (independientemente de lo pequeñas que sean) formalmente puede dar lugar (aunque ello parece poco probable en la práctica) al vencimiento anticipado de la obligación de amortizar la totalidad del crédito, la diversidad de características individuales que puede tener cada disposición desvirtúa el contrato de crédito abierto desde el punto de vista material. No es lo mismo pedir crédito para realizar unas obras en casa, lo cual aumenta a la vez el valor del inmueble (y, por consiguiente, refuerza la garantía del crédito) que pedirlo para un viaje de vuelta al mundo (que no sólo no aumenta la solvencia del deudor, sino que entraña el riesgo de que este sufra algún accidente y pierda o vea significativamente disminuida su capacidad de devolver la deuda).

Entendemos, por tanto, que la unicidad causal de la operación en su conjunto debería verse reflejada en cada una de sus disposiciones, no sólo desde el punto de vista formal (así, la existencia de un límite mínimo de cada disposición, la disponibilidad tan sólo en forma del numerario), sino también desde el sustantivo, viéndose reflejado en la

---

<sup>140</sup> En este sentido, véase la información que proporciona sobre los HELOCs la página web del Sistema de Reserva Federal (*Federal Reserve System*, informalmente *FED*) de los EE.UU.: [http://www.federalreserve.gov/pubs/equity/equity\\_english.htm](http://www.federalreserve.gov/pubs/equity/equity_english.htm).

finalidad de las mismas. En el momento en que la adquisición de la vivienda, el colegio de los niños, el coche, las vacaciones en el Caribe, la casita de la playa y los gastos del médico estén cubiertos por el mismo crédito abierto, podremos decir que, efectivamente, tenemos hipotecado el futuro.

A fin de no desvirtualizar los principios de accesoriedad y de especialidad en estos casos, habría que acudir directamente a la hipoteca flotante del art. 153 bis de la LH — otro supuesto típico de la garantía hipotecaria de obligaciones futuras— que no precisa de una relación obligatoria única en la que confluya toda la operación de crédito que se garantiza. Lo garantizado con la hipoteca flotante ya no será el saldo de la cuenta bancaria, sino las particulares obligaciones que sean anotadas a su vencimiento, por lo que la cuenta no será el instrumento contable de una sola operación, sino potencialmente de muchas.

#### **4 HIPOTECA FLOTANTE DEL ART. 153 BIS DE LA LEY HIPOTECARIA**

##### **4.1 Consideraciones generales: fundamento y régimen de la hipoteca flotante**

Del funcionamiento del mercado hipotecario depende la financiación de la vivienda, que representa alrededor de dos tercios del valor de la riqueza total de los hogares en España y condiciona sus decisiones de consumo e inversión. Al mismo tiempo, el crédito hipotecario tiene un gran peso en el balance de las entidades de crédito y supone más de la mitad del total del crédito al sector privado residente. Estas consideraciones, entre otras, han servido de fundamento a la Ley 41/2007, referida al mercado hipotecario y centrada en la eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos y a la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, de modo que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos y la mejora de los instrumentos de financiación<sup>141</sup>.

La necesidad de una reforma de flexibilización del mercado hipotecario se veía resaltada por la exigencia derivada de la integración de los mercados hipotecarios

---

<sup>141</sup> Exposición de Motivos de la Ley 41/2007.

Europeos. En este sentido, el Libro Blanco del Crédito Hipotecario Europeo, presentado por la Comisión el 18 de diciembre de 2007, en consideración de los beneficios de una mayor integración y los obstáculos que impiden la creación de un mercado hipotecario único, representa la propuesta de una nueva garantía inmobiliaria europea. La nota más característica de la misma, a base de la *Grundschild* alemana, es la abstracción, pues se caracteriza por ser un derecho real limitado, no accesorio, y puede constituirse incluso a favor del propietario del bien gravado independientemente de un crédito personal al que garantiza. Aun sin llegar a tal extremo, la reforma instrumentada a través de la Ley 41/2007 supuso un cambio importante en el mercado hipotecario español.

El Capítulo VI de la Ley 41/2007 regula las hipotecas de máximo —también denominadas doctrinalmente como «flotantes»<sup>142</sup>. Debido a las exigencias de los principios de accesoriedad y determinación, antes de la promulgación de la Ley aquellas hipotecas en las que eran diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclaban obligaciones presentes y futuras estaban excluidas del ordenamiento jurídico español como hipotecas ordinarias o de tráfico<sup>143</sup>, por lo que debían constituirse necesariamente tantas hipotecas como obligaciones que se pretendía garantizar, lo que, además de encarecer la operación, era poco competitivo en la práctica bancaria. La reforma de la LH instrumentada mediante la Ley 41/2007 otorga reconocimiento legal expreso a hipotecas de máximo en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas, con la única exigencia de que se especifique en la escritura de constitución de la hipoteca y en la inscripción, su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones

---

<sup>142</sup> Resulta de interés destacar que el significado que tiene el término «*floating charge*» en el derecho anglosajón es distinto al que le ha asignado el derecho español, pues la indeterminabilidad de la figura jurídica anglosajona se refiere, no a las obligaciones garantizadas, sino a los bienes gravados, de modo que la garantía se constituye sobre un conjunto variable de activos de una sociedad de capital, los cuales «flotan» (varían) hasta que la hipoteca se convierte en «fija» (*fixed charge*), quedando constituida con respecto a bienes determinados. Dicha transformación (*crystallisation*) normalmente podrá ser provocada, entre otras circunstancias, por el incumplimiento del deudor. [http://www.companylawclub.co.uk/topics/fixed\\_and\\_floating\\_charges.shtml](http://www.companylawclub.co.uk/topics/fixed_and_floating_charges.shtml).

<sup>143</sup> Aunque, según asegura Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob. cit., pág. 857, la hipoteca flotante no ha nacido al tráfico con esta consagración legal, que tiene como fin corregir los resultados a los que había llegado la DGRN en sus Resoluciones relativas a esta modalidad hipotecaria.

garantizadas, la cifra máxima de que responde la finca, el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado. Se permite, asimismo, que en el título se pacte que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en la escritura, y que la hipoteca pueda ejecutarse de acuerdo con lo previsto en los arts. 129, 153 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

A diferencia de la hipoteca que contempla el art. 153 de la LH, la constitución de la hipoteca flotante no precisa una relación obligatoria única en la que confluya toda la operación de crédito que se garantiza. Además, el acreedor beneficiario de una hipoteca flotante no se obliga a conceder crédito, ni tampoco la eventual anotación contable se practica con la intención de aplazar la exigibilidad de las obligaciones anotadas (notas características, según ya comentamos, de la hipoteca del art. 153 de la LH). En definitiva, lo que garantiza una hipoteca global no es el saldo de la cuenta bancaria (o, dicho de otro modo, la obligación —una sola— de reintegrarlo), sino las particulares obligaciones que sean anotadas a su vencimiento, de modo que la cuenta ya no es el instrumento contable de una sola operación, sino potencialmente de muchas (y no necesariamente relacionadas entre sí). De ahí que, en la flotante, la cesión de alguno de los créditos descritos en la cláusula de globalización no determina una cesión de la hipoteca; la extinción de alguno de ellos tampoco implicaría la extinción de la hipoteca. La ejecución (incluso parcial) de la hipoteca flotante determinaría su extinción total, y no sólo parcial, como ocurriría en la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito<sup>144</sup>.

---

<sup>144</sup> Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob.cit., págs. 819 y 859.

Las diferencias apuntadas explican la inadmisibilidad de la hipoteca flotante antes de la entrada en vigor de la Ley 41/2007. «Como ha dicho esta Dirección General en Resoluciones de 23 diciembre 1987, 3 octubre 1991 y 6 junio 1998 si se quiere que obligaciones distintas, que lo siguen siendo, reciban cobertura hipotecaria, ha de constituirse una garantía individualizada para cada una de ellas, en consonancia con el mantenimiento de su autonomía jurídica, y no una hipoteca única, pues la simple reunión contable de diversas operaciones de crédito carece de virtualidad suficiente para procurar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, que representará 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, cuya autonomía y régimen jurídico específico se mantiene inalteradas sin más correcciones que las debidas al pago compensatorio, por lo que no procede la cobertura hipotecaria de los saldos, sino el

Las hipotecas flotantes son, por tanto, aquellas que, se limitan a establecer una especie de reserva registral, de tal manera que por su determinación plena, permiten al acreedor, a posteriori, fijar el tipo de obligación que quedará cubierta mediante la hipoteca constituida, la cual se dice que «flota» sobre el patrimonio del deudor<sup>145</sup>. De este modo, la cifra de la responsabilidad hipotecaria puede servir de garantía genérica (global) a una pluralidad de obligaciones presentes y/ o futuras.

