

Hipoteca flotante: selección de los créditos asegurados

Floating mortgage: selection of guaranteed credits

por

CELESTINO RICARDO PARDO NÚÑEZ
Registrador de la Propiedad

RESUMEN: La característica fundamental de la llamada en España hipoteca «flotante» es la existencia de una tajante separación entre créditos e hipoteca. Por un lado, está la hipoteca; por otro una masa de créditos, solo genéricamente identificados, que aspiran a incorporarse a ella. En tanto esa incorporación no se produzca los créditos pueden ser negociados, ejecutados o pagados «por fuera», esto es, sin que esos actos repercutan en la hipoteca que permanece «impasible» como ya razonó la resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 21 de marzo de 1917 que analiza con notable rigor sus notas esenciales. El acreedor, en una primera fase, tiene en la finca solo una reserva de valor ya que los créditos concretos que la hipoteca asegura no están todavía identificados. Solo, en una segunda fase, cuando por la razón que sea, deba ejecutarse la hipoteca, se procederá a determinar cuáles de entre los genéricamente asegurados pasarán a estar garantizados. La ejecución de la hipoteca en Derecho español se produce siempre por razón de créditos concretos y determinados lo que, como paso previo, exige forzosamente su determinación previa. En este estudio se analizan los problemas que plantea el proceso de transformación que ha de sufrir la hipoteca flotante antes de volverse ejecutiva y por tanto para que su titular pueda interponer la acción hipotecaria, especialmente cuando quiera servirse del procedimiento de ejecución directa.

ABSTRACT: *The fundamental characteristic of the denominate in Spain Mortgage «floating» is the existence of a clear separation between credits and mortgage. On the one side there is the mortgage; the other a mass of credits, only generically identified, aspiring to join it. While this integration does not occur credits can be negotiated, executed or paid «outside», that is, without those acts impacting the mortgage remains «impassive» as we reasoned resolution of the Directorate General of Registries and Notaries 21 of march of 1917, analyzing with remarkable rigor essential notes. The creditor, in a first phase, only has a store of value as concrete insures mortgage loans that are not yet identified. Only in a second phase, when whatever reason, the mortgage must be executed, it shall determine which of the generally insured will be guaranteed. The foreclosure in Spanish law always occurs because of certain specific loans which, as a step necessarily, requires prior determination. In this study the problems the transformation process has to suffer the floating mortgage before becoming executive and therefore to its owner to bring the foreclosure action, especially when one want to avail of the special procedure, are analyzed.*

PALABRAS CLAVE: Determinación unilateral de los créditos asegurados. Delegación de la facultad de imputar pagos. Oposición de terceros. Imputación de hipoteca. Transformación automática. Plazos discordantes. Vinculación de vencimientos.

KEY WORDS: *Unilateral determination of loans insured. Delegation of authority to allocate payments. Opposition third. Assignment of mortgage. Automatic transformation. Conflicting deadlines. Linking maturities.*

SUMARIO: I. «FLOTACIÓN» DE LA HIPOTECA: 1. CRÉDITOS ASEGURADOS. 2. «DEUDA PRESENTE». 3. SEPARACIÓN ENTRE CRÉDITOS E HIPOTECA. 4. LA RESOLUCIÓN DE 21 DE MARZO DE 1917. 5. INDETERMINACIÓN DE LOS CRÉDITOS ASEGURADOS. —II. SELECCIÓN DE LOS CRÉDITOS: 1. PROCEDIMIENTO. 2. LA DETERMINACIÓN UNILATERAL POR EL ACREEDOR. 3. LÍMITES HIPOTECARIOS. 4. OPOSICIÓN DE TERCEROS. 5. CONTROL DEL PROCESO. 6. IMPUTACIÓN DEL ACREEDOR. 7. PRESUPUESTOS LEGALES DE LA IMPUTACIÓN. 8. LA ACEPTACIÓN DEL DEUDOR. 9. DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE IMPUTAR. 10. AUTO-CONTRATACIÓN. 11. LÍMITES DEL PODER DE (AUTO)CONTRATAR. 12. CAUTELAS. 13. CONCLUSIONES. 14. CONSTANCIA REGISTRAL. 15. PERJUICIO DE TERCEROS. 16. REQUISITOS DE LA IMPUTACIÓN. 17. DESCUENTO O RETENCIÓN DE PRECIO. 18. LIBRE ELECCIÓN POR EL ACREEDOR. 19. IMPUTACIÓN DE LA GARANTÍA. —III. TRANSFORMACIÓN DE LA HIPOTECA: 1. CUESTIONES PREVIAS. 2. TRANSFORMACIÓN FORZOSA. 3. DERECHO ALEMÁN. 4. DERECHO ESPAÑOL. 5. CASOS DUDOSOS. 6. CAUSA

DE LA TRANSFORMACIÓN. 7. NATURALEZA DE LA TRANSFORMACIÓN. 8. INSCRIPCIÓN DE LA TRANSFORMACIÓN. 9. EFICACIA DEL ASIENTO DE TRANSFORMACIÓN.—IV. PLAZOS: 1. DUALIDAD DE PLAZOS. 2. NECESIDAD DE UN SEGUNDO PLAZO. 3. DOBLE FUNCIÓN. 4. PLAZO MÁXIMO DE VENCIMIENTO DE LA HIPOTECA. 5. PLAZOS DE VENCIMIENTO DISCORDANTES. 6. PRÓRROGA HIPOTECARIA.—V. VENCIMIENTO: 1. CRISIS DE SOLVENCIA. 2. LA DEBILIDAD DEL DEUDOR. 3. VINCULACIÓN DEL VENCIMIENTO DE LOS CRÉDITOS. 4. INCORPORACIÓN GRADUAL DE LOS CRÉDITOS. 5. LA INCORPORACIÓN TOTAL.

I. «FLOTACIÓN» DE LA HIPOTECA

1. CRÉDITOS ASEGURADOS

La hipoteca «flotante» está pensada para asegurar aquellas posiciones deudoras en que, dada la multiplicidad y versatilidad de los adeudos, que en ocasiones cambian vertiginosamente, no se conoce de antemano la identidad de los créditos que finalmente quedarán garantizados¹.

El acreedor, en una primera fase, tiene en la finca solo una reserva de valor ya que los concretos créditos que la hipoteca asegura no están identificados. Solo en una segunda fase², cuando por la razón que sea se vuelva necesario ejecutar la hipoteca, se procederá a determinar cuáles de entre los genéricamente garantizados quedarán garantizados^{2bis}. La ejecución de la hipoteca en Derecho español se produce siempre por razón de créditos concretos lo que impone forzosamente, cuando falta, su determinación previa.

La característica fundamental de la hipoteca flotante es por ello la tajante separación entre créditos e hipoteca. Por un lado está la hipoteca; por otro una masa de créditos solo genéricamente identificados que aspiran a incorporarse a ella³. En tanto esa incorporación no se produzca los créditos pueden ser negociados, ejecutados o pagados «por fuera», esto es, sin que esos actos repercutan en la hipoteca que permanece «impasible» como razonó en su día la resolución de la Dirección de 21 de marzo de 1917.

Se ha dicho que es suficiente, para que la hipoteca esté bien constituida, con que en el contrato en que se establece conste una identificación, por «remota» que sea, de las deudas potencialmente aseguradas⁴. No podrán sobrepasarse sin embargo ciertos límites. El principio de determinación impone aquí algunas restricciones. En interés de los terceros adquirentes de derechos en la finca hipotecada, no solo de las partes, deberá recogerse en el contrato de hipoteca cuando menos algunos datos que permitan identificar las relaciones de las que derivan los créditos potencialmente asegurados. La determinación⁵, por somera que sea, ha de ser lo suficientemente precisa para que en su día un Tribunal pueda decidir si un crédito concreto «cae dentro del círculo de los genéricamente garantizados por la caución hipotecaria»⁶.

2. «DEUDA PRESENTE»

Los créditos genéricamente asegurados no tienen por qué ser todos de nacimiento futuro. Algunos pueden existir ya en el momento de constituir la hipoteca. La Jurisprudencia más antigua no abrigaba dudas a este respecto⁷.

Más discutible es que el conglomerado deudor, genéricamente asegurado, cuyo pago se pretende asegurar, esté solo y exclusivamente integrado por créditos ya nacidos (como dice alguna resolución de la Dirección General: «presentes»). Mantienen algunos que en esos casos no se da la indeterminación necesaria para poder constituir una hipoteca de máximo. Según ellos en esos casos lo procedente sería constituir tantas hipotecas (ordinarias) como créditos. Las deudas de nacimiento futuro, argumentan, pueden estar o no perfectamente identificadas pero de lo que no cabe ninguna duda es de que, por hipótesis, las «presentes» lo están.

La Jurisprudencia registral anterior a la última reforma, con fundamento en esta idea, rechazaba la inscripción de la hipoteca flotante cuando entre la masa de créditos a asegurar, algunos habían nacido: esto es, cuando dentro del conglomerado de deudas garantizadas, las había vivas en el momento de constituir la hipoteca. Con más razón por tanto, con arreglo a esa misma doctrina, cuando no unos pocos sino todos los créditos potencialmente asegurados ya habían nacido.

En efecto, en estos casos, no es fácil de ver en donde podría estar la famosa «indeterminación de los créditos asegurados» que, por razones institucionales, se exige en nuestro Derecho para poder constituir una hipoteca de máximo. La deuda ya existente (es decir, «presente», plenamente vigente) está siempre, por hipótesis, perfectamente determinada⁸.

3. SEPARACIÓN ENTRE CRÉDITOS E HIPOTECA

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que existe indeterminación, y por tanto causa suficiente para constituir una hipoteca de máximo, cuando fluctúa la cuantía del adeudo asegurado. El caso típico sería el de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes o todavía mejor de créditos en moneda extranjera (en que la conversión de la divisa a moneda nacional fija su montante final). Pero, en la hipoteca flotante en garantía de una masa de créditos (presentes) de cuantía fija, desconectados entre sí, garantizados como un todo, el importe de cada una de las obligaciones aseguradas no cambia por lo que aquella fluctuación no se acaba de ver donde está.

El importe de cada deuda, efectivamente, puede no cambiar, pero eso no quiere decir que no se dé en estos casos ninguna fluctuación en absoluto y por tanto que falte la indeterminación que se exige para poder recurrir a la hipoteca de máximo. Primero, porque, aunque no fluctúe la cuantía de cada uno de los

créditos asegurados, sí fluctúa el adeudo global que subirá o bajará en función de compensaciones con los contra-créditos que vayan surgiendo contra el acreedor o los abonos que se vayan haciendo. Segundo, porque la fluctuación que verdaderamente importa aquí y de la que la primera es reflejo —que explica las peculiaridades de la hipoteca flotante y justifica su regulación independiente de la hipoteca en garantía de cuentas de crédito— no es tanto la del montante del “saldo” final sino la de la identidad de las obligaciones contables que lo integran (y por tanto que se incorporarán a la hipoteca).

Es decir, la indeterminación relevante no consiste aquí, en que cada uno de los créditos lo esté —y por tanto se desconozca todas o alguna de sus características principales— sino en que, aunque estén perfectamente determinados, se desconoce cuáles de entre ellos entrarán en la hipoteca, es decir, cuáles serán finalmente seleccionados para incorporarse a la garantía que genéricamente los asegura; y, por tanto, cuál será el importe de la cantidad realmente asegurada por la hipoteca.

4. LA RESOLUCIÓN DE 21 DE MARZO DE 1917

La nota distintiva de la llamada «hipoteca flotante» está por ello en la independencia o separación que existe entre adeudo y garantía. Solo si no se pierde de vista esta idea, puede comprenderse por qué, dentro del círculo de los créditos genéricamente asegurados, pueden existir, y por tanto cabe incluir sin problemas créditos ya nacidos; esto es, deuda viva, presente.

La separación entre hipoteca y crédito es la característica fundamental que distingue la hipoteca que la resolución de 21 de marzo de 1917, siguiendo el modelo alemán, llamaba «propiamente de máximo» (y que llamamos desde 1987 entre nosotros «flotante» y antes «hipoteca caución»). Razón que explica por qué, aunque se pague uno cualquiera de los créditos existentes, ceda o ejecute en vía ordinaria, no se extingue automáticamente ni cancela parcialmente la hipoteca (en la cuantía correspondiente).

No se trata de que subsista siempre la posibilidad de que el hipotético «hueco» dejado por la extinción del crédito en cuestión sea «cubierto», «ocupado», «rellenado», por otro distinto incluido dentro de la clase de los genéricamente asegurados. Es otra la razón.

No hay «hueco» alguno que los créditos que se ceden, ejecutan o pagan, dejen libre y por tanto que esté pendiente de ocupar; y no lo hay porque en tanto no se determine cuáles en concreto, entre los genéricamente asegurados, serán garantizados, ninguno de ellos está realmente «enganchado» a la hipoteca y por tanto puede pretender ocupar «parte» alguna de la hipoteca. Hipoteca y créditos (potencialmente asegurados) en tanto no se vinculen entre sí —lo que exigirá su incorporación previa— llevan vidas completamente separadas, totalmente independientes.

5. INDETERMINACIÓN DE LOS CRÉDITOS ASEGURADOS

Cabe, por tanto, asegurar con una hipoteca flotante una amalgama de deudas presentes y futuras por heterogéneas que sean, y no importa que parte de esa deuda haya nacido (deuda por tanto «presente»), porque, en todo caso, subsiste la incertidumbre sobre si finalmente se incorporará o no a la garantía.

La indeterminación, mientras no se transforme la hipoteca flotante en ordinaria, subsiste y afecta a todos los créditos genérica o potencialmente asegurados; también por tanto a los ya nacidos o «presentes». Y subsiste porque se desconoce si esa deuda «presente» seguirá existiendo cuando se liquide la relación de negocios; y, aunque subsista, si va a estar finalmente entre las seleccionadas para entrar en la hipoteca.

Cuando se constituye la hipoteca no puede saberse con certeza si la deuda «presente», después de todas las sucesivas «cribas» a que se someterá la «masa asegurada» para proceder a su determinación, continuará «viva». Y, en caso de que subsista y los créditos potencialmente asegurados sobrepasan la cifra de garantía, si esa deuda que subsiste, y ya existía en el momento de la constitución de la hipoteca, será una de las seleccionadas y quedará por tanto asegurada.

El deudor en este tipo de hipotecas es normalmente un cliente que mantiene con su acreedor una relación continuada de negocios. Nada permite asegurar que las cantidades que se vayan abonando se apliquen en primer lugar a pagar las deudas más modernas, y, por tanto, que al final subsistirán forzosamente las que existían en el momento de constituir la hipoteca («deuda presente»). Y sobre todo nada permite asegurar que, cuando llegue el momento de incorporarlas a la hipoteca, sean ellas las seleccionadas: ¿por qué no otras, también supervivientes, contraídas con posterioridad?⁹.

Poco importa, en efecto, que algunas existan ya en el momento de la constitución de la hipoteca. No tienen por ese solo hecho una especie de «patente» o derecho a subsistir hasta el final e incorporarse a la hipoteca. Pueden ser pagadas antes¹⁰ y, aunque sobrevivan, no tienen por qué ser ellas las seleccionadas y, al final, incorporadas a la hipoteca (especialmente cuando, habiendo otras, y sumando la cuantía de todas juntas sobrepase el montante del adeudo global la cifra total garantizada).

6. NATURALEZA DE LA HIPOTECA

En conclusión, también aquí existe indeterminación y existe porque la fijación de los créditos, que van a quedar cubiertos por la hipoteca, se producirá con posterioridad a su constitución. Es esa y no otra la razón de que todos los créditos, incluso los existentes o presentes, deban tenerse por indeterminados respecto a la hipoteca. La indeterminación radica en que en el momento de

constituirse no se conoce la identidad de las deudas (nacidas o por nacer) que van a quedar «enganchadas» a la garantía.

La selección de las obligaciones aseguradas se produce, por tanto, en un momento posterior al de la constitución de la hipoteca y, como veremos, no de modo casual o arbitrario, aunque tampoco de modo mecánico. Es esa y no otra la incertidumbre que justifica, que sea posible, una hipoteca de máximo.

La selección de obligaciones aseguradas normalmente será fruto (indirecto) del efecto —impropiamente llamado «compensatorio»¹¹— que se produce como consecuencia de la aplicación a los adeudos pendientes de los abonos sucesivos que vayan haciéndose durante la vida de la hipoteca.

Según cuál sea el orden seguido en la imputación de los pagos subsistirán unos créditos y otros no; y de rebote, por tanto, se seleccionarán, los que, porque subsisten, son candidatos a incorporarse a la hipoteca. Solo los pagados quedarán definitivamente descartados. Pero no hay certeza alguna de que la deuda presente no vaya a ser precisamente una de las «compensadas». De ser así nunca se beneficiará de la hipoteca.

II. SELECCIÓN DE LOS CRÉDITOS

1. PROCEDIMIENTO

El procedimiento mediante el que se seleccionarán los créditos que se incorporarán a la hipoteca parece sencillo. Acreedor y deudor, de común acuerdo, decidirán las obligaciones que asegurará la hipoteca. Esto es, elegirán —salvo que uno haya delegado en el otro (o ambos en un tercero) esa facultad— qué obligaciones entre las genéricamente aseguradas se incorporarán a la hipoteca.

Las obligaciones seleccionadas no tienen por qué estar vencidas: el vencimiento es imprescindible solo si se pretende la ejecución de la hipoteca pero la incorporación de los créditos no siempre presupone una ejecución inminente. El convenio de determinación y, en consecuencia, la identidad de los créditos a incorporar, podrá hacerse constar en el Registro por nota marginal con arreglo a lo dispuesto en el artículo 238 del Reglamento hipotecario.

La extensión de la nota habilita la cesión hipotecaria independiente de cada uno de los créditos asegurados (es decir, la cesión del crédito con hipoteca) y su ejecución, también independiente, por el procedimiento de ejecución directa¹².

2. LA DETERMINACIÓN UNILATERAL POR EL ACREEDOR

Las cosas, sin embargo, casi nunca suceden así: primero, porque los convenios entre acreedor y deudor celebrados con ese fin son en la práctica ex-

cepcionales; segundo, porque los contratos de hipoteca incluyen habitualmente cláusulas que autorizan al acreedor a realizar por sí solo la determinación de los créditos que van a quedar asegurados. El contenido de esos pactos no suele ser siempre el mismo y su alcance es cuando menos discutible. Se impone por tanto un análisis detenido de su naturaleza y efectos. Nos centraremos solo en dos de las variantes más frecuentes:

a) Por la primera, se atribuye al acreedor la facultad de elegir a cuáles de entre los créditos pendientes se imputarán los pagos efectuados por el deudor y, en consecuencia, qué créditos subsistirán y podrán por tanto beneficiarse de la hipoteca.

b) Por la segunda, se atribuye al acreedor la facultad de elegir directamente, por sí solo, esto es, libremente, qué créditos entre los potencialmente asegurados se incorporarán a la hipoteca.

Es dudoso el valor que tengan estas reservas. La conclusión, como veremos, no puede ser la misma cuando lo que se cede es la facultad de imputar pagos que cuando se delega el poder de seleccionar créditos. Antes de pronunciarse sobre su validez, en efecto, es preciso analizar con detenimiento la naturaleza de la facultad cuyo ejercicio en cada caso se delega.

3. LÍMITES HIPOTECARIOS

Existe aquí un límite que en ningún caso podrá traspasarse: el acreedor no puede reservarse la facultad de incorporar a la hipoteca, entre los créditos que tenga contra el deudor, los que le venga en gana o mejor le parezca. Cuando menos deberán poseer las características que se fijaron en el contrato de hipoteca y delimitan por tanto la masa de los potencialmente asegurados: esto es, han de pertenecer al círculo de los genéricamente garantizados.

Estamos ante un dato de hecho que habrá que probar en cada caso y que, por ser tal, no pueden las partes manipular a su antojo. Las obligaciones deben pertenecer a la clase, al grupo de las genéricamente aseguradas, con independencia de cuáles preferirían asegurar. No hay margen aquí para el libre arbitrio.

En nuestro Derecho la selección no puede dejarse de modo absoluto en manos del acreedor: ni siquiera de acreedor y deudor. La hipoteca de máximo no es una reserva abstracta de valor. El principio de determinación impide que la hipoteca pueda cubrir créditos no comprendidos entre los genéricamente asegurados. La selección por ello nunca puede ser arbitraria.

La política hipotecaria que inspira nuestro Ordenamiento jurídico no permite que las partes decidan en este asunto con completa libertad. Los créditos han de elegirse dentro de un conjunto relativamente bien definido: deben respetar, y cumplir por tanto, con los requisitos prevenidos en el contrato de hipoteca.

Se entiende la importancia de que en la escritura de hipoteca se fijen con precisión las líneas generales («maestras»), por amplias o generosas que sean, que permitan identificar los créditos asegurados. Las directrices fijadas en el contrato han de ser lo suficientemente claras para que los Tribunales, si las partes no consiguiesen ponerse de acuerdo, puedan hacer por sí mismos esa primera «criba» o selección¹³.

4. OPOSICIÓN DE TERCEROS

La determinación (genérica) de los créditos asegurados es una exigencia que viene impuesta por razones de orden institucional (en concreto, por causa del conocido en Derecho Hipotecario como «principio de determinación»). Lo que implica que, en caso de que se infrinja, cualquiera que se sienta perjudicado podrá oponerse a la selección efectuada e impetrar la protección judicial.

En consecuencia los titulares de cargas posteriores y los terceros poseedores podrán rechazar una selección de créditos que no respete las directrices recogidas en la hipoteca. No cabe incorporar a la garantía, todavía menos ejecutarla, por impago de obligaciones de clase o género distinto a aquellas para cuya seguridad se constituyó expresamente la hipoteca.

Ciertamente, en ausencia de terceros, siempre podrían las partes modificar el contrato de hipoteca, rectificar los criterios de delimitación en ella recogidos y fijar otros distintos (sean económicos o jurídicos). Esa posibilidad está siempre abierta, sin duda, pero con una importante limitación: cualquier cambio de las pautas fijadas, porque implica una modificación de hipoteca, exigirá otorgamiento de escritura pública¹⁴.

5. CONTROL DEL PROCESO

En definitiva la selección de créditos tiene que hacerse sobre la base de las pautas fijadas en el contrato; pautas que deben ser lo suficientemente claras para que la determinación hecha sea susceptible de control. De ser así no debería haber obstáculos para que una parte pueda delegar en la otra la realización de la determinación. Sin embargo, como vamos inmediatamente a ver, las cosas no son, tan sencillas. La delegación es posible pero su alcance es limitado. No puede delegarse la decisión definitiva sobre la selección en sí sino únicamente la «iniciativa» para hacerla.

El deudor delegante —con mucha más razón los terceros poseedores o titulares de derechos posteriores a la hipoteca— podrá siempre impugnar la selección que realice el acreedor, en caso de que los créditos electos no pertenezcan a la

clase de los asegurados. Parece indudable que, si ni siquiera de común acuerdo pueden infringir las partes, al hacer esta primera selección, los límites fijados en el contrato de hipoteca; menos podrá hacerlo una sola de ellas por mucho que le haya delegado la otra esa facultad.

El principio de determinación impide en nuestro Derecho que la selección se extienda a créditos extraños al conjunto que forman los que cumplen con los requisitos establecidos en el contrato. No puede ser fruto, por tanto, de una decisión arbitraria¹⁵. Las obligaciones incorporadas han de cumplir con las características previstas en el contrato de hipoteca. La delegación de la facultad de determinar no es vinculante. Por tanto la que, ejerciendo esa facultad, haga el acreedor carece de eficacia si no respeta esa limitación.

Hecha esta primera selección, hay que seguir avanzando y por tanto realizando nuevas cribas. Identificados los créditos, entre los que tenga el acreedor contra el deudor, que integren el círculo de los genéricamente asegurados, queda por determinar aún cuáles serán en concreto de entre ellos los beneficiarios de la garantía. Conocida la identidad de los créditos que cumplen con el requisito de pertenecer a la clase o género que se fijó en el contrato, procede dar otro paso.

Lo normal efectivamente es que, durante la vigencia de la hipoteca, se vayan realizando abonos por el acreditado para ir saldando el adeudo. La imputación de los pagos a unos u otros créditos no es, sin embargo, intrascendente ya que determina (indirectamente) cuáles podrán beneficiarse de la hipoteca: los pagados, por hipótesis, quedan automáticamente descartados.

