

DOCTRINA

EL INCIERTO PORVENIR DE LA HIPOTECA EN ESPAÑA

(A PROPÓSITO DE ALGUNOS PROYECTOS MÁS O MENOS NORMATIVOS)

Por **FERNANDO CANALS BRAGE**

Registrador de la Propiedad

La hipoteca en España se halla protegida por un sistema inmobiliario de fe pública, que consagra su naturaleza de derecho real, dentro del que los principios de causalidad y accesoriedad aseguran la vinculación de la finca hipotecada al crédito garantizado. Como consecuencia, el acreedor goza de un procedimiento especial de ejecución hipotecaria que le permite el rápido recobro del crédito insatisfecho. Todo ello se traduce en que los tipos de interés de los préstamos hipotecarios son considerablemente más bajos en España que en la media de la Unión Europea. Las tensiones a que se halla sometido ahora el sistema inmobiliario, así como la alteración de la configuración tradicional de la hipoteca que se percibe en algunos proyectos legislativos, arrojan dudas sobre su eficacia futura, por lo que si la flexibilidad fuera una necesidad, la prudencia debe ser la guía.

No parece necesario recurrir a la cita de cifras macroeconómicas sobre el volumen del crédito hipotecario en España para percibir la magnitud del problema que aquí se quiere abordar y del número de familias a que afecta.

Tan sólo, pues, transmitiré un dato que sirva de punto de partida para estas reflexiones. Lo proporciona la Asociación Hipotecaria Española al expresar el pasado día 3 de noviembre de 2006 su posición respecto del Anteproyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario, de Regulación del Régimen de las Hipotecas Inversas y del Seguro de Dependencia.

Dice así la Asociación: «A pesar de los condicionamientos que impone la legislación obsoleta que se trata de cambiar con esta ley de reforma, el tipo de interés del crédito hipotecario español, según las estadísticas del BCE, se ha mantenido en términos reales estos últimos años 160 puntos básicos más bajos que la media de la UME».

Si es axiomático que la altura del interés del capital es directamente proporcional al riesgo que éste corre, habrá que colegir, con obvia simpleza, que el grado de seguridad jurídica que la obsoleta legislación española proporciona al acreedor hipotecario es superior en 160 puntos básicos a la media de la UME. Pretendo en estas líneas explicar el funcionamiento de esa seguridad jurídica y manifestar mi preocupación acerca de si la superación de la obsolescencia, tal y como aparece planteada en los diversos proyectos que la afectan, será capaz de mantener el mismo grado de eficacia.

También en la Unión Europea encontramos proyectos normativos que afectan a la hipoteca. Con fecha de 19 de julio de 2005 se presentó por la Comisión de las Comunidades Europeas el Libro Verde sobre el crédito hipotecario, abriendo un plazo para la recepción de opiniones de todos los agentes implicados. Aunque el Libro Blanco resultado de la valoración de éstas se retrasa, el Parlamento Europeo se ha repartido ya el trabajo. De los aspectos estrictamente jurídicos que aquí nos interesan ha quedado encargada la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios, cuyo ponente ha publicado con fecha 12 de mayo de 2006 su Proyecto de informe.

Dos son los aspectos que querría resaltar de ambos documentos europeos. Primero que destacan que en la seguridad jurídica del crédito hipotecario confluyen tanto los aspectos relacionados con el sistema jurídico inmobiliario, cuanto los estrictamente referidos a la hipoteca misma. Y segundo que expresan que en el ámbito de la Unión no se tomará iniciativa de ninguna índole sin que ésta venga precedida por la más absoluta de las prudencias y por una completa evaluación de su impacto, habida cuenta la

envergadura y sensibilidad de la cuestión. El primero de tales aspectos acota el contenido de estas líneas. El segundo la idea que en ellas prima.

PRIMERO

1. La protección de la hipoteca por el sistema jurídico inmobiliario

El sistema jurídico inmobiliario español se ha venido sustentando en dos certezas de distinta índole.

a) *La certeza resultante de la escritura pública.* El Notario al redactarla no sólo atribuye claridad y precisión a los contenidos jurídicos, sino que especialmente fija los hechos que la motivan: la fecha de su otorgamiento, la presencia de los comparecientes, su capacidad natural en términos racionalmente posibles y la correspondencia de las declaraciones de voluntad con aquéllos. Todo ello desde el más estricto respeto a la legalidad, como evidentemente no podría ser de otro modo, y el asesoramiento imparcial que presta a las partes, que acuden a su ministerio.

b) *La certeza resultante de la inscripción* de tal escritura así sustentada, previa la calificación de su legalidad y formalidad por el Registrador de la propiedad, en los términos establecidos por la Ley (art. 18 Ley Hipotecaria, en adelante LH). (Lo que incluye otros principios como el de tracto sucesivo o el de especialidad; en definitiva el sistema registral.)