Tal y como aludimos anteriormente, la inscripción de la hipoteca flotante está sujeta a un estricto requisito subjetivo, esto es, tan sólo puede ser constituida a favor de las entidades financieras a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario<sup>146</sup>, y las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social. El legislador justifica la conveniencia de dicha limitación subjetiva haciendo referencia a la especial normativa de supervisión a la que están sometidas las entidades en cuestión. A este respecto, cabe destacar la

---

aseguramiento separado de cada una de las concretas relaciones crediticias que lo determinan» (Resolución de la DGRN de 24 de julio de 1998 (RJ 1998\5979)).

En la Resolución dictada el 12 de marzo de 2003 (RJ 2003\3950), aun apuntando que la relación jurídica básica de la que deriva la obligación que se pretende asegurar está (en principio) perfectamente identificada al tiempo de la constitución de la hipoteca, la DGRN estima que al asegurarse las obligaciones que nacen de tres prestamos convenidos por una misma entidad de crédito con sendas sociedades, y aun pactándose que el vencimiento de cualquiera de las obligaciones provocará el de las restantes —de modo que se pretende unificarlas mediante la cuenta corriente cuyo saldo determina el importe de la deuda que en caso de ejecución de la hipoteca se podrá reclamar— resulta insuficiente la unificación que se desprende del título presentado, a la luz de la reiterada doctrina de la DGRN (Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9722), 3 de octubre de 1991 (RJ 1991\7491), 11 de enero de 1995 (RJ 1995\186), 6 de junio de 1998 (RJ 1998\5226) y 7 de junio (RJ 1999\4740) y 27 de julio de 1999 (RJ 1999\6083)), «toda vez que el mero pacto por el que se dispone que el vencimiento de una de las obligaciones implique el de las restantes —que, por lo demás, sólo se incluye "a efectos hipotecarios"— carece de virtualidad para que, desde entonces, pierdan aquéllas su exigibilidad aislada y sean sustituidas con pleno alcance novatorio por una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante, que pudiera por sí sostener la garantía hipotecaria».

<sup>145</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12ª) núm. 751/2008, de 22 de octubre (JUR\2009\122118), al estimar que no puede considerarse como flotante la hipoteca con respecto a la cual se establece que la cuantía de la deuda se determinará, o bien de común acuerdo entre los implicados, o bien a través de un proceso judicial, quedando de este modo fijados los procedimientos a seguir para determinar la cuantía de la deuda (por lo que dicha prerrogativa no queda al arbitrio exclusivo del acreedor).

<sup>146</sup> (i) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito; (ii) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros; (iii) las cooperativas de crédito; y (iv) los establecimientos financieros de crédito.

distinta expresión legal utilizada en el modo de describir las obligaciones asegurables a favor de cada tipo de acreedor, pues parece que pudiendo ser diversas y presentes o futuras las obligaciones garantizadas a favor de las entidades financieras, no se definen con la misma amplitud las obligaciones frente a las administraciones públicas. En efecto, la falta de declaración expresa de la posibilidad de garantizar créditos futuros a favor de estas (que sí se hace con respecto a la hipoteca flotante bancaria), junto con la mención en el apartado (b) de la titularidad de los créditos garantizados («podrá constituirse una hipoteca de máximo <...> a favor de las administraciones públicas *titulares* de créditos tributarios o de la Seguridad Social») induce a la conclusión de que no cabe hipoteca flotante a favor de administraciones públicas en garantía de obligaciones futuras<sup>147</sup>. La restricción en cuanto al prestamista autorizado para esta hipoteca no viene acompañada por una previsión expresa del prestatario objetivo de la misma, aunque ello fue intentado durante la tramitación de la Ley 41/2007 en el Senado<sup>148</sup>.

La particular condición del acreedor hipotecario justifica la atenuación de exigencias formales de la constitución de la garantía. En primer lugar, se exige que conste en la escritura «la cantidad máxima de que responde la finca», pues resultaría inadmisibles que a la indeterminabilidad de la obligación garantizada se uniese la del gravamen hipotecario. Consecuentemente, aun cuando la cobertura puede garantizar a una pluralidad de obligaciones inicialmente indeterminadas, se exige un único máximo común, que actuará como signo invisible de la corporeidad del gravamen ante los

---

<sup>147</sup> En este sentido, vid. Azofra, A., ob.cit., pág. 1194.

En sentido contrario, vid. Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob. cit., pág. 889), al considerar que también pueden asegurarse créditos de esta clase que sean futuros, «no sólo porque otra conclusión sería injustificable (<...> ¿Y por qué sólo créditos nacidos?), sino además porque la conclusión se desprende de los términos en que se expresa el párr. II del art. 153 bis LH, aplicable a toda hipoteca flotante. En contra de la opinión de Azofra, F., la autora también considera, posible que la administración pública efectúe la liquidación unilateral de la deuda si así se ha pactado, al entender que esta posibilidad legal no es más que una concreción de la regulada con carácter general en el art. 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para toda ejecución.

<sup>148</sup> Una de las enmiendas propuestas al Proyecto de la referida Ley consistía en la adición del siguiente inciso a su Preámbulo: «Estas hipotecas estarán destinadas a financiar actividades empresariales, especialmente de pymes, autónomos y profesionales, que pueden encontrar en este instrumento una vía de acceso más segura y económica a las diversas modalidades de crédito».

terceros. La responsabilidad no tiene que estar distribuida entre los varios créditos garantizados— lo contrario privaría a la hipoteca flotante de sus mayores potencialidades, la «de servir como campo fértil para la generación de crédito futuro, al imponer a las partes estimar las condiciones de relaciones jurídicas aún siquiera planteadas preliminarmente»<sup>149</sup>.

Tampoco resulta necesaria la distribución de la responsabilidad global entre las diversas partidas de principal, intereses ordinarios y de demora. Ante el argumento de que ello habría sido conveniente en aras del cumplimiento de la limitación de aseguramiento de intereses en perjuicio de terceros establecida en el art. 114 de la LH (al entender que, a diferencia de lo que sucede con la hipoteca en garantía de cuentas corrientes, dicha limitación resulta aplicable a la flotante)<sup>150</sup>, cabe señalar que el art. 153 bis es congruente con el art. 12 de la LH, que insiste en que en la inscripción deberá consignarse bien el «importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados», bien «el importe máximo de responsabilidad hipotecaria». Sólo razones operativas (asegurar el cobro tras el cierre de la cuenta), pero no estructurales (al tratarse de obligaciones directamente integrables en la cobertura) obligarán a fijar adicionalmente un máximo para los intereses de demora que se devenguen tras el cierre de la cuenta y para las costas y gastos de ejecución hipotecaria. Por lo demás, no debería resultar aplicable a la hipoteca flotante la limitación impuesta por el art. 114 de la LH<sup>151</sup>.

La escritura de constitución de la hipoteca flotante también debe especificar «el plazo de duración de la hipoteca», que comprenderá las eventuales prórrogas. Mientras en la hipoteca ordinaria o de tráfico, el principio de accesoriedad o bien hace innecesaria la fijación de plazo alguno de duración para la hipoteca (pues esta sigue la del crédito), o bien, si se quiere sujetarla a plazo, obliga a prever para ella un vencimiento no anterior al de la obligación asegurada<sup>152</sup>, con respecto a la duración de la hipoteca global se

---

<sup>149</sup> Azofra, A., ob.cit., pág. 1210.

<sup>150</sup> El argumento es defendido por Azofra, F., ob.cit., pág. 1210.

<sup>151</sup> Fernández de Córdova Carlos, I., ob.cit., pág. 242.

<sup>152</sup> Vid. Resolución de 22 de junio de 1995 (RJ 1995\5329) en relación con el señalamiento de plazo y su interpretación, ya que puede tratarse de un plazo de duración de la hipoteca misma con el alcance de

planteaban dos posibilidades: o admitir el aseguramiento por plazo indefinido (pero con la posibilidad de desistimiento unilateral por cualquiera de las partes), u obligar a estas a establecer un plazo máximo de duración de la cobertura.

Optando por la segunda de las dos alternativas, el legislador ha introducido un mecanismo de caducidad de estas garantías, que facilita la cancelación de su inscripción por vía del art. 82.2 de la LH. Llegado el plazo determinado, el derecho de la hipoteca flotante queda extinguido *ipso iure*, sin necesidad de que lo consienta el titular del derecho inscrito y sin importar si consta o no en el Registro un asiento revelador de una conducta ejecutiva por parte del acreedor, ni si se ha efectuado nota marginal de conformidad con el art. 143 de la LH<sup>153</sup>. Este plazo no debe confundirse con el de duración de la relación de aseguramiento que se fija con referencia a las obligaciones objeto de la cobertura, quedando aseguradas todas las que nazcan en un cierto plazo. Aun siendo posible (y, según comentamos en relación con el art. 153 de la LH, conveniente), éste no constituye un plazo de «duración de la hipoteca», pues la hipoteca no se extingue con la llegada del término.

