

PUBLICACIONES

DE LA REAL



ACADEMIA DE  
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

- XXVII -

# LA HIPOTECA DE SEGURIDAD

POR

JERÓNIMO GONZÁLEZ

Oficial de la Dirección general de los Registros

1921

EDITORIAL REUS (S.A.) MADRID







PUBLICACIONES DE LA REAL ACADEMIA  
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

XXVII

# LA HIPOTECA DE SEGURIDAD

CONFERENCIA

POR

JERÓNIMO GONZÁLEZ

Oficial de la Dirección general de los Registros

---

Sesión del día 10 de Abril de 1920

---

MADRID

EDITORIAL REUS (S. A.)

Impresor de las Reales Academias de la Historia  
y de la de Jurisprudencia y Legislación

CAÑIZARES, 3 DUPLICADO

1921

---

**ARTÍCULO 66 DE LAS CONSTITUCIONES:**

Los trabajos que publique la Academia quedarán de su propiedad. Ningún trabajo realizado en la Academia podrá ser publicado sin autorización de la misma

---

---

Talleres tipográficos EDITORIAL REUS (S. A.)  
Ronda de Atocha, 15 duplicado. (607)

## I

Lamento que mi mediano estado de salud no me haya consentido corresponder antes, como debiera, a la honrosa invitación que me ha dirigido esta Real Academia.

Las lecciones que voy a permitirme explicar ante un público de quien pudiera recibirlas, comprenderán, bajo el epígrafe «La hipoteca de seguridad», una serie de cuestiones que el comercio y el crédito han planteado en estos últimos tiempos; que la práctica notarial no ha sabido resolver ni vaciar en moldes jurídicos; que la doctrina ha abandonado o ha desconocido, y que la Dirección general de los Registros y el Tribunal Supremo han resuelto dando, como quien dice, *palos de ciego*.

El programa de mis lecciones, que se inspirarán en el Derecho germánico, es el siguiente. En esta primera explicaré lo que se llama hipoteca de seguridad: las características en general, y especialmente la hipoteca de seguridad voluntaria. En la segunda examinaré las hipotecas de seguridad necesarias, o sea aquellas que por su naturaleza son tales: la hi-

poteca en garantía de títulos endosables o al portador (1), y la hipoteca de *máximum*.

Dentro de la segunda estudiaré la resurrección de un tipo romano, el fiduciario, que a través del *Salman* y *Provasallus* de la Edad Media ha llegado muy cerca del *prétenom* francés, ha ennoblecido nuestro *testaferro*, ha tomado elementos del *trustee* inglés y ha cristalizado en el *treuhänder* alemán, para facilitar el manejo de las hipotecas en garantía de títulos.

La denominación *hipoteca de seguridad* no parece dar ninguna indicación seria sobre su contenido; al menos no nos revela ninguna de las notas características. Lo mismo puede decirse de las otras denominaciones *hipoteca de crédito*, *de máximum y accesoria*, con que ha sido distinguida.

Realmente, cualquier estudiante de Derecho que tenga de la hipoteca la noción de que es un derecho real que sujeta los inmuebles al cumplimiento de obligaciones personales, o una carga impuesta sobre fincas para que pueda llegarse al pago de una cantidad asegurada, o la enajenación del valor futuro que pueda tener el mismo inmueble, o una responsabilidad real, admitiendo la descomposición moderna de la deuda en dos elementos—el débito y la responsabilidad—; cualquiera que parta de esta noción para estudiar lo que se llama *hipoteca de seguridad*, se encuentra con que todas las hipotecas aseguran; y

(1) Se suprimieron estos desarrollos para poder terminar el asunto en la segunda conferencia. — *N. del C.*

aunque Oberneck nos haya dicho: «La hipoteca de seguridad asegura, las demás pagan o satisfacen», es indiscutible que la mejor seguridad es aquella que satisface, como la mayor satisfacción es aquella que principia en una seguridad. De modo que tiene para mí razón Fuchs cuando se niega a admitir como diferencia específica de la hipoteca de seguridad esta última nota.

Para llegar a fijar sus caracteres jurídicos, es necesario que examinemos dentro de aquellos conceptos, o de cualquier otro del derecho real hipotecario, la relación entre el crédito garantizado y la hipoteca.

El crédito y la hipoteca que lo garantiza pertenecen a dos esferas del mundo jurídico que, según los estudios modernos, se hallan completamente separadas.

Yo no sé si debemos sostener la independencia de las obligaciones personales y de los derechos reales con la exageración con que se hace en la doctrina moderna alemana. Yo no sé si tendrá razón Kindel, y podríamos considerar como un gran error todas las construcciones técnicas del libro 3.º del Código civil alemán, de manera que, mediante derechos que pudieran llamarse reivindicatorios y derivados de la posesión o de la obligación, montáramos un mecanismo jurídico que nos daría el mismo resultado que nos está dando hoy la descomposición, que aquél llama ilógica y antijurídica, de los derechos patrimoniales, en derechos reales y derechos de obligación. No sé si, realmente, podremos volver otra

vez al tipo de *jus ad rem* que sostuvo la doctrina feudal y canonista; pero conformándome con la manera de discurrir española, sobre todo desde que tenemos ley Hipotecaria, voy a establecer que los lazos entre los derechos reales y los derechos personales presentan, para la solidez de la misma unión, las dificultades técnicas que encontraba en las escuelas la descomposición del hombre en dos substancias—cuerpo y alma—; y así como entonces había soluciones que tendían a buscar una substancia intermedia que sirviera de lazo entre las dos substancias, y llegaban a la conclusión de que si la substancia era corporal no podía tener ningún contacto con la substancia espiritual, y al revés; nos encontramos ahora con figuras jurídicas que si son derechos reales no pueden sujetarse a normas del derecho de obligaciones, y si son derechos personales no pueden desenvolverse como el derecho real. Hay que buscar, cuando llegamos a una de estas figuras, unos procedimientos medios, eclécticos, arrastrando a uno u otro campo toda la relación, toda la figura, con objeto de que no resulte una serie de incongruencias. Dentro de la técnica corriente, cuando la hipoteca se inclina decididamente hacia el lado del derecho real, surge la llamada deuda territorial, la *Grundschild*, que no es más que una *obligatio rei*, una especie de gravamen o carga real sobre la misma cosa en la que nadie debe, nadie es deudor, aunque parezca que esto va sencillamente contra el fundamento tradicional de la relación jurídica, en la que el mismo inmueble es el que está, en cierta manera, obligado a pagar; en

la que se hace anticipadamente como un descuento sobre el valor futuro que ha de tener en una subasta el inmueble.

En el polo opuesto, podemos encontrar otra figura que lleve la mayor parte de las relaciones de la hipoteca hacia el campo del derecho personal. Es decir, que resuelva todo lo referente a cesión, embargo, *pignoración* del crédito por las reglas del tratado de obligaciones. Esta sería la llamada hipoteca de seguridad.

En ella, los principios hipotecarios no sostienen más que el derecho real de hipoteca; pues todo lo referente a su contenido, o sea a la misma deuda asegurada y a sus contingencias, todo eso va a vivir en el campo del derecho de obligaciones. Y en fin, tendremos otra figura intermedia que será la hipoteca corriente, la hipoteca simple, la hipoteca normal, la hipoteca ordinaria.

Esta hipoteca, mientras esté en poder del primitivo acreedor frente al primitivo deudor, que vamos a considerar como propietario, se desenvolverá haciendo una referencia directa al derecho de obligaciones; pero en el momento en que se interpone un tercero, en el momento en que comienza el juego de los principios hipotecarios, se transforma casi en una *Grundschuld*, en una deuda territorial, que garantiza *mediatamente* una deuda personal; y mientras que la deuda personal es arrastrada constantemente hacia la deuda territorial, la deuda territorial se basa en los principios hipotecarios para conservar su vitalidad y sus efectos *ergo omnes*.

Así, y este es un principio que desgraciadamente no han puesto los tratadistas de derecho hipotecario español de relieve, cuando en la hipoteca normal, ordinaria, hay una cuestión que debiera decidirse, *prima facie*, por el derecho de obligaciones, los principios hipotecarios orientan todas las cuestiones hacia el polo del derecho real.

Si se ha constituido un gravamen hipotecario de treinta mil pesetas y el cesionario del crédito ha inscrito su derecho mediante los requisitos que señala nuestra ley, tendremos que aunque no exista deuda personal, aunque haya habido un sinnúmero de equivocaciones, aunque la hipoteca originaria se haya pactado con falta de capacidad por el constituyente, aunque pongamos múltiples defectos en el acto de su constitución, y supongamos pagado el crédito total, el cesionario se prevalecerá de los principios Hipotecarios para la ejecución, para la cesión, para todas las manifestaciones de su derecho subjetivo.

Si la inscripción dice treinta mil pesetas, será inútil probarle que está equivocada, y por absurda que parezca la cesión de un crédito inexistente, la ley hipotecaria exige para la seguridad del tráfico, que las treinta mil pesetas se entiendan transmitidas y que no se dé ninguna excepción no inscrita sobre el particular del pago, de la compensación, de la espera, etcétera, ninguna de aquellas a que se refiere nuestro art. 144 de la ley Hipotecaria, y la de Enjuiciamiento civil al hablar de la oposición en el juicio ejecutivo. Los problemas de la hipoteca ordinaria se resuelven, en cuanto hay tercero, sobre todo, dando un

predominio que en algunos momentos puede parecer exagerado a los principios hipotecarios.

Esto se pone de relieve si examinamos el enorme valor que a la inscripción concede el procedimiento regulado en los artículos 131 y siguientes de nuestra ley Hipotecaria. Se ha llevado el canon fundamental hasta la exageración de no considerar que podía haber un caso sencillísimo: el litigio entre el primer acreedor y el deudor propietario, que debía regirse por lo que prescribe la ley de Enjuiciamiento civil en el procedimiento ejecutivo, en vez de llegar, para mayor estímulo del crédito territorial, al atropello, a la coacción que significa un procedimiento de carácter real por excelencia, que sólo debía estar preceptuado con vistas al tercero.

Pues bien, todos estos efectos que acabo de señalar en la hipoteca ordinaria, se desvanecen en la de seguridad. En ésta, el derecho real, propiamente dicho, se halla protegido por los principios hipotecarios; pero su contenido está regido por el derecho de obligaciones, y aunque parezca que no hemos quitado nada al valor de la hipoteca ordinaria al transformarla en hipoteca de seguridad, resulta que, precisamente por haber llevado al campo del derecho de obligaciones todas las que puedan surgir entre el deudor, acreedor y tercero, vamos a desvanecer la sombra de protección que conceden los principios hipotecarios.