Como consecuencia de ambas certezas el acreedor hipotecario queda protegido por la fe pública registral, que le libera de preocupaciones acerca de la titularidad del hipotecante. Otros muchos son los efectos que tales certezas producen, en los que no cabe aquí entretenerse por obvios y conocidos, tanto que quizá hoy se den por supuestos y por supuesta su existencia natural al margen las normas que los producen, de modo que parece pensarse que la alteración de éstas no puede conllevar que el sistema se resienta.

El conjunto constituye el sistema de seguridad jurídica preventiva inmobiliaria que se cohesionan bajo la idea de excluir las necesidades contenciosas --litigiosas, judiciales-- de los ciudadanos, dada la claridad y calidad de las reglas de organización social. No es necesaria la autocomplacencia en la alabanza del sistema, porque es de sobra reconocido.

Los riesgos que hoy se detectan para tal sistema de seguridad jurídica preventiva resultan ante todo de la propia incertidumbre del proceso.

En los últimos años se han aprovechado las Leyes de Acompañamiento, después de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (2001, 2003, 2005), para introducir normas modificativas del sistema. En el ámbito notarial, y con la pretensión inicial de reducir la extensión de las escrituras públicas, y en consecuencia abaratarlas, se ha establecido la procedencia de un juicio de capacidad en la actuación de los representantes. En el ámbito registral, con la pretensión de aclarar las dudas constitucionales que planteaba el sistema de recursos contra la calificación del Registrador de la propiedad, se ha pergeñado un sistema de difícil conciliación, pues al lado de una reglamentación administrativa de su actuación, se incardina el fondo de ésta --la calificación-- en el ámbito de la jurisdicción civil. Todo ello aderezado con disposiciones relativas a la adaptación de ambas instituciones a las necesidades técnicas de una sociedad telemática.

Quizá sin proponérselo las normas, por tanto, en la práctica parecen ponerse en cuestión los fundamentos del sistema hipotecario. La Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN) ha impedido en innumerable Resoluciones (en adelante R) a los Registradores de la propiedad el calificar, respecto de las actuaciones por representación, *«la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas»*, como sigue diciendo el art. 18 LH, en el entendimiento de que deben limitar su actividad al control formal de la constancia en éstas del juicio de suficiencia de la representación realizado por el Notario, juicio que es elevado a la categoría de requisito intrínseco de la escritura pública (RR de 12, 13 y 27 de noviembre de 2006). Al lado de ello la misma DG excluye que el Registrador de la propiedad, como funcionario jerarquizado, pueda calificar con independencia de su posturas, declarando además sus decisiones directamente inscribibles, no obstante la pendencia de recurso judicial contra ellas (R de 10 de noviembre de 2006), y reduce el ámbito de la calificación impidiéndole que pueda, ni deba, tener en cuenta la publicidad oficial del Registro Mercantil (R de 30 de noviembre de 2005). Parece percibirse la preferencia por un futuro esclarecimiento judicial, a la exigencia de ese plus de calidad en las escrituras públicas que es imprescindible para justificar la contundencia expropiatoria de la adquisición *a non domino* que la fe pública registral puede procurar (art. 34 LH) (v. p. ej. las consideraciones de la R de 18 de junio de 2004). No obstante, alguna de estas RR han sido revocadas por los Jueces, quienes han justificado el rigor en la calificación precisamente en los fuertes efectos que la inscripción produce.

Mientras repasaba una primera redacción de estas líneas se ha producido la publicación del Reglamento

Notarial al que en ellas me refería (RD 45/2007 de 19 de enero, BOE de 29 de enero). Tal redacción decía:

«El Ministerio de Justicia tiene preparado un Proyecto de reforma del Reglamento Notarial que, en los términos en que fue analizado por el Consejo de Estado, parece extender los efectos de la escritura pública sobre la base de los juicios realizados por el Notario autorizante. Razonable resulta pensar que la misma DGRN, en la misma línea de pensamiento, limitará la función del Registrador de la propiedad al control de la existencia de los juicios de legalidad notariales, impidiéndole expresar el suyo propio.»

«En este estado de cosas, algunos Registradores de la propiedad, para eludir una responsabilidad que el art. 18 LH declara, han expresado la oportunidad de "causalizar" los asientos registrales, haciendo constar por ejemplo en ellos que el representante goza de capacidad a juicio del Notario autorizante. Desconozco si este arrebato se lleva a la práctica, y si en tales casos la misma prevención se traslada a la información que de la correspondiente finca se exteriorice.»