La configuración del requisito temporal ha sido criticada por la ausencia de un plazo máximo de duración de la cobertura, al entender que dicho límite sería coherente con los propósitos de la norma encaminada a preservar los intereses del deudor y del mercado de crédito en su conjunto (evitando el aprovechamiento monopolista de la capacidad de crédito del deudor tenga una duración excesiva y probablemente injustificada, teniendo en cuenta que el acreedor garantizado no tiene la obligación de conceder el crédito)<sup>154</sup>.

---

que vencido el mismo queda totalmente extinguido el derecho real de hipoteca, o del margen temporal en que debe surgir la obligación para que quede garantizado con la hipoteca, que permite el ejercicio de la acción hipotecaria una vez nacida la obligación, salvo que hubiera prescrito, aun cuando haya vencido aquél.

<sup>153</sup> Azofra, F., ob.cit., págs. 1206-1208; Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob. cit., págs. 890-891.

<sup>154</sup> Vid. Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob. cit., pág. 890.

La plena eficacia de la hipoteca flotante no requiere ningún pacto novatorio de las obligaciones garantizadas, siendo esta la principal característica que diferencia esta garantía de la hipoteca que asegura un crédito abierto. Tampoco existe en la flotante un previo contrato de concesión de crédito del que pueda disponerse libremente<sup>155</sup>. Ahora bien, la exigencia de determinación de «forma de cálculo del saldo final líquido garantizado» hace precisa la refundición de estas a efectos hipotecarios (sin necesidad de hacerlo también a efectos civiles mediante novación). En consecuencia, aun cuando cada una de las obligaciones descritas de acuerdo con el art. 153 bis de la LH se considerará individualmente garantizada con la hipoteca, la ejecución de esta precisará un único saldo final líquido. Por este motivo normalmente se prevé la creación de una cuenta en la que se instrumentarán, anotarán, contablemente todas las obligaciones que se incluyan en la cobertura hipotecaria; ello no significa, sin embargo, que estas vayan a ir extinguiéndose como tales para integrarse en una obligación final única (que es lo que sucede en supuesto del art. 153 de la LH). La integración se produce tan solo a efectos de ejecución hipotecaria.

Dado que las obligaciones garantizadas pueden ser «de cualquier clase», cabe la posibilidad de garantizar créditos pertenecientes a varios acreedores, sean parciarios o solidarios; sea desde el acto constitutivo de la hipoteca, sea como consecuencia de la cesión o subrogación parcial en alguno de los créditos garantizados. Las obligaciones garantizadas pueden ser presentes o futuras, sin que fuese necesario que tengan una conexión causal entre sí. Al lado de créditos futuros y/ o en algún aspecto indeterminados, pueden garantizarse con la flotante créditos líquidos, vencidos y exigibles<sup>156</sup>.

Sin lugar a duda, la admisión de la hipoteca flotante constituye una nueva muestra de la flexibilidad del principio de accesoriedad, pero en ningún caso significa su supresión<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> Sáenz de Jubera Higuero, B.: *Relación entre el crédito y la hipoteca...*, ob. cit., pág. 283.

<sup>156</sup> Azofra, F., ob.cit., pág. 1195.

<sup>157</sup> «La accesoriedad de la flotante, aunque matizada, existe, y ello haría imposible, por ejemplo, constituirla en garantía de “todos los créditos que surjan entre acreedor y deudor” sin más precisión, ni siquiera de “operaciones regulares del negocio bancario”. Se hace imprescindible identificar,

En la práctica, al igual que otras modalidades de las hipotecas de seguridad, la flotante se muestra todavía más accesoria que la hipoteca de tráfico. La vaga determinación de la obligación garantizada —pues una cláusula de *globalización*, en cuanto tal, no puede determinar las obligaciones objeto de la cobertura sino en términos generales— hace necesaria prueba extrarregistral de lo no inscrito, por lo que, para ejecutar la garantía, el acreedor deberá acreditar el nacimiento de la obligación, así como su incumplimiento. En ningún momento podrá la hipoteca desvincularse de la obligación garantizada; esta última, determinada tan sólo en cuanto a sus características básicas, siempre quedará al margen del alcance de la fe pública registral.

La relativa indeterminación de las obligaciones garantizadas no puede llegar hasta el extremo de hacer necesaria la prueba, ya no sólo en relación con el nacimiento y la existencia de la obligación principal, sino también con respecto al ámbito de la cobertura global. Resultaría inadmisibles que, además de la existencia de su derecho de crédito, el acreedor tuviera que probar que el mismo se halla cubierto por la hipoteca. Para cumplir las exigencias del principio de accesoriedad, la garantía debe nacer para la seguridad de una obligación principal, y si ésta es todavía inexistente, debe estar lo suficientemente determinada (existir y ser identificable al menos en el plano hipotético) como para justificar la constitución de la garantía. Es decir, la posibilidad de garantizar obligaciones futuras puras —y ya no una, sino varias, sin que fuese necesario que tengan conexión alguna entre sí— será coherente con las exigencias del principio de accesoriedad en la medida en que las obligaciones objeto de la cobertura puedan considerarse determinadas. Mientras sea así, no hará falta ningún pacto novatorio (refunditivo) de las mismas (que es lo que sucede, según comprobamos, con cada una de las disposiciones a cargo de una cuenta corriente de crédito) y cada una de las obligaciones individuales integradas en la cobertura será objeto de la garantía

---

cuando menos, el o los actos o negocios jurídicos de que puede derivar la deuda (aunque el artículo se refiera solamente a actos jurídicos básicos), la “indicación remotísima de la deuda”, a que se refería González Martínez. No se advierte dificultad para garantizar obligaciones de largo tracto (y ésta puede ser, en la práctica, la hipótesis más usual)» (Azofra, F., ob. cit., pág. 1198).

hipotecaria global, constituida, tal y como exige el art. 1857 del CC, para asegurar el cumplimiento de una serie de obligaciones principales.

De acuerdo con este planteamiento, la hipoteca quedaría extinguida al extinguirse (o devenir imposible que se contraigan) las obligaciones garantizadas (todas ellas). Si el nacimiento de relaciones jurídicas futuras precisa del consentimiento del deudor y del acreedor, la mera exclusión firme e irrevocable por las partes (o de una de ellas) de su voluntad de perfeccionar esas relaciones jurídicas hace imposible su nacimiento y, con ello, el devengo de las obligaciones futuras acordadas<sup>158</sup>. El mantenimiento de la garantía en estas circunstancias (es decir, cuando las obligaciones garantizadas no existen ni siquiera hipotéticamente) resultaría incompatible con la exigencia de accesoriedad. Por el mismo motivo, la nulidad de los créditos garantizados (de todos ellos), determinaría la nulidad de la hipoteca<sup>159</sup>. Por último, la extinción parcial de las obligaciones garantizadas (nuevamente, de todas ellas) también afecta a la hipoteca, que podrá ser parcialmente cancelada<sup>160</sup>. La extinción parcial de alguna de las obligaciones garantizadas, pero no de todas, por el contrario, no se traslada a la hipoteca, dada la «indiferenciabilidad» de esta garantía y la regla de la indivisibilidad propia de la hipoteca<sup>161</sup>.

Cabe concluir, en consecuencia, que tanto la constitución como la extinción de la garantía hipotecaria estarán vinculadas a la existencia y la extinción, respectivamente (aunque ello se produzca en un plano meramente hipotético), de determinadas obligaciones garantizadas, respetándose en todo momento la naturaleza accesorio de la garantía. Ahora bien, no podemos obviar el hecho de que aun cuando las obligaciones

---

<sup>158</sup> Azofra, F., ob.cit., pág. 1199.

<sup>159</sup> «La demanda de nulidad del préstamo hipotecario por estar incurso en la Ley de Usura permite asegurar los resultados del juicio mediante su anotación preventiva al amparo del art. 42, núm. 1, de la Ley Hipotecaria, porque aunque se trata de una acción personal en cuanto persigue anular un contrato tiene trascendencia jurídico-real porque la sentencia puede producir la consecuencia de anular un derecho real de hipoteca constituido como accesorio y en garantía de préstamo» (STS de 18 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9149)).

<sup>160</sup> De acuerdo con el art. 80.2 de la LH, «podrá pedirse y deberá decretarse, en su caso, la cancelación parcial: [...] 2. Cuando se reduzca el derecho inscrito o anotado».

<sup>161</sup> Azofra, F., ob. cit., págs. 1198-1199.

garantizadas vayan anotándose en una cuenta instrumental única, será difícil (por no decir imposible) tener la total seguridad de que un determinado derecho de crédito se encuentra cubierto en un momento dado antes de llegar a la ejecución hipotecaria, pues hasta ese momento las obligaciones nacen y se extinguen sin dejar constancia registral alguna. Así, especialmente cuando se trate de una cláusula de determinación imprecisa, el acreedor no podrá estar seguro de que un determinado crédito efectivamente está cubierto por la garantía hipotecaria.