La imputación de los pagos por tanto no es una operación neutral que pueda hacerse de cualquier modo y por tanto esté libre de controversia. Mediante la imputación de pagos se seleccionan indirectamente los créditos dando así un paso más en el proceso de determinación.

A continuación analizaremos por separado el caso de imputación por el acreedor a quien no se haya cedido la facultad para hacerla y después el caso de que sí se le haya cedido.

6. IMPUTACIÓN DEL ACREEDOR

En efecto, no hay imputación sin selección. Está claro que, siempre que se imputan los pagos a unos créditos y no a otros, se «expulsa» definitivamente de la hipoteca a todos aquellos a cuya satisfacción se aplican las cantidades abonadas; y, a la inversa, indirectamente, se abre la puerta a los demás. Estamos, pues, ante una forma solapada pero efectiva de seleccionar a los «pretendientes».

Es por ello que las imputaciones de pagos que haga el acreedor, al contrario que las del deudor, merecen especial atención. La selección de créditos que

produce la imputación no es fruto o resultado de un proceso aleatorio sino de una elección del acreedor que buscará, sería estúpido pensar otra cosa, sacar de ella el máximo provecho. Como los abonos realizados por el deudor, pueden ser aplicados por el acreedor a distintos créditos, de hacer este la imputación, elegirá con toda seguridad aquellos que más le convenga. Pero los que más convengan al acreedor son los que menos convienen al deudor.

Hemos visto que los terceros pueden oponerse si acreedor y deudor, juntos o por separado, pretenden incorporar a la hipoteca deudas que no pertenecen a la clase de las (genéricamente) aseguradas. Vamos a ver ahora qué también pueden hacerlo cuando, identificadas las que pertenecen a ese género, siempre que no se cumplan los requisitos legales, pretenda el acreedor, manipulando las imputaciones de pagos para servir a sus intereses, seleccionar las que van a quedar garantizadas.

Los terceros poseedores, como los titulares de cargas posteriores, no son una especie de «convidados de piedra» en este proceso porque no lo son tampoco en el proceso de ejecución hipotecaria. Unos y otros pueden oponer al acreedor muchas de las excepciones del deudor; entre ellas, las referentes al pago entendido en sentido amplio. La doctrina coincide en que los terceros poseedores tienen un estatuto jurídico semejante al de un fiador (en el Derecho de Partidas, incluso, se les tenía directamente por tales)¹⁶.

7. PRESUPUESTOS LEGALES DE LA IMPUTACIÓN

Los terceros poseedores, en primer lugar, conservan las facultades (de control) que corresponderían al acreedor en caso de que la imputación fuese hecha por el deudor. Una cosa en efecto es que el acreedor pueda imputar los pagos y otra que ejercite esa facultad como corresponde. La facultad de imputar pagos no es libre; conoce límites¹⁷.

a) El tercer poseedor como fiador podrá oponerse a la imputación cuando pretenda revocar el acreedor otra anterior, ya hecha, e intente re-asignar las cantidades aplicadas a unos créditos a otros diferentes. Esto es, pretenda modificar la «imputación» y «recuperar» créditos que, de respetar la primera, estarían pagados, para así incorporarlos a la garantía. Esta rectificación no es posible: la imputación, una vez hecha, es irrevocable¹⁸.

b) Y lo que es más importante: podrá oponerse a que el acreedor impute los pagos a deudas no vencidas o ilíquidas, siempre con el propósito de incluir en la hipoteca otras más onerosas o gravosas; por ejemplo, las que están peor garantizadas o resulten de cobro más difícil^{19, 20}.

8. LA ACEPTACIÓN DEL DEUDOR

Puede, en segundo lugar, darse el caso que la imputación se realice cumpliendo —al contrario que en el caso anterior— con los presupuestos legales

pero que, una vez hecha, se revele perjudicial para los terceros. Se trata de saber hasta qué punto estos últimos están obligados a pasar por ella.

Lo normal será siempre que el acreedor impute los pagos en provecho propio y deje las deudas más difíciles de cobrar para la hipoteca. Por tanto, que lo haga en perjuicio, del tercer poseedor y titulares de cargas posteriores que, por esta razón, se verán expuestos con mayor probabilidad, al riesgo de tener que acabar soportando la ejecución de la hipoteca. Se trata ahora de decidir si esos terceros tienen que respetar siempre las imputaciones del acreedor. Son menos provechosas para el acreedor, y por ello candidatas a ser las primeramente pagadas, las deudas que, por ejemplo, rindan intereses más bajos, las aseguradas con garantías menos sólidas, o las que, por existir periodos de carencia, satisfacen durante algunos años intereses pero no capital.

Se explican así las cautelas que el legislador ha adoptado cuando la imputación se hace por el acreedor. La primera y principal es que el acreedor debe poner inmediatamente en conocimiento del deudor la imputación que hizo. La declaración de imputación que haga el acreedor tiene por ello naturaleza recepticia. La necesidad de proceder a su comunicación al deudor tiene enorme importancia porque permitirá a este descartar una imputación del acreedor que perjudique al deudor. En tanto no sea ratificada por el deudor, la imputación tiene valor de mero proyecto o simple propuesta²¹. El acreedor no puede imponer al deudor su imputación²².

En consecuencia podrán oponerse los terceros a la imputación del acreedor siempre que falte la ratificación del deudor. No hay duda de que los terceros estarán interesados en oponerse a la imputación del acreedor si no hubiese sido ratificada por el deudor y, es más, que pueden hacerlo incluso aunque no les perjudique. No se trata de que los terceros (terceros poseedores y acreedores hipotecarios posteriores) se subroguen en el derecho del deudor a oponerse a la imputación hecha por el acreedor. Este, en principio, es un derecho exclusivo del deudor^{22bis}. Pero no cabe duda de que si la imputación del acreedor no la ratifica el deudor, no será válida (art. 1172.2 del Código). En realidad, aunque la propuesta proceda del acreedor, la imputación, propiamente, no la realiza este sino el deudor. Por tanto, al final, si quiere protegerse el acreedor frente a posibles impugnaciones de terceros, deberá obtener el *placet* del deudor.

9. DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE IMPUTAR

La situación cambia si es el caso que el deudor, en el contrato de hipoteca, haya delegado en el acreedor la facultad de imputar los pagos que vaya haciendo este último. Es frecuente, en efecto, que en los contratos de hipoteca se incluya, como cláusula de estilo, la concesión al acreedor por el deudor de la

facultad de hacer por sí solo la imputación de los pagos que se vayan haciendo a cuenta de los créditos asegurados. En virtud de esa autorización, el acreedor podrá elegir a qué créditos en concreto imputará los pagos. Se impone ahora analizar el alcance de esa concesión.

El acreedor, de cedérsele esa facultad, se transforma en esta fase en el protagonista del proceso de selección. Queda en su mano definir qué créditos, al sustraerlos de los pagos, quedarán incorporados a la hipoteca. Por tanto el acreedor, ejerciendo la facultad de imputar, podrá «manipular» el alcance del efecto extintivo que produzcan los pagos que se vayan haciendo.

Pues bien, la imputación es en principio una facultad del deudor y no cabe duda de que, si así lo quiere, puede cederla al acreedor: ahora bien los terceros poseedores, lo mismo que los fiadores, conservan siempre el derecho de oponerse a la imputación del acreedor si el pacto de cesión no fuese válido o, de serlo, el ejercicio por el acreedor de la facultad de imputar no se ajusta a lo pactado²³.

Es ahora cuando cobra toda su importancia la forma y alcance de la delegación hecha por el deudor al acreedor. No es lo mismo que la delegación sea específica y concreta que genérica e indeterminada. Se discute si los terceros están obligados a respetar la imputación del acreedor cuando se ampare en una delegación genérica de la facultad de imputar. Esto es, en el caso de que el deudor conceda al acreedor la facultad de decidir por sí solo, sin ningún tipo de límites o cortapisas, el orden a seguir en la imputación a realizar.

Ciertamente el deudor que hace determinada imputación, como siempre que paga a un acreedor y no a otro, no comete en principio abuso alguno. La elección está dentro de la libertad (autonomía) del deudor y ninguno, sea el acreedor o un tercero, podrá reclamar contra la imputación que haga el hipotecante deudor en ejercicio de su derecho en tanto no vea restringida su capacidad (en su caso, con efectos retroactivos por incurrir, por ejemplo, en insolvencia)²⁴.

Ahora bien una cosa es que el deudor pueda decidir libremente qué deudas paga; y otra que autorice al acreedor, que tenga varios créditos contra él, para aplicar los abonos que vaya recibiendo como quiera y por tanto, a imputar los pagos en términos tan vagos o amplios que permitan al acreedor acabar haciéndolo en perjuicio incluso del mismo deudor.

El que paga es el deudor. Por tanto el apoderamiento al acreedor para que haga la imputación de los pagos del deudor, debe ejercerse en interés de este. Ahora bien, siempre que las deudas a que deben aplicarse los pagos no sean igualmente onerosas, el pago por el acreedor se produce en condiciones muy semejantes al de la auto-contratación. Se da aquí también la típica contradicción de intereses: las deudas más onerosas para el deudor son las más beneficiosas para el acreedor.

10. AUTO-CONTRATACIÓN

En la auto-contratación el mandatario como en todo apoderamiento recibe un poder directo sobre la esfera jurídica ajena: con ello el patrimonio del mandante queda a su merced. Lo lógico, por ello, es que el ejercicio de tan exorbitante poder se sujete a límites: en primer lugar, como «en toda representación», el de que se utilice «en interés del representado y no en el propio»²⁵.

La auto-contratación, en efecto, si no presupone, sí facilita el ejercicio de la representación por el representante exclusivamente en interés propio. Exige, por ello, autorización especial y expresa y debe referirse exclusivamente a objetos determinados. La auto-contratación, en realidad, como el auto-pago es así un caso específico de un supuesto más general y peligroso: el de apropiación, por propia autoridad, de derechos ajenos en beneficio propio.

La situación suele complicarse todavía más cuando la delegación (como pasa con la de la facultad de imputar) se hace en una estipulación que forma parte de un contrato más amplio (el de hipoteca).

En estos casos, la aceptación de la imputación del acreedor por el deudor deviene forzosa ya que se produce en cumplimiento de un contrato anterior del que precisamente aquella cesión forma parte. Estamos por tanto ante un «acto debido». La delegación en este caso (de la facultad de imputar) es irrevocable ya que integra, como una de las estipulaciones corresponsivas (contextualidad), un contrato primordial, el de hipoteca, cuyo cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de una de las partes (en este caso, del deudor). Esto es, no puede revocarse la cesión sin revocar al mismo tiempo el negocio de hipoteca que la integra como un pacto más y dejar por tanto el cumplimiento del contrato principal al arbitrio de una de las partes: el deudor.

Ahora bien, para que esta excepción tenga éxito y la irrevocabilidad por tanto prevalezca, habrá que aportar prueba de que, a cambio de la cesión de la facultad de imputar, el deudor recibió algún tipo de contraprestación: por ejemplo, que por causa de ella obtuvo más crédito o en mejores condiciones que si no hubiese cedido el deudor la susodicha facultad.

De ser así, y la «contextualidad» basta para presumirlo, no parece quedarle al deudor más remedio que pasar por la imputación del acreedor ya que, de no hacerlo, estaría incumpliendo el contrato (de hipoteca) del que constituye la cesión (de la facultad de imputar) una de las recíprocas prestaciones²⁶.

11. LÍMITES DEL PODER DE (AUTO)CONTRATAR

El otorgamiento de un poder o autorización para (auto)contratar, irrevocable y de carácter general, sin ningún tipo de condiciones o límites, faculta al apoderado para sustraer activos del patrimonio del poderdante en provecho no

de este sino exclusivamente en el suyo; es decir, en su propio interés y no el de su mandante. Esto es, le permite apropiarse por sí mismo, sin oposición, en las condiciones que el mismo fije, de cualesquiera activos del *dominus*. Tras un poder así, en realidad, si se analiza el asunto con realismo, se oculta un traspaso a favor del apoderado, a su capricho o voluntad, de la propiedad de los bienes del poderdante que libremente elija y en las condiciones que tenga por conveniente.

Ahora bien es bien sabido que no cabe una opción irrevocable sobre bienes sino no está perfectamente claro cuáles sean en concreto los bienes a que afecta, esto es, los bienes de los que se dispone y las condiciones esenciales en que esa transmisión debe producirse (para el caso ejemplar de la opción de compra cfr. el art. 14 de Reglamento Hipotecario que sienta la regla general en esta materia; también art. 241 del mismo texto normativo para la cesión de rango).

El consentimiento dispositivo exige precisión: cosa cierta, objeto determinado²⁷. Por ello cuando la autorización no se circunscribe a bienes concretos, sino solo genéricamente identificados, incluso de existencia futura (y es irrevocable) la auto-contratación no puede permitirse.

Una restricción que por lo demás no es más que una aplicación concreta de una regla más general cuyo rigor hay que extremar cuando estamos ante un poder con permiso para auto-contratar y de carácter irrevocable. Un «apoderamiento en sentido jurídico tiene que ser determinado según su concepto» por lo que un poder de contenido ilimitado «no es meramente una extensión cuantitativa de un apoderamiento limitado sino que es un *aliud*». Hay por ello, a pesar de las críticas que ha recibido, que estar de acuerdo con una reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. SSTs de 26 de noviembre de 2010 y 6 de noviembre de 2013) que ha levantado cierta polvareda y no hace otra cosa que recoge ese principio, por lo demás doctrina pacífica en la jurisprudencia alemana²⁸.

12. CAUTELAS

Ciertamente ninguna de las características señaladas concurre en los casos que nos vienen ocupando. El apoderado no fija libremente los términos y condiciones del pago ni mucho menos su importe: resultan todos ellos de los contratos principales de que derivan las obligaciones pendientes de cobro.

Tampoco elige, al contrario de lo que pasa en la auto-contratación ordinaria, los activos del patrimonio (del deudor) que pasarán al suyo: eso lo hizo antes el propio deudor y precisamente al realizar el pago que está pendiente de imputar. El acreedor únicamente elige, de entre los créditos que tenga contra el deudor, a cuales aplicará en concepto de pago las entregas realizadas (y, por tanto, cuales de entre ellos se extinguirán).

No por ello la imputación unilateral del acreedor carece de riesgos. El peligro está en que al contrario de lo que pasa en el caso (ejemplar) de la compraventa (en que, por mucha auto-contratación que haya, con la transmisión que hace el intermediario en su doble condición, ambos, poderdante y apoderado, pueden ganar); aquí tal cosa está descartada (quírase o no, siempre pierde uno). Esto es, el peligro está en que aquí, es decir, en el caso de la imputación, al contrario que allí, en el caso de la compraventa, está excluida la posibilidad de que la operación, a pesar de todo, sea igualmente ventajosa para ambos, esto es, no solo para el acreedor/auto-contratante sino también para el poderdante/deudor: el crédito más provechoso para el acreedor es siempre el más gravoso para el deudor

En la compraventa —en general en los contratos de cambio— pueden ganar ambos porque los activos traspasados de un patrimonio a otro (las «recíprocas prestaciones» que las partes se hacen) suelen ser más valiosos, en manos de los nuevos titulares (porque saben gestionarlos mejor) que en las de los antiguos. Por eso los intercambian.

Habitualmente con el traspaso comprador y vendedor mejoran: estamos ante un juego cooperativo en que en principio ganan las dos partes. Por eso dicen los «analistas» que el intercambio libre es un acto «creador» (de riqueza). Es cierto que esa ganancia mutua, en el caso del apoderado que compra «para sí», no se da forzosamente. Pero no está excluida *a radice* como sí lo está cuando el acreedor imputa el pago del deudor: el crédito más ventajoso para el acreedor es siempre el más gravoso para el deudor. Existe una contradicción de intereses insalvable y por tanto se produce siempre un perjuicio inevitable.

Ahora bien si la autorización, concedida en estos términos no es válida, los terceros podrán oponerse a los concretos actos de imputación que, en base a ella, el acreedor haya realizado (cfr. art. 1853 del Código Civil).

13. CONCLUSIONES

La delegación al acreedor por el deudor, en el contrato de hipoteca, de la facultad de imputar los pagos del deudor, no parece tener por tanto mucha fuerza o valor jurídico.

a) El acreedor no puede imputar libremente las cantidades abonadas por el deudor; decidir por sí solo qué créditos se extinguen y cuales sobreviven y, por tanto, de rebote, quedan reservados para la hipoteca²⁹.

b) Tanto el deudor como los terceros (titulares de derechos reales en la finca hipotecada) podrán oponerse a la imputación unilateral hecha por el acreedor en ejercicio de la facultad de imputar, cedida por el deudor en el contrato de hipoteca, si no se han respetado las cautelas que hay que observar para no incurrir en la prohibición de autocontratación.

c) De respetarlas, al hacer la imputación, tendrá que guardar el acreedor el orden previsto en la cláusula de cesión. De haberse fijado de modo claro y terminante a qué créditos concretos habrán de aplicarse los pagos, deberán cumplirse las previsiones dispuestas en el contrato en sus propios términos.

d) En ese caso, el acreedor deberá demostrar, aportando la prueba pertinente, que la imputación se atiene a los términos del pacto de cesión³⁰.

e) De no poder aportarla, no podrá acceder al Registro la determinación, que como consecuencia indirecta de la imputación pueda resultar, a no ser que aporte el acreedor la oportuna aceptación del deudor que, para poder hacerse constar en el registro, deberá ser expresa y constar en documento público (cfr. a contrario art. 238 del Reglamento).

f) Parece despreciable, por tanto, si se cumple con todas estas cautelas, el riesgo de que los acreedores, en los casos que venimos examinando, manipulen la identidad de las deudas a que imputan los pagos y hagan una imputación sin contar con el deudor.

14. CONSTANCIA REGISTRAL

Si fuese cierto todo lo razonado hasta aquí, habrá que concluir que, para hacer constar en el Registro la determinación de los créditos asegurados con hipoteca flotante —como resultado indirecto de imputaciones de pagos hechas por el acreedor en ejercicio de la facultad de imputar que le haya cedido el deudor en el contrato de hipoteca— no sirven fórmulas de consentimiento tácito o presunto. Es decir, salvo que los términos del convenio de cesión fuesen lo suficientemente explícitos, claros y precisos, deberá aportarse la aceptación del deudor³¹.

No podrán, por tanto, por lo general, tener acceso al registro de la propiedad la determinación de los créditos que vayan a quedar asegurados con una hipoteca flotante, siempre que se produzca como consecuencia (indirecta) de una imputación de pagos hecha por el acreedor, si no se hace constar en escritura pública la ratificación de este.

Poco sentido tiene por todo ello seguir discutiendo si debe o no inscribirse en los Libros la estipulación contractual, habitual en todo tipo de hipotecas, por la que el deudor cede al acreedor la facultad de imputar como quiera los pagos que vayan haciendo el deudor o terceros a cuenta de los créditos asegurados.

Hemos visto que no son inscribibles los actos de imputación realizados por el acreedor que no cuenten con más apoyo que la cesión, hecha a su favor, de la facultad genérica de imputar. Aunque se convenga tal cosa en el contrato de hipoteca e inscriba esta, no podrá inscribirse en su día el documento (otorgado por el acreedor) en que se formalice la imputación.

Por ello no deben tampoco tener acceso al Registro los pactos de las escrituras de hipoteca en que se convenga la cesión por el deudor al acreedor de la facultad para imputar los pagos como quiera. Su inscripción daría a los actos concretos de imputación del acreedor una apariencia de legalidad que no tienen.

15. PERJUICIO DE TERCEROS

La defensa de los terceros tiene en nuestro Derecho otra poderosa razón: todo sobrante de valor (hipoteca no ocupada) que quede cuando se extinga la garantía, corresponde, en principio, a los terceros poseedores (que no hayan realizado retención o descuento de la hipoteca del precio de compra del inmueble) y a los acreedores hipotecarios posteriores.

La propensión al pago de las deudas no es la misma; depende de su onerosidad. Por tanto cuanto más gravosas sean las aseguradas con hipoteca más probabilidad hay de que estas sean finalmente ejecutadas. El que la hipoteca asegure al final unas u otras deudas tiene por tanto mucha importancia para los terceros adquirentes de derechos reales en la finca hipotecada. Cuanto menos onerosas sean las deudas que se carguen en la hipoteca, mayor será la probabilidad de que sean pagadas a su vencimiento y por tanto mayor el sobrante que pueda quedar y puedan apropiarse los terceros después de extinguida la hipoteca.

Por ello, en caso de que existan estos terceros, esto es, de que haya terceros con derechos reales en el inmueble hipotecado, el acreedor, a quien se haya delegado la facultad genérica de imputar, no podrá hacer sin más una imputación que perjudique el derecho al sobrante ya que dispondría de lo que pertenece a los adquirentes posteriores: sus únicos y legítimos titulares.

El deudor no puede disponer de lo que no es suyo, y eso es lo que sucede si cede al acreedor la facultad de imputar los pagos, la imputación perjudica a terceros hipotecarios y —esto parece esencial— la cesión no consta inscrita. Su ejercicio envuelve un potencial perjuicio del «sobrante» de hipoteca que el propietario, al transmitir la finca o constituir derechos reales sobre ella, traspasó a tercero. Esto es, del sobrante que ha pasado a pertenecer a los adquirentes posteriores del inmueble hipotecado (terceros poseedores, por supuesto, pero también acreedores hipotecarios). Los derechos no inscritos no perjudican a terceros inscritos. El pacto no inscrito no habilita al acreedor para disponer de la parte del «máximo» que, en caso de que la imputación se hubiese hecho como corresponde, pudiese quedar libre.

Si la cesión no se inscribe, el acreedor podrá aplicar los pagos —y en consecuencia de rebote aplicar a la hipoteca dentro del máximo garantizado los créditos que deje sobrevivir— solo en tanto no haya terceros hipotecarios (esto es, en tanto siga siendo propietario el deudor). En cuanto deje de serlo, no

podrá imputar pagos en perjuicio de los terceros que entretanto hayan adquirido derechos reales en la finca hipotecada.

La disposición de la finca presupone la revocación de la facultad (no inscrita) concedida al acreedor para imputar los pagos en perjuicio de los terceros poseedores o acreedores hipotecarios posteriores. El argumento es el mismo que se hace valer cuando el *dominus* transmite una cosa sobre el cual había concedido a un tercero poder para venderla. Otro sería el caso si no estuviésemos ante una facultad sino una reserva perfectamente determinada e inscrita (siguiendo por analogía lo dispuesto en el art. 14 del RH).

Solo procede hacer aquí una salvedad para el caso que el deudor vendiese la finca y el comprador haya retenido o descontado la hipoteca del precio de compra (supuesto que luego estudiaremos). De no ser ese el caso, el acreedor no puede perjudicar el derecho (al sobrante) que no pertenece ya al deudor. La imputación de pagos, por él realizada, carece de eficacia frente a terceros, esto es, frente a quienes hayan adquirido un derecho real en la finca hipotecada.

Todo sobrante que se libere —es decir, la parte del máximo que no se cubra después de aplicar los pagos al adeudo, pertenece, fuera de los casos de retención o descuento (cfr. art. 232 del Reglamento en relación al 230 y 231 del mismo cuerpo legal)— al nuevo propietario o titulares de derechos posteriores, no al deudor; por lo que de nada valen los poderes que hubiese conferido para disponer de él.

En nuestro Derecho, al contrario que en el alemán, el hipotecante, que vende o grava la finca, transmite al tercero (que no haya descontado la hipoteca del precio de compra) el derecho al sobrante de valor que pueda quedar liberado sea por razón de pagos que, a cuenta del adeudo asegurado, se vayan haciendo; sea, en general, porque al final, cualquiera que sea la razón, el saldo pendiente no llegue a cubrir el máximo asegurado, es decir, se quede corto.

En nuestro Derecho rige el «sistema de ascenso automático de puestos»: todo sobrante liberado pasa a los titulares posteriores. Por tanto la cesión al acreedor de la facultad de imputar, en la medida que le permite elegir indirectamente qué créditos (entre los genéricamente asegurados) sobreviven y así rellenar la hipoteca con los que quiera; envuelve una disposición encubierta sobre el sobrante.