¿Qué fin perseguirá entonces esta hipoteca? De las dos finalidades que puede perseguir la hipoteca en general, asegurar una obligación y desamortizar

la propiedad inmueble; esta última no se ha tenido en cuenta. Es decir, la ley, al admitir la hipoteca de seguridad, no se preocupa de que el crédito hipotecario pueda circular libremente; por el contrario, parece que tiende a establecer un crédito que se inmovilice él a su vez, y si desarrollásemos muchísimo la hipoteca de seguridad, llegaríamos a una amortización parecida a la de la época feudal.

En cambio, la hipoteca de seguridad se preocupa en prestar una garantía a las relaciones jurídicas, que cuanto mayor vaguedad presentan, más necesitadas están de protección, más congruas son con la finalidad señalada; llegando en algún momento a ser hipotético el contenido obligatorio de la misma hipoteca examinada. Y aquí se plantea una antinomia, una contradicción interna del concepto.

Si nosotros decimos que la hipoteca de seguridad es eminentemente accesorio, mucho más accesorio que la hipoteca ordinaria, ¿cómo es posible que exista sin deuda? Por esfumar la deuda, podemos llegar al caso en que el deudor no exista. Este es uno de los problemas que hay que resolver antes de comenzar el desenvolvimiento de la hipoteca de seguridad.

## II

El art. 142 de nuestra ley Hipotecaria trata de la constitución de una hipoteca, no sólo para garantizar créditos a plazos o condicionales, sino también para garantizar obligaciones futuras. ¿Y qué es una obligación futura? Hace más de cien años que se inició la discusión, aparte de las escaramuzas de la Glosa, sobre cuál es el concepto de la obligación futura. Para Sintenis el término técnico *obligación futura* es inexacto y antijurídico. Sólo—dice—hay obligaciones *pure factas* o *in diem vel sub conditione conceptas*; o las obligaciones son puras, o son a aplazo, o son condicionales. Pero Brinz hace observar que puede muy bien existir una obligación de la cual surjan, por estar en ella en potencia, futuros créditos, y en este sentido hay que admitir ya como garantizables con hipoteca las obligaciones, de las cuales no existe más que una mera potencialidad. Dernburg indica que esas obligaciones pueden derivarse de un nexo obligatorio existente, como en un contrato de arriendo puede haber una serie de obligaciones que nazcan inmediatamente del mismo contrato primitivo, o

pueden venir sólo como meras posibilidades de un contrato. Avanza bastante más Regelsberger, que dice: Por deuda futura hay que entender toda deuda posible, y Windscheid sostiene que el concepto de la obligación futura debe distanciarse, porque en los textos romanos está distanciado, de las obligaciones a plazo y condicionales, para comprender a las obligaciones que todavía no tienen base. En este punto nos encontramos tan perdidos, como cuando al examinar la teoría de la nulidad del acto jurídico, nos hablan de contratos inexistentes. El concepto de la inexistencia, como el de la futuridad, son tan amplios que rebasan toda concreción jurídica. Claro es que podría considerárase como un hombre de sentido común si afirmo que aquí no hay ninguna pianola (que puede haber); pero si yo digo que aquí hay una catedral, un planeta inexistente, estaré ya en un tono que no se ajusta al lenguaje corriente, ni mucho menos a la técnica jurídica. Por lo tanto, es necesario que al hablar de posibilidades me refiera a algunas de suficiente probabilidad que entren dentro del campo de los negocios, porque de otra manera no tiene por qué el derecho emplear sus razonamientos ni su técnica en resolver problemas fantásticos.

*Ex eo quod plerumque fit*, de lo que corrientemente se hace, sale la ley, no de alucinaciones ni de hipótesis extrañas. Pero, ¿dónde empieza lo extraño, lo no posible? El problema es casi insoluble. Si yo digo: quiero constituir una hipoteca para asegurar a cierto amigo mío los estudios que va a hacer sobre la construcción de un ferrocarril que una la Mar de

las Crisis con el Circo de Tico en la Luna, la cosa parecerá completamente desatentada, y no se necesita tener mucho sentido jurídico para comprender que no debe respetarse esta hipoteca, ya que acaso en el fondo haya una añagaza para que mis acreedores resulten burlados, y se vean obligados a entrar en procedimientos paulianos.

Pero si yo digo: constituyo una hipoteca para costear los gastos que puedan ocasionar los estudios de investigación de las comunicaciones del planeta Marte con la Tierra, desde el momento en que acaba de llegar Marconi al puerto de Cádiz para hacer estas investigaciones, ya no resulta tan fuera de lugar y de sentido. ¿Dónde comienza y termina lo posible? Es una discusión metafísica que apenas si puede ser traducida en términos jurídicos.

Por eso debemos contentarnos con una construcción menos elevada para buscar soluciones prácticas.

En el Derecho Romano, textos de Paulo y Gayo, que no he de examinar, acreditan la posibilidad de constituir una hipoteca en garantía de deudas futuras; pero indican, a renglón seguido, que la hipoteca no nace más que cuando se ha contraído la deuda. Hay otro texto de Papiniano que habla de hipoteca constituída en seguridad de dote prometida, y afirma que la hipoteca nace desde el momento de su constitución. Sobre este texto se ha desenvuelto toda la doctrina moderna. ¿En qué forma? La primera teoría, que data ya de mediados del siglo pasado, apelaba a la equidad. Esta palabra, dicha ante un pú-

blico que viene a oír una lección de derecho hipotecario, es una excusa medianísima, porque precisamente lo especial de nuestra vocación impide que vayamos a palabras tan vagas que trasciendan desde el campo del derecho al de la moralidad. Por eso ha sido necesario acudir a otras construcciones. Dernburg parte de que la deuda es lo principal, la hipoteca, lo accesorio, y para justificar que lo accesorio tenga vida antes que lo principal, dice: Para asegurar un crédito es necesario constituir a veces hipoteca, antes del nacimiento de la misma deuda; protege tanto la hipoteca a la deuda, que nace antes que ella. Así, como los textos romanos permitían la fianza por obligaciones futuras, no hay más que transformar la hipoteca en una especie de fianza, para tener garantizadas obligaciones que actualmente no lo son. Efectivamente, nuestros autores se han preocupado muchísimo de que el Código se haya equivocado al preceptuar que la fianza del tutor sea hipotecaria o pignoratícia, pero se han olvidado, y aquí está la debilidad de nuestra investigación doctrinal, de examinar qué particularidades tiene esa cualificación de fianza en el terreno hipotecario. Ahí se encuentra verdaderamente el eje de todas las hipotecas de seguridad. Es necesario, por lo tanto, que haya fianza hipotecaria como término técnico, como término correcto. Y en ese supuesto, nos bastaría apoyarnos sobre el texto romano (del que procede el artículo 1.825 de nuestro Código civil) para justificar la hipoteca en garantía de obligaciones futuras. Mas la fianza es un contrato sustantivo, es algo que tie-

ne vida sin necesidad de que exista lo principal, garantiza el cumplimiento de obligaciones que no son perfectas, como las obligaciones naturales, y tiene la ilimitada potencialidad de los derechos de obligación; mientras que la hipoteca no puede tener tanto valor, tanta energía, ni mucho menos tanta expansibilidad. Schott, para resolver esta dificultad, sostiene que no hay inconveniente en suponer que lo accesorio nace antes que lo principal. Indudablemente, yo puedo, en un juego de escribanía, fabricar uno de los útiles, cualquiera, una salvadera, antes de que esté fundido el tintero y el resto de la escribanía; y en este momento digo: Lo accesorio ha nacido antes que lo principal. Pero aquí estoy jugando, me parece, con los conceptos, porque antes de existir unos gemelos, el estuche no es accesorio de ellos, y antes de existir la escribanía, la salvadera no es accesoria de ella, sino que ambos son entes particulares con sustantividad propia.

Es necesario, por tanto, para salir de este *in pace*, dar sustantividad a la hipoteca, o ir a una construcción completamente distinta de la tradicional, partiendo de que la hipoteca es un derecho real que tiene en algunas ocasiones relación con los créditos, pero que puede vivir completamente alejada de ellos. Lo particular es que hayamos llegado a esta conclusión examinando una hipoteca completamente accesoria. Esta es una antinomia, repito, que se presenta al fijar el concepto.

Para salvar la dificultad, Enneccerus, desarrollando una teoría de Ihering, habla de que en los nego-

cios jurídicos se da, como entre la causa y el efecto, una cierta simultaneidad, pero que el efecto puede estar distanciado de la causa; y consecuentemente podemos admitir negocios jurídicos que viven antes de llegar, como si dijésemos, a su perfecto desarrollo.

Esta explicación deja pendiente la hipoteca, y lo que hay que justificar es por qué la hipoteca puede estar *in pendentis*, no se sabe de qué, mientras se contrae o no la relación obligatoria.

A un lado de este grupo de teorías, que pudiéramos llamar el grupo de los que sostienen que la hipoteca de seguridad vive de su carácter accesorio, forman otro grupo los que establecen un lazo real entre la cosa y el crédito, no por virtud de un derecho real, porque falta el *debitum*, sino por un efecto jurídico de la voluntad, y así el citado Regelsberger habla de una especie de vínculo, de un *jus pignoris* que se establece en cuanto se constituye una hipoteca en seguridad de deudas futuras. ¿De dónde le viene la fuerza a esta figura jurídica?

Ihering llega en algún momento a decir que es una teoría que podría equipararse a la del *nasciturus*—al concebido se le tiene por nacido para todo lo que redunde en su provecho—, o sea que aquí se tiene la deuda concebida por nacida.

Saltar del derecho de la personalidad al patrimonial me parece un salto mortal; y contra la analogía, voy a exponer un argumento que me parece convincente.

El acto jurídico inicial proyecta como un faro, so-

bre la vía que se ha de recorrer, una luminosidad jurídica que guía a los interesados en el desarrollo de las consecuencias queridas y tuteladas por la ley; pero precisamente hay muchas hipotecas de seguridad que se constituyen por empleados o funcionarios con una intención evidente de evitar un acto que pueda ser ilícito, con una voluntad patente de trabajar sin incurrir en censura, con la energía que lleva consigo el deber previsto, el no querer incurrir en una pena; de modo que esta voluntad inicial se proyecta sobre el camino, no para que los contratantes lo recorran, sino para que no lo recorran, es decir, porque no tienen ni el posible deudor ni el acreedor ningún deseo de ir por camino extraviado, porque tienen la verdadera intención de permanecer en el camino derecho.

El ejemplo está claro. Cuando se constituye una hipoteca para garantizar el cargo de Notario o de Registrador, cuando una sociedad pide una fianza a un cajero, ¿qué es lo que se está haciendo? ¿Invitando a que se quebranten los deberes? No hay tal cosa. Al contrario, se está creando una seguridad, un medio preventivo; se está poniendo todos los obstáculos posibles para que el acto criminoso o antirreglamentario no se realice.

De modo que la analogía de Ihering cae por su base. Realmente hay aquí, siguiendo el ejemplo, un aborto que provocar, poniendo todos los impedimentos posibles para que el posible deudor no incurra en la responsabilidad que va a estar garantizada por la hipoteca de seguridad.