A pesar de apartarse considerablemente de las características de la hipoteca convencional explicadas al principio del presente estudio, la flotante no puede ser equiparada a la hipoteca independiente (del propietario), pues se constituye a favor de un determinado acreedor (o acreedores) para la seguridad de determinadas obligaciones. Si la cláusula de globalización identifica a estas de forma inequívoca, de modo que no quepan dudas en cuanto al ámbito de la cobertura, cabe entender que la existencia (aun hipotética) de las obligaciones ha quedado lo suficientemente acreditada como para justificar la constitución de la garantía desde el punto de vista del principio de accesoriidad.

#### **4.2 Concepto de los actos jurídicos básicos**

El aspecto de mayor interés a efectos de nuestro estudio en relación con la hipoteca flotante es el modo de determinación de las obligaciones futuras garantizadas de acuerdo con el art. 153 bis de la LH, el cual, apartándose<sup>162</sup> de la doctrina de la DGRN, emplea la fórmula de los «actos jurídicos básicos», considerando suficiente para la constitución de la hipoteca flotante que en la escritura de constitución de la misma se haga constar, entre otros extremos y «si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas». En efecto, dado que no son relaciones, sino hechos jurídicos los que

---

<sup>162</sup> En sentido contrario, Sáenz de Jubera Higuero, B.: *Relación entre el crédito y la hipoteca...*, ob. cit., pág. 306, que entiende que el art. 153 bis de la LH «acoge la doctrina de la DGRN en cuanto a señalar las líneas fundamentales de las relaciones jurídicas básicas de las que derivarían esas obligaciones futuras garantizadas».

afectan (crean, modifican o extinguen) situaciones jurídicas (relaciones), vincular el nacimiento de obligaciones a la producción de estos resulta más preciso desde el punto de vista conceptual. Además, la fórmula empleada por el legislador tiene ciertas repercusiones prácticas, las cuales, al distar de la doctrina de la DGRN antes expuesta, atestiguan un elevado grado de flexibilidad en cuanto a la exigencia de determinación de obligaciones futuras garantizadas.

En primer lugar, el art. 153 bis de la LH hace innecesaria la existencia de un vínculo jurídico (relación jurídica básica) entre las partes en el momento de constitución de la garantía. La referencia a los «actos jurídicos básicos» sitúa el momento de constitución de la hipoteca en un intervalo anterior de la línea del tiempo representativa del proceso de formación de la obligación garantizada<sup>163</sup>; o, puesto de modo más esquemático, la estructura [hipoteca— relación jurídica→ obligación garantizada] se ve reemplazada por la fórmula [hipoteca— acto jurídico→ obligación garantizada], la cual —y esta es la segunda conclusión que sugiere el precepto— permite que se garanticen obligaciones cuyo nacimiento no sea meramente eventual en el marco de una relación jurídica preconstituida (dejándose a la sola voluntad de una de las partes el nacimiento de la concreta obligación asegurada con la hipoteca, o bien habiendo deberes del posible acreedor cuya infracción pueda dar lugar precisamente al nacimiento de la concreta obligación asegurada<sup>164</sup>), sino que dependa de la libre voluntad de las partes en cuestión (como sucede, por ejemplo, cada vez que dos sujetos intercambian confirmaciones celebrando una operación de cobertura amparada por un contrato marco, o cuando una sociedad de garantía recíproca afianza una nueva deuda incurrida por uno de sus socios). En vez de entender que las obligaciones futuras garantizadas tan solo pueden

---

<sup>163</sup> En este sentido, Sáenz de Jubera Higuero, B.: *Relación entre el crédito y la hipoteca...*, ob. cit., pág. 307, interpreta la expresión «actos jurídicos básicos» como reconocimiento de la falta de necesidad de que esos actos jurídicos sean ya existentes., señalando que «con la expresión “relación jurídica básica” se busca hacer referencia a una situación más continuada en el tiempo, que puede mantenerse por las partes y que, entre otros actos, existan unos concretos de los que se derivarían las obligaciones futuras; mientras que los “actos” evocan más a unas circunstancias más puntuales (dentro de una relación más continuada o fuera de ella) de las que se derivaría la obligación futura. Esto es, teniendo lugar estos actos jurídicos descritos, *a priori* puede entenderse que en ese momento surgiría la obligación futura (sin embargo, en una relación jurídica eso no es así, pues en ella se suceden multitud de actos unos aptos para el nacimiento de la obligación y otros no».

<sup>164</sup> Resolución de la DGRN de 17 de enero de 1994.

ser aquellas que nazcan eventualmente (sin que fuese necesario un nuevo acuerdo de voluntades) en el marco de una relación jurídica preexistente, el actual art. 153 bis de la LH permite que la hipoteca se constituya en garantía de obligaciones que las partes son libres de contraer o no.

Lo que interesa, por tanto, a los efectos de determinar el objeto de la garantía son los actos idóneos para dar lugar a aquella/s relación/es jurídica/s en la/s que se englobará/n la/s obligación/es garantizada/s, con independencia de si dichos actos se han producido ya —en cuyo caso se derivan de los mismos las obligaciones garantizadas y existen relaciones jurídicas entre las partes en cuestión— o van a producirse con posterioridad a la constitución de la garantía hipotecaria. En este último caso, estaremos ante actos jurídicos de los que, tal y como señala el art. 153 bis de la LH, «puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas». De este modo, en definitiva, la utilización de la expresión «actos jurídicos básicos» en lugar de la «relación jurídica básica» significativamente afloja las exigencias al vínculo que deben de tener las obligaciones futuras garantizadas bajo el art. 153 bis de la LH con el momento de constitución de la hipoteca, pues no deben ni de haberse producido con anterioridad a o simultáneamente con la inscripción de la garantía, ni ser de realización obligada en el futuro.

Una vez explicado el cambio que ha supuesto el precepto citado con respecto a las diferentes posturas mantenidas en torno a la determinación de las obligaciones futuras garantizadas antes de su entrada en vigor, cabe desmesurarlo analizando su funcionamiento desde un punto de vista práctico, preguntándonos, en primer lugar, en qué supuestos podremos dar por determinadas las obligaciones futuras objeto de la garantía hipotecaria.

Dada la amplitud de la fórmula empleada en el art. 153 bis de la LH, no se le puede negar la razón a Cordero Lobato<sup>165</sup> al afirmar que «cuando más amplia sea la descripción de los actos comprendidos (hasta llegar a la *all sums clause*), menor será la

---

<sup>165</sup> Cordero Lobato, E., «El doble filo de la hipoteca global: *caveat creditor!*», en *Diario La Ley*, nº 6988, Sección Doctrina, julio 2008.

indeterminabilidad de la cobertura», pues, «En efecto, una descripción es indeterminada en el sentido del art. 1273 del CC cuando no se puede saber qué queda comprendido en el objeto, sin recurrir a un nuevo acuerdo de las partes o a un acto de integración discrecional de una de ellas»<sup>166</sup>. Como en una *all sums clause*<sup>167</sup> todas las obligaciones que contraiga el deudor con el acreedor se hallan cubiertas por la garantía, no existe indeterminación alguna. Es más: dado que la hipoteca ya lo cubre todo, no hay riesgo de que en el futuro el acreedor pueda acudir a un acto de integración discrecional para «colar» en la hipoteca extremos que no hubiera podido prever el hipotecante al tiempo de constituir la hipoteca. De acuerdo con este criterio, aun cuando ello pudiera ser criticable desde la perspectiva del deudor<sup>168</sup>, no debería de sorprender que en las escrituras se establezca la cobertura de todas las operaciones bancarias existentes entre las partes<sup>169</sup>.

A pesar de la corrección conceptual del anterior planteamiento, no parece que se ajuste a las exigencias del art. 153 bis de la LH, que exige la especificación, al menos en términos generales, de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar las obligaciones futuras garantizadas. La descripción que a estos efectos se incluya en la escritura, en cuanto una cláusula de globalización, deberá fijar los criterios de integración de las obligaciones asegurables<sup>170</sup>, de modo que, aun siendo general, permita delimitar inequívocamente el ámbito de la garantía.

---

<sup>166</sup> «No hay que olvidar que la amplitud del objeto del contrato no equivale a su indeterminación» (STS de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000\1242)).

<sup>167</sup> Las llamadas cláusulas «*all sums*», «*all moneys*», «*all accounts*» o «*dragnet*» crean garantías ilimitadas al extenderse a cualesquiera deudas presentes o futuras del deudor hipotecario, de modo que la hipoteca asegura obligaciones que no tienen relación alguna con la inicial (página web de la Comisión de Reformas Jurídicas de Nueva Gales del Sur, *New South Wales Law Reform Commission*, [http://www.ipc.nsw.gov.au/lawlink/lrc/ll\\_lrc.nsf/pages/LRC\\_r107chp08](http://www.ipc.nsw.gov.au/lawlink/lrc/ll_lrc.nsf/pages/LRC_r107chp08)).