La cesión anticipada por el deudor de esa facultad, cuando todavía era propietario, deberá cumplir, para que su ejercicio pueda perjudicar a terceros adquirentes de derechos sobre la cosa hipotecada, con las limitaciones de general aplicación a la enajenación de cualquier derecho potestativo que pretenda tener eficacia real: en primer lugar, que se determine de modo claro el objeto, en este caso de nacimiento futuro (sobrante), sobre el que recae la cesión y cuya apropiación se autoriza (cfr. por analogía arts. 14, 16 y 241 del R. Hipotecario); en segundo lugar, por exigencia del principio de determinación, se fije el procedimiento que habrá que seguir para efectuar la apropiación autorizada (esto

es, los trámites que el acreedor debe cumplir para hacer la imputación); y en tercer lugar se inscriba la reserva en el Registro de la Propiedad.

El derecho, concedido por el deudor al acreedor, de elección de los créditos a asegurar, encubierto mediante una cesión de la facultad para imputar pagos, no puede perjudicar los derechos (sobre el sobrante) que tengan terceros adquirentes de derechos reales en el inmueble, a no ser que esos terceros ratifiquen con posterioridad la cesión realizada o los concretos actos de imputación que, en base a la cesión genérica, vaya realizando el acreedor.

Conviene no olvidar que la posición registral (y también procesal) de los terceros hipotecarios es muy sólida a la vista de lo dispuesto en el artículo 143 de la LH (que habla en general de «interesados») en relación con el 595 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que concede a los terceros y no solo al deudor el derecho de oponerse en el procedimiento de ejecución directa).

16. REQUISITOS DE LA IMPUTACIÓN

Los intereses de los terceros, titulares de derechos en la cosa hipotecada, son por tanto en principio intocables, nadie puede disponer de lo que les pertenece. Una regla que conoce más que una única excepción: salvo claro está que la imputación que se haga no les perjudique lo que sucede al menos en dos casos.

En primer lugar los adquirentes posteriores de derechos en la finca hipotecada no podrán oponerse a la imputación si les beneficia y esto sucede siempre que, la hecha, aplique los pagos a los créditos genéricamente asegurados con la hipoteca. O, en segundo lugar, sea neutral, es decir, responda objetivamente a los intereses del deudor. Y responde objetivamente a los intereses del deudor la que se atiene al orden establecido en los artículos 1173 y 1174 del Código³². Es decir, la que aplica los abonos a las deudas más onerosas³³, una vez cubiertos los intereses.

Por tanto, no bastará para que la imputación sea eficaz, si al final se demuestra perjudicial para los terceros, con que la haga el deudor o ratifique la del acreedor el deudor, si realizó este los pagos; y si no fue él, el extraño que los hizo. Ni se ajuste, la hecha por el acreedor, a los términos prevenidos en el pacto de cesión que no cumple con los requisitos de la Ley Hipotecaria (art. 14 del reglamento).

En principio, efectivamente, el deudor (en su caso, el extraño, interesado o no, que paga) puede imputar con libertad y por tanto ratificar la imputación que haga el acreedor. El que paga, como vimos, paga a quien quiere y el crédito que quiere. Por tanto la única pregunta relevante que hay que hacerse aquí es la de si está obligado el deudor, que vende o grava la finca hipotecada, frente a los terceros, a no hacer o consentir imputaciones que puedan perjudicarles.

No solo hay que tener en cuenta aquí lo dispuesto en el artículo 1197 en relación al 1201 del código (que permite a los fiadores oponer la compensación

observando en el «orden de compensación lo dispuesto respecto a la imputación de pagos») y el 1853 (que les habilita para «oponer las excepciones inherentes a la deuda» entre las que la doctrina incluye «los vicios de cualquier acto que haya extinguido total o parcialmente el crédito asegurado»). Importa sobre todo el hecho de que los terceros (o hipotecarios posteriores) han adquirido sus derechos del deudor y que, al hacerlo, les ha transmitido el sobrante que pudiese quedar (una vez el acreedor haya cobrado o ejecutado la finca). Y esa transmisión impone al deudor que no perjudique el objeto que transmitió (el potencial sobrante). No solo eso. Le impone también que se comporte lealmente con quién lo adquirió, es decir, que su conducta en cualquier caso sea conforme con la buena fe.

Los terceros hipotecarios, en efecto, podrán impugnar una imputación perjudicial no solo en base al potencial perjuicio que se inflige al sobrante por ellos adquirido, y transmitido por el deudor con la propiedad o el gravamen de la finca, cuyo alcance o contenido pretende a posteriori reducir el deudor con la imputación. Podrán impugnarla también, o al menos reclamar los daños sufridos, si consiguen demostrar que se hizo con intención de perjudicarles.

Existe una evidente contradicción de intereses entre el deudor y el tercer poseedor (y en general hipotecarios posteriores). Como los créditos más onerosos (por ejemplo porque carezcan de otras garantías), si se cargan en la hipoteca, no los pagará finalmente el deudor, existe el peligro de connivencia entre acreedor y deudor en perjuicio del tercer poseedor. Podrán por tanto oponerse este a la imputación realizada si consigue demostrar que hizo este en favor del acreedor la cesión de la facultad de imputar, primero, o la ratificación, después, en su perjuicio (dolo)³⁴. Ni el mismo deudor puede realizar una imputación en perjuicio de tercero, esto es, con mala fe (dolo) o en abuso de derecho³⁵.

De lo hasta aquí razonado resulta la importancia que tiene, en la venta de fincas gravadas con este tipo de hipotecas, la retención o descuento de su importe del precio de compra. De haberse hecho tal descuento o retención, evidentemente la situación cambia substancialmente y el peligro de connivencia entre acreedor y deudor contra los terceros, para cargar en la hipoteca las deudas más onerosas, desaparece. El asunto merece alguna atención. Las relaciones entre el acreedor y los terceros se embarullan con las que surgen entre el deudor que transmite o grava la finca hipotecada y los adquirentes posteriores de derechos sobre ella.

17. DESCUENTO O RETENCIÓN DE PRECIO

El comprador que haya retenido o descontado la hipoteca del precio de compra deberá pasar por la imputación, tanto del deudor como del acreedor autorizado para hacerla por sí mismo. La razón es fácil de entender: en caso de retención o descuento de la hipoteca el sobrante que pueda producirse por pago de las deudas garantizadas no pertenece al comprador sino al deudor (vendedor).

Por expresa disposición de ley, en caso de retención o descuento, no opera el principio de «ascenso automático de puestos». Así resulta con toda claridad del artículo 118 de la Ley en relación con los artículos 231 y 232 del Reglamento, especialmente este último.

Lo dispuesto en los dos artículos anteriores (subrogación del deudor en la hipoteca para reclamar el precio retenido o descontado por el comprador) será aplicable a las hipotecas en garantía de obligaciones futuras, cuentas a crédito u otras análogas, si se acreditase, mediante el documento correspondiente, que la obligación garantizada no llegó a contraerse o se ha extinguido, acompañando en su caso instancia del deudor pidiendo que se haga constar la subrogación en el registro.

El comprador que ha descontado o retenido la hipoteca del precio de compra de la finca hipotecada es por ello indiferente frente a la imputación. Determinados los créditos que se incorporarán a la hipoteca, aplicará el comprador el precio retenido o descontado al pago de los asegurados y, si resta algún sobrante todavía porque, después del pago, el máximo asegurado (y retenido por el comprador) es excesivo, entregará el remanente al vendedor (deudor). De no hacerlo así, quedará subrogado este último, por disposición de ley, en la parte de hipoteca necesaria para cubrir el precio retenido o descontado que, pagados los créditos, haya sobrado y por tanto conserve el comprador en su poder (cfr. el fundamental y ya citado art. 232 del reglamento hipotecario)³⁶.

Este régimen no es de aplicación cuando el comprador ha satisfecho el precio íntegramente (es decir, no haya hecho descuento o retención de hipoteca). En esos casos, el sobrante vuelve a ser del comprador y el deudor está obligado ahora, por doble razón, a pagar al acreedor (hipotecario) las deudas que la hipoteca asegura y no otras. Primero, porque, como dijimos el sobrante es del comprador, no suyo; y, segundo, porque, aunque siga siendo deudor de su primitivo acreedor, lo es también ahora del comprador y debe liberar la finca de la carga hipotecaria que la grava, esto es, la carga con que se la transmitió al comprador.

Lo normal es que el comprador haya abonado el precio en su totalidad bien porque creyó (o se le hizo creer) que la hipoteca, cuando compró la finca, estaba cancelada, bien porque tenía la promesa del vendedor de abonar los créditos con el precio que le entregó (mandato de pago)³⁷.

18. LIBRE ELECCIÓN POR EL ACREEDOR

Cuestión distinta es si, una vez hechas las compensaciones que en Derecho corresponda entre pagos y adeudos, llegada por tanto la hora de vincular los créditos a la hipoteca, no alcance la cifra de garantía a cubrir la totalidad de los créditos supervivientes³⁸.

En este caso el saldo final (la suma del montante de los créditos, comprendidos entre los genéricamente asegurados, que hayan sobrevivido a las cribas que sucesivamente se fueron haciendo) supera la cifra garantizada por la hipoteca. Dicho llanamente: hay más crédito «vivo» que hipoteca.

Nada parece impedir que, en el contrato de hipoteca, para esos casos, se conceda al acreedor la facultad de elegir qué créditos, de entre los supervivientes a la imputación, deben incluirse en la hipoteca y por tanto beneficiarse de ella³⁹.

Aquí no hay un verdadero problema de imputación de pagos, precisamente porque esta ha sido realizada y además en forma correcta. Pues bien puede suceder que así y todo (es decir, a pesar de haberse hecho la oportuna «compensación» de los créditos con las entregas realizadas respetando el orden legal o convencional de la imputación) las obligaciones pendientes superen la cifra de garantía. En ese caso no quedará más remedio que elegir qué créditos se incorporarán a la garantía.

Es inevitable, en efecto, la elección cuando el montante de los créditos pendientes, por tanto candidatos a la hipoteca, rebosa el importe de esta. Ciertamente no le es indiferente a los terceros posteriores en rango cual sea la naturaleza de los créditos que al final entren en la hipoteca: su tipo de interés, las garantías con que cuenten, las excepciones que permitan. Pero, llegados aquí, el único derecho que conservan es el de impedir que se beneficien de la hipoteca créditos que no pertenezcan al grupo de los genéricamente garantizados con hipoteca. Los terceros, de habersele concedido esa facultad al acreedor, solo podrán oponerse a la selección, si pretendiese este incluir en la hipoteca deudas que estaban ya pagadas o no pertenecen a la clase de las garantizadas.

Parece por tanto que, siempre que se respetan estos límites, los terceros no podrán oponerse a la selección que haga el acreedor. Como veremos, no es así.

19. IMPUTACIÓN DE LA GARANTÍA

La constitución de una hipoteca sobre un inmueble en garantía de una deuda no es un acto de naturaleza muy diferente a la de la aplicación del inmueble a su pago. La garantía real, y en particular la hipotecaria, vincula anticipadamente un inmueble a la satisfacción del crédito. Como destacó muy pronto la doctrina y jurisprudencia alemanas, la atribución *causa garantiae* y la adjudicación posterior *causa solvendi* tienen íntima relación y constituyen dos fases de un único proceso orientado, en último término, al mismo fin: el pago del crédito asegurado⁴⁰.

A la hora de elegir qué créditos, cuando hay varios, se «imputarán» a la hipoteca, deben jugar por tanto los mismos límites que vimos cuando examinamos la imputación de pagos.

La reserva de valor que la hipoteca de máximo produce no puede ser cedida al acreedor sin detallar su alcance. Esto es, no puede aplicarse a los créditos que

quiera el acreedor entre los potencialmente asegurados. Y no puede constituirse así, por cuanto, al igual que en la imputación (de pagos) ordinaria, también existe aquí entre propietario de la finca y acreedor una manifiesta contradicción de intereses.

Por tanto solo será admisible esa delegación si sus términos son claros. Es decir, si determina con precisión el orden de «imputación» de los créditos (supervivientes o sobrantes) a la garantía.

En conclusión, por las mismas razones examinadas en el caso de la imputación de pagos, debemos excluir aquí también la posibilidad de que pueda cederse genéricamente al acreedor la facultad de elegir qué créditos se incorporarán a la hipoteca cuando los adeudos que sobrevivan a la imputación de pagos superan la cifra de garantía con una importante salvedad. La imputación de «hipoteca» corresponde hacerla al propietario (si no fuese deudor). Solo él, por tanto, podrá cederla. Ya que solo él, y no el deudor, como titular de la finca, es el único que puede disponer del valor que «sobre», si fuese el caso de que llegase a realizarse la finca por impago de las deudas aseguradas.

En resumen, como titulares del posible «sobrante», los únicos que pueden «imputar» la hipoteca y por tanto ceder esa facultad al acreedor, son el propietario actual de la finca (en particular, el hipotecante no deudor, y el tercer poseedor que haya descuidado hacer el oportuno descuento o retención de la hipoteca⁴¹ del precio de venta) y los acreedores hipotecarios posteriores. La causa de que debamos entenderlo así es que son ellos quienes realmente pagan y no les es indiferente, a la vista del derecho de subrogación que les concede el artículo 1210 del Código, la naturaleza de los créditos a que se impute la garantía, especialmente el que estuviesen o no asegurados a su vez con otras garantías⁴². Frente a un tercer poseedor, que no ha descontado la hipoteca, nada importa así que el acreedor obtenga o no la ratificación del deudor a su «imputación» de hipoteca: *res inter alios acta*.

A la inversa y por la misma razón, con arreglo al artículo 232 del Reglamento hipotecario, si se ha descontado o retenido la hipoteca del previo de compra, el sobrante que se produzca en caso de que el adeudo no cubra la cifra garantizada, sigue perteneciendo al deudor (vendedor) y no pasa al comprador (tercer poseedor). Deberá por tanto este último —en caso de que el importe del adeudo supere el máximo asegurado— pasar por la «imputación» de hipoteca que tenga por conveniente hacer el deudor o haga el acreedor a quién le haya sido cedida siempre que cumpla los términos del acuerdo⁴³.

III. TRANSFORMACIÓN DE LA HIPOTECA

1. CUESTIONES PREVIAS

Analizado el problema de la selección de los créditos, corresponde pasar a ocuparse del importante asunto de la transformación de la hipoteca.

En concreto, debemos pronunciarnos, en primer lugar, sobre si, una vez determinados los créditos, la hipoteca flotante se transforma automáticamente en ordinaria; o, al contrario, si debe mediar acuerdo de las partes que expresamente lo disponga o al menos solicitud de una de ellas. Y, en segundo lugar, debemos pronunciarnos también sobre si la inscripción es requisito indispensable para la validez de la transformación.

2. TRANSFORMACIÓN FORZOSA

Por lo que al primer punto se refiere parece que la determinación de los créditos asegurados debería producir automáticamente la incorporación y, por tanto, transformación de la hipoteca flotante en ordinaria. Transformación que por lo demás parece venir exigida por razones institucionales, esto es, por razón de la naturaleza de la hipoteca flotante.

Así cabría deducirlo del hecho de que, como suele decirse, no sea admisible constituir hipoteca flotante en garantía de créditos que están perfectamente determinados. «Si un crédito está ya bien precisado, no puede constituirse a su favor ninguna hipoteca de máximo»; y esta bien precisado «cuando no le pueda disputar la hipoteca ningún otro crédito nacido o por nacer que pertenezca a la clase de los créditos garantizados genéricamente por aquella»⁴⁴.

De ser las cosas así, una vez determinados los créditos que van a quedar asegurados, no podrían llevar vida independiente de la hipoteca por mucho que las partes desearan mantener la posibilidad de negociarlos aisladamente. En Derecho alemán se mantiene por la doctrina sin fisuras que la determinación de créditos por sí sola no produce la transformación automática de la hipoteca de máximo en ordinaria ni permite exigirla a cualquiera de las partes.

La hipoteca de máximo “no se transforma automáticamente en una hipoteca de seguridad del tipo corriente, por la circunstancia de fijarse el crédito definitivamente y quedar excluido el nacimiento de nuevos créditos. Ninguno de los interesados tiene derecho a exigir semejante transformación. Por lo tanto cabe también en la hipoteca de máximo, ya fijada de este modo, cesión de crédito sin cesión de hipoteca (1190-4 BGB)”⁴⁵.

En nuestro Derecho la transformación forzosa, más todavía si se pretende automática, parece contrariar la finalidad que con estas hipotecas persiguen quienes las constituyen. La desvinculación entre créditos e hipoteca cumple ante todo una función práctica: si «se precisase poner en juego el pesado mecanismo hipotecario para transferir los créditos asegurados con esta clase de hipotecas, quedarían (estos) prácticamente fuera de comercio»⁴⁶.

Habitualmente los créditos asegurados son entre comerciantes y, es sabido, que en la práctica mercantil solo excepcionalmente, se recurre a la ejecución de la hipoteca. Mientras exista alguna posibilidad de recuperar pacíficamente

el montante del crédito, y su cesión o venta a terceros puede ser una manera de lograrlo, el acreedor rehuirá la ejecución judicial. La transformación de la hipoteca de máximo en ordinaria ciertamente habilita, en caso de impago, la ejecución hipotecaria pero a costa siempre de restringir la movilidad (aislada o independiente) de cada uno de los créditos asegurados. Por tanto, las partes no estarán siempre interesadas en que se produzca la transformación.

a) Por una parte los acreedores no desean que se les cierre definitivamente la posibilidad de ceder los créditos sin hipoteca. La hipoteca refuerza el crédito pero lo hace a costa de su movilidad. Es sabido que la realización de un negocio provechoso pende en muchos casos de que pueda garantizarse la transmisión con la mayor celeridad de los activos negociados.

b) Los deudores, por su parte, no están interesados en facilitar la cesión hipotecaria (del crédito con la hipoteca). La firmeza de la posición procesal del cesionario del crédito hipotecario es bastante mayor que la del cedente. Ese refuerzo se hace a costa del propietario de la finca hipotecada. La cesión mejora la posición del acreedor en la misma medida que agrava la del propietario deudor (cfr. art. 144 de la L. Hipotecaria).

c) Por último, en los casos que nos vienen ocupando, la hipoteca suele recaer sobre bienes esenciales para el mantenimiento de la solvencia del deudor (empresario): la garantía suele recaer sobre los establecimientos en que el deudor desempeña las actividades que constituyen su fuente principal de ingresos⁴⁷. Todo reforzamiento de la posición del acreedor se vuelve así muy peligrosa⁴⁸.

3. DERECHO ALEMÁN

La determinación de los créditos, que van a quedar garantizados con la hipoteca, no produce automáticamente su incorporación a esta en nuestro Derecho.

En Derecho alemán la especificación de las obligaciones genéricamente aseguradas ni siquiera atribuye a las partes la facultad de exigir tal transformación. Se necesita siempre que medie un nuevo acuerdo. Solo, una vez se celebre este e inscriba en el Registro, se producirá la «incorporación» de los créditos a la garantía de modo que únicamente, desde entonces, se volverá totalmente imposible la cesión de créditos sin hipoteca.

La determinación de los créditos no es en aquel Derecho causa suficiente para exigir, o para que se produzca automáticamente, la transformación: se precisa siempre nuevo acuerdo entre las partes.

Hasta tal punto es independiente la determinación de la transformación que, si las partes lo quieren así, pueden forzarla aunque los créditos no estén perfectamente identificados⁴⁹. Y, a la inversa, impedir la conversión de la hipoteca de máximo en ordinaria aunque las obligaciones estén perfectamente determinadas.

4. DERECHO ESPAÑOL

En Derecho español la solución es bastante más dudosa. ROCA-SASTRE, que se ocupó del asunto, opinaba que la determinación concede a las partes únicamente el derecho de exigir la transformación⁵⁰. La determinación de los créditos impediría solo que pudiesen incorporarse a la hipoteca otros distintos de los ya identificados.

Es posible que, con posterioridad, siguiesen naciendo deudas con las características de las genéricamente aseguradas. En ese caso, si hubiese otras anteriores ya determinadas, las nuevas, aunque pertenezcan a la clase de las aseguradas, no podrían aspirar a ser garantizadas y quedarían descartadas.

Lo más práctico en este punto es estar a lo que las partes hayan convenido. Son frecuentes en esta clase de hipotecas dos tipos de pactos:

a) Es posible, en primer lugar, que hagan depender la incorporación de la determinación y por tanto se permita esta solo entre los créditos vencidos, *una vez se cumpla el plazo o condición que en el contrato se fije*. Transcurrido el plazo o cumplida la condición, cualquiera de las partes podrá exigir a las demás la conversión⁵¹.

b) Es posible, en segundo lugar, que, a medida que las deudas vayan venciendo, vaya también naciendo el derecho de reclamar la incorporación. Los problemas que plantea esta segunda opción fueron analizadas en otro lugar⁵².

5. CASOS DUDOSOS

Más dudosa es la respuesta a la pregunta de si, estando los créditos perfectamente determinados, podría condicionarse por las partes su efectiva vinculación al acuerdo de las partes interesadas. A favor de la contestación positiva cabe alegar que, aunque la deuda esté identificada, ningún precepto impone forzosamente la conversión⁵³.

Parece en consecuencia que en esos casos —salvo que se hubiese dispuesto otra cosa en el contrato— quedaría al arbitrio de las partes realizarla o no⁵⁴. De entenderse así, para que se materialice la vinculación, sería necesario nuevo acuerdo y solo, adoptado este, pasarían los créditos a quedar vinculados a la hipoteca y por tanto, a partir de entonces, solo podrían ser cedidos con arreglo a las reglas del Derecho hipotecario. A esta construcción, sin embargo, cabe oponer argumentos de peso. De nuevo se hacen patentes aquí las diferencias que existen entre el Derecho alemán y el nuestro.

6. CAUSA DE LA TRANSFORMACIÓN

En Derecho alemán sin transformación no hay vinculación entre créditos e hipoteca; y, sin inscripción, transformación; por tanto, sin acuerdo material y consentimiento de inscripción (ambos de naturaleza abstracta). La independencia que existe en aquel Derecho entre derechos y asientos es tan fuerte que incluso

es perfectamente posible que se inscriba como ordinaria una hipoteca de máximo y, a la inversa, que una ordinaria subsista como de hipoteca máximo en tanto no se preste el oportuno consentimiento de inscripción.

En nuestro Derecho rige exactamente la regla contraria: las partes no pueden producir a propósito una discordancia entre Registro y realidad. La acción de rectificación del asiento es inseparable del derecho (material) y, como es sabido, nace y muere con él. Quien renuncia a la rectificación, ya de forma expresa ya tácita, renuncia al derecho material. Nuestro sistema jurídico es causal y no abstracto⁵⁵. Estamos, como se ve, ante respuestas distintas pero distintas precisamente porque los principios de los respectivos sistemas hipotecarios son también distintos. Un ejemplo ayudará a entender esta oposición.

En nuestro Derecho, determinado el crédito, se produce la incorporación aunque se demore el asiento de transformación. Por tanto el acreedor que lo cede a propósito separada e independientemente de la hipoteca, renuncia a la hipoteca que lo garantiza. Es posible la cesión de una de las obligaciones determinadas sin la hipoteca pero solo porque su cesión implica renuncia de la hipoteca, tal como pasaría si la hipoteca fuese ordinaria.

El hueco (de hipoteca) que la cesión de uno de los créditos deja vacante, y esto es lo decisivo, no permanece en modo alguno en poder del acreedor sino que pasa al titular de inferior rango (en último término, al propietario). Todo sobrante que se genere por razón de una hipoteca pasa a la siguiente por razón del principio de ascenso automático de puestos. Hemos analizado en el epígrafe anterior las excepciones que se producen en caso de que, al adquirir la finca, se hubiese realizado por el comprador descuento o retención de la hipoteca del precio de compra.

En Derecho alemán la situación es totalmente distinta. La cesión independiente de uno de los créditos no impide al acreedor rellenar, con el único límite de no sobrepasar el máximo garantizado, el «hueco» de hipoteca (dejado por el crédito cedido) con otros posteriores (o incluso anteriores) que pertenezcan a la clase de los genéricamente asegurados. Es más, y aquí está lo decisivo, aunque no puedan surgir nuevos créditos que pueden beneficiarse del «hueco» dejado por el crédito cedido, el sobrante de valor no pasa al tercero sino que sigue en «propiedad» del deudor hipotecante al que se atribuye como deuda inmobiliaria (*Grundschuld*). Por ello, al contrario de lo que pasa en Derecho español, la cesión independiente del crédito, aunque sea el caso de que haya un solo candidato a ocupar la hipoteca de máximo, no extingue esta. El montante del valor que queda libre por el «hueco» generado, subsiste por tanto pero, como vimos, en forma ahora de deuda inmobiliaria⁵⁶.