Karlowa sienta que hay un lazo jurídico entre los sujetos que constituyen esta clase de hipotecas, y Exner habla de una especie de hipoteca embrionaria, o de deuda en embrión, que realmente nos lleva otra vez a la potencialidad de Brinz, o al *nasciturus* de Ihering.

Hay que reconocer que la ciencia alemana no ha podido dominar esta dificultad, hasta tal punto, que Otton Elías viene a indicar con una frase gráfica la pobreza espiritual en que se encuentra la teoría. Glo-sándola, os digo, que podríamos salir por estas Academias, por estas Universidades y por el mundo científico pidiendo una limosna teórica para las pobres hipotecas de seguridad que no tienen seguridad ninguna. Así es, en efecto.

La ciencia italiana ha ido, sobre poco más o menos, por el camino trazado por la ciencia alemana. Gabba dedica uno de sus estudios a la hipoteca en garantía de créditos futuros, y después de examinar el libro de Carabelli en que se admiten las hipotecas de cuentas corrientes, dote, tutela, intereses que todavía no se han devengado, etc., etc., y de discutir si todo esto se debe a un crédito abierto, concluye por hacer unas construcciones que son también raquíticas, desde el instante en que habla en algunos momentos de que todas estas hipotecas son efectivas, pero sujetas a una condición resolutoria: la de que si no tienen contenido quedarán sin fuerza.

En Francia la construcción doctrinal ha sido escasa. La jurisprudencia se ha encargado de ir abriendo el camino, y en la última edición de Baudry-Lacan-

tinerie no he encontrado más que un párrafo dedicado al carácter *eventual* de la deuda que debe ser protegida en esta clase de hipotecas.

Y en España, ¿cuáles son los precedentes españoles? Muchos tenemos y algunos de ellos indiscutiblemente valiosos. En primer lugar, las antiguas hipotecas derivadas del tipo romano que era *accesorio* por excelencia, se acercaban muchísimo a estas llamadas ahora hipotecas de seguridad; y como no existía el régimen hipotecario actual que presenta el mayor obstáculo para la regulación de éstas, había posibilidad de que se subordinase siempre el derecho real al derecho personal. Por análoga razón, al discutirse el Código civil alemán, Meibon sostuvo que el desarrollo de la materia era un puro error, una equivocación, y Bähr indicó que podía identificarse la hipoteca de seguridad con la ordinaria, o de libro.

Nuestras Partidas llegaban a admitir la posibilidad de una deuda futura garantizada por hipoteca, mas indicaban, que nacía con la deuda la garantía real.

Como la Exposición de motivos de la primitiva ley Hipotecaria cometió, igual que Galileo, el error de tener razón antes de tiempo, sentó una afirmación que no fué perfectamente entendida por la doctrina posterior, y ha habido una especie de retroceso en la investigación. La Exposición de motivos hacía notar que en la hipoteca por obligación futura existe otra obligación preliminar que lleva implícita la necesidad o la *suposición* de la existencia de aquélla, y

contraponía perfectísimamente a la hipoteca por obligación condicional o a término, la constituída para asegurar una obligación que no ha tenido aún nacimiento, dándoles a todas efectos retroactivos.

Galindo y Escosura, con una ligereza, y no quisiera faltar a su memoria, que revela por lo menos desconocimiento de la gran batalla que se estaba librando hacía medio siglo en el extranjero, dicen que la comisión redactora o la ley no tuvo ningún motivo para abandonar la doctrina del derecho común.

Morell, que algunas veces les continúa y otras les comenta, rectifica en este punto a su precursor, concediendo que no se puede extrañar que el legislador aplique la misma regla a unas y otras hipotecas.

Barrachina pone un ejemplo con dos equivocaciones, por lo menos, que no quiero examinar; Gayoso apela para justificar el criterio legal *a un jus singulare, propter utilitatem*, y Díaz Moreno, con la lógica escolástica que le distingue, decide terminantemente que no es lo mismo la obligación futura que la sujeta a condición. Son, efectivamente, cosas completamente distintas, y por lo mismo, de resultados diferentes.

Desde la palabra empleada por la Exposición de motivos hasta la técnica moderna, se ha caminado muy poco. Para la Exposición de motivos bastaba que existiese una *suposición*. Para Chironi, en su magnífico Tratado de privilegios, hipoteca y prenda, no es necesario que exista la deuda, aunque viene a ser un *elementum juris* de la hipoteca. Basta una

cierta consistencia; es decir, que para garantizar una deuda futura, no se requiere que haya de existir, basta con que el aparato jurídico creado tenga *consistencia* suficiente para merecer la garantía de sus consecuencias. Y con esto paso ya a los desenvolvimientos doctrinales.

## III

Esta especie de fianza hipotecaria presenta múltiples figuras. Puede referirse a casos como el de usufructo, en que la defensa del derecho de nudo propietario lleva a veces consigo la obligación de garantizar la gestión del usufructuario. En el matrimonio, dejando a un lado la hipoteca por dote estimada (para no obscurecer la discusión) las demás son casi figuras de fianza hipotecaria; no hay posibilidad de saber por el Registro si el marido debe o no a la terminación del matrimonio; es necesaria una liquidación de cuentas muy compleja. Será fácil demostrar, en tal extremo las equivocaciones de la Dirección de los Registros y del Tribunal Supremo, porque el marido no es un deudor como otro cualquiera, sino que sencillamente afianza en la mayoría de los casos.

Después, los caracteres se nos presentan muchísimo más claros en el tutor: el Código civil admite los supuestos de que al terminarse la tutela haya un saldo en pro o en contra; puede el tutor deber o ser acreedor. De modo que no hay posibilidad de considerar ésta como una hipoteca ordinaria. Lo mismo pasa con las hipotecas establecidas para garantizar

la gestión de los funcionarios: Registradores, Notarios, empleados en general. Nada de esto es transmisible, en la forma ordinaria, nada de esto es hipotecable, nada de esto tiene en la inscripción un contenido positivo.

La equivocación aquí ha sido tan grande, que al examinar el art. 155 de la primitiva ley Hipotecaria, que se refería a la cesión de los derechos o créditos asegurados por una hipoteca legal, los autores se preocuparon muchísimo con la distinción de si los créditos eran los que formaban parte del patrimonio, o si eran el mismo crédito *asegurador* en cierto modo. Y se les olvidó lo principal: ver el carácter de fianza que tenían las hipotecas legales por regla general. Hasta tal punto se les olvidó esto que es tan sencillo, que a pesar de que el artículo primitivo dice, como el moderno, que sólo podrán cederse los derechos o créditos cuando haya llegado el caso de exigir su importe, y cuando sean legalmente capaces para enajenarlos las personas protegidas, a este extremo exclusivamente han dado valor, cuando bajo el primer extremo estaba toda la teoría: la semilla del frondoso árbol de las hipotecas de seguridad.

Han pasado indiscutiblemente nuestros autores de derecho hipotecario por encima de las reglas del artículo 155, sin ver que con los artículos 142 y 144 fundamenta una nueva teoría, abre un campo inexplorado. Las hipotecas en garantía de la gestión del tutor, del empleado o funcionario, no pueden cederse por dos condiciones, una, la expuesta por los tratados, y otra, que tiene una importancia quizá ma-

yor: la no exigibilidad. ¿Por qué el Estado no puede ceder la hipoteca constituida por el Notario o Registrador, como un Banco no puede negociar la hipoteca que ha constituido su cajero? ¿Porqué son menores y necesitan protección? No hay que hablar de ello. Porque la constituida es una hipoteca sin contenido concreto.

Las especies de la hipoteca de seguridad pueden clasificarse en varios tipos. Ateniéndose a las leyes alemanas son: voluntarias, necesarias, judiciales y especiales.

*Voluntarias:* cuando se constituyen libremente con esa modalidad; en este caso es necesario hacer constar en el Registro que la hipoteca es de seguridad, casi con palabras sacramentales.

*Necesarias:* cuando por la misma naturaleza del acto o contrato constitutivos lo son. Ya he indicado las hipotecas en garantía de títulos al portador y de títulos endosables, y la hipoteca de *máximum*, cuentas corrientes y aseguradoras de toda clase de deudas.

*Judicial:* este es el tipo que presenta para nosotros menos interés en los casos que nosotros resolvemos con anotaciones preventivas. Encontramos en Alemania la hipoteca de seguridad por sentencias, embargos, cantidades ofrecidas en una subasta judicial, y a su lado la hipoteca del tutor y la constituida en favor de algunos Establecimientos.

Considero hipotecas *especiales* la del constructor, parecida a nuestra anotación de crédito refaccionario, y la hipoteca sin inscripción. Parece raro, que

un sistema tan formal como el alemán permita una hipoteca de seguridad sin inscripción; pero el caso es sencillísimo. Cuando el derecho de reclamar la propiedad de un inmueble (acción personal) se halla pignorado o embargado, el acreedor pignoraticio o ejecutante adquiere una hipoteca de seguridad, en cuanto se realiza la prestación, sobre la finca transmitida al pignorante o ejecutado, sin necesidad de inscripción.

¿Cuáles son las características de todas estas hipotecas? Voy a señalar cuatro de las más importantes.

La primera es la que la inscripción no tiene valor probatorio. El acreedor no puede invocarla en apoyo de su derecho. Ninguna presunción se deriva de ella a su favor. Ha de probar que la deuda ha nacido, según Fuchs, y según Oberneck que subsiste.

La segunda es que frente a tercero la misma inscripción queda, en cuanto se refiere al derecho personal, sin valor positivo ni negativo. De suerte que así como respecto al derecho real la publicidad produce todos sus efectos (si la hipoteca ha sido constituida sin facultades para ello, sigue bien constituida para el tercero adquirente del crédito, y si tiene alguna limitación inicial que no aparezca en la inscripción, subsiste en toda su integridad para el cesionario), en cambio, en lo que se refiere al derecho personal no se aplican los principios hipotecarios. Lo que dice la inscripción será válido para tercero en la hipoteca ordinaria; aquí no lo es. Lo que pasa fuera del Registro tiene tanta fuerza como si estuviera consignado en el mismo; la compensación, el pacto

o promesa de no pedir, la quita y espera, el pago parcial, la novación, cualesquiera de las mil circunstancias que puedan alterar la vida de las obligaciones, repercuten en el derecho del acreedor cesionario.

Tercera característica: No se expide cédula. La cédula en el derecho hipotecario alemán tiene dos finalidades. En primer lugar, respecto a la transmisibilidad, concreta todo el derecho en el trozo de papel para que el crédito pueda circular más rápidamente que en la hipoteca ordinaria, la cual requiere mayores solemnidades para su transmisión. En segundo lugar, la cédula tiene por objeto resguardar al deudor contra los peligros de la falta de entrega del capital y de la cesión del crédito por el acreedor, después de cobrarlo.