«No puedo pretender vaticinar el resultado final que tal proceso haya de producir en las certezas actuales de nuestra seguridad jurídica inmobiliaria. Ni desde el punto de vista notarial, respecto de la que el tiempo habrá de decantar el valor de la ampliación de su fe, al establecerse un paralelismo entre hechos y juicios que, dada la reversibilidad que en consecuencia debe proceder entre ambos, puede convertir la escritura pública en un cúmulo incierto de opiniones de hecho o de hechos opinables. Es de suponer que los tratadistas de Derecho Notarial acarrearán palabras para explicar cómo conceptos tan distintos pueden tener el mismo valor y eficacia, aunque distintas consecuencias y grados de protección, incrementándose con ellas la ceremonia de la confusión. Desde el punto de vista registral, el problema no radica tanto en una asignación de responsabilidades en función de las actividades que se desarrollan, cuanto en la cuestión de si el art. 34 LH --la fe pública registral-- depende o no del art. 18 de la misma --calificación independiente del Registrador--.»

Pues bien, *in extremis* en el Consejo de Ministros la redacción inicial del art. 143 del Reglamento que, según el Proyecto, atribuía amparo judicial a la fe pública notarial, de tal manera que nadie salvo los Tribunales podían desvirtuarla sin incurrir en responsabilidad, expresa ahora que *«los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de su competencia»*. Alteración profunda y grave de la eficacia de la fe pública notarial, resultado inevitable de la pretensión de incluir en ésta los juicios, por más fundamentados que éstos sean, del Notario. No es de extrañar, pues, que hayan sido los propios Notarios, máximos impulsores del proyecto, quienes se hayan aprestado a alegar su falta de rango legal.

Particularmente, pues, la norma me parece mala para la seguridad jurídica preventiva inmobiliaria en cuanto introduce un factor de inseguridad en la fijación auténtica de los hechos que es la esencia de la función notarial, pero es inevitable para todo aquello que desborda tal función, e incluyo desde luego en tal desbordamiento el llamado juicio de suficiencia de facultades representativas. Reitero lo antes dicho: no es un problema de asignación de responsabilidades, sino de respecto de quién se asumen las mismas: si respecto del representado o del tercero. En definitiva, si el art. 34 LH depende o no del art. 18 de la misma --la calificación independiente del Registrador--. La independencia puede generar riesgos de sobrecalificación, que deben tener su corrección en un adecuado sistema de recursos y de responsabilidad. (Tal sobrecalificación puede ser entorpecedora en los supuestos de contratación masiva, como es precisamente el caso de las hipotecas. Al respecto los propios Registradores de la propiedad han adoptado códigos de autorregulación, en los que quizá cabría insistir; aunque los operadores reconocen que los casos verdaderamente exagerados son aislados.) Pero la libre competencia genera riesgos de infracalificación, que impiden que sea merecedora de la certeza que exige un resultado tan demoleedor como puede ser la expropiación del *verus dominus*.

Con todo, la DGRN ha realizado ya su lectura del nuevo precepto reglamentario en el sentido esperado (R de 14 de febrero de 2007). Parece resultar contradictoria la alabanza del sistema registral con la tensión dinámica de resultado incierto que para el mismo se quiere, porque no es probable que en el ámbito de la seguridad jurídica inmobiliaria pueda mantenerse la máxima lampedusiana de que todo debe cambiar para que todo siga igual.

2. Las certezas protectoras de la hipoteca

Sobre la base de certeza que proporciona el sistema jurídico inmobiliario, la hipoteca se sustenta a sí misma en tres órdenes de certezas; las que resultan de su naturaleza de derecho real de garantía y de los principios de causalidad y de accesoria. Todas ellas se resumen al final en la seguridad que atribuyen al acreedor de recuperación del préstamo --en términos económicos de procurar la desinversión-, y en consecuencia posibilitan la expansión del crédito y el descenso de los tipos de interés, el gravamen del riesgo del capital.

A) *La certeza del derecho real de garantía.* La naturaleza de derecho real de la hipoteca hace del bien hipotecado --que queda «*sujeto directo e inmediatamente, cualquiera que sea su poseedor al cumplimiento de la obligación*» (art. 1875 CC)-- un patrimonio especial que queda destinado a la exclusiva satisfacción del acreedor, y en consecuencia, en la medida de ese destino, excluido del ámbito de responsabilidad universal de su dueño (art. 1911 CC).

La esencia de la hipoteca es, pues, la de posibilitar al acreedor un ámbito específico y exclusivo sobre el que ejercer la responsabilidad del deudor en el caso de que éste incumpla su obligación. Ello no implica, por declaración legal (arts. 106 LH y 1911 CC), que tal acreedor pierda el «ámbito de responsabilidad personal ilimitada» de su deudor, pero está claro que en este ámbito universal ya no goza de la exclusividad --esto es, queda sujeto a la *par conditio creditorum*-- que la hipoteca le procura en aquél de destino.