7. NATURALEZA DE LA TRANSFORMACIÓN

En nuestro Derecho, por tanto, determinados los créditos genéricamente asegurados, descartada por tanto la posibilidad de que surjan otros que pue-

dan aspirar a serlo en el futuro, deviene forzosa la transformación y por tanto cualquiera de las partes puede exigir por sí sola la práctica del asiento que la publicará.

En este punto la libertad de las partes es escasa y solo puede operar indirectamente. Pueden sí modular el tiempo (imponiendo plazos o condiciones) en que se debe producir la determinación pero nada más. Ahora bien, producida esta, la transformación es forzosa y por tanto exigible por cualquiera de ellas.

La incorporación no puede quedar nunca al libre arbitrio de acreedor y deudor, juntos o por separado. Ni siquiera la misma determinación de créditos. Como vimos, es necesario siempre cuando menos identificar las líneas generales o «maestras» de las obligaciones potencialmente aseguradas; líneas que permitirán en su día su identificación.

Solo pueden planificar y por tanto controlar el proceso de determinación, estableciendo que la determinación, y posterior incorporación, se produzca entre las obligaciones vivas en determinado momento (plazo) o cuando se cumpla una concreta condición. No podrán, en cambio, impedir que, una vez determinados los créditos, se produzca su incorporación y exigir un nuevo consentimiento para que pueda materializarse de modo efectivo o permanente la vinculación entre los créditos (una vez determinados) y la hipoteca a la que se les afectó⁵⁷.

8. INSCRIPCIÓN DE LA TRANSFORMACIÓN

Determinados los créditos la transformación de la hipoteca de máximo en ordinaria deviene forzosa. Firme y definitiva la determinación, por tanto, habrá automática incorporación.

La determinación, presupuesto de su conversión, no tiene sin embargo por qué producirse siempre de la misma forma. Puede pender de la aportación de prueba de que ocurrieron determinados hechos; o de que alguna de las partes realizó determinados actos o incluso de que medió un acuerdo entre todos los implicados, cuando siendo varios los créditos garantizados, la cifra del adeudo supera el importe asegurado.

En los casos en que para la determinación sea preciso un nuevo acuerdo de las partes, parecen algunos difuminar hasta hacer desaparecer por completo la diferencia entre la hipoteca por deuda futura y la hipoteca de máximo⁵⁸.

No es correcto. Lo importante aquí no es la necesidad de que se precise o no nuevo consentimiento de las partes sino si la deuda está o no está incorporada definitivamente a la hipoteca. La distinción entre una y otra hipoteca persiste como lo demuestra el hecho de que, en la de deuda futura, lo que depende de la voluntad de las partes, es solo el nacimiento de la obligación, no la determinación de la que quedará asegurada. Por ello, una vez nacida, se

hace constar exclusivamente ese hecho pero no su incorporación a la hipoteca porque incorporada, en su condición de futura, lo estaba ya desde el principio.

Por el contrario en la hipoteca flotante la incorporación no se ha producido sino que pende de la identificación de las obligaciones aseguradas. La intervención (de una o ambas partes) se exige únicamente para la determinación de qué créditos serán seleccionados entre los genéricamente asegurados, paso previo necesario para su incorporación. Es por ello indiferente que, entre las genéricamente aseguradas, haya deudas de nacimiento futuro. Están garantizadas genéricamente, junto con las presentes, dentro del máximo y por tanto al contrario que en la hipoteca de deuda futura todavía no incorporadas a la garantía.

Solo si se comprende bien esta distinción puede entenderse por qué en muy escasa medida es susceptible de aplicación aquí, para hacer constar registralmente la transformación de la hipoteca de máximo en ordinaria, el mecanismo que ha previsto el regulador, en el caso de hipoteca de deuda futura, para hacer constar registralmente el nacimiento de la obligación asegurada. Baste aquí con la mención de dos puntos.

Es discutible, en primer lugar, que, con arreglo al artículo 238 del Reglamento, sea apropiada la documentación privada para hacer constar registralmente la determinación de créditos y por tanto la transformación de la hipoteca de máximo en ordinaria. Puede ser, como hemos visto, que esa determinación dependa de la prestación de nuevos consentimientos.

Tampoco parece muy acertado, para hacer constar en el registro la transformación, practicar un asiento de nota marginal. La nota marginal es apropiada, cuando el consentimiento sobre la forma de la determinación se haya prestado por anticipado y se hubiese subordinado su efectividad al cumplimiento de determinados hechos. No, cuando se trata de inscribir un verdadero acuerdo de voluntades; acuerdo por el que en algún caso se eligen, al tiempo que determinan, las obligaciones garantizadas.

9. EFICACIA DEL ASIENTO DE TRANSFORMACIÓN

En cuanto a la segunda de las cuestiones planteadas —el valor que, en nuestro Derecho, haya que reconocer al asiento registral de transformación para la eficacia o validez de esta— solo un par de observaciones.

Poco aporta decir aquí que, al igual que pasa con la cesión, la inscripción (de la transformación) no es constitutiva. Estas afirmaciones son ciertas pero no aclaran mucho.

a) En nuestro Derecho, al contrario de lo que sucede en Derecho alemán, no es necesaria la inscripción, una vez determinado el crédito asegurado, para la validez de la cesión. En Derecho alemán inscrito el crédito pasa a regirse por

las normas de Derecho inmobiliario. Por la misma razón que no se vinculan crédito e hipoteca hasta que se inscribe la transformación, inscrita esta, carece de validez la cesión civil, separada, del crédito garantizado. La inscripción de la cesión pasa por tanto a ser constitutiva⁵⁹.

b) En nuestro Derecho las cosas no son así: la inscripción es condición de la oponibilidad de la transformación (como también de la cesión) frente a terceros. Nuestra jurisprudencia registral ya en 1925 destacó que, en el caso de la hipoteca flotante, no cabe cesión de crédito con hipoteca, si no se hizo constar previamente en el Registro la conversión, esto es, su incorporación. No serviría para conseguir ese efecto combinar, por un lado, una cesión por separado del crédito con, por otro, una cesión, también por separado, de la hipoteca ya que nada garantiza al cesionario que acabe asignándose el crédito cedido a la hipoteca transmitida. En tanto no se produzca la incorporación, la hipoteca flotante, por decirlo así, no está «comprometida» con crédito alguno⁶⁰.

c) No es otra la razón por la que, para acceder al antiguo judicial sumario o al extrajudicial de ejecución hipotecaria, se exigía la extensión, con carácter previo, del asiento de transformación y de incorporación⁶¹. Si se prescinde de esta, que algunos llaman, sutileza, el deudor o el dueño de la finca ejecutada podría oponer al ejecutante los posibles vicios de la cesión (cfr. art. de 130 de la Ley). La cesión, en efecto, porque no está inscrita, no está protegida por el Registro (cfr. art. 38 de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia no basta aquí, para decidir el valor que hay que reconocer al asiento que publica la transformación, con recurrir otra vez a la manida distinción entre partes y terceros y traer a cuento la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1989 dictada en un caso de cesión. Por supuesto que los terceros pueden discutir la legalidad la transformación no inscrita. Pero poco adelantáramos si nos quedásemos ahí. Perjudica también a las partes que de faltar el asiento no podrían servirse de la acción directa por el procedimiento hipotecario especial (art. 130 de la Ley).

Es más, prevalecería la cesión a un tercero civil de uno de los créditos asegurados, hecha después de la transformación pero antes de su inscripción. Así de ser el caso que no se haga constar la incorporación en el Registro, y entre tanto el acreedor cediese aisladamente el crédito civil o mercantil (sin hipoteca) a un tercero. El cesionario podría exigir el pago del deudor pues el crédito cuando lo adquirió no era todavía hipotecario frente a él al haberse omitido el asiento de incorporación. A no ser claro está que, antes de que se produzca el pago y después de inscrita la transformación, adquiriera un tercero el crédito (ahora ya hipotecario, esto es, incorporado a la hipoteca) e inscriba la cesión⁶².

Es de observar aquí, sin tratar de terciar en la enconada disputa sobre la eficacia de la cesión no inscrita, que la cesión de un crédito (civil) que después pasa a estar garantizado con hipoteca, no es oponible al acreedor hipotecario que

haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria para cobrar el crédito asegurado. Menos todavía si el ejecutante es el cesionario inscrito (art. 149.3 de la Ley).

No lo es en el procedimiento de ejecución directo. Las tercerías de mejor derecho están impedidas en este caso por el artículo 696 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero tampoco es oponible en el ejecutivo hipotecario ordinario (cfr. art. 127 de la Ley Hipotecaria que, para que pueda prosperar en esos casos la tercería, exige sin excepción «título anteriormente inscrito» al que se ejecuta).

IV. PLAZOS

1. DUALIDAD DE PLAZOS

En este tipo de hipotecas es habitual encontrar al menos dos tipos de plazos de naturaleza distinta y función por tanto diferente. Por un lado las partes suelen fijar el día en que se incorporarán a la hipoteca los créditos concretos que, entre los genéricamente asegurados, al transformarse la flotante en ordinaria, van a quedar definitivamente garantizados.

Por otro lado las partes establecen también, porque así lo viene exigiendo la jurisprudencia, la fecha de vencimiento de la hipoteca. Fecha, esta, que no tiene por qué coincidir con la primera, ni tampoco con la de vencimiento de cada uno de los créditos asegurados.

En el primer caso, el plazo fija la fecha en la que deberán determinarse los créditos que van a quedar incorporados a la hipoteca y puede exigirse la transformación de la hipoteca flotante en ordinaria.

Los créditos nacidos a partir de esa fecha, por tanto, no pueden ya incorporarse a la hipoteca por lo que quedan en consecuencia definitiva y automáticamente descartados. La función de ese plazo es puramente hipotecaria. Establece un límite temporal: la indeterminación de la identidad de los créditos no puede durar indefinidamente. En consecuencia a partir de ese día no son posibles más incorporaciones aunque sigan naciendo créditos que pertenezcan a la clase de los asegurados.

Los terceros saben así a partir de qué momento es imposible que se incorporen nuevos créditos a la masa de los asegurados con hipoteca. Estamos por tanto ante un segundo límite (temporal) que, junto con el de la clase o género (material), delimita el adeudo global asegurado por la hipoteca. El conjunto de créditos garantizado viene en consecuencia definido por dos notas. En virtud de la primera solo quedan asegurados créditos que pertenezcan a determinada clase o género. En virtud de la segunda, de entre los comprendidos en esa clase, solo podrán serlo los nacidos entre determinadas fechas: cumplido el plazo, no se admiten más candidatos.

Precisamente porque, a partir de ese día, no pueden presentarse más pretendientes, podrán seleccionarse entre los nacidos cuales se incorporarán a la hipoteca.

a) Primero, procediendo tal como vimos, mediante la imputación de pagos, a una primera «criba» de la masa potencialmente asegurada.

b) Segundo, si su cuantía total supera el máximo asegurado, eligiendo entre los sobrevivientes los concretos créditos que serán beneficiarios definitivos de la garantía.

2. NECESIDAD DE UN SEGUNDO PLAZO

Con este (primer) plazo la hipoteca gana en precisión y cumple con el principio de determinación. Cuanto mejor delimitada esté la masa asegurada más fácil será la transmisión de fincas hipotecadas. La reducción de la incertidumbre sobre la naturaleza y composición del adeudo permitirá a los futuros adquirentes calcular mejor los riesgos a que se exponen cuando compran el inmueble.

No por ello quedan solventados todos los problemas. Una cosa es que esté bien definida la masa potencialmente asegurada y otra que lo esté la hipoteca. Hay que poner tope también a la duración de esta última.

En tanto no se incorporen los créditos a la hipoteca, no se puede saber el momento a partir del cual debe contarse el plazo de prescripción. Solo una vez se determinen los créditos, y conozca por tanto la fecha de vencimiento de cada uno, será posible saber el plazo (máximo) de duración de la hipoteca. Pero el momento de hacerlo puede retrasarse y la incertidumbre sobre la duración del gravamen dilatarse en el tiempo. No otra es la razón de que la jurisprudencia haya exigido la fijación de un segundo tope (aparte del *maximum* de responsabilidad). Un tope que no tiene por misión sino fijar otro máximo (hay así un doble máximo): en este caso el de duración de la hipoteca.

Se señala por ello habitualmente en este tipo de hipotecas un segundo plazo. La jurisprudencia hipotecaria exigía —también ahora el artículo 153 bis de la ley— que se determinase un término máximo, transcurrido el cual, la hipoteca se volvería exigible, con independencia del plazo a que pudiesen estar sujetas cada una de las obligaciones aseguradas.

3. DOBLE FUNCIÓN

Lo habitual en la práctica, de todos modos, es que, en vez de esos dos plazos, se disponga uno solo que cumpla con las funciones de ambos. Esto es, que, una vez esté cumplido, impida por un lado la incorporación de nuevos créditos; y, por otro, vuelva la hipoteca ejecutiva.

Esta asignación al mismo plazo de ambas funciones es posible por la especial naturaleza de las operaciones aseguradas en estos casos; operaciones que dan origen a créditos por lo general de pronto vencimiento, esto es, exigibles transcurridos cortos periodos de tiempo. No se precisa aguardar mucho para saber qué créditos van a quedar incorporados a la hipoteca. Concluido un plazo prudencial pero corto, la hipoteca, al tiempo que se transforma en ordinaria, deviene ejecutiva.

4. PLAZO MÁXIMO DE VENCIMIENTO DE LA HIPOTECA

Se venía exigiendo por la jurisprudencia hipotecaria más antigua el señalamiento de un plazo a la propia hipoteca. En principio la hipoteca se vuelve ejecutiva cuando el o los créditos que asegura vencen. Pero en la hipoteca flotante se desconoce por anticipado los créditos que van a incorporarse a la hipoteca.

No es posible, por consiguiente, precisar con exactitud en el momento de su constitución, su plazo de duración ya que se desconoce qué créditos la hipoteca asegurará, por tanto, el plazo de estos y, en consecuencia, la fecha en que a más tardar (*dies a quo*) comenzará a contar la prescripción de la hipoteca. En esta razón justificó la jurisprudencia la necesidad de fijarle un plazo.

Las entidades financieras, en contra de sus prácticas comerciales⁶³, se han visto así obligadas a fijar un plazo de duración de la hipoteca que calculan en función del más largo que, estiman, puedan llegar a tener los créditos (muchos de nacimiento futuro) que esperan conceder al deudor. La importancia que tiene ese plazo se deduce de la función que desempeña.

El acreedor debe poner especial cuidado a la hora de fijar el plazo en que la hipoteca se vuelve ejecutiva. Basta con reparar en que, si se equivoca de no ajustarse la hipoteca al plazo de los créditos, no podrá luego rectificarse con facilidad. Sin consentimiento de los terceros (terceros poseedores e hipotecarios posteriores) no podrán las partes modificar el plazo para adaptarlo al de los créditos (ni acortarlo ni alargarlo)⁶⁴.

De ser superior al de los créditos, vencer el de estos antes, ser substancial la diferencia y corto el de prescripción de las obligaciones garantizadas, puede producirse el caso que la hipoteca devenga inútil. El acreedor, ante el riesgo de perder el crédito vencido, tiene dos opciones: o procede de inmediato a la ejecución de los créditos en vía ordinaria, o deberá periódicamente interrumpir su prescripción hasta que la hipoteca se vuelva realizable.

5. PLAZOS DE VENCIMIENTO DISCORDANTES

No menor será el peligro si la fecha de vencimiento de los créditos asegurados es posterior a la de la hipoteca. Como la hipoteca es rigurosamente

accesoria, habrá problemas si el «traje» que la hipoteca ofrece a los créditos les viene corto. Caben dos salidas.

Una: reconocer eficacia novatoria a la hipoteca. De ser así, por la constitución de hipoteca, quedarán acortados los plazos de los créditos asegurados. El plazo de la hipoteca suplantaría al de los créditos, lo que precipitaría su vencimiento lo que desnaturalizaría la función de la hipoteca.

En efecto, con este tipo de hipotecas las partes, en particular los Bancos, solo pretenden una superposición de garantía, pero superposición y novación son incompatibles entre sí. La razón de que sea así es muy fácil de entender: si se produjese novación, los acreedores perderían las otras garantías superpuestas que aseguraban los créditos. No cabe actuar aquí a la ligera. Al contrario deben extremarse las precauciones.

Si, al contrario, fuese superior el plazo señalado a la hipoteca que el de los créditos asegurados, podrá sostenerse que estamos ante una prórroga de plazo que, salve se pacte otra cosa, carece como tal de eficacia novatoria (al menos según la jurisprudencia mayoritaria y la nueva ley de subrogación aunque el asunto no es pacífico)⁶⁵. Es recomendable por ello salvar expresamente en la escritura las dudas, sobre todo si se entiende que no cabe el ejercicio de la acción causal (por razón del crédito asegurado) en tanto no fracase la hipotecaria (art. 1170 del Código, por analogía, y art. 592.1 de la LEC).

De todas formas lo mejor sería autorizar, incorporando la oportuna cláusula al contrato, la ejecución de los créditos a medida que vayan venciendo disponiendo que la garantía pueda realizarse «por partes»: es decir, en la cantidad necesaria para cubrir cada una de las deudas que dejen de pagarse. En ese caso el plazo de la hipoteca fija solo un tope dentro del cual es posible proceder a la ejecución aislada (es decir, «anticipada») de los créditos asegurados.

De esta forma, a medida que vayan venciendo los créditos, se podrán ir ejecutando sin tener que esperar a que concluya el plazo «máximo» de la hipoteca. El «goteo» en el ejercicio de la acción hipotecaria que se autoriza así, no es posible darlo por bueno sin detenido análisis del «principio de indivisibilidad».

6. PRÓRROGA HIPOTECARIA

Queda por examinar que pasa en el caso de que el plazo fijado para la transformación de la hipoteca de máximo en ordinaria (no el de duración de la hipoteca)⁶⁶, sea más largo que el de los créditos asegurados.

No es posible ejercitar la acción hipotecaria —y en consecuencia ejecutar la finca— en tanto no concluya el plazo para transformar la hipoteca (de máximo en ordinaria). La transformación es presupuesto de la ejecución ya que solo se ejecutan hipotecas ordinarias. Por tanto si alguna de las deudas se volviese exigible antes, impedida la transformación, no podría ejecutarse la hipoteca.

Por tanto la solución procedente en este caso es la opuesta a la del epígrafe anterior. Aquí, como no se produjo todavía la transformación, no existen verdaderos créditos hipotecarios. Cada crédito vive su propia vida por lo que puede intentarse sin más la ejecución ordinaria de cada uno.

En los casos de cuentas corriente meramente contables, que son las que están habitualmente detrás de las hipotecas flotantes, el Banco nada acredita, no concede crédito. Cada uno de los créditos mantiene su independencia y libertad, su «vida propia». Pueden por tanto ser cobrados o ejecutados extra-hipotecariamente sin problemas.

Habría por tanto tantas operaciones⁶⁷ distintas como créditos conceda el Banco a su cliente. Otro sería el caso si se hubiese pactado una apertura de crédito en cuenta corriente: entonces la acreditación por Banco sería forzosa. Estaríamos ante el supuesto del artículo 153 de la Ley Hipotecaria. De faltar la cuenta de crédito las deudas a medida que vayan venciendo serían directa e inmediatamente exigibles. Solo la tolerancia de la entidad financiera podría retrasar su ejecución⁶⁸.

Una cosa es, pues, que el crédito sea ejecutivo en vía hipotecaria y otra en vía ordinaria. Pero precisamente porque es así surge aquí un nuevo peligro: el de que se produzca una doble ejecución por razón de un mismo crédito. La exigibilidad en vía ordinaria de cada una de las obligaciones, pasen o no a estar cubiertas por la hipoteca, se decidirá con arreglo a los plazos, en su caso prórrogas, pactados en los contratos originales⁶⁹.

V. VENCIMIENTO

1. CRISIS DE SOLVENCIA

Los deudores, normalmente empresarios que se encuentran en dificultades, recurren a este tipo de hipotecas con la intención de reforzar la confianza de los acreedores, es decir, sus proveedores, también sus proveedores de crédito (que no deja de portarse aquí como cualquier otra mercancía) siempre que el suministro sea de importancia vital para la continuidad del negocio. La hipoteca flotante se revela así un instrumento óptimo para conseguir refinanciación barata por las empresas en crisis. Su utilidad en ese difícil trance está en la base del indiscutible éxito que tiene en el mercado financiero.

En estos casos la hipoteca refuerza la posición del proveedor de crédito frente a los demás, en general frente a los acreedores y en particular los trabajadores y consumidores de los productos que, previas las oportunas transformaciones, la empresa financiada oferta al mercado. Trato preferente necesario por cuanto, si faltasen los flujos periódicos de capital, no sería posible la producción.

Los que financian al empresario, háganlo directamente los proveedores o indirectamente entidades financieras, y por tanto proporcionan el crédito necesario para garantizar la producción, ocupa una posición equiparable en cierta medida a la de un acreedor refaccionario que, desde antiguo, ha merecido especial protección.

En realidad la posición privilegiada que la hipoteca proporciona al que con su crédito financia suministros, contribuyendo así a la continuidad de la empresa, solo podría ser discutida con fundamento por los trabajadores.

Hoy los créditos salariales prevalecen sobre los demás cuando los bienes sobre los que recae la garantía son las mercancías producidas por la empresa. Si fuesen otros diferentes (el establecimiento empresarial, la maquinaria u otros bienes de «capital») no deberían abrigarse dudas sobre la legitimidad del privilegio que concede la garantía hipotecaria al financiador⁷⁰.

El crédito empresarial no promueve el gasto suntuario o consuntivo sino el incremento de la riqueza y la oferta de trabajo. Si falla el suministro de materiales porque falta la financiación para conseguirlos, no habrá empresa ni trabajo. Por lo demás quienes financian a un interés justo asumen parte de los riesgos de la actividad empresarial⁷¹.

2. LA DEBILIDAD DEL DEUDOR

Ahora bien, como las hipotecas flotantes suelen establecerse precisamente en favor de los proveedores de empresas en dificultades, es posible que la fragilidad de la posición contractual del deudor sea aprovechada por acreedores sin escrúpulos para reservarse poderes abusivos o desproporcionados.

No es nada fácil discriminar, en la maraña de cláusulas que suelen incorporar este tipo de hipotecas, cuáles deben permitirse y cuáles no⁷².

En cuanto la solvencia del deudor muestra los primeros signos de agotamiento, los acreedores se vuelven cada vez más reacios a seguir concediendo crédito. Por esta razón suelen reservarse en este tipo de hipotecas el derecho de decidir si financiarán o no las operaciones futuras, y por tanto el de valorar caso por caso el riesgo que envuelve cada una de ellas. Cada operación genera así un crédito distinto lo que implica que habrá tantos como operaciones financiadas.

Es frecuente también, lo que es más grave, que, para el caso de que los sospechas (de insolvencia) se transformen en evidencias, impongan en el contrato esos mismos acreedores una serie de previsiones que les permitan poner a salvo rápida, a ser posible automáticamente, el grueso de sus créditos. La conciencia del riesgo asumido multiplica las cautelas que el financiador incorpora a los contratos para protegerse, como sea, en caso que aquel se materialice.

Es habitual así en este tipo de hipotecas (es decir, «flotantes», «ómnibus», «sumidero», «caución» o «propiamente de máximo») que el impago de cual-

quiera de los créditos precipite el vencimiento de todos los demás, la extinción de la relación comercial y la ejecución de la garantía; y que, para conseguirlo, autorice el contrato al acreedor para fijar por sí solo qué créditos en concreto, entre los genéricamente asegurados, se incorporarán a la hipoteca.

3. VINCULACIÓN DEL VENCIMIENTO DE LOS CRÉDITOS

Evidentemente tanto más crecerá el interés del acreedor en garantizar el retorno del capital cuanto más aumente el importe acreditado. Las alarmas se disparan sobre todo una vez la deuda alcance un volumen que se considere peligroso en la práctica comercial. Para protegerse contra el riesgo de impago, los acreedores suelen recurrir a diferentes fórmulas. Una, la más corriente, mencionada más arriba, consiste en vincular el vencimiento de los créditos asegurados.

En efecto es habitual que este tipo de hipotecas incluya una estipulación que disponga el vencimiento automático y simultáneo de todos los créditos en el momento que deje de pagarse uno cualquiera de ellos. Producido el impago, vencerán todos los créditos pendientes y se precipitará la transformación de la hipoteca en ordinaria a fin de proceder a su inmediata ejecución.