Cuando constituyo una hipoteca en garantía de un préstamo de cantidad, que no he recibido, establezco un gravamen sin que todavía exista la obligación, porque sólo si recibo el dinero es cuando surge la de devolverlo. En la hipoteca de cédula me reservo este documento hasta que me dan el dinero, y por eso la cédula se entrega al deudor, a menos que no se autorice al acreedor para recogerla. Igualmente, puedo pagar el crédito contra entrega de la cédula, dejando sin peligro alguno, la cancelación para otro momento. Pues bien, ni estos fines son atendidos ni estas precauciones son necesarias en la hipoteca de seguridad. El primero, o sea el de la transmisibilidad, porque las hipotecas de seguridad no se establecen para ser transmitidas de persona a persona con el crédito garantizado.

Ya veremos que no se transfiere el derecho real casi nunca; hay dificultades técnicas y solemnidades legales, que impiden el paso de la hipoteca de un titular a otro. Lo que puede ser transferido, en cambio, es el título o el crédito protegido.

En cuanto a los peligros, indicados en segundo término, no se dan en la hipoteca de seguridad, porque la *exceptio non numerata pecunia* o la de pago las opone el deudor, no sólo al acreedor primitivo, sino a todos los cesionarios.

Por último, lo que caracteriza especialmente a la hipoteca de seguridad es el momento de la determinación, de la fijación de la deuda protegida. Durante el tiempo que media entre la constitución de la hipoteca y la fijación decisiva de la deuda hay una substancia vacilante que va de una a otra persona, del propietario al acreedor, sin que el derecho real se encuentre concretado sobre nadie.

Aquí las teorías se multiplican y no puedo hacer más que una indicación común a todas ellas. Afirman que mientras se va llenando el hueco de la hipoteca de *máximum*, hay una hipoteca a favor del acreedor o a favor del propietario; que el deudor provoca estas ondas jurídicas, y mueve esta substancia oscilante de un patrimonio a otro, de tal manera, que puede en algún momento tener el acreedor una obligación a su favor que rebase el *máximum*, aunque no esté protegido más que por él mismo, mientras que en otros momentos, puede ser el presunto acreedor hipotecario un deudor, como en el caso del tutor previsto en nuestro Código civil. Pre-

cisamente por esto, sobre el *máximum*, no se computa el interés.

Sentadas aquí las características de la hipoteca de seguridad, se pregunta uno: ¿pero esta hipoteca puede existir en nuestro derecho civil?

*E pur si muove*, como decía Galileo, y sin embargo existe; sin embargo, el comercio está moviéndose dentro de esta esfera jurídica a que me vengo refiriendo. No necesitaría yo repasar muchas resoluciones y sentencias para señalaros, dejando a un lado las fianzas tradicionales, casos en que se constituye una hipoteca a favor de un Banco en garantía de todas las letras, todos los avales, todas las operaciones, todos los documentos en que haya puesto su firma un individuo. Me parece que el concepto es amplísimo. ¿Y por qué preceptos van a regirse estas hipotecas, y cómo va a desenvolverse la doctrina referente a las mismas? En primer lugar, el art. 144 prohíbe terminantemente que ninguna modificación de la obligación garantizada por la hipoteca produzca efecto contra terceros si la compensación, el pago, la promesa de no pedir, las excepciones en general a que alude la ley, no se hacen constar en la inscripción; y admitiendo que todo esto queda relegado al terreno extrahipotecario en las hipotecas de seguridad, surge un conflicto.

En un régimen coactivo, como es el de los derechos reales, ¿podemos suponer que la voluntad privada llegue a borrar las consecuencias que la ley Hipotecaria ha establecido con independencia de la misma y por consideraciones de pública utilidad?

Realmente el art. 144 no es taxativo, sino que pone como ejemplo la novación, el pacto y promesa de no pedir, etc., lo que indica que bien pueden venir otras circunstancias, exigencias naturales o elementos accidentales de los actos jurídicos a modificar el contenido mismo de la hipoteca. ¿Pero es posible consignar *a priori* estos supuestos y desvirtuar el natural alcance de artículo tan fundamental?

Admitidas, como se han admitido en España, las hipotecas en garantía de cuentas corrientes, y no habiendo elaborado la doctrina (a pesar de remontarse a la Real orden de 26 de Febrero de 1867 la inscripción de hipotecas en garantía de títulos, y de existir desde 1909 las de cuentas de crédito) una sistematización de la materia, tanto los Notarios como los Registradores caminan por una selva virgen sin orientación técnica.

Ha habido momentos en los cuales la Dirección ha llegado a considerar bastante un mero requerimiento del acreedor al deudor para la fijación del saldo (Res. de 28 de Marzo de 1904), y a declarar suficiente la subrogación por cesión dentro del máximo garantizado (Res. de 12 de Septiembre de 1910). Nadie duda, sin embargo, de que la fianza hipotecaria tiene un contenido hipotético, y el mismo Centro directivo ha llegado al límite en este punto, aceptando que un Recaudador de contribuciones respondiera con la misma fianza al Banco de España y al Estado (Res. de 25 de Enero de 1889).

En la mayor parte de las llamadas hipotecas legales encontraremos casos análogos, cuya solución no

debe arrancar de la presunción de crédito preexistente.

¿Podemos figurarnos que el tutor responda como un fiduciario al cual se han entregado los bienes del pupilo y que tenga la obligación de restituir? Esto carece de base en el Derecho civil y en el orden científico.

¿Cómo es posible que por un mero requerimiento fije yo la cantidad que me está debiendo el *fiador*? Casos ha habido, sin embargo, en que no se ha exigido la conformidad de acreedor y deudor-hipotecante, atribuyendo valor ejecutivo a certificados expedidos por los jefes de contabilidad de un Banco.

Y si con arreglo a la sentencia de 2 de Diciembre de 1887 las cuentas corrientes se entienden liquidadas en cada momento, o por lo menos en el momento esencial determinado por el contrato de apertura, resultaría que basta una mera decisión del acreedor para que se fije la cantidad y para que el deudor o el propietario deban sufrir los perjuicios consiguientes.

No es posible llegar a estas consecuencias. Y vale más que la doctrina se dedique a elaborar el concepto de las hipotecas de seguridad en España y sus naturales desenvolvimientos.

Si se dice a un Notario: asegure usted con hipoteca sobre mis bienes estas letras, cheques o avales que voy a extender, o las cuentas que tengo abiertas en tal Banco o los negocios que concluiré en 1921 con tal persona, se encontrará con que no puede va-

ciar en molde alguno esas relaciones jurídicas que la práctica impone.

Debiéramos entrar ahora en el examen de la constitución de hipotecas de seguridad, de las particularidades de su cesión, de su transformación, de su ejecución y extinción, pero me parece que he fatigado ya bastante vuestra atención. Y puesto que me habéis abierto un crédito inagotable de bondad y de paciencia sin exigirme la correlativa hipoteca, estoy en el caso de no abusar.

En la próxima lección, si puedo, estudiaré todas estas particularidades. He expuesto los fundamentos y sobre ellos discurriremos.

## IV

Vamos a examinar hoy la constitución de la hipoteca de seguridad, la cesión y la determinación de la deuda garantizada, la transformación de esta hipoteca en ordinaria o deuda territorial y, por último, su extinción.

La hipoteca de seguridad puede constituirse por negocio jurídico o en acto *mortis-causa* o por decisión judicial. Existe, además, como he indicado, una hipoteca de seguridad *sin inscripción*, que nace cuando al ejercitar una acción *pignorada* se trae la finca o derecho a poder del deudor, transformándose el derecho real que sobre la acción correspondía al acreedor pignoraticio en una hipoteca de seguridad sobre la misma finca. Mientras esta especie de subrogación no se ha hecho constar en el Registro, éste se halla, en cierto modo, equivocado y puede solicitarse su *rectificación*.

Acaso sería interesante estudiar si los legados de hipoteca en nuestro Código civil se acercan al tipo *obligatorio* germánico, de suerte que sea necesaria la intervención de los herederos para inscribir la hipoteca, y también merecería especial consideración

la constitución de esta clase de hipotecas por disposición judicial; pero los problemas sobre los que llamo la atención de todos, son los referentes al establecimiento de la hipoteca de seguridad por *negocio jurídico*.

Tales problemas presentan un gran interés, sobre todo para los notarios, porque—confesémoslo—en España los principios aplicables han sido tan desconocidos, y si conocidos tan poco observados que, por regla general, las hipotecas de seguridad se hallan mal constituidas. Y no sólo mal constituidas, sino que en los desenvolvimientos prácticos se valen de apoyos que no lo son, se sujetan a reglas inaplicables y viven de los préstamos teóricos que les hace la hipoteca ordinaria, aunque en muchos particulares son de naturaleza distinta.

Para llegar fácilmente a conclusiones prácticas sobre la constitución de la hipoteca en general, y en especial de la de seguridad, voy a dar unas nociones sobre los principios hipotecarios que regulan la constitución de derechos reales.

La transmisión de la propiedad y el establecimiento de derechos reales sobre inmuebles no se realizaba en nuestra nación antes de la vigencia de la ley Hipotecaria por la sola virtud de un contrato.

Kindel dice que las diferencias que pueden encontrarse entre el derecho romano, el francés y el germánico son más bien de forma, de apariencia, que de fondo.

Fundamentalmente, la constitución de los derechos reales nunca ha podido ser obra exclusiva de la

voluntad. Tiene una transcendencia de orden público evidente, que impide se conceda un valor decisivo y absorbente a las declaraciones de voluntad o a la intención de los contratantes.

Así, la antigua tradición romana ha venido desenvolviéndose a través de la Edad Media sin grandes retrocesos, y ha llegado, merced a los principios hipotecarios, a una fase, cuyo estudio es preliminar indispensable para la mejor comprensión de la técnica hipotecaria.

A partir de Savigny, principió a reconocerse que los contratos no solamente sirven para crear o modificar obligaciones, sino también para transferir la propiedad. Pero el contrato que sirve inmediatamente para hacer que una cosa o derecho real pase de un titular a otro, es un contrato real, como si dijésemos *sine causa*, contrato abstracto en cuanto se halla jurídicamente desligado o, por lo menos, no se halla íntimamente unido con los motivos y supuestos que lo provocan.

De las afirmaciones de Savigny, parece deducirse que la *causa* precedente u objetiva no es necesaria para la transferencia de la propiedad, y esta conclusión ha sido puesta en evidencia por Puchta, Böcking, Warnkönig, etc., apoyada por Strempele en sus estudios sobre la *justa causa* en la *traditio* y sistematizada por Windscheid.

Sea ésta o no una equivocación de la Glosa que los romanistas elevaron a la categoría de principio fundamental, es lo cierto que en el último tercio del pasado siglo predominaba en las Universidades ale-

manas, y llevó a los legisladores germánicos a distinguir con toda energía, ya que no con toda claridad, tres momentos fundamentales en la adquisición de cosas por negocio jurídico: 1.º, un negocio causal; 2.º, un acuerdo traslaticio entre el transferente y el adquirente, y 3.º, la inscripción (o la tradición en muebles).