<sup>168</sup> En efecto, un cliente bancario medio no necesariamente conoce el amplio abanico de operaciones que engloba el negocio bancario; ahora bien, también es cierto que las entidades de crédito a cuyo favor pueden constituirse estas hipotecas están sometidas a una fuerte supervisión sectorial, la cual reduce (¿impide?) conductas temerarias u opresivas del cliente.

<sup>169</sup> En este sentido, Parra Lucán, M<sup>a</sup>. Á., ob.cit., pág. 277.

<sup>170</sup> Parra Lucán, M<sup>a</sup>. Á., ob. cit., pág. 276.

En este sentido, distinguiendo entre contratos, por una parte, y actos jurídicos distintos a los contratos por otra, Cordero Lobato<sup>171</sup> entiende que el art. 153 bis de la LH permitirá dar por determinadas las obligaciones objeto de la cobertura en los siguientes casos:

- a) Cuando la escritura de hipoteca recoja la denominación (*nomen iuris*) de los actos jurídicos básicos. En el entendido de que el artículo en cuestión permite la indicación de esta en aquellos casos en los que la descripción de dichos actos no sea precisa, se concluye que cuando la regulación legal o contractual aplicable al contrato (en cuanto acto jurídico) haga innecesaria la descripción del mismo, bastará con que conste en la escritura su denominación. Así, por ejemplo, tratándose de un contrato típico (préstamo), la descripción del contenido del mismo será prescindible.

Cabe precisar, no obstante, que la «denominación» a la que hace referencia el precepto no es la de aquellos «actos jurídicos básicos» que originen o puedan originar las obligaciones garantizadas, sino la denominación —la «calibración»— de la garantía como una hipoteca de máximo, siendo, por lo tanto, esta última el objeto de la expresión «su denominación»<sup>172</sup>. Dicha conclusión interpretativa viene respaldada por todo sentido práctico, pues al dejarse constancia registral de que la responsabilidad de la finca es variable (aunque siempre por debajo del límite máximo), tanto el acreedor hipotecario como los terceros quedan advertidos de que la publicidad registral no despliega todos sus efectos con respecto al derecho de crédito y que por lo tanto la ejecución de la hipoteca precisará prueba adicional con respecto al importe definitivo de la obligación principal<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob. cit., págs. 885-886.

<sup>172</sup> Dada la estructura sintáctica del precepto («Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, ...»), la palabra «denominación» se refiere indiscutiblemente a la hipoteca.

<sup>173</sup> En sentido contrario, Fernández de Córdova Carlos, I., ob.cit., pág. 238.

En este sentido, resulta ilustrativo hacer referencia al art. 1184<sup>174</sup> del BGB alemán, que en su apartado segundo exige que la hipoteca de seguridad (*sicherungshypothek*) —carente de todo efecto en cuanto al crédito— conste como tal en el Registro<sup>175</sup>. La exigencia se debe a la necesidad de prueba extrarregistral de obligaciones objeto de este tipo de garantía: si el acreedor no puede fundarse en los datos que con respecto a la obligación garantizada constan en el registro, conviene advertirle (a él como también a terceros) de dicha circunstancia. La advertencia no es necesaria en el caso de una hipoteca de máximo (*Höchstbetragshypothek*), que se considera hipoteca de seguridad aunque no se le denomine así en el Registro<sup>176</sup>.

Ahora bien, si tanto la redacción del art. 153 bis de la LH como el ejemplo del derecho comparado indican que no es la denominación de los actos jurídicos básicos la que debe constar en la escritura y en cuyo defecto sería precisa la descripción de dichos actos, sino la denominación de la propia hipoteca como hipoteca de máximo, ¿en qué caso se considerará precisa la descripción de los actos jurídicos básicos? Entendemos que la necesidad de esta no sólo pende de la posibilidad de indicar la denominación de los actos jurídicos típicos, sino también de la de identificar la(-s) concreta(-s) obligación (-es) garantizada(-s). En efecto, en el supuesto en que las obligaciones (presentes o futuras) objeto de la garantía puedan ser identificadas en términos concretos y de forma ciertamente

---

<sup>174</sup> Art. 1.184 del BGB: (1) Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, dass das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweis der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann (Sicherungshypothek). (2) Die Hypothek muss im Grundbuch als Sicherungshypothek bezeichnet werden.

<sup>175</sup> De acuerdo con la regla interpretativa del artículo 140 del BGB (si un negocio jurídico nulo reúne las características de otro válido, se entiende celebrado este último), si la hipoteca se inscribe como de seguridad, a pesar de que, según el acuerdo entre las partes, debiera ser de tráfico, surge una hipoteca de tráfico; si, a la inversa, el convenio se dirige a una hipoteca de seguridad, pero erróneamente no se inscribe en el registro la nota correspondiente, en modo alguna habrá nacido una hipoteca de seguridad, sino surgirá una hipoteca de tráfico (Enneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M.: *Tratado de Derecho Civil*, ob. cit., pág. 354).

Deriva de ello una clara preferencia por la hipoteca de tráfico, en cuanto más representativa del derecho de crédito en cuya garantía se haya constituido; mientras la constitución de la hipoteca de seguridad, más desvinculada, desde el punto de vista registral, de la obligación principal, debe de ser inequívoca tanto material como formalmente para considerarse válidamente constituida.

<sup>176</sup> Art. 1190 del BGB: (3) Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuch nicht als solche bezeichnet ist.

individualizada, no será necesaria la descripción de los actos jurídicos básicos; es más, ni siquiera podremos hablar de una cláusula de globalización. Ahora bien, tratándose de numerosas obligaciones, presentes y/o futuras, que además pueden traer causas distintas, difícil será hacer referencia a un acto jurídico concreto (identificarlo), por lo que será necesario indicar su denominación o, tratándose de un convenio atípico cuyo nombre no permita determinar de forma inequívoca su contenido, describirlo; lo cual podrá hacerse insertando su contenido en las cláusulas o testimoniándolo en la escritura

Aun en términos amplios, la flotante sigue siendo una garantía accesorio, por lo que entendemos que sería inadmisibles su constitución «en garantía de todos los créditos que surjan entre el acreedor y deudor» u «operaciones regulares del negocio bancario». En efecto, ni los créditos ni las operaciones bancarias son actos jurídicos. Un derecho de crédito representa la parte activa de una relación jurídica, la cual surge a partir de un acto jurídico. La realización de operaciones bancarias, mientras tanto, significa la ejecución de obligaciones —normalmente contractuales— contraídas mediante la realización de actos jurídicos en el ámbito bancario. En definitiva, un acto jurídico representa un momento conceptual y temporalmente previo al nacimiento de un crédito o a la realización de una operación bancaria, por lo que la identificación tan solo de estos dos incumple la exigencia del art. 153 bis de la LH, como tampoco la cumplen —por no ser actos humanos— «supuestos de hecho materiales, descripciones de relaciones de mercado, operaciones de tráfico comercial, ilustraciones de realidad económica»<sup>177</sup>.

- b) En segundo lugar, cabe entender que al art. 153 bis de la LH permite indicar otra clase de actos jurídicos —distintos a los contratos propiamente dichos— de los que vayan a derivarse en el futuro las obligaciones garantizadas, como, por ejemplo, restituciones o posiciones deudoras derivadas de préstamos, de aperturas de crédito,

---

<sup>177</sup> Que es lo que afirma Cordero Lobato, E. en *Tratado...*, ob. cit., pág. 886. En sentido contrario, vid. Fernández de Córdova Carlos, I., ob.cit., pág. 240.

pues son representativas de obligaciones nacidas en el marco de relaciones contractuales.

En consideración de lo expuesto, entendemos que la referencia a los «actos jurídicos básicos» en el art. 153 bis de la LH se hace con el objeto de delimitar la cobertura de la garantía cuando esta se constituye en garantía de varias obligaciones actualmente indeterminadas, pero no cambia el criterio generalmente aplicable con respecto a la garantía hipotecaria de obligaciones futuras. Antes o después de la aprobación de la Ley 41/2007, la constitución de este tipo de garantía no requiera una relación jurídica básica preexistente, al no contribuir esta a un cumplimiento más fiel de las exigencias del principio de accesoriedad y al no ser exigible en base al principio de determinación. Tratándose de una sola obligación futura garantizada, esta deberá determinarse —aun de forma matizada dada su inexistencia actual— de acuerdo con las exigencias generales de la LH, mientras siendo varias las obligaciones futuras tan sólo podrá constituirse la hipoteca al amparo del art. 153 bis de la LH, indicando (es decir, nombrando, identificando o describiendo) los actos jurídicos básicos que podrán dar lugar a las obligaciones objeto de la cobertura global. La fórmula del art. 153 bis de la LH es por tanto más delimitativa que determinante.