No es posible, sin embargo, ligar la suerte de los créditos asegurados sin que pierdan su independencia. Esto es, sin que la cuenta corriente que los organiza, aparentemente «contable», tenga «eficacia novatoria». En efecto, o se mantiene la separación de los créditos asegurados, y por tanto el carácter «meramente» contable de la cuenta corriente; en cuyo caso no cabe vincular la suerte de todos, haciéndolos de esta forma dependientes unos de otros; o se liga su vencimiento, y entonces la cuenta cobrará fuerza novatoria y los créditos contabilizados perderán las garantías particulares de que gozase cada uno. Lo que no cabe, sin incurrir en contradicción, es perseguir ambas cosas a la vez.

Los créditos, aunque estén garantizados con una misma hipoteca, precisamente porque son independientes entre sí, conservan sus propias garantías. Ahora bien solo en tanto lo sean por lo que dejarán de serlo si la falta de pago de uno de ellos produce el vencimiento de los demás. Un pacto, por cierto, que, en cuanto entre en acción, tendrá efectos perjudiciales para el deudor y de rebote para todos sus acreedores ya que agrava su crisis de solvencia.

Sin duda, en el caso de apertura de crédito en cuenta corriente, o de un contrato mercantil de cuenta corriente, la falta de pago en las fechas pactadas de todo o parte del saldo —el único crédito que existe— precipita la ejecución de la hipoteca por todo el adeudo. Pero en esos casos, no existe más que un solo crédito⁷³.

Mención especial merece aquí otro expediente, bastante más sutil, usado con frecuencia por los bancos para conseguir el mismo resultado. La fórmula

es extremadamente simple. Sujetan las deudas aseguradas a cortos plazos de duración y, una vez vencidas, se reservan la facultad de prorrogarlas a voluntad por lapsos de tiempo muy cortos. En resumen, acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria (hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito), conceden crédito a sus clientes por periodos muy cortos que se entienden renovados automáticamente si, al cumplirse cada uno de ellos, el Banco no denuncia (a veces cualquiera de las partes para respetar el principio de igualdad) la relación comercial⁷⁴.

4. INCORPORACIÓN GRADUAL DE LOS CRÉDITOS

Para proteger sus intereses los acreedores actúan en muchos casos no sobre el plazo de los créditos o disponiendo causas de vencimiento anticipado sino sobre el plazo o causas que precipitan la transformación de la hipoteca.

a) Una primera posibilidad es que se disponga la transformación parcial de la hipoteca en la cuantía necesaria para cubrir los impagos, es decir, a medida que vayan venciendo cada uno de los créditos genéricamente asegurados. No se vinculan de golpe todos los créditos a la garantía sino poco a poco de modo que la hipoteca flotante se irá transformando en ordinaria por «trozos», esto es, a medida que van incorporándose los créditos.

b) Otra posibilidad es dejar en manos del acreedor la decisión sobre el momento en que se producirá la transformación. En este caso lo habitual es que se incorporen a la hipoteca cuando aquel decida ejecutar cualquiera de ellos. En este caso la hipoteca se transforma en ordinaria como a «saltos» o en cascada, en una especie de «goteo» que permite ir extrayendo de la hipoteca «matriz», mientras alcance su importe, la parte de garantía necesaria para cubrir los créditos que se pretende cobrar. En la cantidad restante subsistirá la hipoteca en su forma primitiva (de máximo).

El único límite que habría que respetar aquí, de concederse plena libertad al acreedor para proceder a la transformación a su gusto, sería el de que se reconozca idéntica facultad al deudor. Es decir, que en caso de impago de uno cualquiera de los créditos genéricamente garantizados, pueda asimismo el deudor exigir la incorporación del débito impagado a la hipoteca para imponer por esta vía su ejecución hipotecaria preferente e impedir que se recurra en primer lugar a la ejecución ordinaria.

El deudor está interesado en forzar la transformación porque, una vez producida la incorporación (parcial), el acreedor deberá proceder, primero, a la ejecución de la hipoteca. En tanto no se ejercite sin éxito la acción hipotecaria, la ordinaria por el crédito asegurado queda en suspenso (beneficio de excusión real)⁷⁵.

5. LA INCORPORACIÓN TOTAL

Queda solo antes de terminar aludir a los pactos que, en el caso de incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones aseguradas, precipitan la determinación de los créditos asegurados hasta entonces solo genéricamente identificados, y con ello la transformación de la hipoteca en ordinaria.

No hay que confundir las causas que anticipan el vencimiento del plazo de transformación de la hipoteca con las que anticipan el vencimiento de los créditos asegurados. Una cosa, en efecto, es que, por falta de pago de cualquiera de los adeudos, se ciegue la posibilidad de que nazcan nuevos “pretendientes” y se anticipe la incorporación de los ya existentes a la hipoteca; y otra muy distinta que, con ese motivo, con independencia de que hayan sido o no incorporados a la garantía, se produzca automáticamente el vencimiento de todos. Esta posibilidad, como vimos, es factible pero produce forzosamente la novación de los créditos asegurados.

NOTAS

¹ Sobre la práctica financiera, GARRIGUES, *Contratos bancarios* (Madrid, 1975) pp. 318 y sigs.: «independientemente de las concretas operaciones de préstamo y apertura de crédito (...) suelen los bancos exigir a sus clientes que afecten los valores, que tengan depositados en el Banco, a las resultas de todas las operaciones de que pueda resultar un crédito a favor del Banco. (...) Los títulos depositados o que puedan estar depositados a su nombre (el del cliente) (...) quedan afectos a satisfacer las cantidades que, de ahora en adelante, resulte deber, cualquiera que sea el concepto de que procedan»: prenda en garantía de «obligaciones futuras y, por tanto, indeterminadas en la fecha en que se afecta el depósito de valores a la garantía de (otras) operaciones, entre el Banco y el depositante». Supuesto semejante es el que el uso bancario llama «depósito en garantía de operaciones»: «El cliente entrega al Banco, para que lo conserve un resguardo de depósito reseñado en la póliza, a fin de que los valores que representa ese resguardo (...) garanticen hasta la suma máxima que se indica, las operaciones que actualmente y hasta la cifra máxima que se indica, las operaciones que actualmente o en lo sucesivo tenga dicho cliente pendientes con el Banco (...) Se trata, una vez más, de una garantía prendaria por obligaciones futuras e indeterminadas». Estamos precisamente ante el tipo de operaciones que la Dirección últimamente prohibía garantizar con hipoteca de máximo: es claro el trastorno que semejante prohibición debió ocasionar al negocio bancario. Cfr. artículo 9 de la Ley de *garanties possessories sobre cosa moble de 29 de noviembre de 1991 de Cataluña: la penyorà pot garantir diverses obligacions ja contraetes, o a contreure en forma simultània o successiva entre el mateix deutor i el mateix creditor, per un període de temps*». Hoy la prenda *omnibus* está regulada en el artículo 569.14.2 del Libro 5 del Código Civil de Cataluña. Conviene no olvidar que prenda e hipoteca están sometidas del mismo modo, por igual, al principio de determinación: cmpr. artículo 1861 del Código Civil.

² VALERO, Estudios sobre la hipoteca de máximo del artículo 153bis de la Ley Hipotecaria (2011); GÓMEZ-GALLIGO, Hipoteca de máximo y otras formas de flexibilización del mercado hipotecario en *Anales* (Centro para la investigación y el desarrollo del derecho registral e inmobiliario y mercantil) 2005-2008 (2008) 315 y sigs.; PARDO, resolución de 11 de enero de 1995. Hipoteca de máximo en garantía de obligaciones actuales y futuras en *RCDI* 638 (1997) 188 y sigs.

^{2bis} 1190 del *BGB*: Una hipoteca puede ser constituida de forma que solo sea determinada la suma máxima (...) y en lo demás quede pendiente la fijación del crédito. (...) El crédito puede ser transmitido según las disposiciones generales existentes para la transmisión de créditos. Si es transmitido según esas disposiciones, está excluida la cesión de la hipoteca. *Vid.* MELON, *Código Civil alemán* en ENNECERUS, KIPP y WOLF, *Tratado de Derecho Civil. Apéndice* (Madrid, 1955) p. 248. Esta exclusión identifica la característica esencial de la hipoteca de máximo (llamada por la resolución del 17 «propia de máximo»): independencia entre crédito e hipoteca. *Cfr.* LENT-SCHWAB, *Sachenrecht. 17. Auflage* (München, 1979) p. 258. Rigen principios especiales en cuanto a la transmisión de crédito e hipoteca, para potenciar su flexibilidad: requisito imprescindible para que esta forma hipotecaria sea útil al negocio comercial y empresarial. WOLFF, *Derecho de Cosas 2* (Barcelona 1971) p. 371 observa que mientras dure la relación de negocios, el acreedor puede ceder «un crédito aislado del conjunto de créditos creado por la relación de negocios. Por ello la ley permite la cesión del crédito, sin transferencia conjunta de la hipoteca: la cesión tiene entonces lugar según los principios generales del Derecho de obligaciones». En el negocio de cesión debe expresamente disponerse este efecto.

³ El uso bancario desconoce la llamada cuenta corriente de crédito o cuenta corriente mercantil en que hay recíproca concesión de crédito. En la cuenta corriente bancaria, la concesión de crédito, cuando existe, es unilateral, «ya que si la cuenta corriente nace del depósito, es solo el depositante quien concede crédito al Banco y, si de una apertura de crédito, es solo el Banco quien concede crédito al cliente (...)»: GARRIGUES, *cit.*, pp. 118 y sigs.

⁴ La afirmación es de GONZÁLEZ, *Hipoteca de seguridad en Estudios de Derecho Hipotecario y Civil* (Madrid, 1948) p. 107. Probablemente la Jurisprudencia fue demasiado lejos cuando admitió «que, dentro de los indispensables límites del derecho real, el valor garantizado pueda sujetarse en su determinación a fórmulas sencillas o a reglas complicadas o hasta desconocidas para terceros» (resoluciones de 21 de marzo de 1917; 28 de febrero de 1928 y 30 de abril de 1934).

⁵ Sobre el principio de determinación, su función y la distinción entre «interpretación» e «integración» del contrato: PARDO, *cit.*, 217 y sigs. Para la distinción entre integración e interpretación, LARENZ, *Derecho de Obligaciones 1* (Madrid, 1958) pp. 112 y 144, núm. 1: *vid.* nota 13.

⁶ Según cuales sean «los elementos conocidos» de los créditos la doctrina clasifica las hipotecas de máximo en varios grupos. En el primero incluye las hipotecas en que el acreedor es conocido y la deuda determinada pero se ignora su importe (art. 153 de la Ley Hipotecaria). En el segundo, las obligaciones, líquidas y determinadas, carecen de titular conocido. En el tercero, «el acreedor está perfectamente individualizado, pero el crédito se halla en embrión, mejor dicho, constituye una mera posibilidad: hipoteca de *maximum* propiamente dicha» (*cfr.* art. 153 bis). En esta «las deudas pueden nacer y morir independientemente o entrar en el juego de una cuenta corriente»: GONZÁLEZ, *cit.*, pp. 107-108. Otras clasificaciones en RÓCA, *Derecho Hipotecario 4.2* (Barcelona 1979) pp. 793-794 que sigue a J. González.

⁷ La existencia de deuda presente no es obstáculo para la constitución de la «hipoteca propiamente de máximo»: GONZÁLEZ, *cit.*, p. 105. Deuda presente ya en las RR de 21 de marzo de 1917 y 16 de junio de 1936. En la primera (considerando 5) se mezclan letras con cuentas de contenido indeterminado. El riesgo de que las letras se ejecuten varias veces, una utilizando como título ejecutivo los efectos y otra integrados en los saldos de las cuentas garantizadas, impide su acceso al sumario hipotecario. En la segunda, se garantizaban «letras de cambio y cheques, descuento de los mismos y otros similares». La existencia de deuda presente resulta del primer considerando de la resolución 4 de julio de 1984 que admite se garanticen junto con otras futuras por una misma hipoteca. Solo manda que, «tratándose del derecho real de hipoteca, dado el carácter accesorio del crédito», se expresen «circunstanciadamente las obligaciones garantizadas»; regla que se extiende a los créditos ya existentes por lo que no basta con decir que se entienden comprendidas las «diversas operaciones crediticias» que existen «en la actualidad». Hay que describirlas pormenorizadamente. Sobre la coexistencia

de deuda presente y futura en Derecho alemán, cfr. LENT-SCHWAB, *Sachenrecht cit.* p. 258; y BAUR, *Lehrbuch des Sachenrecht. 11 Auflage* (München 1981) p. 388.

⁸ Rechaza la constitución de una hipoteca flotante en garantía de deuda presente y futura la resolución de 27 de diciembre de 1987. Después de calificar la hipoteca de máximo como variante de la de obligación futura, observa que, en el caso, «uno (de los créditos) no era futuro sino presente»; motivo que en cambio no merecerá especial atención de la resolución de 26 de noviembre de 1990 en que la hipoteca garantizaba «obligaciones ya existentes, vencidas o no, y las futuras que resulten en el plazo de unos meses». Otro sería el caso si (toda) la deuda potencialmente asegurada no llega a cubrir la cifra hipotecaria (no es suficiente para «rellenar» la cantidad que la hipoteca asegura). De ser así no hay duda sobre los créditos que están garantizados. Todos estarían *de facto* cubiertos por la garantía.

⁹ Debe tenerse por identificada la deuda cuando no hay posibilidad de que otra pueda disputarle —en su caso privarle— de la condición de garantizada. Esto es, no pueda excluirla de la hipoteca: WOLFF, *cit.*, 2 p. 372.

¹⁰ No cabe, en efecto, tener por verdaderamente «presente» (sino que, por decirlo así, es «futura») la que, aun estando perfectamente determinada, puede ser excluida de la hipoteca sea imputando a su pago las entregas que vaya efectuando el deudor, sea compensándola con créditos que tenga este contra su acreedor, sea porque la masa potencialmente asegurada supera la cifra de garantía por lo que habrá que descartar algunos créditos. La presente no tiene más posibilidades que la futura de ser incorporada a la hipoteca.

¹¹ No hay compensación cuando el deudor reintegra los fondos mediante ingresos en metálico. En este caso hay solo pagos en efectivo y queda por decidir únicamente a qué créditos del Banco, se imputarán los abonos. Tampoco hay compensación cuando el deudor transfiere al Banco papel para descontarlo: el abono en cuenta por razón del descuento será definitivo solo si se paga el efecto a su vencimiento. Esto es, a falta de pacto no hay *datio in solutum*: la relación causal subyacente sigue viva pero en suspenso. La cesión de los efectos se presume *pro solvendo* y no *pro soluto* (cfr. art. 1170 del Código): PARDO, *Hipoteca de máximo y letras de cambio* (Madrid 2008) pp. 38 y sigs. *Vid.* sobre el 1170.2: PAZ-ARES, «Comentario al 1170» en MINISTERIO DE JUSTICIA, *Comentario del Código Civil 2* (1991) 200 y sigs. *cit.*, p. Se habla de aquí compensación para destacar que la imputación de los abonos a los créditos, es automática e instantánea (no en fechas fijas). Según GARRIGUES, *Contratos cit.* p. 120, núm. 6 con remisión a doctrina italiana y el artículo 1852 del *Codice*: «la disponibilidad de las cifras acreditadas implica para el cliente cuenta correntista el derecho correlativo al posible pago y restitución de las sumas acreditadas, sin obligación de esperar al vencimiento del contrato; y que el derecho de disposición del cliente sobre las sumas acreditadas no puede ser turbado ni obstaculizado por el Banco».

¹² Para los efectos de la nota marginal que en el caso de la hipoteca de máximo publica no solo qué créditos existen sino cuales se incorporan a la hipoteca: *vid.* PARDO, *cit.*, p. 198: en particular la resolución 5 de febrero de 1925 (*ibídem*, p. 204, núm. 13). No caben, para la práctica del asiento de determinación e incorporación de créditos a la hipoteca, consentimientos presuntos: nota 14.

¹³ Para la diferencia entre interpretación e integración, LARENZ, *Derecho cit.* pp. 112 y 144, núm. 1. «no se trata (...) como en el caso del amparo judicial (...) de una operación de configuración jurídica llevada a cabo por el juez sino del conocimientos de lo ya vigente; la consecuencia jurídica no se crea por el juez, sino que se alcanza en virtud de reflexiones que parten de supuestos de carácter objetivo, que en este punto, igual que en la cuestión de hecho enjuiciada, ha de ser fundada». En cambio «la determinación hecha por el juez (...) conforme a la equidad, no es solo interpretación del contrato (...) sino complemento de su contenido por medio de configuración judicial (...): la sentencia (...) (será) constitutiva».

¹⁴ Para extender la nota marginal del artículo 238 del Reglamento se precisa «solicitud firmada por ambas partes, ratificada ante el registrador (...)». Si alguno de los interesados se negare a firmar o a ratificar dicha solicitud, podrá el otro demandarle en juicio ordinario (...). En todo caso sería prematuro concluir que «interesados» son solo acreedor y deudor

(«ambos»). Para la defensa de que los terceros están también interesados *vid.* notas 16, 28, 32, 36 y 37. Sobre la posición del Derecho alemán *vid.* nota 15. Sobre la imposibilidad de proceder a una sustitución de créditos en perjuicio de tercero y el concepto de «perjuicio»: *vid.* PARDO, *La sustitución de créditos hipotecarios en La Ley 15 (1994)*¹. Novación y perjuicio no tienen por qué ir siempre ligados; puede haber novaciones que no causen perjuicio al deudor (agraven su posición) y modificaciones que sí lo hagan. También PARDO, *Hipoteca de máximo cit.*, pp. 161 y sigs.

¹⁵ Envuelve un cierto margen de discreción la decisión de que determinados individuos forman parte de un grupo, clase (o género): no estamos ante un juicio revisable (por tanto propiamente jurídico). Debe aplicarse aquí por analogía el régimen de las obligaciones genéricas. El deudor elige y cumple si escoge deudas (lo que supone que están identificadas) de la especie y calidad medias (compr. art. 875.3 del Código Civil). El acreedor solo podría rechazar la elección, si las seleccionadas carecen de esas características. La elección unilateral del deudor no puede acceder al Registro (cfr. nota anterior para la necesidad del consentimiento de los interesados). Sobre la concentración o concreción de la obligación genérica y su irrevocabilidad, hecha la elección: LARENZ, *cit.*, 1 pp. 161 y sigs. Para la determinación de créditos en Derecho alemán cfr. BAUR, *cit.*, p. 390: «*Die Erststellung wird regelmässig durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner (...) erfolgen, im Streitfall durch Urteil*». Respecto a la reserva por los acreedores de la facultad de determinar los créditos y su legalidad NUSSBAUM, *Tratado de Derecho Hipotecario Alemán* (Madrid 1929). Sobre la intervención de terceros BAUER, *cit.*, p. 390. La norma registral (art. 238 del reglamento) parece contentarse para la práctica del asiento con la intervención de acreedor y deudor pero los intereses en juego son en el presente caso distintos: nota 14 y 22bis.

¹⁶ Para la equiparación del tercer poseedor a un fiador, en nuestro Derecho ROCA, *De-recho cit.*, 42 p. 1076 que sigue a MORELL, *Comentarios a la legislación hipotecaria* 4, (Madrid, 1925) p. 66. No hay duda de que de beneficiarle el pago que resulta de su correcta imputación, el fiador podrá hacerla valer. Como dice el artículo 1859 del *Código* el tercer poseedor «puede alegar todas las excepciones no opuestas por el deudor». En nuestro derecho, según el 1853, el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda. Por lo demás, si, según el 1197 el fiador puede oponer la compensación sino no lo hace el deudor y, según el 1201, la facultad de compensar envuelve la de imputar, el fiador (y en consecuencia el tercer poseedor) debería poder imputar los pagos del deudor (y no solo en caso de compensación) sino lo hizo este y controlar el ejercicio de la facultad de imputar cedida al acreedor por el deudor. El parágrafo 1137 del *BGB* insiste: «las excepciones que correspondan al deudor personal contra el crédito así como las que según el parágrafo 770 competan a un fiador»: LENT Y SCHWAB, *Sachenrecht cit.*, p. 224 y HEDEMANN, *Tratado de Derecho Civil. 2. Derecho reales* (Madrid, 1955) pp. 429-431. Para las excepciones de fraude, enriquecimiento injusto o abuso de derecho, WOLFF *Derecho cit.*, p. 267: «el propietario (...) tiene (a) todas las excepciones (para oponerlas a la hipoteca) que el deudor personal ostenta contra el crédito hipotecario (...). Si el propietario no es al propio tiempo deudor, no pierde la excepción por la renuncia que de ella haga el deudor (parágrafo 1137 del *BGB*) (...). En consecuencia el propietario de la finca tiene, con referencia a las excepciones mencionadas, los mismos derechos que un fiador de deuda propia (...). Ejemplos de excepciones perentorias: la excepción de enriquecimiento (...); la de fraude (parágrafo 858) (...); (b) la excepción dilatoria de compensación cuando tiene un derecho a compensar; (c) finalmente las excepciones personales que tenga el propietario contra el acreedor. Es discutible si sería posible el ejercicio de todas estas excepciones en el estrecho cauce de nuestro juicio ejecutivo». Las «excepciones causales» son ilimitadamente oponibles entre partes, si el cauce procesal a través del cual se deduce la pretensión hipotecaria es el juicio declarativo o el ejecutivo (ordinario). Así cabía deducirlo de la interpretación dominante de los artículos 1464 y 1467-1 de la antigua Ley de Enjuiciamiento. Es además, el criterio que hoy, cabe pensar, mantiene el legislador: cfr. artículo 67.1 de la Ley Cambiaria (excepciones basadas en las relaciones personales) que potenció en su día la interpretación aperturista del

artículo 1467.1 de la vieja LEC. Sobre las consecuencias de ese aperturismo, SERRA, Juicio ejecutivo en *Estudios de Derecho procesal* (Barcelona, 1969) pp. 536-537. La doctrina, en todo caso, defendía ese resultado. Las excepciones causales, que no eran directamente esgrimibles, podían hacerse valer buscando la cobertura de la excepción de compensación o de la *exceptio doli generalis*: no cabe reclamar lo que se está obligado a pagar. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil* 2 (Madrid, 1955) p. 240, núm. 49. Cfr. ahora artículos 556 y siguientes de la nueva LEC. También CARRASCO, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía* (Madrid, 1992) pp. 209 y sigs. Cosa distinta sucede si el ejecutante no es el acreedor sino el cesionario del crédito (hipotecario): este parece gozar de la limitación de excepciones que impone el artículo 144 de la L. hipotecaria pero su alcance es muy discutido. La polémica sobre el alcance de este precepto se ha redoblado con la última reforma.

¹⁷ Sobre la distinción, que fundamenta el razonamiento del texto, entre la facultad de imputar (que puede corresponder al deudor o, veremos con qué alcance, al acreedor) y el control del ejercicio de esa facultad: R. BERCOVITZ, *La imputación de pagos* (Madrid, 1973) p. 136.

¹⁸ Es de advertir que la imputación, como el pago, una vez hechos, son irrevocables. Es así porque la imputación produce pago y este es irrevocable. «Lo que es especialmente importante para los terceros (...). Una vez realizado el pago la obligación se extingue irrevocablemente. Las partes podrán acordar la constitución de una obligación idéntica a la anterior, pero no podrán resucitar la anterior ya extinguida. De ahí que la nueva obligación no goce de la antigüedad ni de las mismas garantías tanto reales como personales, que la anterior ya pagada»: BERCOVITZ, *cit.*, pp. 30 y 79.

¹⁹ El Código Civil parte de la idea de que los pagos han de imputarse a deudas vencidas: arg. artículo 1174. En principio, por tanto, si el acreedor en uso de los poderes concedidos por el deudor intenta imputar pagos a deudas no vencidas, los terceros podrán oponerse. A nuestro juicio —cfr. BERCOVITZ, *cit.*, pp. 108 y 126— el acreedor no podrá alegar aceptación de la imputación por parte del deudor; incluso aunque la conducta del deudor (aceptación tácita) o los hechos que producen la presunta, se ajusten a lo previsto en el pacto por el que se cedió al acreedor la facultad de imputar: la deuda todavía no vencida no es exigible (art. 1125 del Código Civil). A falta de un acto de imputación, realizado por el mismo deudor, no cabe presumir (por el hecho de la cesión del deudor al acreedor de la facultad de imputar) el derecho a exigir pagos anticipados: se precisa prueba de que el deudor había renunciado (antes) al plazo o de que concedió al acreedor poder concreto para hacerlo. La cesión de la facultad de imputar no implica la de anticipar pagos. Por lo demás, dada la contradicción de intereses que existe entre acreedor y deudor, la concesión de la facultad de anticipar pagos, como la de imputar, debe ser especial y expresa. *Vid.* más adelante en el texto. La renuncia al plazo puede perjudicar al tercer poseedor o hipotecante no deudor porque permite que impute el acreedor los pagos a deudas pendientes menos gravosas. Sobre la renuncia en perjuicio de tercero que para ser anulada no precisa prueba de la intención de dañar sino solo de daño efectivo (art. 6.2 del Código Civil). *Vid.*, por todos, Díez-PICAZO, *Lecciones, cit.*, 1 p. 316.