El acuerdo traslaticio (*einigung*), que la primera Comisión del Código civil denominó atrevidamente *contrato real*, existe, acaso, lo mismo en nuestra técnica hipotecaria que en la germánica.

Es un tipo intermedio de los contratos ordinarios y de la inscripción: como aquéllos, se basa en un acuerdo de voluntades; como ésta, tiene una finalidad real, hipotecaria. Pero así como la sustancia ideada por las Escuelas a que me refería en la lección anterior, para unir lo espiritual y lo corporal, carecía de ambos caracteres, así este acuerdo traslaticio no constituye derechos reales ni engendra obligaciones.

Si no crea derechos reales, ni derechos personales, ¿qué es entonces? La discusión no acaba, las opiniones se dividen y subdividen. Las más radicales (Bruck, Ostlieb, Eccius) se apoyan en la esterilidad del llamado contrato real, en la circunstancia de no provocar efectos jurídicos, para excluirle del campo de los negocios y llevarlo al de los conceptos jurídicos, o considerarlo simplemente como parte esencial del acto transmisivo.

Por el contrario, Biermann, Böhm, Cosack, Crome, Dernburg, etc., le han definido como un acuer-

do, dirigido a alterar una situación jurídica y de naturaleza contractual. Para incluirle dentro de la categoría de los contratos, tendríamos que ensanchar las definiciones que dan nuestros autores en la forma siguiente: Contrato es la concordancia de voluntades recíprocamente manifestada para producir una finalidad jurídica.

Contra la teoría que vengo exponiendo, aplicable a muebles e inmuebles, se ha argüido que el contrato real es un concepto artificioso que no responde a ningún hecho externo, y que el pueblo lo confundirá con el contrato obligatorio, o no se hará cargo de su existencia. Stintzing, con referencia a los muebles, reconoce que en la realidad no se encuentra una expresión concreta del acuerdo de transferir la propiedad, que va implícito en los hechos de las partes al cumplir el contrato; pero hace notar que los profanos pensarían como los especialistas si se les plantearan ciertos problemas.

La indicada distinción de momentos presenta una notable particularidad en el Derecho inmobiliario, por virtud de las facilidades que el régimen de inscripción da para que el acuerdo se verifique después de extendido el asiento, y por el escaso valor que concede al negocio causal. Sucede con esto lo que pasa en gramática con las oraciones. La sintaxis regular o natural exige un sujeto, el verbo y un atributo; aquí, en lo que pudiéramos llamar sintaxis hipotecaria, un negocio causal (venta, pago, donación...), el acuerdo traslativo y la inscripción.

Pero existe también una sintaxis figurada que per-

mite elidir el sujeto (aquí el negocio causal) y colocar el atributo antes que el verbo, como aquí puede ir la inscripción antes que el acuerdo. La transposición está autorizada por nuestra ley Hipotecaria, y aunque estas reglas sintáxicas no hayan sido puestas de relieve por la jurisprudencia, las conclusiones se han obtenido legítimamente en la mayoría de los casos, por una intuición jurídica que vale a veces más que una técnica rigurosamente lógica.

El principio del consentimiento material, o sea, la necesidad del acuerdo previo de los interesados en la constitución de un derecho real, se halla hipotecariamente subordinado al principio del consentimiento formal, que para alterar el contenido de una inscripción se contenta con la manifestación permisiva del favorecido por aquélla y lesionado por la solicitada.

Al amparo de los artículos 7, 20, 29, 82 y 138 de la ley Hipotecaria viven una serie de actos jurídicos de naturaleza transmisiva que no se pueden llamar contratos ni acuerdos, a pesar de presuponer negocios *intervivos*; y como los principales se refieren al tipo de hipotecas que estoy explicando, por eso me he permitido tan largo preámbulo.

Para completarlo he de añadir que el consentimiento material (substantivo) no es necesario en Derecho alemán para cancelar, adquirir por razón de matrimonio, etc., como tampoco en las sucesiones *mortiscausa*; pero anterior o posterior a la inscripción, es imprescindible para transmitir y gravar la propiedad inmueble por negocio jurídico.

Es necesario, pues, averiguar en cada caso si las

leyes exigen o no el acuerdo, y si ha tenido o no lugar, antes de intentar resolver cualquier problema hipotecario. Si el acuerdo va antes que la inscripción, el camino es normal, la inscripción completará la transferencia. Si va después, el asiento indicará que existe una gran probabilidad de que la relación se consume, pero la prueba del traspaso se apoyará en hechos extrahipotecarios, ajenos en cierto modo al Registro.

¿Cuál será el papel que desempeña la inscripción *sin acuerdo*, cuando éste sea necesario? Muy importante: 1.º Coloca al titular en una situación protegida de antemano por el régimen inmobiliario. El derecho inscrito goza de una presunción procesal, contra la cual deberá, en la mayoría de los supuestos, estrellarse la prueba de quien niegue la constitución o transferencia. 2.º La apariencia de Derecho, acreditada por la inscripción, puede convertirse en el derecho efectivo de un tercero que lo adquiera sobre la fe pública del Registro. 3.º La prioridad de la inscripción se mantiene, aunque el acuerdo sea posterior al segundo asiento. Si el propietario P. constituye unilateralmente, e inscribe, una hipoteca a favor de A., y antes de que éste acepte, establece de acuerdo con B. una nueva hipoteca a su favor, la segunda inscripción quedará automáticamente subordinada a la primera, en cuanto sea aceptada por A. la hipoteca correspondiente. 4.º La acción emanada de la inscripción es imprescriptible; y por paradójico que resulte hablar de la no prescripción de un derecho cuya existencia es dudosa o que no se ha perfeccio-

nado, en la práctica los efectos son análogos. 5.º La usucapión puede apoyarse en la inscripción sin acuerdo.

La aplicación de estos principios y de sus consecuencias al régimen hipotecario español, es innegable en la generalidad de los casos.

Nosotros hemos admitido la posibilidad de inscribir sin necesidad de que estuviese acreditada la aceptación de la persona favorecida por el Registro. Y de conformidad con el párrafo 1.º del art. 82 de la ley Hipotecaria y con sus concordantes del Código civil, damos por buenas las cancelaciones de servidumbres por la sola renuncia del dueño del predio dominante, sin necesidad del acuerdo con el dueño del predio sirviente; estimamos extinguido el usufructo a base de la renuncia del usufructuario, si no hay perjuicio de tercero, etc.

Pero no hemos puesto en claro que el *contrato real* es necesario para la transferencia o gravamen en virtud de negocio jurídico, ni los casos que son excepción de esta regla.

## V

Y paso ya a examinar, dentro de tan capitales principios, la constitución de la hipoteca de seguridad.

Hipoteca unipersonalmente constituída: una persona comparece ante Notario y manifiesta que garantiza con hipoteca hasta X pesetas las deudas que ha contraído con el Banco de España. ¿Es perfecta dicha hipoteca y goza de prelación? El Tribunal Supremo en 4 de Octubre de 1915 decidió que no, y por lo tanto, que debía ser preferido al acreedor garantizado, otro acreedor que había tomado anotación preventiva de su crédito después de inscrita la hipoteca y antes de que aquél hubiera aprobado la constitución de la misma.

¿Es que el art. 138 de la ley Hipotecaria no está vigente? Sí, pero *cum grano salis*. Es necesario razonarlo para que no resulte disparatado.

La primera regla de las adquisiciones a título lucrativo es que nadie puede ser donatario contra su voluntad, como es fundamental en los contratos que transfieren la propiedad o un derecho real, la volun-

tad del adquirente o acreedor. El propietario que quiera asegurar con hipoteca los créditos que tengo contra él o contra otra persona, no puede alcanzar su propósito sin que yo lo sepa y lo quiera.

¿Cuál será, entonces, el alcance de la hipoteca no aceptada?

Cosack pone el siguiente ejemplo:

A., en tratos con B. para convenir un préstamo y en la confianza de realizarlo, constituye sobre su casa una hipoteca. Posteriormente, y cuando ya se ha inscrito además otra hipoteca a favor de C., se rompen los tratos sin llegar al acuerdo. La hipoteca de B., asegura sin vacilar el reputado jurista, es ineficaz; la de C. adquiere el primer lugar de la serie. La mayoría, mejor dicho, la totalidad de los autores, convienen en declarar nula dicha hipoteca; pero las diferencias surgen al decidir si los posteriores acreedores hipotecarios avanzan al primer puesto o si, como Mittelstein y Böckel afirman, surge la hipoteca a favor del propietario A.

Los que siguen a Cosack razonan así: La hipoteca del propietario es una consecuencia del pago o inexistencia del crédito garantido con hipoteca válidamente constituida, y en el caso discutido, no hay hipoteca, porque falta el contrato real.

Los contrarios se fundan en que la hipoteca sin crédito, y el dominio pertenecen al propietario A., el cual tiene acción para rectificar el Registro y es titular de la deuda territorial correspondiente.

Hay que sostener, en su consecuencia, que la hipoteca constituida para asegurar cuentas corrientes,

créditos, letras o documentos a favor del Banco de España, mientras no sea aceptada, no puede estimarse definitivamente establecida. El caso es serio, porque, como sabéis, el Banco de España, por la índole de sus operaciones y la rigidez de sus Estatutos, no puede dar atribuciones completas a los directores de sucursales para que admitan hipotecas de seguridad en garantía de los préstamos o deudas a favor del establecimiento, y los Notarios salvan esta dificultad suponiendo que si el Banco sale favorecido, el instrumento público no peca por este lado, y que si el Director tiene atribuciones para lo más, que es abrir la caja a los particulares, las tendrá para lo menos: exigir y aceptar garantías.

La verdadera gravedad del problema, se presentará si los Tribunales aceptan la doctrina del Tribunal Supremo sin temprarla con los principios que llevamos expuestos. Según éstos, para inscribir el título, basta en principio el consentimiento del propietario perjudicado por la hipoteca (consentimiento formal); mas para que produzca sus efectos frente a todos, es necesario que el adquirente o acreedor hipotecario, salvo excepciones taxativamente fijadas, sepa y quiera la constitución del decho real (consentimiento material).

Una vez realizado el *acuerdo*, la hipoteca se coloca en el lugar privilegiado que la inscripción acredita. En el Derecho alemán esta conclusión es indiscutible.

La inscripción (afirma Fuchs) fija la prioridad, no porque signifique adquisición de derechos, según

dice Endemann, sino en cuanto completa la adquisición; esto sólo tiene lugar si va unida al acuerdo traslativo, pero, en cambio, asegura el rango cuando el derecho no ha nacido.

¿Entre quiénes debe adoptarse el acuerdo? Entre el que hipoteca (propietario o titular) y el acreedor adquirente del derecho. ¿Y el deudor? No necesita en Derecho alemán concurrir al otorgamiento de la escritura: está unido al acreedor por una relación personal que no se rige, ni mucho menos, por el derecho hipotecario, relación que va a adquirir un grandísimo interés en las hipotecas de seguridad, accesorias en grado sumo de la deuda; pero seguirá ajeno al derecho real y no resultará perjudicado ni favorecido por el nuevo contrato.