En el mismo momento de constitución de la hipoteca, el bien hipotecado sale --negocio dispositivo-- del patrimonio del dueño sustento de su responsabilidad universal, puesto que sus acreedores personales ya no podrán dirigir su acción contra el mismo más que respetando su destino --esto es, su afección exclusiva a la obligación garantizada--. En tal sentido puede definirse propiamente la hipoteca como «patrimonio de destino». Reúne los requisitos esenciales para ello, como son la «legalidad» y la «publicidad», obligados ambos en cuanto la característica definitoria de estos patrimonios es la de venir a excepcionar el principio básico de organización social que es la igualdad de los acreedores (*par conditio*), por afectarse a una responsabilidad especial.

No pretende la hipoteca un mejor derecho al cobro, sino un derecho de satisfacción exclusiva, sin interferencias, con cargo al bien hipotecado. Por eso no es un crédito privilegiado --no tiene origen legal--. La razón básica de que la ciencia económica del derecho se muestre incapaz de encontrar la justificación económica del privilegio del acreedor hipotecario estriba en que no es un privilegio. La cuestión nuclear, aquella a la que la ciencia económica debe encontrar justificación, es la de la razón social que permite la creación de patrimonios de destino; es decir, en qué medida y circunstancias puede permitirse al dueño de un bien el excluirlo de su ámbito de responsabilidad universal. En tal sentido, y sin necesidad de profundizar demasiado, se sabe que la hipoteca procura la ordenación y universalización del crédito --el crédito de quien no obtendría crédito--, y como tal su valor y su justificación económico-social son indudables y universales.

El cabal entendimiento de la hipoteca como patrimonio de destino requiere despojarse, a mi parecer, de dos ideas no por más extendidas menos inexactas. La hipoteca asegura el pago del crédito impagado. La hipoteca es un derecho de realización de valor. En cuanto a la primera es obvio el hecho, pero éste no define la naturaleza de la hipoteca, como lo prueba la circunstancia de que el pago puede llegar a no producirse. La esencia de la hipoteca radica en excluir el riesgo de pérdida patrimonial del deudor inherente a la responsabilidad universal, mediante la afectación en exclusiva --exclusión de terceros-- de un bien sobre el que obtener el pago (patrimonio de destino). Por eso la aleatoriedad patrimonial es el fundamento de la hipoteca, y por eso, como veremos, aquélla nunca puede configurarse como condición suspensiva de ésta (ya que es *conditio iuris*). En cuanto a la segunda, porque es evidente que la hipoteca existe como derecho, aunque la realización de valor no se produzca. Bien se ve que esta realización es una consecuencia del crédito. Más exactamente es una consecuencia de la responsabilidad que surge de la obligación incumplida. La «responsabilidad» es el mecanismo de organización social, y desaparecida la prisión por deudas, sólo ella justifica en un Estado de Derecho la expropiación liquidatoria de un bien ajeno.

La hipoteca preserva al acreedor un ámbito patrimonial sobre el que ejercer la realización de valor que le atribuye la responsabilidad del deudor que incumple su obligación.

B) *La certeza del principio de causalidad.* Es reconocido que nuestro sistema de derechos reales se rige por la exigencia de título y modo. Es causal, o, dicho de otro modo, excluye la eficacia real de las declaraciones meramente formales (abstractas) (arts. 609, 1095, 1261, 1275, 1462 CC...).

En el ámbito de la hipoteca en que nos encontramos, la causalidad ha quedado apuntada en el párrafo anterior. Nuestro sistema inmobiliario no puede permitir la constitución de una reserva patrimonial --inversamente, la exclusión de un bien del ámbito de responsabilidad universal-- sin que concurra la justificación económico-social. Y desde luego tal justificación ha de venir amparada por la ley; no en vano, insisto, se trata de la derogación del principio básico de organización social de la *par conditio creditorum*. Son, pues, dos aspectos los que controla la causalidad: la exclusión de las reservas abstractas y que la hipoteca responda a una finalidad merecedora del ámbito especial de reserva.

El principio se asimila teóricamente con facilidad dada su absoluta obviedad, pero curiosamente tiende a ser desconocido en la práctica cuando se trata de respetar sus consecuencias. No parece plantear problema entender la exclusión en nuestro sistema de la hipoteca de propietario; muchos más problemas

sin embargo crea el rechazar la versión carpetovetónica de aquélla, como es la llamada reserva de rango. No obstante, ambas son claramente contrarias al principio de causalidad, a la justificación económico-social que es exigible para la creación de una reserva patrimonial, por cuanto en ambos casos el dueño de la finca se reserva un ámbito patrimonial de destino sin destino, excluye un bien del ámbito de su responsabilidad universal por reservarse la posibilidad de asignárselo en exclusiva a un acreedor más o menos determinado. En puridad se reserva el derecho a la reserva.