²⁰ Para la problemática de la posible imputación a deudas ilíquidas cfr. BERCOVITZ, *cit.*, pp. 100 y sigs.

²¹ BERCOVITZ, *cit.*, pp. 186 y sigs., para el carácter recepticio de la declaración de imputación del acreedor. «El deudor podrá entonces aceptar o rechazar libremente la propuesta del acreedor o realizar una segunda imputación (...). Es claro que el deudor tiene en todo caso la última palabra».

²² *Ibidem, cit.*, p. 145: «Ciertamente que el acreedor puede presionar esa voluntad con una serie de medidas legales (en especial, con la amenaza de prescindir totalmente de ella, acudiendo al juez y obteniendo un pago forzoso) y por ello precisamente el crédito es un derecho relativo pero lo que no puede hacer en ningún caso el acreedor es forzar directamente la voluntad del deudor o prescindir de ella. Esto supondría transformar el crédito de derecho relativo en absoluto. Para actuar directamente sobre la voluntad del deudor el acreedor tiene que superar la etapa del pago voluntario y acudir a la ejecución forzosa (...) lo que precisa la mediación del poder judicial».

^{22bis} El deudor, después que haya vendido la finca, tiene muy poco interés en que los pagos que efectúe se imputen a las deudas aseguradas con la hipoteca. Una vez el inmueble hipotecado pasa a manos de un tercero, las deudas garantizadas con hipoteca recaen verdaderamente sobre el nuevo propietario. Tendrá en cambio interés en que los pagos se apliquen a deudas exclusivamente suyas, esto es, a las no garantizadas con hipoteca. De ahí lo fácil que resulta la connivencia entre acreedor y deudor en perjuicio del tercer poseedor.

²³ En la práctica el tercer poseedor no suele resultar perjudicado, porque la hipoteca suele descontarse del precio de compra. Lo estará, en cambio, si la transmisión de la finca se produjo a título gratuito o mediante venta en que el comprador no hizo descuento o retención. Si el donante deudor paga con su dinero, nada puede alegar el tercero, aunque se impute a deudas menos onerosas que las garantizadas con hipoteca. El deudor, con sus bienes paga a quién quiere y el donatario de finca hipotecada, que por hipótesis no desembolsó precio alguno, nada puede decir en este caso. Otra cosa procede en el caso de venta sin retención o descuento. Si no aplica el vendedor el precio recibido al levantamiento de la hipoteca, tampoco podrá el comprador impugnar la imputación. No basta probar que el deudor incumplió, caso existir, el mandato de pago. El pago una vez hecho es irrevocable y el comprador podrá dirigirse contra el vendedor (deudor) pero no el acreedor. Para que la impugnación triunfe, se precisa que el comprador disponga de acción (o excepción) directa contra el acreedor lo que exige probar complicidad del acreedor en el propósito de dañar al comprador. Para los contratos en daño de tercero, GULLÓN, En torno a los contratos en daño de tercero en *RDN* (1959). Para el dolo nota 23 y 34. En este caso el comprador impugnaría la imputación, no el pago. Podría también intentar probar el comprador que concurren los requisitos para el ejercicio de la acción rescisoria por fraude. Así si el comprador que adelanta todo el precio, demuestra que no tiene otro modo de recuperar del deudor insolvente la parte del precio que, por no haber hecho retención o descuento de la hipoteca, adelantó al deudor (vendedor). No basta la prueba de que la imputación realizada fue perjudicial para el deudor porque se hizo sobre las deudas menos onerosas (v.g. las de plazos más largos, intereses menos elevados, etc.). La garantizada con la hipoteca por ese solo hecho no se vuelve forzosamente la más onerosa: *vid.* 29 y 31. Por lo demás, si la deuda pagada está vencida, aunque estuviesen pendientes otras más onerosas, no cabe apreciar gratuidad: arg. 1292 del Código Civil. Habrá en su caso liberalidad, no gratuidad. Por último para los requisitos de la *pauliana* y la hipertrofia del requisito del *consilium fraudis*: ORDUÑA, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Análisis de su concepto y de los presupuestos y requisitos para el ejercicio de la acción*. (Barcelona, 1992) pp. 61 y sigs. La insistencia en la exigencia de *consilium* en el acreedor haría perder casi todo interés frente a la *actio doli*. Ciertamente, al contrario que esta, la rescisoria por fraude tiene eficacia recuperatoria, pero es de ejercicio subsidiario.

²⁴ BERCOVITZ, *cit.*, pp. 145 y sigs.: «Otra postura lleva a la destrucción de la libertad y absoluta voluntariedad que debe imperar en el pago (...) de acuerdo con la esencia misma de la obligación. El deudor es en principio libre para realizar el pago, luego para imputar la prestación de pago que desee».

²⁵ Cfr. PEÑA, Facultad de compensar y encargo de custodia, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico Castro* (Madrid, 1976) pp. 449 y sigs. Cfr. resolución de 26 de noviembre de 1990: «la atribución de la determinación (de los créditos) a una sola de las partes con efectos hipotecarios (...) infringe (...) la necesaria determinación del objeto del contrato (cmpr. art. 1273 del Código)». Cfr. ahora para el poder general, las SSTs de 26 de noviembre de 2010 y 6 de noviembre de 2013.

²⁶ La facultad de imputación se entiende concedido de modo irrevocable al acreedor, cuando integra como una estipulación más otro contrato anterior, de modo que no es posible revocar la cesión sin incumplir el negocio principal. La aceptación por el deudor de la imputación del acreedor constituiría así un acto debido. Sobre poder irrevocable M. CÁMARA, *Revocación del mandato y el poder en AAMN* 4 (1948) 555. La revocación separada (aislada) de la facultad de imputar concedida, es imposible si se prueba que fue onerosa, es decir, si se prueba que

su inclusión fue una de las causas que influyó en las condiciones del préstamo. Y se entiende así, si hubo «contextualidad», esto es, si constituye una de las estipulaciones correspectivas del contrato de préstamo (naturaleza onerosa de la cesión). En todo caso, la revocación por el deudor de la facultad de imputar o la oposición a la ya realizada no podría constituirse en causa de vencimiento anticipado del crédito hipotecario. La Dirección General de los Registros y el Notariado defiende una especie de «transformación no novatoria» de los créditos cuando se garantizan con hipoteca y por ello ha limitado drásticamente las causas por las que es posible su ejecución anticipada. Entre ellas no está la revocación de la facultad de imputar: doctrina origen en resolución de 23 de octubre de 1987. Sobre el carácter exorbitante de la irrevocabilidad, DÍEZ-PICAZO, *La representación en Derecho Privado* (Madrid, 1979) pp. 308-309.

²⁷ Sobre la necesidad de que la autorización para auto-contratar tenga límites precisos: GARCÍA GARCÍA, Un supuesto discutible de autocontrato en *BCEHC* 43 (1993)12. «A menos que el representado lo hubiese autorizado especialmente»: artículo 1395 del *Código* italiano. Sigue teniendo todo el sentido la diferenciación que en su día sentó VON TÜHR respecto al poder irrevocable. Un poder irrevocable permite «disponer de derechos singulares del poderdante así como contraer obligaciones de determinado contenido». Existen inconvenientes en cambio contra un «poder irrevocable de extensión materialmente ilimitada». Son de tener en cuenta aquí las «mismas razones que según el parágrafo 310 del BGB hacen nula la obligación de enajenar bienes futuros». Por ello es también «siempre revocable, con arreglo al parágrafo 52 del HGB, el poder de contenido ilimitado del mismo modo que lo es según una reconocida concepción jurídica un poder que exceda los límites de un estrecho círculo de actos jurídicos». Cfr. VON TÜHR, «Die unwiderrufliche Vollmacht» en *Festschrift für Laband* (1908) pp. 52 y sigs., spc p. 55.

²⁸ En caso de ejecución, el tercero siempre está protegido. Hay que interpretar, por ello, que no cabe la nota del artículo 143 de la Ley por el que se hace constar la incorporación de los créditos seleccionados a la hipoteca, sin concurso de los terceros (arg. art. 132-4 de la ley antigua; hoy, menos claro, art. 695 de la nueva LEC). Si el tercero puede alegar error del saldo en la hipoteca de cuentas corrientes, también el (de la procedencia) de las partidas que la componen. En caso de oposición, debería decidirse el juicio según los criterios expuestos. Cfr. núm. 14 y remisiones.

²⁹ El acreedor, al contrario que el deudor, tratará de imputar los pagos o abonos del deudor a las obligaciones no garantizadas; es decir, las de cobro, caso de impago, menos seguro. El tercer poseedor, por su parte, buscará probar que las garantizadas con hipoteca son precisamente las más onerosas sea por razón del tipo de interés o cualquiera otra que permita estimarlo así (cfr. nota siguiente). En Alemania, Suiza, Portugal e Italia, sin embargo, está dispuesto que, a falta de pacto, el pago se imputa en primer lugar a la deuda no asegurada; en perjuicio, por tanto, del tercer poseedor de finca hipotecada. BERCOVITZ, *cit.*, p. 245. Si hay descuento o retención de hipoteca, *vid.* nota 36 y 37.

³⁰ BERCOVITZ, *cit.*, p. 237 parte del supuesto de que no cabe imputación alguna, tampoco la supletoria del Código, cuando hay un contrato o una situación de cuenta corriente, porque precisamente la cuenta corriente presupone un pacto expreso o tácito de imputación. Lo que beneficia a los terceros adquirentes de derechos en la finca hipotecada si la hipoteca garantiza la cuenta. En caso contrario, para que la cuenta y la imputación que presupone sea oponible a terceros se precisa que el convenio determine claramente el cómo, cuando y donde de la imputación; los criterios sobre qué entregas del deudor se contabilizarán como pagos y el orden a seguir para imputar esos pagos a los adeudos. En ese caso, los terceros deberán pasar por la imputación ya que es forzosa, no discrecional o facultativa, para acreedor y deudor.

³¹ Solo cumpliendo con el artículo 238 del Reglamento hipotecario puede hacerse constar la selección de créditos que indirectamente resulta de la imputación. En otro caso, de recurrir al ejecutivo ordinario, hipotecario o no, si hay oposición de tercero, deberá aportar el acreedor prueba suficiente.

³² Los terceros no puedan oponerse a que se imputen los pagos del deudor a deudas distintas de las hipotecarias con el argumento de que la garantizada con hipoteca es siempre,

por ese solo hecho, la más onerosa y por lo tanto la que hay que tener por pagada. El hecho de que esté garantizada con finca de tercero, no la hace más onerosa para el deudor sino todo lo contrario. Podrán en cambio exigir que se imputen los pagos a las deudas garantizadas con la finca, si demuestran que las aseguradas con la hipoteca, por otra razón distinta, son las más onerosas: existencia de intereses más gravosos, sentencia remate, cláusula penal, estar aseguradas con otras garantías propiedad del deudor, etc. Sobre mayor onerosidad BERCOVITZ, *cit.*, p. 245. *Vid.* nota 39 para la práctica de superponer a un solo crédito garantías de distinta naturaleza (superposición de garantías). Para el caso de que el deudor haya pagado con dinero del tercero, cfr. nota 37. No hay que olvidar que, si el tercero ha retenido parte del precio, en el momento de la compra, para hacer frente a las responsabilidades de la hipoteca, y los pagos que haga el deudor se imputan a las deudas garantizadas, en estos casos se subrogará este último en la hipoteca hasta que se le devuelva el importe retenido o descontado. cfr. artículo 232 del Reglamento Hipotecario en relación al 231 y 118 de la ley.

³³ El tercer poseedor podrá oponerse en estos casos a la imputación del acreedor que no respete el orden de los artículos 1173 y 1174 del Código Civil (primero, la más onerosa entre las exigibles y, antes, la de intereses que la de capital). «Como señalo De Castro debe reaccionarse contra la estrecha y simplista consideración del derecho legal dispositivo en materia contractual, como derecho supletorio (...). Explicitan la «regulación normal» y por tanto un modelo en que el legislador ha ponderado cuidadosamente los intereses en juego. De esta función ordenadora del derecho legal dispositivo se deduce que habrá que valorar en cada caso la razón o causa del desplazamiento de tal regulación por otra dimanante de la autonomía privada»: DÍEZ-PICAZO, Comentario al artículo 1258 en MINISTERIO *cit.*, p. 438 y CASTRO, *El negocio jurídico* (1967) p. 202. En este sentido, aunque no asuma todas las consecuencias, sobre el «principio de normalidad» en la jurisprudencia: STS de 13 de abril de 2004 (resolución 2619); sobre «contenido natural» del contrato: STS de 18 de julio de 2002 (resolución 6262). Cfr. PASCUAL LIAÑO, Comentario al artículo 1258 en PASCUAL LIAÑO (dir.), *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil 2* (2009) pp. 2289-2290. En otro orden de cosas, para la crítica del presupuesto de la exigibilidad, *vid.* BERCOVITZ, *cit.*, p. 277: imprescindible para resolver la cuestión de qué deuda ha de entenderse la más onerosa. En contra del criterio del Derecho alemán y otros que examina, entiende este autor que más onerosa es la garantizada, pero porque parte del supuesto de que la prenda o hipoteca están en poder del deudor. *Vid.* nota anterior. Otros criterios para definir la mayor onerosidad de necesaria atención son: exigibilidad, garantías del deudor, superior interés, cláusula penal, reclamación judicial (tanto más onerosa cuanto más avanzada la ejecución), responsable como fiador, aquellas cuyo incumplimiento pueda dar lugar a la pérdida de beneficio esperado para el deudor. Cfr. BERCOVITZ, *cit.*, pp. 245 y sigs.

³⁴ La acción de dolo debería ser el único recurso del comprador que, entregado todo el precio, intente reaccionar contra una imputación realizada con anterioridad a la compra. No cabría la revocatoria por fraude de acreedores que exige, entre otros requisitos, que los derechos perjudicados existiesen en el momento de realizar el acto fraudulento (en este caso el pago del precio), lo que aquí no sucede. Cfr. de todos modos ORDUÑA, *cit.*, pp. 94 y sigs. Parece que bastaría prueba de la intención (preordenación), conocida por el acreedor, de perjudicar a un tercero futuro contra el que se prepara toda la operación: el deudor trama vender a un tercero la finca hipotecada, cobrando todo el precio valiéndose de subterfugio de asegurar al comprador que los créditos asegurados por la hipoteca están pagados, por haberse estado imputando a ellos las entregas realizadas hasta el momento de la venta (lo que no sería cierto). Además del artículo 1902 y el 20 del Código Penal, el tercero podría apoyarse en el principio general de buena fe, artículo 7.1 del título preliminar de Código Civil. Para la admisión, amplísima en Derecho alemán, de la *exceptio doli generalis*, LARENZ, *cit.*, pp. 142-160. El dolo es apreciable de oficio por el juez: *Ibidem, id.* Para el carácter irrenunciable de la acción: artículo 1102 de nuestro Código Civil. Sobre ello WIEACKER, *El principio de buena fe* (Madrid, 1977). Contra una recepción indiscriminada, DÍEZ-PICAZO, *Prólogo* en WIEACKER, *cit.* p. 17. Según la jurisprudencia (cfr. STS 5 de abril de 1991, resolución 2642)

la «buena fe ha de considerarse siempre desde la óptica de la reciprocidad de las conductas de las diversas partes integradas en una común relación jurídica y su exigibilidad se proyecta sobre lealtades de unos con relación a otros y viceversa». Cfr. PASCUAL LIAÑO, Comentario al artículo 7 en PASCUAL LIAÑO (dir.), *Jurisprudencia 1* p. 89. Sobre coherencia y propios actos; *Ibidem*, pp. 92 y sigs.: especialmente sentencia del TS de 30 de octubre de 1995 que exige que «entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior». En el presente caso el deudor recibe el precio íntegro del comprador pero, cuando paga, no imputa las entregas a las deudas aseguradas incluso aunque sean las más onerosas. Por su parte la apreciación del abuso de derecho es independiente de la intención de dañar y basta con que sea «objetivamente injustificada» según alguna jurisprudencia: cfr. STS 25 de enero de 2006 (resolución 612) en PASCUAL LIAÑO, *cit.*, p. 104. Sobre su interpretación restrictiva (STS 20 de febrero de 1997-R.1244) y carácter subsidiario: sentencia de 24 de mayo de 2003 (resolución 7152); *Ibidem*, pp. 101-103.

³⁵ La ejercicio de la facultad de imputar no inscrita, una vez han aparecido terceros adquirentes, no les perjudica, y no solo por las razones de la nota anterior. Podrán —en su condición de titulares de derechos reales en la finca hipotecada y luego transmitida— desconocer la imputación (del acreedor) a las deudas menos onerosas que les daña, haya o no intención de hacerlo, y con independencia pueda entenderse estamos ante una renuncia en perjuicio de tercero.

³⁶ Si descontó la hipoteca del precio, el comprador deberá aplicar la cantidad descontada a los créditos que resulten finalmente garantizados. Si se estima que, por el descuento o retención, se vuelve único deudor por subrogación en la deuda (cfr. ROCA, *Derecho cit.*, 4.1 para las distintas opciones), el comprador tendrá la facultad de aplicar (imputar) la cantidad retenida a la deuda garantizada. Para el tercer poseedor como fiador, nota 16. Pero también aunque no se le tenga por deudor y solo mandatario (dirigido al pago de los créditos garantizados). Para las relaciones subyacentes que pueden «ocultarse» tras la retención, PENA, *Derechos cit.*, p. 451, núm. 8. En realidad no hay verdadera imputación del comprador. Fue hecha anticipadamente por el vendedor (deudor) al convenir la retención o descuento y asignar la cantidad retenida al pago precisamente de los créditos que, una vez identificados, se incorporen a la hipoteca. *Vid.* nota 40. No va implícito en la retención el poder para identificar (entre los genéricamente asegurados) los que se incorporarán a la hipoteca por lo que el comprador no debe arriesgarse a convenirla con el acreedor él solo. Si paga, y al final los créditos pagados no resultasen ser los hipotecarios, no podrá sin el consentimiento del deudor, exigir la cancelación: arg. artículos 118 LH y 232 del Reglamento. A la inversa, si, llegado el vencimiento, paga el deudor y solicita la devolución del precio retenido o descuento, podrá el comprador oponerse hasta que haya la seguridad de que no podrán surgir en el futuro otras deudas que puedan entenderse comprendidas entre las aseguradas. Por tanto, podrá negar, mientras no se aclare el asunto, la devolución del precio descontado.

³⁷ Si el comprador no descuenta o retiene la hipoteca y paga el deudor en nombre propio, poco importa que, salvo prueba de la existencia de un mandato, haya recibido dinero del comprador: paga deudas suyas y en consecuencia imputa como quiere. Pero la prueba de la existencia de mandato queda facilitada por el artículo 1717. Aunque obre en nombre propio si trata con «cosas propias del mandante» hay representación y directa. Contra HERNÁNDEZ MORENO, Comentario al artículo 1717 en MINISTERIO *cit.*, p. 1544 para el que la expresión no se refiere a «asuntos» del mandante sino solo a «cosas de su propiedad». Por lo demás, si la imputación se hace infringiendo el orden del 1173 y 1174 y en perjuicio del comprador (se aplica a deudas menos onerosas para el deudor aunque las garantizadas con la hipoteca lo sean más y por tanto en perjuicio del acreedor), la prueba del dolo del deudor es más fácil pero no basta el daño (nota 34) ya que, al contrario que en el abuso de derecho, ha de probarse la intención de producirlo y, si quiere prosperar la reclamación contra el acreedor, que era conocido por este. *Vid.* nota 23 y 34. Si, de ejecutarse la hipoteca, «vuelve a pagar la deuda» el comprador (que entregó todo el precio), podrá reclamar del vendedor (deudor) la cantidad

anticipada: artículo 1901 del código. Las causas, que podrían explicar que no hiciese en su día descuento o retención de la hipoteca, pueden ser muy distintas (estafa del vendedor, error probablemente inexcusable dada la publicidad registral, promesa de pago del deudor de la hipoteca con el dinero recibido, etc.). Si mediase mandato del comprador al vendedor (deudor) —expreso o tácito— para que pague las obligaciones garantizadas con el dinero que, en vez de retener, le entrega, y se viese obligado el comprador a pagar de nuevo, podría resarcirse mediante la acción de mandato. Como el vendedor sigue siendo deudor, existe *procuratio in rem suam* lo que exige demostrar (para mantener la validez de la imputación), al aplicar el precio retenido, no existía contradicción de intereses entre deudor y tercer poseedor. Como sabemos la autorización debe ser expresa y tener contenido preciso: cfr. nota. 27. El acreedor de buena fe, al que no se hizo saber por el deudor que paga con dinero del comprador, estará protegido, por el artículo 1160 del Código Civil, en las condiciones que en él se establecen, contra los defectos de que pueda adolecer el poder del deudor que hizo la imputación. El acreedor puede entender que le está pagando con su dinero por lo que habría justa causa para la retención: artículo 1895 del Código Civil.

³⁸ En Derecho alemán siempre que «la hipoteca garantiza varios créditos y la suma de estos excede del importe máximo, compete al acreedor el determinar libremente cuáles son los créditos que deben estar asegurados». No le vincula incluso la «determinación que hubiese hecho unilateralmente; por tanto, si dijo primero que se considerase crédito hipotecario, el que tiene por razón de préstamo, puede posteriormente (por ejemplo por haberle sido reembolsado) designar como garantizado el crédito por precio de compra. También puede señalar, al ejercer la acción hipotecaria, cuál es el crédito cuya satisfacción sobre la finca solicita». WOLFF, *cit.*, 2 p. 370. Esta solución, deudora de las especialidades hipotecarias del Derecho alemán, choca frontalmente con nuestro sistema. Aquí como allí rige formalmente el principio de «ascenso automático de puestos» pero allí, al contrario que aquí, ese ascenso está bloqueado por el nacimiento de una deuda inmobiliaria por la parte de la hipoteca no utilizada cuando los créditos asegurados no cubren la cifra de garantía. De esta forma, en la hipoteca de máximo, está oscilando continuamente la cantidad de hipoteca (ocupada por créditos) y la cantidad de deuda inmobiliaria (libre de ellos). Esta última, la cantidad vacante de crédito, nunca pertenece, como en nuestro sistema, al tercero sino al deudor (como deuda inmobiliaria de propietario) si sigue siendo dueño de la finca, o (como deuda inmobiliaria de no propietario) si la transmitió a tercero. *Vid.* CORONA QUESADA, El rango hipotecario. Estudio crítico del sistema romano o latino de avance de puestos en *RCDI* 641(1997) 1315-1344. En consecuencia en Derecho alemán, siempre que los elegidos se correspondan con los genéricamente asegurados, es intrascendente para el tercero que la cifra hipotecada acaba «llenándose» con créditos o quede una parte libre *Vid.* BAUR, *Lehrbuch cit.*, p. 390. El sobrante que se produzca si el adeudo total rebosa la hipoteca no pertenece nunca a los terceros adquirentes de la finca gravada. Solo tiene un derecho: el de oponerse si se intenta ejecutar la finca por razón de créditos que no pertenezcan a la clase de los genéricamente asegurados.