A esta regla general, que exige el consentimiento de hipotecante e hipotecario para la validez de la hipoteca, se dan excepciones importantes en los tipos que estamos estudiando.

En la hipoteca constituida para garantizar emisiones de títulos al portador, basta con la manifestación unilateral del titular hipotecante.

El Código civil alemán ha aceptado para las hipotecas en garantía de títulos al portador, la teoría llamada de la creación, sostenida por Kuntze, según la cual, con la firma del emisor nace la deuda a que se refiere el contenido del papel.

En su consecuencia, el establecimiento de una garantía antes de la emisión, como afirma Planck, no presenta dificultades. Fuchs llega lógicamente a la deducción de que el portador puede adquirir el dere-

cho de hipoteca, no sólo sin quererlo, sino también contra su voluntad.

Supongamos, para apreciar el alcance de esta teoría, que un Banco tiene en su caja mil obligaciones de 500 pesetas garantizadas con hipoteca, que va a lanzar a la circulación, como ha anunciado, y por una equivocación del cajero o por el delito de un empleado, son negociadas sin que su importe ingrese en el Banco. Los partidarios de la teoría que acabo de exponer sostendrían la validez de las negociaciones, sobre todo de las efectuadas en Bolsa, y la transmisión de la hipoteca.

El principio de especialidad sufre también un rudo golpe con la constitución de esta clase de hipotecas, ya que los acreedores no quedan designados individualmente, sino que la hipoteca se establece a favor de los futuros portadores. Si aceptásemos la idea de Fuchs, según el cual la hipoteca se inscribe a favor de la deuda, no de los acreedores, andaríamos cerca de crear un derecho subjetivamente real. El portador legítimo del papel sería titular de la hipoteca, como el dueño del predio dominante lo es de la servidumbre.

En la hipoteca en garantía de títulos a la orden, ¿será necesario el acuerdo? Parece que sí.

Las dificultades materiales que en la emisión de obligaciones se presentan corrientemente para conocer el número, nombre y circunstancias de los adquirentes, no se dan en los casos de títulos a la orden, siendo conocido el tomador y pudiéndose hacer constar el acuerdo de voluntades. Basta añadir al nombre

del acreedor las palabras «y a favor también de los legítimos endosatarios o tenedores» para que unos y otros adquirieran el derecho real directamente. En el supuesto de que la hipoteca no estuviese aceptada, la inscripción sería posible, pero el derecho no pasaría inmediatamente al titular. Dentro de la reglamentación alemana para constituir esta clase de hipotecas, es preciso presentar los títulos garantizados al Registrador, exigencia que no procede si se trata de títulos al portador. Nuestra ley y Reglamento hipotecario están poco explícitos en este particular.

Por títulos endosables deben entenderse las obligaciones, acciones, pólizas, conocimientos pagarés, etcétera, a la orden. ¿Y las letras?

A pesar de que la letra de cambio es el tipo, por excelencia, del papel a la orden, se resiste la técnica hipotecaria a protegerla con sus principios. Una letra garantizada con hipoteca, afirma Hachenburg, es una contradicción. No se acostumbra, asegura Biermann, a garantizar letras con hipoteca. El Código civil alemán, para evitar dudas, menciona las letras separadamente. Pero entiéndase bien: la hipoteca que las garantiza es de seguridad necesariamente, y si se constituyese una hipoteca ordinaria en garantía del crédito contenido en la letra, el régimen sería completamente distinto.

Estos problemas no han sido planteados con claridad en nuestra legislación. Las dudas que suscita la aplicación de la hipoteca ordinaria a un tipo tan refractario a la garantía real, como lo reconoció la Exposición de motivos de la primitiva ley; la posibilidad

de que el título protegido se pierda, la emisión de duplicados, el valor de las copias, la falta de autenticidad de los endosos, el juego de los protestos, la renovación de giros, la caducidad, la responsabilidad solidaria, las excepciones oponibles, etc., etc., provocan dificultades insolubles para un régimen que no admita y regule las hipotecas de seguridad. Una simple lectura de las Actas de la Conferencia de La Haya para la unificación del derecho relativo a las letras de cambio, demuestra la clarividencia de aquella celeberrima Comisión que afirmaba en nuestra patria hace sesenta años «está erizada de dificultades la asimilación de un contrato hipotecario al contrato de cambio».

Cuando en la actualidad se garantiza una letra con hipoteca, ¿qué hacemos? ¿Garantizamos un crédito incorporado al papel, transmisible con arreglo a las normas del Derecho mercantil y separado en cierto modo de la hipoteca que sigue viviendo su vida en los libros del Registro? ¿O cristalizamos el derecho real en un soporte material y lo hacemos circular por el complicado laberinto mercantil sin cordón umbilical que lo una al Registro? ¿Es un título garantizado por una hipoteca de seguridad o es una cédula hipotecaria endosable? En el primero de estos tipos la deuda se rige por el Derecho mercantil y repercute en el hipotecario; en el segundo, los principios de Derecho inmobiliario absorben el total contenido mercantil.

Para terminar el estudio del acuerdo traslativo en la constitución de hipotecas de seguridad, haré notar

que las fianzas a favor del Estado y de las Corporaciones pueden ser inscritas sin necesidad de la calificación de suficiencia ni de la aceptación correspondiente. Cuando ésta tenga lugar producirá efectos retroactivos. Ya el derecho romano daba efectos a la *pollicitatio* a favor del Estado, Municipio, ciudades e Iglesia, acaso partiendo del supuesto de no existir quien pudiera aceptar formalmente por dichas entidades.

Ahora bien; el acreedor a cuyo favor se constituyen esta clase de hipotecas, ¿ha de ser una persona natural o jurídica? ¿O pueden ser constituídas a favor de varios acreedores simultánea o sucesivamente titulares? Mucho antes de que los Tribunales alemanes principiaran a permitir la constitución de hipotecas en garantía de los créditos de varios acreedores que no poseen *pro indiviso*, ya la Dirección de los Registros había admitido que la fianza constituida por un recaudador de contribuciones a favor del Banco de España sirviera, sin [previa liquidación, para responder al Estado de su gestión.

Mas la decisión de la Kammergericht, fecha 17 de Junio de 1901, que declara válidamente constituida una hipoteca en garantía de los créditos de varios acreedores, de forma que el segundo sólo estará asegurado en cuanto no quede cubierto el *máximum* por el anterior, no cuenta con los sufragios de todos los tratadistas. Böhmer Fuchs y Turnau-Fösster la justifican como una anticipada enajenación de la hipoteca que corresponde al propietario en la parte no agotada por el crédito, mientras Biermann, Bruck y

Eccius ven en el caso propuesto un ataque al principio de especialidad y niegan, por otra parte, al propietario actual, el derecho a disponer en tal forma de la hipoteca, que en su día pueda pertenecer al que sea propietario de la finca hipotecada.

No hay dificultades, en cambio, para garantizar deudas de varias personas sucesivamente. Si quiero proteger una fábrica necesitada de crédito, puedo hipotecar mi predio en garantía de las deudas contraídas por el actual propietario y por los que le sucedan a título singular.

En fin, examinando quién pueda ser acreedor hipotecario, nos encontramos con el problema de los derechos llamados subjetivamente reales, y aquí voy a extenderme cinco minutos porque reconozco que la técnica española es deficiente, y que los opositores a Registros han dado muestras de no conocer el fondo del asunto.

Por derechos subjetivamente reales entiendo aquéllos tan íntimamente ligados a la propiedad de una cosa que aparecen como partes de la misma, cualquiera que sea su dueño; o como dice Gierke: son derechos reales que pertenecen al sujeto activo por medio de una cosa portadora de la facultad. Así, al titular de una servidumbre predial o de un retracto de colindantes, no le determino propiamente por un nombre, sino por la relación dominical con una finca que identifico.

En la Edad Media—dice Hübner—existían infinidad de derechos encadenados a la propiedad y arraigados en los inmuebles. Quien era propietario for-

maba, en su consecuencia, parte de corporaciones y asociaciones, adquiriría privilegios de carácter político, económico, etc.

El derecho moderno admite la figura en las servidumbres, retractos, cargas reales, *jura vicinitatis*, etcétera.

No debemos, sin embargo, exagerar la construcción, porque acabaríamos por llamar derecho subjetivamente real al de aprovechar los frutos o retener la finca, ya que, en principio, corresponden al propietario como tal.

Dicho esto, me pregunto: ¿Pueden constituirse hipotecas subjetivamente reales, o sea, a favor de una cosa?

En Alemania se niega terminantemente que puedan constituirse hipotecas de cualquier clase con el carácter de subjetivamente reales. Es indudable, para Biermann, que no se permite la constitución de una hipoteca a favor del dueño, sea quien sea, de una finca.

En nuestra jurisprudencia hipotecaria he encontrado dos casos sumamente curiosos. El primero, objeto de la Resolución de 5 de Abril de 1907, se refiere a una escritura estableciendo un régimen de riegos y consignando que pudiera exigirse el cumplimiento de lo convenido por *acción real* contra los futuros propietarios, para lo cual hipotecaban los actuales las respectivas fincas por un máximo de 100 pesetas, y comprometían a los sucesivos adquirentes *como si hubieren firmado el contrato*.

El otro caso, más reciente, fué el que sigue: en la

\*

venta de un cortijo, se garantizó con hipoteca sobre otra finca del vendedor, que no tenía cargas ocultas la vendida. La obligación de evicción y saneamiento se afianzaba con hipoteca. En un régimen inmobiliario doble, como el nuestro, el caso es relativamente frecuente: la libertad de cargas de la finca no inscrita se garantiza con hipoteca de otra inscrita, y el Registro tutela al propietario inscrito y al que no lo está.

¿Qué carácter tendrá este gravamen? El interesado en la acción de evicción y titular del derecho de hipoteca correspondiente, es el dueño y los sucesores del mismo a título singular. Troplong, Guillouard y Baudry aseguran que el predio pasa *cum omni causa* al adquirente, y lo mismo se transmite con él una servidumbre, que la acción de evicción, que la hipoteca en su garantía: como accesorios o pertenencias, sin necesidad de especificar en los títulos cuántos sean o qué alcance tienen. Los adquirentes posteriores podrán, pues, usar un camino, aprovechar un pozo, defender su derecho y ejercitar la acción hipotecaria llegado el supuesto, no obstante el silencio de las escrituras de adquisición.

Dejando a un lado los elementos personales, entro en el examen de la deuda asegurada. De los principios expuestos se deduce fácilmente que en la especie llamada hipotecas de *máximum* no necesita ser individualizado el crédito. Cierto es que el art. 143 de nuestra ley Hipotecaria se refiere a *la* obligación futura; pero en la vida práctica el artículo gramatical ha perdido su fuerza determinante y, por lo tan-

to, debe aceptarse como más racional la doctrina germánica.