Las palabras «reserva de rango» son el mágico comodín que la doctrina patria utiliza para dar salida a algunos supuestos en que entiende que la hipoteca no ha nacido --obligación indeterminada o futura, hipoteca unilateral, reserva de futura inscripción...-- pero existe, como imposición a tercero de su futuro nacimiento --existencia de la obligación, aceptación, inscripción...-- . Sin embargo el principio de causalidad impide la posibilidad de constituir una reserva patrimonial de afectación sin cumplir los requisitos de legalidad y tipicidad (hipoteca). Por consecuencia su establecimiento requiere la existencia de una norma que lo permita. Ni existe en nuestro Derecho tal norma, ni los supuestos que la doctrina incluye bajo su pretendido amparo son supuestos de reserva de rango.

No existe reconocimiento legal de las reservas de rango en nuestro Derecho. Con cierto ilusionismo especulativo se deduce su admisibilidad de la posibilidad de negociación del rango que parece resultar del art. 241 del Reglamento hipotecario (en adelante RH). Como resultado de esta negociación se piensa que cabe la imposición a tercero de una hipoteca no nacida, si al constituirse otra se prevé tal posibilidad y se determinan los datos básicos de esa futura hipoteca. A la mera posibilidad de constituir una hipoteca se atribuye un contenido real, por el hecho de constar tal posibilidad publicada.

Sin embargo el art. 241 RH no puede ser la base para sustentar la admisibilidad de la reserva de rango en nuestro derecho por varias razones.

Primera, por falta de rango legal imprescindible para crear un ámbito excluido del art. 1911 del Código Civil.

Segunda, porque no se ocupa de ella, sino de la posposición, esto es, de la modificación de un rango ya ganado por un derecho real, no del atribuible a un derecho no existente.

Y tercera, porque su tenor literal claramente lo excluye, ya que cuando empieza diciendo: «*Para que la posposición de una hipoteca a otra futura pueda tener efectos registrales...*», resulta evidente que está regulando los efectos de la posposición actual --no los de la futura inscripción de la posible hipoteca--, de modo que los efectos registrales a que se refiere son los que pueda producir la posposición de la hipoteca inscrita. En consecuencia los terceros --*efectos registrales*-- a que afecta son los que puedan adquirir derechos en la hipoteca pospuesta, es decir, cesionarios, acreedores subhipotecarios, anotantes de embargo del crédito hipotecario... De modo que para que pueda afectar a éstos la posposición de la hipoteca sobre la que han adquirido derechos debe figurar dicha posposición inscrita (art. 32 LH) y para que pueda figurar inscrita debe reunir los requisitos de determinación que el precepto reglamentario exige.

Los supuestos que la doctrina construye como casos de reserva de rango son supuestos en los que existe el derecho real de hipoteca.

La *hipoteca unilateral* (art. 141 LH) es la más perfecta expresión de la naturaleza de la hipoteca como patrimonio de destino, en cuanto la exclusión de un bien del ámbito de responsabilidad universal se define normalmente como un acto unilateral del dueño (v. fiducia, fondos de inversión, trust...). Problema completamente distinto es el de la eficacia en tal supuesto de la inscripción registral de la hipoteca respecto del crédito garantizado y respecto del acreedor aún no aceptante. Pero en todo caso la hipoteca existe, y como tal su constitución requiere el cumplimiento de las exigencias básicas del sistema: causalidad y accesoriedad en la determinación del «destino» a que se afecta el bien hipotecado.

La configuración como casos de «reserva de rango» de algunos supuestos de *hipoteca en garantía de obligaciones futuras, sujetas a condición suspensiva o incluso indeterminadas*, es consecuencia del grave y extendido error, al que antes me he referido, de encontrar la esencia de la hipoteca en el derecho de realización de valor. De tal modo, se piensa que si éste aunque sea provisionalmente no existe aquélla no puede existir. Por tal camino todas las hipotecas en garantía de obligaciones no vencidas serían idénticamente reservas de rango. Con independencia del grado de indeterminación registral del crédito que cada sistema inmobiliario pueda admitir --lo que propiamente es un problema de accesoriedad de lo que me ocupo luego--, lo cierto es que la esencia de la hipoteca ha de encontrarse en la reserva de ámbito patrimonial ejecutivo que representa, y no en la realización de valor, que depende propiamente del crédito --vencido, impagado y líquido-- y que por lo tanto rara vez ocurre.