³⁹ En nuestro Derecho en cambio el sobrante liberado pertenece siempre a los terceros (tercer poseedor o acreedores hipotecarios posteriores). De ahí su intervención en el proceso de selección (incorporación) de los créditos a la hipoteca. En particular, el control a que pueden someter el ejercicio de la facultad de imputar (por parte del deudor o acreedor). La facultad de imputar, como vimos, permite indirectamente elegir los créditos asegurados. Por ello su concesión al acreedor atribuye, también indirectamente, el derecho a disponer del sobrante. El sobrante que se liberaría —de imputarse los pagos del deudor a los créditos que corresponde asegurar según el Código— no llega a nacer si el acreedor imputa esos pagos a otros créditos menos onerosos. Razón por la que solo será eficaz la imputación del acreedor (hecha en virtud de cesión irregular o sin ratificación del deudor) si la consienten los terceros con derecho al (futuro) sobrante, antes o después de realizada. Al contrario que en el alemán, en nuestro Derecho la hipoteca de máximo únicamente concede al acreedor el derecho a disponer libremente del sobrante del máximo (de valor) que la finca asegura en tanto esta no se trasmita o grave. Por idéntica razón, pueden los terceros controlar la selección de créditos,

concluida la imputación de pagos, que como paso previo a su incorporación a la hipoteca, hubiesen hecho acreedor y deudor. Lo que se «imputa» a los créditos ahora no son los pagos del deudor sino la hipoteca misma: el valor que garantiza la finca gravada, propiedad en este caso del tercer poseedor. A este por supuesto no le son indiferentes los créditos que se incorporen a la hipoteca. No todos son igualmente gravosos. Algunos pueden estar asegurados con otras garantías. En todo este proceso ha de seguirse un orden. Primero, la selección de los créditos que se incorporen a la hipoteca, por mor del principio de determinación, ha de hacerse entre los genéricamente asegurados. Segundo, el propietario de la finca salvo que, al comprarla, hubiese retenido o descontado su importe del precio, hará luego la «imputación de hipoteca». Sobre este asunto notas 29 y sigs. El deudor cuando era propietario pudo disponer de ese derecho y reservárselo al acreedor, si delimitó su alcance (cfr. por analogía, arts. 16, 14 y 241 del Reglamento hipotecario) e inscribió la reserva en el Registro.

⁴⁰ Para la proximidad de la *causa garantiae* y *causa solvendi*, vid. VON THÜR, *Derecho Civil. Teoría General del Derecho Civil Alemán* 3 (Madrid, 2005) pp. 62 y 157 y sigs. También A. COSSÍO, Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas en RDP (1953) 15 y sigs. Para la calificación de la causa de la letra como una causa de garantía, lo que permite interesantes comparaciones con la hipoteca: HUECK-CANARIS, *Derecho de los títulos valor* (Barcelona 1988) p. 221: «El fundamento jurídico del crédito cambiario se encuentra en el acuerdo específico sobre la entrega de la letra (convención ejecutiva), que se corresponde dogmáticamente con el acuerdo de prestar garantía en el «pacto de garantía» o con el pacto de *pignore dando* en la prenda». Esa es también la «causa» del «negocio obligatorio abstracto»: «El fortalecimiento de una obligación (la subyacente, normalmente causal) mediante constitución de otra dirigida al mismo resultado, pero como vinculación autónoma, repercute en el proceso a favor del acreedor»: LARENZ, *cit.*, p. 461.

⁴¹ La finca es del tercero y en consecuencia, es él quién debe elegir las obligaciones a las que va a imputar, «destinar», la hipoteca que grava la finca cuya propiedad le pertenece. Esta (segunda) imputación de garantía (la primera fue la de los pagos) corresponde hacerla al tercer poseedor que no retuvo o descontó la hipoteca del precio de compra. No, si lo hizo, ya que el posible «sobrante» en este caso corresponde al deudor: artículo 232 del Reglamento. Salvo, en tanto era propietario, hubiese cedido al acreedor la facultad de hacerlo en las condiciones vistas en la nota 39. O, en caso de descuento o retención de la hipoteca, hubiese delegado el deudor (vendedor) esa facultad al comprador. Para los requisitos de la delegación, puesto que existe contradicción de intereses (el comprador tratará de incorporar a la hipoteca los créditos menos gravosos al contrario que el deudor): nota 27. El comprador no adquiere el valor de la finca correspondiente a la hipoteca ya que, si lo descuenta del precio de compra, no lo paga. En esos casos la hipoteca normalmente no se ejecutará ya que la retención o descuento de la cifra garantizada, cubre cualquier posible reclamación (hipotecaria). El problema surge cuando, por engaño, error, precio insuficiente, etc., el tercer poseedor no retuvo (todo o parte de) la hipoteca y se enfrenta a una reclamación hipotecaria que exceda del valor retenido o descontado. Vid. nota 37. Cfr. de nuevo el artículo 232 del Reglamento, capital en este punto.

⁴² Sobre este asunto HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero* (1983) pp. 186 y sigs.

⁴³ La facultad de «imputar hipoteca», que el deudor propietario haya concedido al acreedor, tiene en principio eficacia personal. Por ello, en cuanto aquel transmita la finca, no puede oponerse a tercero (salvo si la reserva fuese precisa y constase inscrita). El que «paga» en este caso no es el deudor sino el (nuevo) propietario, a no ser que este (el comprador) haya retenido del precio el valor de la hipoteca. Si se produce la retención o descuento el que paga realmente es el deudor (vendedor), no el comprador, por lo que mantiene su vigencia la cesión de la facultad de «imputar hipoteca» que haya hecho el deudor al acreedor. El deudor podrá oponerse si la selección no se ajusta a los términos pactados. Es inválida, como vimos, la delegación genérica al acreedor de la facultad de seleccionar los créditos sobrevivientes (o lo que es lo mismo de «imputar la hipoteca»).

⁴⁴ Sobre la práctica de recoger en el asiento en términos muy generales la causa o fundamento de los posibles créditos asegurados: vid. BAUR, *Lehrbuch*, *cit.*, p. 389 y WOLFF,

cit., p. 367, núm. 1. Después de afirmar que la jurisprudencia llega muy lejos en la indeterminación de los créditos garantizados con hipoteca de máximo, añade «si el crédito está bien precisado, no puede ya concederse a su favor ninguna hipoteca de máximo (KGJFG 7, 365)» para concluir inmediatamente a continuación «sin embargo la carga indebidamente inscrita como hipoteca de máximo, puede mantenerse en pie como hipoteca corriente de seguridad; KG DR 1492, 1796; discrepa KGJ 51, 290».

⁴⁵ Cfr. WOLFF, *cit.*, p. 372 «ninguno de los interesados tiene derecho a exigir semejante transformación». *Ibidem*, id núm. 22: «Sin embargo es frecuente que en los contratos de cuenta corriente se atribuya al Banco una pretensión dirigida a semejante transformación». Sobre la reserva en el contrato a favor del acreedor de la facultad de proceder unilateralmente a la transformación: NUSSBAUM, Tratado *cit.*, p. 213.

⁴⁶ Cfr. GONZÁLEZ, *cit.*, p. 112: «Los créditos protegidos por la clase de hipotecas examinadas quedarían prácticamente fuera de comercio, si para transferirlos se precisase poner en juego el pesado mecanismo hipotecario. En su consecuencia la ley permite la cesión en cualquier forma, dejando incólume la garantía inscrita a favor del cedente. Se rompe aquí, es verdad, el que parecía vínculo indisoluble del crédito y la hipoteca». Para concluir: «así lo impone la vida comercial».

⁴⁷ La cesión del crédito hipotecario, de poder ampararse en la fe pública registral, reduce las defensas del deudor. Esa minoración de defensas tendría menos importancia, si la ejecución, como sucede habitualmente en este tipo de hipoteca, no comprometiese habitualmente la estabilidad del negocio del deudor, al ser normalmente su asiento físico la finca gravada con hipoteca. Lo grave no es que deje de pagarse un crédito cualquiera, sino que el impagado sea precisamente uno de los asegurados con hipoteca.

⁴⁸ Es de destacar aquí el artículo 1198 del Código Civil, que impide alegar la compensación, cuando el deudor consiente la cesión. Una especie de «resurrección» del crédito con efectos retroactivos. Los fiadores y terceros poseedores (también hipotecantes no deudores) quedarán libres. *Vid.* artículos 1197 y 1207 del Código, aunque no deben confundirse novación y perjuicio: PARDO, Sustitución *cit.* No se aclara si debe ser expreso el consentimiento o basta con que sea tácito. Basándose en que la facultad de compensar es renunciable, sostiene PEÑA, que el «deudor, que no obstante poder invocar la extinción de deuda por compensación (anterior a la notificación de la cesión) consiente en la cesión de derechos hecha por el acreedor a favor de tercero, renuncia a aquella compensación. PEÑA, Facultad *cit.*, núm. 13. Sobre el efecto automático de la compensación insiste ÁLVAREZ VIGARAY, El efecto automático de la compensación en *EDCHCT* 4 (1969) 37 y sigs.

⁴⁹ «La vinculación de hipoteca y crédito (y en consecuencia la transformación) es posible» incluso antes de que el crédito quede definitivamente fijado. *RG Recht* 1927, núm. 345»: WOLFF, *cit.*, p. 371, núm. 21. Sobre la necesidad de nuevo acuerdo, BAUR, Lehrbuch *cit.* p. 390.

⁵⁰ ROCA, *cit.*, IV-2 p. 796, núm. 1. La resolución de 21.3.1917 habla de que la vinculación, necesaria para que pueda hacerse la cancelación o cesión hipotecaria depende «generalmente de una liquidación de cuentas o de una especificación contractual de los créditos garantizados».

⁵¹ Sobre plazo y condición más adelante en el texto.

⁵² Sobre la cesión a una de las partes de la facultad de determinar los créditos a incorporar: cfr. nota 39.

⁵³ En Derecho alemán la hipoteca de máximo no se transforma en ordinaria sin acuerdo e inscripción. Según WOLFF, *cit.*, p. 215 en la hipoteca que no sea de máximo, si el crédito es «futuro o condicional (1113, ap.2), (cuando) nazca el crédito (...), se transforma la garantía por sí sola, en aquel momento, en hipoteca ajena (ordinaria, ya de tráfico ya de seguridad según fuese constituida)». BAUR, *cit.*, p. 387: «*Verkehrs- wie Sicherungs-hypothek können für eine künftige Forderung bestellt werden (1113 Abs. 2); aber auch dann muss die zu sichernde Forderung (...) und ihre Höhe eingetragen sein. Es gibt aber (...) Rechtsbeziehungen, wo weder die konkrete zu sichernde Forderung (...) schon von vornherein fixieren lassen (...)*». En nuestro Derecho la hipoteca ordinaria de deuda futura se rige, en cuanto a la cesión, por

las reglas ordinarias. Lo que sucede es que, como el crédito es inexistente, no se puede ceder hasta tanto no nazca. Por ello no es susceptible de cesión ni separada ni conjuntamente con la hipoteca. La desvinculación entre hipoteca y crédito que produce la hipoteca de máximo es esencial y se ideó para permitir la cesión independiente (separada de la hipoteca) de créditos ya existentes. Nacido el crédito en caso de hipoteca por deuda futura, la hipoteca pasa a ser automáticamente una hipoteca ordinaria sin que las partes puedan impedirlo. En cambio cuando es de máximo, se precisa determinar si el crédito que se pretende incorporar corresponde al grupo de los (genéricamente) asegurados ya que de la hipoteca resultan solo las «líneas generales» del adeudo garantizado. En la hipoteca de deuda futura estamos ante un crédito (aunque futuro) perfectamente identificado y determinado en el asiento.

⁵⁴ Por ello la equiparación entre la hipoteca de máximo y la hipoteca de deuda futura no puede ser total y solo cabe apreciar cierta analogía entre ellas. En Derecho alemán, WOLFF, *cit.*, p. 369, núm. 10, critica la opinión de BECK 51, que sigue GÜTHE-TRIEBEL I 581. Según estos, mediante la hipoteca de máximo, se asegura únicamente el crédito que exista a «la terminación de la relación jurídica». Observa WOLF que «tal puede ser el pensamiento de las partes (especialmente respecto a los créditos de cuenta corriente); pero no de modo necesario». Construcción aceptada por LENT-SCHWAB, *Sachenrecht cit.*, p. 258: no hay hipoteca del acreedor ya desde el primer momento sino solo desde que se determinan los créditos asegurados: «*die Hypothek vor Entstehung der Forderung auch hier dem Eigentümer zusteht*». Eso no quiere decir que confunda la hipoteca de deuda futura y de máximo. La diferencia frente a WOLF está en que, en esta construcción, no está cambiando continuamente la parte de hipoteca y la parte de deuda inmobiliaria en función de la variación que sufra la suma de la cuantía de los créditos que en cada momento subsistan. Hasta tanto no se produzca la determinación de los créditos, habrá solo deuda inmobiliaria. La prueba está en que, si se ejecuta una hipoteca anterior y se purga la de «máximo», el posible sobrante no se entrega al acreedor aunque demuestre que existen créditos a asegurar entre los genéricamente asegurados sino al propietario: «*der aus dem Erlös auf die Hypothek entfällt, nicht dem Gläubiger zufallen, der ja keine Forderung hat, sondern nur dem Eigentümer*». En Derecho español, al contrario que en el alemán, el valor asegurado, mientras no se transforme, pertenece provisionalmente al propietario a quién (por razón del principio de ascenso automático de puestos) le corresponde cualquier sobrante que se genere (salvo que, como sabemos, haya descontado el importe de la hipoteca del precio de compra: cfr. art. 232 del Reglamento). Hay así para el caso del descuento de precio una aproximación entre Derecho alemán y español por la vía ingeniosa de permitir la subrogación del deudor (a la vez, vendedor) en la hipoteca.

⁵⁵ GONZÁLEZ, *cit.*, p. 112: «(propietario y deudor) podrán reclamar del (primitivo) acreedor la renuncia del derecho registrado (la hipoteca), si ya no hay posibilidad de que nazcan más créditos protegibles que los transferibles (y transferidos)». En realidad el acreedor que cediese separadamente todos los créditos que puedan resultar potencialmente asegurables, renuncia (implícitamente) a la hipoteca.

⁵⁶ Debe hacerse constar formalmente que la hipoteca se constituye como de máximo y no se trata de una hipoteca ordinaria (especialmente cuando la garantizada es una deuda futura que puede asegurarse también mediante una hipoteca ordinaria). No hay hipoteca de máximo sino se establece expresamente como tal, lo que exige señalar un tope o máximo de responsabilidad cualquiera que sea el montante que alcance el crédito en el momento de constitución o ejecución. Como recuerda WOLFF, *cit.*, pp. 366-367 «(en la inscripción) se ha de anotar el importe máximo». Cfr. también 1190 del BGB; *Ibidem, id.*

⁵⁷ El asiento de transformación es debido por las partes en cuanto se produzca la determinación de créditos. Sobre este punto, resolución de 21 de marzo de 1917. La desvinculación entre créditos e hipoteca (flotante) impide cancelar, ejecutar o ceder la hipoteca por razón de un crédito potencialmente asegurado mientras tanto no se incorpore a ella. La Dirección exige la constancia registral de la incorporación para oponer a los cesionarios civiles la cesión hipotecaria y gozar de la protección de la fe pública registral (que por tanto extiende al cesionario del crédito hipotecario): «este razonamiento no se opone a que el crédito garantizado pueda

originar un procedimiento ejecutivo (hipotecario ordinario) (...), así como la necesidad de un título inscribible, para constituir una hipoteca en garantía de letra de cambio, no priva a la aceptada y protestada sin tacha, de su carácter de documento que lleva aparejada ejecución». Lo mismo en Derecho alemán. Mientras no se transforme en hipoteca de tráfico no es posible una cesión amparada por la fe pública pero basta con su transformación en hipoteca de seguridad para que pueda el acreedor servirse del *pactum executivum*. No es posible someter la finca a ejecución forzosa directa en caso de hipoteca de máximo, pero si el seguido es el procedimiento ejecutivo ordinario hipotecario (arts. 126 y 127 de la ley hipotecaria): cfr. WOLFF, *cit.*, p. 372 y BAUR, *cit.*, p. 388: «*da es an einer bestimmten Geldsumme mangelt (vgl. 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO) (...)*». Cfr. resolución de 31 de enero de 1925 en PARDO, *Hipoteca en garantía cit.*, p. 214.

⁵⁸ Es discutible que el artículo 238 del Reglamento (admite solicitud firmada de las partes para extender el asiento) sea aplicable a la hipoteca en garantía de deudas futuras a pesar de que su texto las comprenda expresamente. No tiene ningún sentido que la nota que publica el nacimiento del crédito y, según la doctrina, habilita su ejecución por la vía directa, pueda practicarse sin acompañar el documento que acredite su constitución, revestido de los requisitos que la ley procesal civil impone para dotar al citado crédito de fuerza ejecutiva (no habría título ejecutivo).

⁵⁹ En Derecho alemán es inseparable el crédito de la hipoteca cuando se trata de hipoteca de tráfico. Cfr. 1153 del *BGB*: la hipoteca se transmite solo cuando se transfiera el crédito y, en principio, siempre que se transfiera. En Derecho español también: *vid.* artículos 1528 y 1212 del Código Civil. Si se cediese crédito sin hipoteca, debe entenderse que se renuncia a la hipoteca. Contra GARCÍA, *Legislación, cit.*, p. 292. Esta consecuencia está excluida solo en la hipoteca de máximo. Cfr. sobre ello PANTALEÓN, *Cesión de créditos en ADC* 41(1994) 1106-1108.

⁶⁰ Para la cesión de la hipoteca de deuda futura que solo es posible desde que se acredita la existencia de la obligación y con efectos hipotecarios, desde que se practica la oportuna nota en el registro *vid.* Referencia a resolución de 31 de enero de 1925 en nota 57.

⁶¹ Sobre la imposibilidad de la ejecución directa de la hipoteca flotante antes de que su transformación en ordinaria se haga constar en el Registro, PARDO *cit.*, pp. 222 y sigs. Hoy en cambio cfr. el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria. La falta de inscripción de la transformación impediría únicamente la cesión hipotecaria (no la ejecución hipotecaria directa). En el ejecutivo hipotecario ordinario la prueba de la determinación, y consiguiente incorporación, resultará de la sentencia de remate si se demuestra que el crédito es exigible y líquido, está vencido y es uno a los asegurados por la hipoteca: resolución 17 de marzo de 1917.

⁶² El tercero civil a quien se cede el crédito aislado no debe resultar perjudicado por una transformación que no se haya hecho constar en el Registro. Otra cosa procede, si hecha constar en él, aparece un tercer adquirente del crédito, ya incorporado a la hipoteca, y lo inscribe a su favor. Poco importa que se niegue al cesionario de un crédito hipotecario, en cuanto al crédito, la protección de la fe pública. No se trata ahora de saber si el deudor puede oponer al cesionario las excepciones que tenía contra el cedente sino si, de existir el crédito, quien prevalece en caso de doble cesión: el titular inscrito o el no inscrito. Impiden la tercera del no inscrito aunque sea de fecha auténtica anterior los artículos 127 LH y 696 de la LEC. Sobre si la existencia y legalidad del crédito cedido e inscrito queda amparado por la fe pública (y no solo la hipoteca): artículos 149-2 de la ley Hipotecaria, que al hablar de «subrogación» del cesionario en la posición del cedente y limitar la vinculación del deudor con el nuevo acreedor a lo que lo estuviera con el antiguo, sigue siendo antinómico con el 144 de la misma ley. Para la discusión sobre este punto, CÁMARA, En torno al concepto de causa en *Estudios de Derecho Civil* (Madrid, 1985) p. 585: «En la cesión de créditos, el cesionario se subroga en la posición del cedente y, por tanto, el deudor puede oponerle todas las excepciones fundadas en el negocio causal. No hay razón alguna para hacer de mejor condición, en este orden de cosas, al cesionario de un crédito hipotecario que al que lo sea de otro crédito cualquiera, pues la naturaleza y los efectos propios de la cesión no

puede depender, obviamente (?), de que el crédito cedido esté o no garantizado y de que la garantía, de haberla, sea hipotecaria». Para otra interpretación del artículo 144, restringiendo su protección a los titulares posteriores de derechos reales en la finca (terceros poseedores, rematantes, acreedores hipotecarios posteriores) pero negándola al cesionario del crédito o derechos constituidos sobre este: *vid.* PEÑA, *Derecho cit.* p. 445.

⁶³ La resolución de 4 de julio de 1984 es la primera que expresamente impone la necesidad de señalar un plazo de duración a la hipoteca flotante: «determinación de los plazos de duración, ya que de una parte, las peculiaridades de la presente escritura no justificarían excepcionar (la) determinación temporal exigida por el párrafo primero del artículo 153 de la Ley hipotecaria, tan interesante para el tráfico (terceros poseedores, terceros adquirentes de derechos reales) y para facilitar la cancelación (cfr. art. 209 de la misma Ley) y, de otra, porque estipulándose que quedan garantizadas las operaciones crediticias bancarias que se concierten en lo sucesivo, cabe entender que la hipoteca se extiende, directa y concretamente, a las posibles futuras aperturas de crédito en cuenta corriente, que son también indudablemente operaciones crediticias bancarias». No está claro si el Centro directivo exige que se determine el plazo de los créditos o, solo, de la hipoteca. Aunque la primera parte del considerando transcrito, se expresa con confusión; de la segunda resulta que el plazo que le preocupa es el de la hipoteca: precisamente porque se admite que los créditos pueden faltar, o faltan en el momento de la constitución, parece absurdo exigir que se determine el plazo de duración de créditos todavía en parte desconocidos.

⁶⁴ El acreedor, más que dar un nuevo plazo o prorrogar el antiguo, concede, renunciando entre tanto al ejercicio de acciones, el beneficio de un pago diferido (*pactum de non petendo*). Lo que no evita que se produzcan o sigan produciendo intereses de demora, ni impide opere la compensación legal o judicial. Por tanto el efecto novatorio estaría, desde luego, desechado. También carece de eficacia novatoria (extintiva) el pacto de prórroga ordinario cfr. SANCHO REBULLIDA, «Comentario a los artículos 1203 y 1204 del Código Civil» en ALBADALEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Madrid 1980) p. 523: «el TS ha declarado con reiterada jurisprudencia que la simple alteración o prórroga de plazo no constituye novación. En detalle el Tribunal Supremo ha declarado que la prórroga del plazo constituye novación tan solo cuando es condición esencial del contrato (SS. 9 de septiembre de 1989, 4 de marzo de 1892, 14 de mayo de 1908, 17 de febrer de 1959, etc.); que no existe novación cuando subsistiendo la obligación principal, se otorgan simples facilidades para el cumplimiento de la obligación mediante prórroga o plazos fraccionados (SS. 18 de junio de 1914, 24 de marzo de 1955) o cuando se admitan letras aceptadas para el pago de los plazos, lo cual constituye una modalidad de la obligación, independiente de su esencia y establecida como garantía del acreedor (SS. 16 de junio de 1914 y 26 de abril de 1955)». Esta última doctrina es trasladable a la hipoteca. Para la vecindad entre el contrato de giro (*pactum cambi*) y el contrato de garantía real *vid.* PAZ-ARES, «La naturaleza jurídica de la letra de cambio» en MENENDEZ (com) *Estudios sobre la ley cambiaria y el cheque* (Madrid, 1986) p. 208. También HUECK - CANARIS, *cit.*, p. 221. PEÑA, *Derechos, cit.*, p. 199, con apoyo en los artículos 1567 y 1851, cree en cambio que la prórroga tiene fuerza novatoria.

⁶⁵ Estas mismas cuestiones, respecto a la letra, son resueltas en sentido distinto por CUÑAT, El artículo 1170 del Código Civil y su aplicación a la entrega de la letra de cambio en *RDM* 127 (1973) 120 y por PAZ-ARES, *cit.* p. 232. La duda surge, y la misma duda es trasladable a la hipoteca, cuando la letra establece un plazo de vencimiento inferior del que tiene la obligación causal según su título original. A falta de voluntad expresa de las partes, el plazo de la obligación subyacente no debe entenderse substituido por el de la letra. Otra conclusión pasa por la prueba de la incompatibilidad del plazo, que la hipoteca o letra imponen, con el propio de la obligación causal subyacente. Por lo demás si la hipoteca se constituyó solo como superposición de garantía, la novación de la obligación garantizada está expresamente excluida Aún desechado el efecto novatorio, queda por resolver, en caso de existir contradicción entre la escritura de hipoteca y los títulos o documentos que crearon las obligaciones garantizadas, cuál de los plazos debe prevalecer. Ciertamente la novación

parcial es imposible: o es total o habrá solo modificación. Pero la superposición excluye solo la novación (total), no la modificación (parcial). La accesoriedad de la hipoteca inclina a no dar la misma relevancia al plazo del crédito que al de la hipoteca. De seguirse la opinión del texto, la obligación causal mantendrá su plazo y por lo tanto, aunque se entienda válida la hipoteca, el ejercicio de la acción hipotecaria podrá ser paralizado por el deudor o los terceros alegando que el crédito no está vencido, a no ser que el acreedor demuestre que la hipoteca produjo la novación, o al menos modificación, del crédito asegurado.