Desgraciadamente los criterios no están acordes. Todos los autores convienen en la necesidad de determinar un *máximum*, una cantidad límite; pero las disensiones surgen al fijar la deuda, el contenido obligatorio del continente real. Por una parte, Böhm exige una designación especial del crédito por su base *obligacional*, por su causa jurídica. Hachenburg, con análogo criterio, reclama la caracterización del crédito. Frente a ellos, autoridades como Biermann y Turnau-Förster, arrancan de la no exigibilidad de tales datos. No es necesario, declara el primero, que se haga constar la relación jurídica de que puede provenir el crédito. La hipoteca puede establecerse para garantizar cualquier clase de acciones que correspondan al acreedor contra el deudor. Es más, el modelo prusiano «Hipoteca de seguridad por 500 marcos a favor de ...» corresponde al indicado supuesto de que todos los créditos del acreedor queden asegurados. Mas existe una consideración práctica que Turnau-Förster ponen de relieve y que atenúa las diferencias de criterio: en interés de las partes debe indicarse la relación jurídica que puede provocar el crédito, a fin de que en su día no se ponga en duda si el reclamado o ejecutado cae dentro del círculo protegido por la caución hipotecaria.

Como se ve, es suficiente una indicación remotísima de la deuda, y ésta puede ser originada por las relaciones más variadas: de derecho público adminis-

trativo (fianzas de empleados y funcionarios para responder del manejo de fondos, del cumplimiento de los deberes reglamentarios, etc.), de derecho civil (tutor, usufructuario, vendedor, mandatario, etc.), de derecho procesal criminal (fianzas de multas, daños, costas, libertad, etc.), o civil (aseguramientos, arraigo, ejecución, etc.)

Según los elementos conocidos, se clasifican estas hipotecas en varios grupos: 1.º El acreedor es conocido y la deuda se halla determinada por sus elementos esenciales, pero ignoramos su importe; por ejemplo: las emanaciones de mi fábrica han causado daños a las propiedades vecinas, y para evitar reclamaciones judiciales aseguro con hipoteca las responsabilidades hasta 20.000 pesetas. 2.º La deuda es líquida y perfectamente determinada, pero no sabemos quién será el acreedor: obligaciones a favor de persona indeterminada, al portador. Los futuros y legítimos tenedores del papel, por una especie de derecho subjetivamente real, serán los acreedores de la cantidad. 3.º El acreedor está individualizado, pero el crédito se halla en embrión, mejor dicho, es una mera posibilidad: hipoteca de *máximum* propiamente dicha. Las deudas pueden nacer y morir independientemente, o entrar en el juego de una cuenta corriente, cuyo saldo será el asegurado.

¿En qué clase de moneda se ha de determinar el *máximum* asegurado? Problema es éste que, por lo tocante a la hipoteca ordinaria, ha sido descuidado en la investigación española.

El decreto de 1.º de Octubre de 1868 sentó las

bases del sistema monetario en los dominios españoles, estableciendo en su artículo 10 que, a contar desde 31 de Diciembre de 1870, sería obligatorio, así en las cajas públicas como entre particulares, bajo la sanción de multas pecuniarias y hasta privación de sus cargos si se tratase de funcionarios públicos. La Orden de 23 de Marzo de 1869 impuso las denominaciones del sistema en las transacciones particulares, y el Real decreto de 17 de Enero de 1871 fijó la fecha de 1.º de Enero de 1872 a tales efectos.

La repercusión de estas disposiciones en la doctrina del pago, las exigencias de la ley de Enjuiciamiento en orden al carácter *liquido* del crédito ejecutable, y sobre todo el principio de especialidad que domina en nuestra ley Hipotecaria, debieran llevar a denegar la inscripción de hipotecas constituídas en moneda extranjera, o por lo menos, a declarar el defecto subsanable, como cuando la medida no se expresa con arreglo al sistema métrico. La moneda extranjera ha tenido en los últimos treinta años oscilaciones incompatibles con la especialidad hipotecaria. Los marcos valían hace cuatro meses cincuenta veces menos que hace treinta años; los francos valieron el doble y la tercera parte que la peseta en los mismos tiempos.

Además, las cotizaciones de las tres Bolsas que tenemos no coinciden, y comprenden los tipos metálicos más importantes, pero no agotan las especies circulantes. ¿Qué claridad presentará para un tercero la inscripción en *piastras, leis o yenes*?

Preferible sería fijar el crédito hipotecario en hec-

tolitros de trigo, ya que tenemos mercados reguladores.

En resumen: el título que hace uso de moneda extranjera, ni fija el crédito, ni lleva aparejada ejecución, ni se ajusta a los principios hipotecarios. Pero esta afirmación, que es incontrovertible si de hipotecas ordinarias se trata, es inaplicable en las hipotecas de seguridad a la deuda garantida. En esta clase de gravámenes, sólo el *máximum* debe estar determinado en pesetas. El contenido puede computarse en francos, marcos, liras, libras, etc. No hay inconveniente en abrir cuentas corrientes hipotecarias en moneda extranjera, y desgraciadamente esto es el pan nuestro de estos días sin pan.

Al constituir una hipoteca de seguridad en garantía de obligaciones al portador, surge la necesidad de preparar la unión de los futuros obligacionistas. En España nada se ha hecho para satisfacerla: los portadores de obligaciones no se conocen, ni pueden tomar acuerdos, ni defender sus intereses comunes, ni ejercitar acciones judiciales para dejar de ser juguete de acreedores más *aprehensivos* o deudores menos *aprensivos*. Defecto capital de nuestra ley, que en el extranjero se ha salvado con el *fiduciario* a que aludí en la primera lección. Su nombramiento es obligatorio sólo en algunas de las legislaciones regionales alemanas, hallándose para todas regulado en el Código civil y en otras leyes especiales; en Suiza, el art. 860 del nuevo Código lo permite en la creación de cédulas hipotecarias y cartas de renta.

Al seguir los caracteres de esta figura jurídica a

través de los tiempos, nos encontramos precedentes notables. Tales son: el *pactum fiduciae*, unido a la *mancipatio* o a otro acto formal, en el Derecho romano; la apropiación en garantía del Derecho griego, el contrato de *compra-prenda* en los papiros egipcios, la *affatomia* sálica, el *Salman* germánico, el *dispensator* longobardo, el *provasallus* medioeval, nuestros albaceas, el *trustee* inglés, la sindicatura de la quiebra, y aun personajes más sospechosos, como el *prête-nom* francés y el vulgar testafarro.

El fondo común de estas instituciones es una transmisión de cosas o derechos, ligada más o menos íntimamente con prestaciones, seguridades o servicios a que se destinan aquéllos, confiando en la buena fe del cesionario. La construcción adoptada por Dernburg se resuelve en un juego interno de relaciones entre transferente y adquirente, y una superficie jurídica que sirve de base a las relaciones con terceros. Estos contratan con el dueño aparente, aunque éste deba dedicar el precio a pagar deudas ajenas o a cumplir obligaciones predeterminadas.

El fin económico perseguido por cedente y fiduciario, está más bajo que el jurídico enfilado en el pacto *cum fiducia*, pero se tira por elevación para salvar los obstáculos que la realidad opondría a formas jurídicas más simples.

Las características del *Treuhänder* o fiduciario, según Schultze, son: 1.º Aparecer como titular de derechos. 2.º Tenerlos en interés ajeno; y 3.º Haberlos recibido por negocio jurídico, orden de la au-

toridad o disposición de la ley, con la prohibición de usarlos en propio provecho.

Por lo que toca al especial sector ahora investigado, el art. 1.189 del Código civil alemán preceptúa, que en la hipoteca para garantizar títulos al portador, puede establecerse para los futuros acreedores un representante con facultades para disponer de la hipoteca y ejecutarla en su día. Dicho fiduciario puede, por lo tanto, convenir con el propietario-deudor las alteraciones de rango, modificaciones del interés, cancelaciones parciales, etc., que estimen procedentes y, en cuanto hacen referencia a la hipoteca, sin necesidad de la aprobación de los obligacionistas. Pero él mismo no es acreedor, no puede cobrar el crédito, no tiene ningún derecho real sobre la cosa, aunque sobre ella ejerce señorío, y se parece al albacea, comisario, etc., de nuestro derecho sucesorio. Para tal cargo se nombra una persona natural o jurídica, presentando la designación de un Banco de crédito pocos peligros y muchas ventajas.

## VI

CESIÓN DEL CRÉDITO Y DEL DERECHO REAL  
EN LA HIPOTECA DE SEGURIDAD GERMÁNICA

Para resolver los problemas interesantes que en este punto plantean la doctrina y la práctica, es necesario separar las hipotecas de seguridad ordinarias de las constituídas para garantizar títulos endosables o al portador (que no he de estudiar). Respecto de la cesión de las primeras, la principal dificultad, que en algunos momentos parece insoluble, estriba en la determinación de los derechos que respectivamente corresponden al acreedor y al propietario, y han de ser objeto de la transmisión.

Una primera opinión, que cuenta con los votos de Turnau-Förster, Kretschmar, Dernburg, Crome, etcétera, concede al acreedor un derecho al aseguramiento del *máximum* desde la constitución de la hipoteca. El propietario, antes de haberse fijado la deuda, no adquiere derecho a la hipoteca ni puede disponer, por lo tanto, de ella. Se le concede una acción condicionada, según algunos una *hipoteca del propietario latente*, siendo oscuros los límites que

separan los derechos del hipotecante y los de los propietarios sucesivos.

Si la hipoteca no pertenece al propietario, debe atribuirse al acreedor inscrito, haya o no nacido el crédito, siempre que, claro está, sea posible su nacimiento. Esta ambigua situación se consolida con la fijación del crédito. El acreedor, sin embargo, estará obligado a renunciar parte del derecho hipotecario, cuando se pueda probar que el futuro crédito no cubrirá el *máximum* predeterminado.

Pero ¿cómo se concilia el carácter eminentemente accesorio del derecho hipotecario del acreedor con la falta actual de crédito protegido? Volviendo a recoger los razonamientos aquí desenvueltos en la primer lección, se contesta con Dernburg: la hipoteca afianza los efectos de un crédito y desaparece cuando se consiguen. Antes de nacer la deuda, está ya asegurada por la hipoteca.

No satisface esta contestación a Achilles, Planck, Gierke, Fuchs y otros muchos que parten del siguiente principio: desde que se constituye la hipoteca se establece la posibilidad de que corresponda al propietario, bien por no ascender el crédito al *máximum*, bien porque el crédito no ha nacido, bien porque se haya extinguido. La hipoteca del acreedor surgirá, pues, con su crédito el resto hasta el *máximum* corresponde al hipotecante, antes de la fijación (*hipoteca originaria del propietario*).