## 5 CONCLUSIONES

*I think and think for months and years. Ninety-nine times, the conclusion is false. The hundredth time I am right.*

(Albert Einstein)

Aun conscientes del riesgo de equivocarnos, pasamos a recordar brevemente las conclusiones —falsas o correctas, pero en la medida de lo posible «conclusivas»— a las que hemos llegado a lo largo de las páginas del presente estudio, centrado, por una parte, en la explicación de los principales postulados de dos principios clásicos del derecho hipotecario español —el de accesoriedad y el de especialidad (en su vertiente determinante de la obligación principal garantizada)— y, por otra parte, en el análisis de la aplicación de dichos principios a las hipotecas llamadas de seguridad; concretamente, las constituidas en garantía de obligaciones inexistentes en el momento de acceso de la garantía al Registro.

- 1) La hipoteca constituida en garantía de una obligación futura no infringe el principio de accesoriedad ni puede ser considerada como un supuesto de quiebra del mismo. El reconocimiento legal expreso de esta variante hipotecaria muestra la flexibilidad interpretativa que permite la configuración del principio de accesoriedad en nuestro derecho.
- 2) Lo que justifica la garantía hipotecaria de obligaciones futuras ante las exigencias del principio de accesoriedad es la existencia hipotética de la obligación principal. En la medida en que ésta esté determinada (de modo que la garantía se encuentre inequívocamente vinculada a una *determinada* obligación futura), será susceptible de ser garantizada con una hipoteca y justificará la existencia de esta. A falta de dicha hipótesis obligacional, y dada la inadmisibilidad de la hipoteca de propietario en nuestro derecho, tan solo será posible la inscripción de una reserva de rango.

- 3) Durante el período que transcurre desde la constitución formal de la garantía hasta el nacimiento de la obligación garantizada la hipoteca prácticamente no da al acreedor más prerrogativas que las que corresponderían al titular de una reserva de rango. La principal diferencia (y ventaja, desde el punto de vista comercial) que representa la hipoteca en esta fase es la posibilidad de ceder la garantía junto al crédito hipotecario futuro, lo cual es inviable cuando lo inscrito es una mera reserva de rango.
- 4) La ventaja de la hipoteca frente a una mera reserva de rango es más evidente en la fase que se inicia con el nacimiento de la obligación principal. El acreedor hipotecario tendrá derecho a reclamar el justiprecio en el caso de que el inmueble haya sido expropiado antes de contraerse la obligación, a la vez que verá su derecho de garantía determinado con referencia al momento de constitución de la garantía, estando, en consecuencia, limitado a las construcciones existentes en la finca en aquél momento, pero no afectando a las posteriores.
- 5) En contra de la postura mantenida por la DGRN, cabe entender que la determinación de la obligación principal garantizada en ningún caso requiere la existencia y mención en la escritura de la relación jurídica en cuyo marco va a nacer la obligación futura en cuestión. La existencia de esta no necesariamente hace más probable el nacimiento de la obligación futura; por consiguiente, no hace la garantía más acorde con el principio de accesoriedad. La imposición de dicha exigencia supondría una interpretación legal injustificadamente amplia, por lo que, en definitiva, cumpliéndose los requisitos de determinación expresamente establecidos en la LH, la hipoteca en garantía de obligaciones futuras es legalmente admisible aun cuando la obligación garantizada no provenga de una relación jurídica preexistente.
- 6) Lo anterior sigue siendo cierto a pesar del cambio que ha supuesto en el derecho hipotecario español la promulgación de la Ley 41/2007, que delimita la

posibilidad de constitución de una hipoteca de máximo «en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas» a las obligaciones ante determinados acreedores cualificados. Aun fuera del ámbito de aplicación del art. 153 bis de la LH, cabe la posibilidad de constituir la hipoteca en garantía de una obligación futura.

- 7) Una única obligación asegura la hipoteca constituida al amparo del art. 153 de la LH en garantía de una cuenta corriente, pues cada una de las disposiciones efectuadas a cargo de la misma pierden su exigibilidad individual al refundirse en la obligación de reintegración del saldo resultante de la liquidación final de la cuenta. Estas características (i) permiten afirmar que la hipoteca de cuentas corrientes asegura una sola obligación futura proveniente de una relación jurídica existente en el momento de constitución de la garantía hipotecaria; y (ii) determinan la viabilidad de esta modalidad hipotecaria meramente con base en los arts. 1857 del CC y los arts. 142 y 143 de la LH (por lo que el art. 153 de la LH, aun detallando el régimen de esta hipoteca, no es el que fundamenta la misma desde el punto de vista legal).
- 8) En el llamado «crédito abierto», garantizado con hipoteca, la unicidad causal en términos meramente formales resulta insuficiente para producir el efecto extintivo-novatorio de las diversas disposiciones, por lo que estas han de tener características comunes también en términos materiales (por ejemplo, la finalidad) para integrarse de forma automática en la obligación final única y extinguirse individualmente.
- 9) La introducción del requisito relativo a los «actos jurídicos básicos» en el art. 153 bis de la LH no debe interpretarse como la regulación (antes inexistente) de la garantía hipotecaria de obligaciones futuras, sino como exigencia específica relativa a hipotecas constituidas en garantía de obligaciones futuras *varias* e inidentificables de forma individual (si estas pudiesen identificarse por sus características individuales, no sería necesaria la cláusula de globalización).

Tratándose de una única obligación futura, no será precisa ni la descripción de los actos jurídicos básicos, ni tampoco que la hipoteca se constituya a favor de determinados acreedores cualificados.

- 10) Siendo diversas las obligaciones garantizadas, la descripción de los «actos jurídicos básicos» será necesaria. En este supuesto, de acuerdo con el art. 153 bis de la LH, la hipoteca tan sólo podrá favorecer a entidades de crédito y administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, y las obligaciones garantizadas por la misma no perderán su exigibilidad individual (no se refundirán en una sola obligación garantizada).

**BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV. (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.): *Comentarios al Código Civil*, Ed. Thomson Aranzadi, 2ª edic., 2006.

AA.VV. (Dir. Albaladejo, M. y Diez Alabart, S.): *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XXIII (Artículos 1822 a 1886 del Código Civil), disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com).

AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, t. II, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 2ª edic., Madrid, 1993.

Azofra, F.: «*Hipotecas Flotantes*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, mayo- junio 2008, págs. 1184-1188.

Bellod Fernández de Palencia, E.: *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2000.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: *Comentario al artículo 1857 del Código Civil*, disponible en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) bajo la signatura BIB 2009\5274.

Bermejo Pumar, M.M.: «*La hipoteca en garantía de créditos sucesivos. Artículo 4 de la Ley 2/1994 (recarga de la hipoteca). Artículo 153-bis de la Ley Hipotecaria (hipoteca recargable). La reutilización de la garantía, facultad del dueño del bien hipotecado*», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 71, julio-septiembre 2009, págs. 9-77.

Canals, F.: *La recarga de la hipoteca*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010.

Canle Fernández, J.I.: «*Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, enero 2011, págs. 299-364.

Cano Telo, C.A.: *Iniciación al estudio del derecho hipotecario*, Ed. Civitas, 1ª edic., Madrid, 1982.

Carrasco Perera, Á., Cordero Lobato, E. y Marín López, M.J.: *Tratado de los Derechos de Garantía*, t. I (Garantías personales. Hipoteca), Ed. Aranzadi, 2ª edic., Navarra, 2008.

Chico y Ortiz, J.Mª.: *Estudios sobre derecho hipotecario*, t. II, Ed. Marcial Pons, 3ª edic., Madrid, 1994.

Cordero Lobato, E., «*El doble filo de la hipoteca global: caveat creditor!*», en *Diario La Ley*, nº 6988, Sección Doctrina, julio 2008.

Cordero Lobato, E.: *La Hipoteca Global (La determinabilidad del crédito garantizado)*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997.

Dapena Mosquera, J.: *Notas para el estudio de la hipoteca en garantía de créditos futuros (evolución doctrinal) en relación con la de apertura de crédito: (jurisprudencia y legislación comparada)*, tesis doctoral defendida en 1933. Versión inédita disponible en la Biblioteca Histórica Marqués del Valdecilla de la Universidad Complutense de Madrid.

De Casso Romero, I.: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 3ª edic., Madrid, 1946, pág. 565

Díez- Picazo, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. I, vol.1, (Introducción: teoría del contrato), Ed. Thomson Civitas, 6ª edic., Navarra, 2007.

Díez-Picazo, L., Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. 3 (Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral), Ed. Tecnos, 6ª edic., Madrid, 1997.

Doral, J.A.: *La fase de seguridad en la hipoteca*, Ed. Gómez, S.L., Pamplona, 1967.

Enneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M.: *Tratado de Derecho Civil*, t. III (Derecho de Cosas), 2º vol. (Gravámenes), 10ª revisión (por Wolff, M. y Raiser, L.), traducción española con anotaciones de Pérez González, B. y Alguer, J. (actualizada por Valentí Fiol, E.), Ed. Bosch, 3ª edic. al cuidado de Puig Brutau, J., Barcelona, 1971.