La más perfecta demostración del desentendimiento que resulta de concebir la hipoteca como un derecho

de realización de valor es la admisibilidad de la «hipoteca bajo condición suspensiva (R de 2 de octubre de 2005). Se trata de constituir la hipoteca --o más grave aún el aumento de la responsabilidad hipotecaria-- bajo la condición suspensiva de cumplimiento de algunos hechos, que en el caso resuelto se referían a ratios de rentabilidad del patrimonio del deudor. Acaso pueda verse en tal figura un pacto convencional, de indudable validez, relativo a la suspensión de la ejecutividad del crédito, pero sin duda alguna la hipoteca existía y existe desde su inscripción como derecho real creador de una reserva de ámbito patrimonial exclusivo en beneficio del acreedor. La aleatoriedad de las circunstancias patrimoniales del dueño, aleatoriedad a la que da solución la hipoteca mediante la afección del bien hipotecado --de modo que precisamente tal aleatoriedad forma parte de la *conditio iuris* de ésta--, no puede transmutarse en *conditio facti* por voluntad de los interesados.

C) *La certeza del principio de accesoriedad*. Los principios de causalidad y accesoriedad se imbrican y confunden. La «causalidad» mide la justificación económico-social de la reserva patrimonial de afectación en que la hipoteca consiste. La accesoriedad la relación de dependencia entre la hipoteca y la obligación garantizada.

La doctrina califica así de «hipoteca independiente» a aquella que está libre de toda relación con la obligación garantizada. Es la hipoteca no accesoría, la hipoteca sin crédito. No obstante, a mi entender, si en la hipoteca (independiente) se puede pretender la realización de valor, esto es, cabe propiciar la ejecución sobre la finca hipotecada si alguien no paga algo, o si alguien no la evita pagando algo, la pretensión de inexistencia de toda forma de obligación no pasa de ser un capricho especulativo. Podremos disfrazar tal obligación de «carga», o incluso de «facultad liberatoria» del dueño, podremos reducir el ámbito de responsabilidad de éste, podremos impedirle la alegación de excepciones de cumplimiento, pero al final a todas luces un sujeto debe cumplir respecto de otro una prestación. Y esto en Derecho es una obligación, aunque sea abstracta, *ob rem*, de responsabilidad limitada, o admita otros matices más (La no realización de valor sólo existe cuando la hipoteca pertenece al propietario, lo que nos plantea un problema añadido de falta de causa, pues éste excluye un bien de su ámbito de responsabilidad sin contrapartida).

Es precisamente la posibilidad de ejecución abstracta --cualquiera que sea la naturaleza que como digo se atribuya a ésta- que se confiere a la hipoteca independiente, la que permite amparar los créditos asegurados, sin que éstos trasciendan a la garantía. No sólo permanecen ocultos --de hecho su publicidad excluiría la naturaleza independiente de la hipoteca--, ni siquiera su inexistencia puede, en el terreno de los principios, invalidar tal ejecución. En tanto exista la hipoteca (inscripción) los créditos garantizados pueden admitir en principio toda clase de combinaciones y sustituciones.

La hipoteca accesoría no admite tal posibilidad de ejecución al margen del crédito garantizado. Esto es lo que esencialmente define a la accesoriedad. Circunstancias accidentales, dependientes de la valoración coyuntural del legislador, son por el contrario el grado de determinación y publicidad que se exijan a tal crédito.

Resumamos: la hipoteca es el derecho real de garantía que reserva un ámbito patrimonial exclusivo de ejecución; esta ejecución puede ser independiente del impago de un crédito --se ejecuta la hipoteca misma, no accesoría, o bien, según entendamos, la obligación de pago, abstracta, que la misma representa--, o esta ejecución depende del impago del crédito garantizado --la hipoteca es, pues, accesoría de éste--.

Manteniendo este elemento esencial de accesoriedad, el grado de determinación y de publicidad de la obligación garantizada es, como ya he dicho, una cuestión de política legislativa; esto es, de elección por el legislador de las circunstancias identificativas mínimas que exige en el crédito para permitir la configuración de un patrimonio de destino, la exclusión de un bien del ámbito de responsabilidad universal. Dada la derogación que representa del principio de *par conditio* puede el legislador limitar la admisibilidad de las hipotecas a obligaciones presentes claramente determinadas, pero nada impide que esa admisibilidad se extienda a obligaciones condicionales, a obligaciones futuras o a obligaciones plurales; o, por otra parte, que se permita la modificación e incluso la sustitución de las obligaciones primeramente garantizadas; bien tal admisibilidad sea incondicional, bien se sujete por la misma Ley al cumplimiento de determinados requisitos.