⁶⁶ No cabe ejecución hipotecaria de créditos que no estén vinculados a la hipoteca, ya que no puede tenerseles por créditos hipotecarios propiamente dichos. La transformación de la hipoteca de máximo en ordinaria puede hacerse constar en el registro mediante un nuevo asiento (nota marginal). Pero también cabe que la transformación se realice, sin necesidad de practicar la nota, en el ejecutivo hipotecario (ordinario) cuando sea ese el procedimiento seguido. En el sistema alemán se exige acuerdo de las partes para la transformación. El tercero no puede oponerse a la transformación decidida por acreedor y deudor. *Vid.* WOLFF, *cit.*, p. 37. Es frecuente, sin embargo, que se ceda al acreedor la facultad de hacerla por sí solo. *Vid.* NUSSBAUM, *Tratado cit.*, p. 213. En Derecho español, mientras sigan pudiendo surgir nuevos créditos entre los genéricamente asegurados, nada impide que las partes impidan la transformación, por ejemplo, hasta que se cumpla determinado plazo o condición. Aunque no lo haga el deudor, podrán oponer la prohibición los terceros, titulares de derechos reales en la finca. Su legitimación se funda en que, en nuestro sistema, les corresponde todo sobrante liberado. Podrán defenderse así frente a toda ejecución judicial prematura de la hipoteca y por tanto al intento de apropiarse anticipadamente, mediante la realización del inmueble, del valor asegurado con la hipoteca. En Derecho alemán los terceros carecen de derecho al sobrante: nota 38.

⁶⁷ Para el uso bancario que permite acreditar a las entidades de crédito las operaciones del cliente una por una; y por tanto que falte apertura de crédito: GARRIGUES, *Los contratos cit.*, p. 272: «como consecuencia del estudio de la solvencia de los clientes (...) el banco hace entrar a determinados clientes en una lista del artículo 65 del Reglamento del Banco de España que se llama *lista de crédito*. La inclusión en esa lista no significa que el banco asuma la obligación de descontar todas las letras que el cliente le presente, sino tan solo el reconocimiento por el banco de una idoneidad moral y económica para obtener crédito en el futuro, mediante operaciones de descuento. Pero el banco se reserva el examen y la decisión de cada caso concreto. La inclusión en la lista de crédito constituye simplemente un trámite interno y discrecional del banco del que no deriva ningún derecho concreto a favor del cliente».

⁶⁸ Al aceptar la hipoteca de máximo que el deudor les propone, los bancos no por ello prorrogan los créditos vencidos. En consecuencia los intereses que se devengan son de demora, no ordinarios. Tampoco se obligan a acreditar al cliente en el futuro. Para el llamado *pactum de non pretendo*: nota 64. Fomentan así dudas sobre el carácter oneroso de la hipoteca («causa secundaria») lo que puede tener graves consecuencia si se llega a la quiebra. Sería, sin embargo, excesivo deducir que, en estos casos, la hipoteca carece de causa, y por tanto no procede su inscripción. Tendrá causa primaria si hay crédito que garantizar. Si falta contraprestación, no siempre será gratuita la causa secundaria. Puede que, en el futuro, conceda nuevos créditos al deudor precisamente por razón de la hipoteca. Si existiese obligación de acreditar, la deuda sería presente, no futura.

⁶⁹ En favor de permitir hipotecas sujetas a condición o término: ROCA, *cit.*, 4.2 p. 1189. Alega el artículo 2878.2 del *Codice civile* y, por analogía el artículo 1853 del código. El término resolutorio produciría un efecto semejante a la caducidad. La acción hipotecaria en principio prescribe; caducan solo los asientos de hipoteca y siempre que la ley expresamente lo disponga. Sobre prescripción de la acción hipotecaria LALAGUNA, *Los créditos hipotecarios en RDN 85-86(1974) 157-205* y GÓMEZ-GALLIGO, *La extinción del crédito hipotecario en Cuadernos de Derecho judicial 26(1996) 177 y sigs.* Cfr. también DíEZ-PICAZO, en MINISTERIO DE JUSTICIA (ed.) *Comentario 2 cit.* (Madrid, 1991) p. 2085: la caducidad convencional genera el mismo efecto que la doctrina tradicional reconoce al llamado «térmi-

no resolutorio». La caducidad convencional sería así un efecto jurídico más apropiado para los derechos potestativos o de formación jurídica (v.g.: opción); el término resolutorio sería, en cambio, el adecuado para las otras clases de derechos. Por lo demás en uno y otro caso, para cancelar, sería preciso acreditar no solo el transcurso del plazo fijado sino que no hay reclamación en curso ante ningún Tribunal. Sobre la caducidad en la instancia GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil. Parte General. El proceso declarativo ordinario* (Madrid, 1976) p. 1391 y sigs. Sobre la discutible admisibilidad en Derecho español de las hipotecas sujetas a condición y los problemas que plantea, PARDO-GARCÍA MONJE, Las hipotecas bajo condición suspensiva en *La Ley* 3(2006) 1934-1942.

⁷⁰ Las garantías destinadas a financiar el negocio empresarial, porque recaen sobre elementos de importancia vital, y se suelen constituir a favor de un acreedor poderoso (normalmente un Banco), envuelven serios riesgos: así siempre que sean excesivas, desproporcionadas, en relación al montante del adeudo. Aunque también puedan revelarse beneficiosas (incluso bajo la fórmula de una transmisión fiduciaria de garantía) ya que en muchos casos son un instrumento óptimo para la mejor «conservación de la capacidad productiva de los bienes del deudor, al evitar enajenaciones forzosas que otros acreedores (egoístas) podrían instar y significarían una perturbación para la marcha de la empresa». Según LANGE en NJW (1950) 569, el adquirente en los casos de transmisión fiduciaria de garantía «opera no como un tirano sino como un poder protector. El gran prestamista que ha saneado o ha conservado en condiciones de rendimiento la empresa de su deudor, tiene una justificado interés en que se mantenga intacta la garantía»: la cita está tomada de G. BOEHMER, *El Derecho a través de la jurisprudencia* (Barcelona, 1959) p. 348. Es en todo caso indispensable «que la cobertura no supere de modo considerable el importe del crédito». Para la justicia de la preferencia (concedida al proveedor de materias primas que son objeto de transformación en la empresa): *Ibidem, cit.*, p. 75. Sobre la protección del interés del suministrador de capital y su tutela preferente frente a los acreedores simples (desinteresados en la conservación de la empresa ya que solo lo están en la satisfacción de su crédito individual). *Ibidem*, pp. 328 y 348. Sobre el problema de las garantías excesivas: PARDO, Garantías reales excesivas y el *ius offerendi* en *Libro Homenaje a Joaquín Lanzas y Luis Selva* (1998) pp. 1129-1158.

⁷¹ Para la (super)protección de los créditos salariales: artículo 32.2 y 5 del Estatuto de los Trabajadores: «los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario (...). El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año a contar desde el momento en que debió percibirse el salario». *Vid.* GÓMEZ-GALLIGO, La colisión entre el crédito laboral super-privilegiado y crédito garantizado con hipoteca en caso de concurso del deudor en *Anuario de Derecho Concursal* 38(2004) 181-202. No debería ser necesario advertir sobre la importancia de esa preferencia en el caso de que la propietaria de los bienes hipotecados sea una inmobiliaria. Las edificaciones están afectas al pago de los derechos de los trabajadores mientras no sean transmitidas a un tercero. En caso de que lo hipotecado sea el establecimiento fabril, como ocurre con frecuencia en la hipoteca flotante, la garantía, por pacto de estilo (art. 111 de la Ley hipotecaria), se extiende a los frutos entre los que se encuentran, como es sabido, los industriales («resultado del trabajo»). En ese caso tendrán preferencia de cobro sobre los frutos (los pisos construidos) los salarios de los trabajadores que cumplan con los requisitos legales. Crítica DORAL, *La fase de seguridad de la hipoteca* (Pamplona, 1967) p. 234 que la Ley Hipotecaria se preocupe únicamente de la protección de la parte más débil por tener en mente «la consideración individualista de la hipoteca entendida simplemente como instrumento crediticio en manos de especuladores de la propiedad inmobiliaria que actúan conforme el criterio del mayor interés posible dentro de la máxima seguridad». Elogia el artículo 113.3 de la Ley que impide retirar las accesiones o mejoras si producen quebranto a la cosa hipotecada, primando el mantenimiento de la unidad orgánica de explotación frente a la propiedad de las cosas individuales que la componen. La propiedad de las mejoras se transforman en mero crédito por su valor. Preferencia que, en su opinión, debería ser reforzada. En Derecho alemán si el elemento se

califica como parte integrante, su valor tiene preferencia de cobro frente al prestamista cuya hipoteca recaiga sobre la explotación. Solo, si se trata de accesorios, los derechos de terceros prevalecen. DORAL, *cit.*, p. 241: «la unidad económica reclama la unidad jurídica». Para la valoración que merecen los intereses de los acreedores que han concurrido a la creación o conservación del inmueble es importante la disciplina del crédito refaccionario: artículos 59 y siguientes de la Ley Hipotecaria y concordantes del Reglamento.

⁷² Una vez admitida, por el artículo 153 bis de la LH, la hipoteca flotante cuya inscripción había rechazado repetidamente la jurisprudencia anterior, queda únicamente por decidir qué cláusulas del contrato por tener transcendencia real pueden y deben inscribirse y entre ellas especialmente las que recogen causas de vencimiento anticipado. La hipoteca, como dice el artículo 104 de la Ley Hipotecaria, sujeta en garantía un inmueble al pago de una obligación para el caso de incumplimiento de la misma; en consecuencia tendrán transcendencia real y deberán inscribirse cumpliendo con el principio de determinación, tal como resulta de la nueva redacción del artículo 130 en relación con el 38 de la nombrada ley, todos aquellos hechos o circunstancias —y ningún otro— que precipiten la ejecución de la garantía o modalicen el ejercicio o alcance de la reclamación hipotecaria. 1. Por tanto deberán inscribirse en principio no solo las obligaciones (principales o accesorias) cuyo incumplimiento esté asegurado separa y directamente por hipoteca (porque en el contrato se les ha asignado cifra propia de garantía) sino también las aseguradas indirectamente siempre que, aunque no se les haya señalado cifra separada de garantía, su incumplimiento precipite la resolución o el vencimiento de las directamente garantizadas. La determinación de las obligaciones directamente garantizadas es relativamente sencilla porque basta con examinar la cláusula de garantía para identificar aquellas cuyo incumplimiento está asegurado con hipoteca; la de las segundas en cambio, es bastante más difícil porque en los contratos de hipoteca es habitual incorporar múltiples obligaciones cuyo pago no está garantizado directa y separadamente por la hipoteca pero cuyo incumplimiento es en cambio causa de vencimiento de las obligaciones que si lo están y por tanto de ejecución del inmueble hipotecado. Muchas de estas últimas obligaciones son accesorias de las directamente garantizadas e incluso en muchos casos están a cargo de terceros (como por ejemplo compañías de seguros) por lo que son ajenas al crédito asegurado. Pues bien por lo que se refiere a este punto, en las hipotecas ordinarias, la Dirección General, después de algunos cambios, acabo sentando doctrina, a lo que parecía definitivamente, definiendo algunos criterios a seguir a la hora de calificar las causas de vencimiento que habitualmente se incluyen en las hipotecas. Con arreglo a esta doctrina dejando aparte las prohibiciones de disponer con que se pretende gravar la finca hipotecada o en general las estipulaciones que por vulnerar normas imperativas no son por supuesto in-inscribibles, solo cabía la inscripción de aquellas cláusulas que, primero, definen la identidad, duración y contenido de las obligaciones directamente aseguradas (en particular, las llamadas «cláusulas financieras»); segundo, cumplan con los requisitos prevenidos en la ley procesal para despachar su ejecución, en particular por el procedimiento de ejecución directa; tercero, regulen facultades procesales en que según la ley cabe la autonomía privada; cuarto, establezcan como causas de vencimiento anticipado, además del incumplimiento de las obligaciones principales, los incumplimientos de otras accesorias que, de producirse, disminuyan significativamente el valor de la garantía bien en si misma bien porque minoren el valor de la finca sobre la que recae. La regla tradicional era por tanto que la gestión que pueda hacer el deudor de su patrimonio libre no puede repercutir en las garantías reales que puedan gravar algunos de sus bienes de modo que se mantenía una tajante separación entre la responsabilidad personal y real y por tanto el único punto de conexión entre una y otra —y en qué la infracción de una obligación desataba la ejecución hipotecaria— era solo el de incumplimiento o cumplimiento defectuoso y grave de la obligación principal pero no cualquiera de sus accesorias (salvo que estuviesen garantizadas con hipoteca separada y distinta) dejando a salvo las excepciones vistas (a saber, las que persigan conservar el rango de la garantía o el valor de la finca o derecho sobre el que recae). Recientemente sin embargo el Tribunal Supremo ha abierto brecha en esta doctrina y ha admitido como posibles causas de

vencimiento de las obligaciones directamente garantizadas o resolución, los incumplimientos no solo de las obligaciones accesorias, sean a cargo del deudor o del propietario, tendentes a conservar el valor y rango de la hipoteca sino en general todas las que se revelen «esenciales» a no ser que el vencimiento o la resolución demuestre ser remedio «desproporcionado» o «excesivo»; conceptos ambos de contenido indeterminado y difícil apreciación, más en un procedimiento como el registral en que no puede abrirse trámite de audiencia y la prueba está tasada (por lo que deberían entenderse criterios dirigidos más a Jueces y Tribunales que a registradores; sobre todo cuando, como suele ser el caso aquí, no procede la aplicación de la legislación protectora de los consumidores). Por lo demás, según el mismo Alto Tribunal, no deben estimarse desproporcionadas o excesivas las causas de vencimiento o resolución cuando se ofrece al deudor, como dispone el artículo 1129 del Código para el caso de insolvencia, la posibilidad de ofrecer alguna garantía o sustituir la concedida (aquí derecho de vencimiento o resolución) por otra u otras igualmente seguras. Sea de todo esto lo que fuere es lo cierto de todos modos que la citada Dirección ha identificado, en base a los parámetros expuestos en la citada sentencia y otras del mismo Tribunal y su doctrina tradicional sobre la materia, una serie de cláusulas in-inscribibles que deviene forzoso acatar (aunque fuese solo por razón de lo dispuesto en el art. 327 de la Ley Hipotecaria, antepenúltimo párrafo, que obliga a todos los registradores a seguir en sus calificaciones la doctrina del nombrado Centro). En concreto la resolución de 8 de julio de 2011 ha declarado que las dudas que el artículo 12.2 de la LH plantea han sido resueltas por las resoluciones de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero de 2011, que afirma aplicables al caso de hipoteca flotante, y sienta la doctrina de que no son inscribibles la obligación del hipotecante de no enajenar, ceder, gravar ni traspasar total o parcialmente las fincas ni la de no celebrar sin el consentimiento previo del agente contratos de arrendamiento, subarrendamiento, cesión temporal de espacio u otros de significación económica semejante respecto de las fincas en condiciones, plazo y precios más onerosos para el propietario de los que se celebrarían en el mercado entre partes independientes, porque infringe normas imperativas como los artículos 27 y 107 número 3 LH y ser contradictoria con el principio de libertad de contratación, libre circulación, uso y destino de los bienes y al crédito territorial, como han sostenido reiteradamente la DGRN en resoluciones de 27 de enero de 1986 y 8 de noviembre de 1993, y el TS en sentencia de 16 de diciembre de 2009; que tampoco es inscribible el vencimiento anticipado por la iniciación de cualquier procedimiento que lleve aparejado embargo o ejecución de bienes conforma a la sentencia de 16 de diciembre de 2009 porque supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución de contrato además de ser desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías, por lo que produce manifiesto desequilibrio contractual y resulta ilícita por abusiva, aparte de que tal pacto es ajeno al crédito garantizado y su efectividad no disminuye la garantía real ni la preferencia de la hipoteca y es por tanto desde este punto de vista contraria a lo dispuesto en los artículos 131 y 133 LH; que tampoco es inscribible la referencia al vencimiento por «cambio material adverso» por idénticas razones, y en particular, porque solo se admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concorra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias o incumplimientos irrelevantes; finalmente tampoco es inscribible el pacto de vencimiento anticipado por la declaración de concurso por ser contraria al artículo 61.3 de la Ley Concursal. A ello hay que sumar que la Ley Hipotecaria como ley que es de terceros y el registro de la propiedad como instrumento de publicidad legal del estado jurídico de las fincas y por tanto de certidumbre jurídica (porque no cabe hablar de publicidad y menos certidumbre cuando la situación jurídica a publicar es confusa o tiene alcance indeterminado) impiden la inscripción de todas aquellas cargas (por tanto también las causas de resolución de la hipoteca) cuyo supuesto de ejercicio no sea descrito de manera precisa y clara, esto es, esté perfectamente determinado; y no lo están por hipótesis aquellas de redacción genérica que comprenden en su tenor multitud de supuestos o tienen alcance incierto incluso para un especialista o exper-

to en Derecho de contratos. Por lo demás hay que tener en cuenta que la citada resolución de 8 de julio de 2011 considera inscribibles las cláusulas de vencimiento anticipado por falsedad de declaraciones de la entidad deudora hipotecante en base a las cuales las entidades financieras han otorgado el contrato así como de las declaraciones que en lo sucesivo realicen los obligados de acuerdo con lo previsto en los documentos de la financiación. También declaró inscribible la misma resolución el caso de no restitución de *ratios*, si no se produjera la recuperación de los niveles previstos para los ejercicios iniciados a partir de determinada fecha. Sobre este asunto es obligada la lectura de VALERO, Estudios *cit.* Por lo demás si se acepta que el préstamo es un contrato bilateral (no unilateral) y que el interés constituye el precio del uso («usura») del capital prestado (cfr. LARENZ, *cit.*, 2 pp. 269 y sigs.) para que proceda la resolución con arreglo al artículo 1124 del Código, el incumplimiento debe ser grave y además de la obligación principal, no de las accesorias: DíEZ-PICAZO, El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos en *ADC* 22 (1969) 383 sigs. En el mismo sentido LARENZ, *cit.*, 1 pp. 365 y sigs. Cfr. nota siguiente. Para las causas de vencimiento anticipado en general GÓMEZ-GALLIGO, Sobre las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios y en la contratación inmobiliaria en *Revista Jurídica Galega* 73 (2011) 12 y sigs.; y PARDO-NOGUEROLES, Las causas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios en *La Ley* 7293 (2009) 37 y sigs. Tienen eficacia real solo las causas que condicionan o modalizan en algún modo la exigibilidad (en particular el plazo) o el contenido y alcance de la acción real hipotecaria; no la personal por el crédito garantizado.

⁷³ Sigue siendo discutible que el impago de uno o varios (aunque sean tres) de los plazos del crédito deba producir el vencimiento de los restantes. La práctica registral lo venía admitiendo desde antiguo y fue respaldada por el artículo 29 de la Ley de Hipoteca mobiliaria de 16 de diciembre de 1954. Los artículos 135 y 127.2 de la Ley habían permitido optar por ejecutar parcialmente la hipoteca por cada plazo impagado. Apoyo para la reclamación total no cabe deducirlo del 1129 del Código. El hecho que el crédito este asegurado con hipoteca lo excluye del supuesto de hecho de la norma. Duda que el precepto pueda tener aplicación en estos casos MORENO QUESADA, El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías en *ADC* 24 (1971) 429. La discusión fue zanjada en el sentido equivocado por el artículo 693 de la (nueva) LEC, enmendada por la ley 1/2013 que restringe el vencimiento total «al caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución». Argumentos para considerar el vencimiento anticipado (más allá de los casos del 1129 del Código) como cláusula penal y, por tanto, moderable en principio por los Tribunales: LARENZ, *cit.*, 1 p. 395. Por lo demás no es lo mismo resolución que vencimiento anticipado: no tienen el mismo alcance. Se aprecia fácilmente la diferencia en caso de que, habiéndose pagado los anteriores, se pretenda la resolución total del contrato (no el vencimiento anticipado de los que quedan) por falta de pago de uno de los plazos. La resolución del contrato impone la restitución por el deudor de todo el capital prestado y eso exige que el acreedor consigne antes el reintegro por el deudor hasta la fecha. En cualquier caso, aún de no estimar procedente la consignación y por tanto permitir también en caso de resolución solo la reclamación de la «diferencia», deberá devolver el prestamista acreedor «los provechos efectivamente obtenidos con la parte del capital ya reintegrado por el deudor y, lo que es más importante, indemnizar «por los que indebidamente no se hayan obtenido» (!): LARENZ, *cit.*, 1 p. 395.

⁷⁴ La reforma hipotecaria de 1944 reforzó la independencia de la hipoteca frente al crédito, especialmente, en caso de hipotecas en garantía de cuentas de crédito. El plazo de duración, y las posibles prórrogas, que han de constar en el contrato, se refieren a la hipoteca, no a la cuenta. En la ley de 1909, también en su Reglamento de desarrollo, en cambio, se predicaban de la cuenta con un límite de tres años. Sobre su fundamento: ROCA, IV-2, *cit.*, p. 807. ROCA, *cit.*, p. 808 y SANZ, *Comentarios de la ley Hipotecaria* (Madrid, 1945) pp. 412 y sigs., siguieron pensando que el plazo se refería a la cuenta, no a la hipoteca. La resolución

de la Dirección de 4 de julio de 1984 habla de la obligatoriedad de señalar «plazo de liquidación final de las operaciones garantizadas». Pero en el caso no había «contrato de cuenta corriente»: aseguraba la hipoteca deudas de nacimiento futuro en que por hipótesis no puede haber plazo alguno.

⁷⁵ Cfr. 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antigua. En contra del carácter imperativo del precepto CACHÓN, *El embargo* (Barcelona, 1991) p. 228: las partes podrían excluir su aplicación y el acreedor con consentimiento del deudor embargar, por razón de créditos hipotecarios, bienes no hipotecados (pasando al párrafo segundo del art. 1447). De nuevo la comparación con la letra de cambio es aleccionadora. También existe aquí el peligro de ejecuciones dobles en base a un mismo crédito. Si se ejecuta la acción causal y subsistiese la hipotecaria, podría, simultáneamente o con posterioridad, iniciarse una segunda ejecución por el mismo crédito. Por ello, de la misma manera que no cabe allí ejercitar la acción causal si no se reintegra al deudor el título cambiario (art. 1170 del código), no debería tampoco aquí ser posible el ejercicio de la causal por el crédito asegurado si no se cancela antes la hipoteca que lo garantiza. La solución que seguía la antigua LEC —la de dar prioridad en la ejecución a los bienes hipotecados y pignorados— es la que procede mantener también en la nueva. Según CORDÓN, en Comentario al artículo 592, en CORDÓN, ARMENTA, MUERZA y TAPIA, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil 2* (2001) p. 281: «desaparece la referencia (en la nueva ley) a bienes hipotecados o pignorados. Aunque no se refiera expresamente a la innecesidad de embargarlos (como el Borrador: art. 605.1) (hay que ejecutarlos primero). La razón es clara: los bienes han sido afectados convencionalmente a la ejecución, por lo que debe actuarse contra ellos en primer lugar». En definitiva, la constitución de hipoteca equivale al «acuerdo» de que habla el artículo 592 de la LEC. En el mismo sentido VEGAS en OLIVA-DÍEZ-PICAZO y VEGAS, *Derecho procesal civil 3* (2002) p. 175: «los pactos fuera de la ejecución incluyen, sin duda, la constitución de garantías reales para asegurar el cumplimiento de una obligación (prenda e hipoteca) (...). Cuando se inicia un proceso de ejecución para hacer efectiva una deuda garantizada con prenda e hipoteca, debe procederse en primer lugar contra los bienes pignorados o hipotecados, sin necesidad de embargarlos, porque ya están formalmente afectos al cumplimiento de la obligación». Apunta también a esta construcción la nueva Ley General Tributaria: cfr. artículo 168. Un resumen del estado de la cuestión en R. PARDO. La ejecución de los bienes hipotecados. La llamada “excursión real”. *La Ley* 8504 (2015) Ass.

(Artículo recibido el 26-1-2015 y aceptado
para su publicación el 6-2-2015)