Espín Cánovas, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, vol. 2 (Derechos Reales), Ed. Revista de Derecho Privado, 5ª edic., Madrid, 1977.

Faus, M.: «*El principio de especialidad y la hipoteca*», en *Breviario Civil 2* (Derechos reales especiales. Hipotecas mobiliarias e inmobiliarias), disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com).

Fernández de Córdova Carlos, I.: «*La hipoteca global*», en AA.VV. (coord. Pérez de Madrid Carreras, V.): *Hacia un nuevo derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Ed. Academia Sevillana del Notariado, Consejo General, Madrid, 2008, págs. 205-263.

Gallego Domínguez, I.: «*Comentarios a los arts. 142 y 143 de la Ley Hipotecaria*» en AA.VV. (Dir. Albaladejo, M. y Díez Alabart, S.): *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. VII, 8º vol., (Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria), Ed. Revista del Derecho Privado (EDERSA), 2000, págs. 33-76 (también disponible en [www.vlex.com](http://www.vlex.com)).

Gómez Gállego, F. J.: «*La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702, julio- agosto 2007, págs. 1659- 1716.

Gómez Gállego, F.J.: «*Estudio sobre las modernas figuras de crédito abierto garantizado con hipoteca*», en AA.VV. (coord. Gimeno y Gómez-Lafuente, J.L.): *Homenaje a José María Chico y Ortiz*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Ed. Marcial Pons, 1995, Madrid, págs. 803-830.

Gómez-Ferrer Sapiña, R.: «*La Hipoteca*» en AA.VV. (coord. Delgado de Miguel, J.F.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. II (Reales), 3<sup>er</sup> vol., Ed. Civitas, 1<sup>a</sup> edic., Madrid, 2003.

González y Martínez, J.: «*La Hipoteca del Propietario*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 28, abril 1927.

González y Martínez., J.: *Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*, t. I (Derecho Hipotecario), Ed. Civitas, 2<sup>a</sup> edic., 2009.

Goni Rordíguez de Almeida, M.: «*La inscripción de las cláusulas de préstamo hipotecario tras la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, sobre modernización del mercado hipotecario*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, mayo- junio 2008, págs. 1370- 1375.

Lasarte, C., *Compendio de Derecho Civil*, Ed. Dykinson, 2<sup>a</sup> edic., Madrid, 2005.

Madrid Parra, A.: «*Reforma del mercado hipotecario a 2009 y crisis financiera*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, junio 2010, págs. 1094-1133.

Montaldo y Reges, J.: *Del crédito hipotecario, su carácter, instituciones de crédito hipotecario, aplicaciones á nuestro país*. Discurso leído en la Universidad Central en 1867 (accesible a través del enlace [http://cisne.sim.ucm.es/search~S6\\*spi?/Xhipotecario&searchscope=6&SORT=DX/Xhipotecario&searchscope=6&SORT=DX&extended=0&SUBKEY=hipotecario/397%2C420%2C420%2CB/frameset&FF=Xhipotecario&searchscope=6&SORT=DX&401%2C401%2C](http://cisne.sim.ucm.es/search~S6*spi?/Xhipotecario&searchscope=6&SORT=DX/Xhipotecario&searchscope=6&SORT=DX&extended=0&SUBKEY=hipotecario/397%2C420%2C420%2CB/frameset&FF=Xhipotecario&searchscope=6&SORT=DX&401%2C401%2C)).

Münchener Kommentar zum BGB (actualizado por Dr. Dr. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker y Dr. Roland Rixecker), edición 2009, versión online (<http://beck-online.beck.de>).

Parra Lucán, M<sup>a</sup>.Á.: «*Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 711, enero- febrero 2009, págs. 261-349.

Pau Pedrón, A.: «*La constitución unilateral de hipoteca*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 631, noviembre- diciembre 1995, págs. 1991-2016.

Peña Bernaldo de Quirós, M.: *Derechos Reales, Derecho Hipotecario*, t. II (Derechos reales de Garantía. Registro de la Propiedad), Ed. Centro de Estudios Registrales, 3<sup>a</sup> edic., Madrid, 1999.

*Práctica hipotecaria (Repertorio de casos de Derecho Inmobiliario Registral)* (ed. Gómez Gállego, F.J.), Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Ed. Marcial Pons, 1994.

Pretel Serrano, J.J.: «*La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (Examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2000)*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 661, septiembre- octubre 2000, págs. 2817-2867.

Puig Peña, F.: *Tratado de Derecho Civil Español*, t. III (Hipoteca), vol. 2, Ed. Revista de Derecho Privado, 2ª edic., Madrid, 1974.

Rey Portolés, J.M., *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005.

Roca Sastre, R. Mª., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, t. VIII, Ed. Bosch, 9ª edic., Barcelona, 2009.

Roca Sastre, R. Mª., Roca-Sastre Muncunill, L., Berná i Xirgo, J.: *Derecho Hipotecario*, t. IX, Ed. Bosch, 9ª edic., Barcelona, 2009.

Sáenz de Jubera Higuero, B.: «*Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 707, mayo- junio 2008, págs. 1246-1274.

Sáenz de Jubera Higuero, B.: *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, Ed. Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1ª ed., Madrid, 2008.

Sánchez Calero, F., Sánchez- Calero Guilarte, J.: «*Los contratos bancarios (II)*», en *Instituciones de Derecho Mercantil*, 31ª edic., vol. 2, Thomson Aranzadi, 2008, págs. 415-455.

Sancho Rebullida, F., en AA.VV. (Lacruz Berdejo, J.L.): *Elementos de Derecho Civil*, t. III (Derechos Reales), 2º vol. (Derechos reales limitados. Situaciones de Cotitularidad), Ed. Bosch, 2ª edic., Barcelona, 1991.

Tena Arregui, R.: «*Hacia un nuevo derecho hipotecario*», en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, t. XX: (Conferencias del Curso Académico 2008/2009), enlazado como <http://0-vlex.com.cisne.sim.ucm.es/vid/hacia-nuevo-derecho-hipotecario-212959221>.

## **JURISPRUDENCIA**

### Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado

Resolución de la DGRN de 31 de enero de 1925 (**Anexo**)

Resolución de la DGRN de 28 de febrero de 1933 (RJ 1933\88)

Resolución de la DGRN de 16 junio 1936 (RJ 1936\1544)

Resolución de la DGRN de 4 de julio de 1984 (RJ 1984\3851)

Resolución de la DGRN de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9722)

Resolución de la DGRN de 22 marzo 1988 (RJ 1988\2563)

Resolución de la DGRN de 5 de noviembre de 1990 (RJ 1990\9310)

Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 1991 (RJ 1991\7491)

Resolución de la DGRN de 18 de mayo de 1992 (RJ 1999\4184)

Resolución de la DGRN de 17 de agosto de 1993 (RJ 1993\7116)

Resolución de la DGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994\239)

Resolución de la DGRN de 11 de enero de 1995 (RJ 1995\186)

Resolución de la DGRN de 24 de julio de 1998 (RJ 1998\5979)

Resolución de la DGRN de 14 de enero de 1999 (RJ 1999\47)

Resolución de la DGRN de 28 abril de 1999 (1999\2223)

Resolución de la DGRN de 7 de junio de 1999 (RJ 1999\4740)

Resolución de la DGRN de 16 de junio de 1999 (RJ 1999\4379)

Resolución de la DGRN de 10 de julio de 2001 (2001\5910)

Resolución de la DGRN de 17 de enero de 2002 (RJ 2002\4588)

Resolución de la DGRN de 12 de marzo de 2003 (RJ 2003\3950)

Resolución de la DGRN de 12 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6275)

Resolución de la DGRN de 18 de enero de 2005 (RJ 2005\1108)

Resolución de la DGRN de 25 abril de 2005 (RJ 2005\5538)

Resolución de la DGRN de 21 de diciembre de 2007 (RJ 2008\2086)

Resolución de la DGRN de 14 de enero de 2008 (RJ 2008\2091)  
Resolución de la DGRN de 28 de febrero de 2008 (RJ 2008\2792)  
Resolución de la DGRN de 1 de marzo de 2008 (RJ 2008\2794)  
Resolución de la DGRN de 27 de marzo de 2008 (RJ 2008\8278)  
Resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2008 (RJ 2008\8279)  
Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 2008 (RJ 2008\3154)  
Resolución de la DGRN de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008\7715)  
Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008 (RJ 2008\7718)  
Resolución de la DGRN de 1 de octubre de 2010 (RJ 2010\5273)