Bien es verdad, que con el objeto de impedirle la enajenación de su derecho en perjuicio del acreedor, sujetan algunos autores aquella hipoteca a una con-

dición resolutoria: la del nacimiento de créditos a favor del hipotecario. Hirsch concede al acreedor una *expectativa* y otra al hipotecante (*hipoteca provisional del propietario*). Endeman acepta una hipoteca *transitoria* del hipotecante. Oertel sienta que en las manos del acreedor no hay nada mientras no exista el crédito, y llama a la del propietario hipoteca *comprometida*. Por último, Uter cree resolver la cuestión, atribuyendo al propietario una hipoteca limitada por la expectativa irrevocable inscrita a favor del acreedor.

Obscuros los derechos de los interesados en la hipoteca e indeterminados los créditos protegidos, no hay que decir cuán vacilante se presentará la teoría de la cesión de unos y otros.

La cesión puede tener lugar por negocio jurídico, por mandato judicial y por disposición de la ley (*convencional, judicial, legal*).

#### CESIÓN POR NEGOCIO

A) *Del crédito con la hipoteca.* — Examinaré dos supuestos: 1.º, cesión anterior a la determinación de la deuda, 2.º, cesión posterior a dicha determinación.

1.º *Cesión anterior.* — Distingo: *a)* Hipotecas de seguridad en garantía de varias relaciones jurídicas independientes (arrendamiento de mina, préstamo indeterminado, daños en propiedades): *b)* Hipotecas de seguridad para garantizar el saldo de una cuenta corriente.

a) Es posible que el primer acreedor ceda parte de las acciones que le corresponden contra un propietario hipotecante, sin fijar el total a que ascienden (por ejemplo, vendo la mina y cedo las rentas vencidas y las responsabilidades del arrendatario, por razón del arrendamiento), transfiriendo el derecho hipotecario que garantizaba esta parte. El cesionario adquiere los créditos y una hipoteca de *máximo*, de menor cuantía, es natural, que la primitiva. La hipoteca *cedida* vive independiente de la hipoteca *matriz*: el primitivo acreedor no podrá reclamar preferencia sobre el *máximo* cedido, fundándose en que sus créditos rebasan el *residuo* que se ha reservado, mientras que los del cesionario no llenan la capacidad hipotecaria cedida.

b) Si la garantía se ha establecido a favor de una cuenta corriente, la unidad de este negocio excluye toda cesión parcial. Será necesario modificar el acuerdo y la inscripción para que una partida o varias del *Debe* puedan desglosarse y adquirir vida independiente.

En ambos casos (*a* y *b*) la cesión total es posible; pero el adquirente, si bien estará por lo que toca al derecho real protegido por los principios hipotecarios, sufrirá en cambio las excepciones y contestaciones de derecho común en lo referente al crédito.

2.º *Cesión posterior a la determinación del crédito.*—Como el transferente no puede ceder derechos de distinta naturaleza de los que, según el Registro, están en su patrimonio, el cesionario adquiere un crédito garantizado por una hipoteca de

*máximum*, mejor dicho, una hipoteca de *máximum* con crédito fijo. La determinación del crédito no implica transformación de hipoteca, es sólo una fase del desenvolvimiento del especial derecho de seguridad creado. El acreedor tiene facultades para exigir que el crédito se fije en el momento oportuno, pero nunca para pedir que la hipoteca se transforme.

B) *Transmisión de la hipoteca sin cesión de crédito*.—Dadas las facilidades que el Derecho alemán concede para sustituir una deuda garantizada hipotecariamente por otra de distintos elementos, sin alterar la preferencia registrada, es lógico que también permita el cambio de titular de una hipoteca de *máximum*, la transferencia *en vacío* de la misma. Por ejemplo, antes de nacer o después de ser pagada la deuda, el Banco que ha abierto el crédito cede todos los negocios que tiene en una provincia, o crea un Banco filial con personalidad propia. Como realmente la hipoteca no es para el acreedor más que una expectativa, será necesario para inscribir la cesión el consentimiento del propietario. Lo dudoso es determinar qué propietario ha de intervenir. ¿El actual? ¿Todos los que han sido dueños mientras la hipoteca ha vivido? Porque el sustituir una deuda que acaso esté compensada o no exista por otra de indubitable vigencia afecta a todos los que han podido adquirir hipoteca de propietario.

C) *Cesión del crédito sin transferencia de la garantía real*.—Es el caso más corriente. Los créditos protegidos por la clase de hipotecas examinadas quedarían prácticamente fuera del comercio, si

para transferirlos se necesitara 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 indisoluble vínculo del crédito y de la hipoteca; pero así lo impone la vida comercial.

El primitivo acreedor conserva íntegro el derecho hipotecario; el nuevo no adquiere ninguna garantía real. Si el deudor paga al cesionario, no por eso puede solicitar en el registro la correspondiente cancelación; ni el propietario con ello mejora aparentemente su situación. Ambos podrán reclamar del primitivo acreedor la renuncia al derecho registrado si no hay posibilidad de que nazcan más créditos protegibles que los ya transferidos.

El tratamiento sumamente complejo de los distintos casos examinados, sólo tendrá garantías de acierto si en cada uno de ellos pesamos el valor de las declaraciones hechas, de la forma empleada, de la concurrencia de acreedor, deudor y propietario; de la relación jurídica desenvuelta, y de la finalidad perseguida en el acuerdo traslativo.

La cesión por mandato judicial, como consecuencia de un procedimiento ejecutivo seguido contra el acreedor hipotecario, se prepara mediante un embargo que prohíbe al deudor del ejecutado pagar la deuda (*arrestatorium*), y ordena al mismo ejecutado que no disponga del crédito embargado (*inhibitorium*), al mismo tiempo que adquiere fuerza real mediante la inscripción.

El crédito embargado se adjudica al ejecutante, o para su cobro (*in vim assignationis*), o en pago de su deuda (*in vim cessionis*) y por su valor nominal. En este último caso, el deudor ejecutado queda liberado por la cantidad, y la inscripción traspasa el crédito existente al actor.

Todavía el Código procesal permite el embargo del crédito sin la hipoteca, cuando el acreedor solicita la adjudicación en pago con tal modalidad, bastando entonces la notificación al deudor del ejecutado.

*Ex ministerio legis* pasa el derecho hipotecario al fiador, tercero en caso de ejecución, al marido o a su mujer, al heredero, etc., por virtud del pago con subrogación, y sobre todo al propietario.

En el primer Proyecto no se aceptó la hipoteca del propietario como derivada de las de seguridad, por creer inadecuado el mecanismo, excepto en los casos de separación del deudor y del propietario. La segunda comisión partió de un punto de vista diametralmente opuesto, y consideró aplicables los principios de la hipoteca del propietario al tipo estudiado.

La indeterminación del crédito protegido por la hipoteca cesa con la *fijación*, cuyos efectos son sumamente discutidos. Los que le conceden el valor de un acto *obligacional*, la fuerza de un reconocimiento judicial o extrajudicial de efectos puramente obligatorios, niegan que baste para alterar la naturaleza jurídica de la hipoteca de seguridad y exigen únicamente el acuerdo entre deudor y acreedor (Fuchs,

Planck, Neumann, Kober), o entre acreedor y propietario (Turnau-Förster, Oberneck).

Con Biermann, Uter se apoya en que la indeterminación es lo característico de la hipoteca de *máximum* para afirmar, que es inconcebible la existencia de una hipoteca de tal clase con deuda determinada. La nueva figura estaría incluida en el género «hipoteca de seguridad», pero no en la especie «hipoteca de *máximum*», naciendo, por el resto no cubierto, una hipoteca *sin compromiso* del propietario.

En cambio, la transformación de una hipoteca de seguridad cualquiera en otra ordinaria o en deuda territorial, es unánimemente reconocida como negocio *real* sujeto al acuerdo traslativo e inscripción.

Por regla general, va precedida de la determinación del crédito, aunque basta la mera fijación formal y la especificación del tipo hipotecario en que se transforma el antiguo.

El acreedor en la ejecución de la hipoteca de *máximum* está obligado a demostrar la existencia, vencimiento, importe y protección hipotecaria del crédito, y no puede apoyarse, por lo que se refiere a la deuda personal, en la inscripción. El propietario puede alegar en su defensa cuantas excepciones le competan por razón de la relación jurídica asegurada, contra el primitivo acreedor o contra los cesionarios, menos la prescripción del crédito. Aunque en la inscripción se hubiera hecho constar la existencia de una cláusula ejecutiva, ésta no produciría sus enérgicas consecuencias. Necesita el acreedor un título ejecutivo de naturaleza ordinaria, indepen-

diente en cierto modo de las resultancias hipotecarias, aunque subordinado a las mismas. Los datos del Registro no prueban la deuda, pero indican a veces las características de la que ha de ser objeto de la ejecución.

En el supuesto de que el propietario deudor de la finca hipotecada caiga en concurso o se declare en quiebra, pierde la facultad de seguir rellenando el hueco hipotecario hasta el *máximum*, pasando ésta a los representantes en el procedimiento.

La hipoteca de *máximum* es tratada como carga incondicionada en las ejecuciones que por otros hipotecarios, segundos o terceros, se hagan efectivas sobre el predio. Sacado éste a subasta, con la hipoteca de seguridad por ser ésta una de las cargas preferentes, se adjudica al mejor postor con el mismo gravamen hipotecario, que, dentro del *máximum*, contendrá una hipoteca a favor del acreedor y otra por el resto, si existe, a favor del ejecutado.

Caso de que la hipoteca de seguridad no sea carga preferente y haya un saldo metálico, se deposita la cantidad correspondiente para garantizar la deuda, o se distribuye entre los titulares del derecho real que se extingue.

Punto delicado es, en fin, la cancelación de la hipoteca de *máximum*. El pago parcial o total hecho por el deudor, el propietario o el tercero interesado no modifica *por sí* el derecho real. «La finca responde constantemente hasta el *máximum* por cualquier parte del crédito, y la liberación parcial no influye sobre la existencia de la carga real», dice el Proto-

colo de la Comisión para la segunda lectura del proyecto de Código civil alemán.

El titular de la finca, inmediatamente después de pagar el crédito, no adquiere la hipoteca, sino más bien, como advierte Böhmer, un derecho condicionado a la futura hipoteca del propietario, que se perfeccionará cuando no exista posibilidad de que nazcan más créditos. Las complicaciones que esta lógica afirmación presupone, no son para explicadas en pocas palabras.

En general han de jugar en la cancelación las claves y palancas ya señaladas al estudiar la cesión.

Los encargados del Registro, al calificar la cancelación, han de tener en cuenta el carácter de la deuda, las declaraciones de acreedor, deudor, propietario e interesados; la forma del documento, el alcance de la renuncia o de la confusión alegadas, el término del compromiso, el cierre de negocios, la expresión del mandato judicial, etc., para decidir si resultan demostradas auténticamente la imposibilidad de un futuro crédito y la extinción *para todos* del protegido por la hipoteca cancelada.