La regulación de la accesoriedad no puede, pues, anticiparse dogmáticamente: debe atenderse en todo caso a las normas de Derecho positivo. No procede ahora desarrollar en profundidad la elección que al respecto ha realizado el legislador español, pero sí se debe apuntar que si bien los arts. 1876 CC y 104 LH conectan la finca a la *obligación para cuya seguridad fue constituida*, también es cierto que la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones (art. 105 LH), incluidas las futuras o sujetas a condición suspensiva (art. 142 LH), o plurales (arts. 154 y ss. LH, aplicables a títulos autónomos como las letras de cambio, es decir, representativos cada uno de una obligación aislada e independiente). Asimismo, hay que añadir que el Código Civil no contempla que la modificación de la obligación

garantizada conlleva consigo la extinción de la garantía, e incluso en la novación asume como posible la subsistencia de aquélla, considerada como en tantos otros casos como *obligación accesorio*, en cuanto aproveche a terceros que no hubieran prestado su consentimiento (art. 1207 CC), por lo que con más motivo puede defenderse la pervivencia si lo hubieran prestado. De modo que más bien parece que el principio que en todo caso cabría deducir del Código es la subsistencia de la garantía a toda forma de novación del crédito, siempre que consientan en ello todos los interesados (v. p. ej. art. 1851 CC).

Últimamente, con motivo de la integración del mercado hipotecario europeo, se ha producido en todo este ámbito un importante movimiento doctrinal y mediático a favor del establecimiento de una forma de hipoteca unitaria europea --la Eurohipoteca--, de naturaleza no accesorio, siendo tachados de inmovilistas los partidarios de la accesorio. Sin embargo, opino que si no se mantiene un concepto dogmático de la accesorio, es decir, observando la elasticidad en la determinación del crédito que puede defenderse para nuestro sistema hipotecario como resulta de los preceptos normativos expresados en el párrafo anterior, la mayoría de las ventajas que se atribuyen a la hipoteca no accesorio pueden obtenerse ya en nuestro sistema. Sólo cabe encontrar dos límites: por un lado, la dificultad de introducir la hipoteca de propietario en sistemas causales, a los que repugna la creación de ámbitos separados de responsabilidad por mera declaración formal; por otro, la prohibición de transmisiones fiduciarias en nuestro derecho, exclusión del trust de la que desde luego no cabe cargar la responsabilidad a la accesorio de la hipoteca.

A cambio la accesorio transmite enorme seguridad al edificio hipotecario. No sólo porque excluye el riesgo inevitable en la admisión de la hipoteca disgregada del crédito, en la que es posible que se produzca la transmisión separada de una y de otro, y subsiguientemente la aparición de sendos y distintos terceros merecedores ambos de una protección incompatible. No sólo porque excluye complejidades documentales difíciles de comprender en el supuesto más general en que se quiera la obtención de un simple préstamo --supuesto en el que se llega a recurrir a la formalización de hasta cuatro documentos en la práctica germánica: constitución de hipoteca, pacto de garantía que conecta al margen del Registro ésta con la obligación, préstamo garantizado, y reconocimiento abstracto de deuda que sirve de título ejecutivo--, con el riesgo de trasvase de costes públicos a costes privados. Sino especialmente porque la publicidad que la accesorio atribuye al crédito --ya que éste constará, con mayor o menor determinación, en la inscripción de la hipoteca-- supone el conocimiento y reconocimiento público del «destino» a que la hipoteca está afecta, lo que significa el beneficio ofensivo que de la eficacia registral resulta, y la evitación de posibles discusiones sobre su existencia y preferencia que pueden debilitarlo.

(No pretendo con ello afirmar la superioridad del sistema de seguridad jurídica hipotecario español respecto del alemán o del suizo. Lo que pretendo es rechazar el simplismo de que pueda introducirse en nuestro país una forma de hipoteca propia de los mismos, sin importar su incardinación en todo el sistema normativo; más aún, sin importar la práctica histórica que tal sistema ha generado, porque es esta práctica y su estabilidad el patrimonio más cierto de todo sistema de seguridad jurídica preventiva).

Esta suma de certezas --la fe pública registral del sistema inmobiliario, y la naturaleza de derecho real de la hipoteca, asentada en los principios de causalidad y accesorio-- explica la especial protección del acreedor hipotecario en nuestro derecho, y en lo que ahora nos interesa, la facilidad de que goza para la desinversión, esto es, para la recuperación del capital invertido, lo que se traduce en un inmenso beneficio social en forma de reducción de los tipos de interés.