Sentencias del Tribunal Supremo

STS de 21 de noviembre de 1924  
STS de 3 de marzo de 1947 (RJ 338\1947)  
STS de 28 de noviembre de 1953 (RJ 1953\3141)  
STS de 18 de abril de 1959 (RJ 1959\1959).  
STS de 31 de octubre de 1984 (RJ 1984\5153)  
STS núm. 1098/1993 de 18 de noviembre de 1993 (RJ 1993/9149)  
STS núm. 607/1994 de 3 de julio de 1994 (RJ 1999\4903)  
STS núm. 148/2000 de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000\1242)  
STS núm. 1034\2000 de 16 noviembre de 2000 (RJ 2000\9915)  
STS núm. 492/2002 de 27 de mayo de 2002 (RJ 2002\4484)  
STS núm. 470/2005 de 7 de junio de 2005 (RJ 2005\4425)  
STS núm. 738/2005 de 13 de octubre de 2005 (RJ 2005\7340)  
STS núm. 201/2006 de 28 de febrero de 2006 (RJ 2006\724)  
STS núm. 1331/2007 de 10 de diciembre de 2007 (RJ 2007\8913)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, de 26 de febrero de 2002  
(JUR 2002\117462)

Páginas web y enlaces

<http://beck-online.beck.de>

[www.bde.es](http://www.bde.es)

[www.boe.es](http://www.boe.es)

[www.ine.es](http://www.ine.es)

[www.vlex.es](http://www.vlex.es)

[www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)

[http://portal.lacaixa.es/prestamoshipotecas/hipotecaabierta\\_es.html](http://portal.lacaixa.es/prestamoshipotecas/hipotecaabierta_es.html)

[http://www.companylawclub.co.uk/topics/fixed\\_and\\_floating\\_charges.shtml](http://www.companylawclub.co.uk/topics/fixed_and_floating_charges.shtml)

[http://www.federalreserve.gov/pubs/equity/equity\\_english.htm](http://www.federalreserve.gov/pubs/equity/equity_english.htm)

[http://www.ipc.nsw.gov.au/lawlink/lrc/ll\\_lrc.nsf/pages/LRC\\_r107chp08](http://www.ipc.nsw.gov.au/lawlink/lrc/ll_lrc.nsf/pages/LRC_r107chp08)

[http://www.mtgprofessor.com/a%20-20second%20mortgages/what\\_is\\_a\\_heloc.htm](http://www.mtgprofessor.com/a%20-20second%20mortgages/what_is_a_heloc.htm)

**ANEXO**

**RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 31 DE ENERO DE 1925**

## Dirección general de los Registros

Resolución de 31 de Enero de 1925. (*Gaceta* de 17 de Marzo.)

DECLARA : «Que la hipoteca en garantías de obligaciones futuras 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 la garantía constituida se acerca a la figura llamada hipoteca de caución, fianza, máximo o de seguridad, en primer lugar, porque asegura el pago preferente de obligaciones que podrán o no nacer, y, en segundo término, porque no goza de las garantías del sistema, tanto por lo que toca al acreedor, que ha de probar la existencia, vencimiento, importe y carácter hipotecario del crédito, cuya ejecución pretende, como respecto al deudor o tercero adquirente, que se halla 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 les corresponden por el expresado motivo, de igual modo que los adquirentes del crédito podrán apoyarse en la fe pública del Registro para defender sus derechos ;

Que en la primera fase, la seguridad hipotecaria existe y perjudica a los terceros adquirentes, como la fianza en garantía de deudas futuras, admitida por el artículo 1.825 del Código civil,

existe desde su constitución y grava al patrimonio del fiador, o como la prenda o hipoteca que preste el tutor, con arreglo al artículo 253 del mismo texto legal, implica un gravamen de naturaleza real, aunque, según el artículo 286, el saldo de cuentas puede serle favorable o adverso ;

Que debe distinguirse entre el título constitutivo de hipoteca y el título ejecutivo de los créditos garantizados, que en el caso de obligaciones futuras se hallan distanciados e independientes y en las hipotecas ordinarias van aparejados, y así es posible que sólo el título constitutivo se halle inscrito, mientras al ejecutivo corresponde la función de provocar la liquidación del gravamen en el procedimiento judicial regulado por la ley Hipotecaria o la de Enjuiciamiento civil ;

Que una vez acreditada la existencia de la obligación en el caso del artículo 143 de la ley Hipotecaria, se transforma la hipoteca de garantía en una hipoteca normal o negociable, cuyo concreto contenido puede ser cedido total o parcialmente, subhipotecado, embargado o cancelado, con sujeción a las reglas comunes, y de aquí la necesidad del documento, solicitud o juicio que exige el artículo 189 del Reglamento, para proceder a la extensión de la nota marginal ; pero este razonamiento no se opone a que el crédito garantizado por la misma hipoteca pueda originar un procedimiento ejecutivo antes de pasar al segundo período, así como la necesidad de un título inscribible para constituir una hipoteca en garantía de una letra de cambio, no priva a la aceptada y protestada sin tacha, de su carácter de documento, que lleva aparejada ejecución ;

Que de conformidad con las anteriores aseveraciones, la frase final del repetido artículo 143, «sin cuyo requisito no podrá aprovechar ni perjudicar a tercero la hipoteca constituida», claramente da a entender que el cesionario del crédito, si la nota marginal no se halla extendida, no se podrá fundar en las declaraciones del asiento para reclamar una cantidad determinada, que acaso no se deba o esté satisfecha, ni el adquirente de la finca quedará obligado a responder, sin excepción ni réplica, del total garantizado : pero de ningún modo indica que la finca esté libre de gravámenes o que éstos no afectarán al tercero ;

Que la hipoteca de seguridad no es una mera expectativa, por amplitud que se otorgue a este concepto, ni casi un gravamen po-

tencial, sino, por el contrario, un derecho de garantía actual a favor de un probable crédito, que toma puesto preferente en la serie hipotecaria, fija una relación de naturaleza real, con autenticidad indiscutible, y goza de los privilegios de la publicidad en todo lo que no se refiera directamente a la existencia y cuantía de la deuda asegurada ;

Y 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 garantida, y a veces, el título de que surge la obligación, será por sí solo prueba auténtica ; no pudiendo el Registrador negarse a cancelar cuando en una sentencia de remate se reconoce la existencia del crédito, su exigibilidad, su carácter líquido, su identidad con el mencionado en la inscripción y su fuerza ejecutiva.»

La resolución que nos ocupa tiene una indudable importancia, por fijar las características de la hipoteca de seguridad, de líneas oscurísimas en nuestra patria, que hoy se ven aclaradas merced a la jurisprudencia del Centro directivo, a partir de la resolución de 21 de Marzo de 1917 y a la labor doctrinal de D. Jerónimo González.

Ateniéndonos exclusivamente a la primera y aunando la doctrina de las dos resoluciones citadas y la de 6 de Julio de 1917, pueden señalarse como caracteres de la hipoteca de seguridad que nos den una pauta segura en la práctica:

a) En cuanto a su constitución, que no es necesario que se fije la cuantía exacta de la deuda, plazo e intereses, y sí sólo, además del máximum por que cada finca haya de responder, los datos referentes al deudor y los generales que permitan incluir un crédito entre los hipotecarios ; pudiendo, por otra parte, constituirse, tanto por acuerdo de hipotecante y acreedor, como por la sola declaración de voluntad del primero.

b) En cuanto a su naturaleza jurídica constituir, no una mera expectativa, sino un derecho real actual, en garantía de un probable crédito.

c) En cuanto a sus efectos, estar protegida por el principio de publicidad, sólo en lo que se refiere a la garantía real, y no a

los créditos garantidos, cuya existencia, cuantía, naturaleza de crédito protegido y exigibilidad, deberán ser demostradas y podrán ser impugnadas con entera independencia de la inscripción, sin que la protección del derecho real cubra o se extienda, como en la ordinaria, al crédito garantido, perjudicando en la misma medida a los terceros adquirentes de la propiedad o de cualquier derecho real sobre la finca hipotecada, y debiendo entenderse en tal sentido—es decir, como referido al crédito protegido y no al derecho real—la frase final del artículo 143 de la ley; gozando, por lo demás, la inscripción de autenticidad y fijándose su rango hipotecario por su fecha, y no por la de nacimiento del crédito.

d.) En cuanto a su ejecución, poderse llevar a efecto sin necesidad de su previa conversión en hipoteca normal ni de la inscripción del título ejecutivo, pero siendo absolutamente necesaria la previa demostración de la existencia y exigibilidad del crédito, queda excluido el procedimiento extrajudicial; siendo, por lo demás, competencia exclusiva del Juez la declaración de que el crédito existe, está vencido y protegido por la inscripción, sin que el Registrador pueda inmiscuirse en los fundamentos de tal declaración; y, por último, su posibilidad de convertirse en cualquier tiempo en hipoteca normal u ordinaria, por acuerdo entre los interesados y mediante la extensión de la nota a que se refiere el artículo 189 del Reglamento, produciendo desde entonces idénticos efectos que aquélla, y siendo válido para tal supuesto—a nuestro juicio—el pacto de ejecución extrajudicial que se consigne en la escritura de constitución de la hipoteca, sólo en previsión de que la conversión se efectúe.

G. GIL SOCH

Notario.