Tradicionalmente, más exactamente desde el año 1909, el acreedor hipotecario ha gozado de un procedimiento especialísimo para el ejercicio de su acción hipotecaria. El llamado judicial sumario del art. 131 LH. Tal procedimiento, concebido en principio al margen de los procesos de ejecución, aunque hubiera en él intervención judicial, ha sido factor determinante en el desarrollo de la hipoteca en España, y en la reducción de los tipos de interés habida cuenta de la celeridad y en consecuencia de la facilidad con la que el acreedor obtenía la recuperación del préstamo garantizado.

Por razones en las que ahora no puedo entretenerme --presiones procesalistas y dudas constitucionales-- tal procedimiento perdió su naturaleza excepcional y fue integrado por la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) 1/2000 entre los procesos de ejecución. Como consecuencia de tal asimilación al ámbito procesal de lo que tradicionalmente se venía defendiendo como expresión del valor sustantivo del derecho real de hipoteca, resultan tres características esenciales del nuevo proceso:

1.^a) Se trata de un proceso de ejecución especial. O dicho con palabras de la Ley: «De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados...», lo que constituye el capítulo V, del Título IV «De la ejecución dineraria», del Libro III «De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares».

Como consecuencia resulta obligado reconocer que es en puridad el crédito --crédito de determinada cuantía (art. 520 LEC), que conste en «título que tenga aparejada ejecución» (art. 517 LEC)-- el objeto de

la ejecución hipotecaria, bien que recayendo ésta sobre el ámbito patrimonial reservado al efecto --el bien hipotecado--.

2.ª) Que desde ese punto de vista la LEC parte de la simbiosis en la publicidad registral de crédito e hipoteca, cuando requiere, como principio general, que a la demanda ejecutiva se acompañe el título «inscrito» del crédito, y si no pudiera acompañarse tal título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca (art. 685 LEC). Por ello la propia LEC reformó el art. 130 LH para sentar que *el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo.* (Cuando hablo de «simbiosis», entiéndase bien, no estoy defendiendo la fusión del crédito hipotecario, sino que quiero decir que puesto que la inscripción de la hipoteca conlleva la publicación del crédito, la LEC toma a aquélla por éste y a la inversa.)

3.ª) Que precisamente tal simbiosis es una de las razones fundamentales esgrimidas por el Tribunal Constitucional al establecer la constitucionalidad del antiguo procedimiento del art. 131 LH, del que el ejecutivo especial es hoy continuador: «El deudor que consiente la constitución de la hipoteca goza del sistema de garantías del procedimiento registral que se proyecta desde su nacimiento por la inscripción, hasta su extinción y cancelación» (STC 41/1981 de 18 de diciembre).

En definitiva el proceso ejecutivo especial sobre bienes hipotecados se sustenta en la certeza que el derecho real de garantía atribuye al objeto --ámbito exclusivo de ejecución-- y en las certezas que los principios de causalidad y accesoriedad atribuyen al crédito, ya que su constancia registral propicia la formación del título ejecutivo excepcional.

SEGUNDO

Dos son los proyectos normativos en marcha que inciden sobre la hipoteca. El primero es el Proyecto de Ley de Concurrencia y Prelación de Créditos en caso de ejecuciones singulares, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) con fecha 8 de septiembre de 2006 (en adelante PLCPC). El segundo es el Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y Otras Normas del Sistema Hipotecario y Financiero, de Regulación de las Hipotecas Inversas y el Seguro de Dependencia y por la que se establece Determinada Norma Tributaria publicado en idéntico Boletín el 9 de marzo de 2007 (en adelante PLMMH).

A mi manera de ver del estudio conjunto de ambas normas se desprende una forma de concebir la hipoteca distinta de la que hasta ahora se ha mantenido y que he tratado de concentrar en las líneas precedentes. Este entendimiento, más o menos consciente, se puede caracterizar por tres ideas: la creditualización de la hipoteca, el oscurecimiento del crédito garantizado y la desvirtuación del rango hipotecario.

1. La creditualización de la hipoteca significa el desconocimiento de la naturaleza de derecho real de la garantía, por ponerse el acento en el carácter privilegiado del crédito. La garantía queda prácticamente reducida a la categoría de mecanismo protector del privilegio.

Es bien cierto que ya nuestro viejo Código Civil inició el camino de incluir el crédito hipotecario entre los privilegiados, pero en todo caso sin concebir que se pudiera interferir ningún otro entre el hipotecario y la finca hipotecada --salvo en el caso de hallarse garantizado por alguna de las hipotecas tácitas que impuso--. Esto aseguraba la exclusividad que es la esencia del derecho real de garantía.

Con el paso del tiempo el sentido del derecho real se va perdiendo, al compás que se pone el acento en la idea de realización de valor. Como resultado de esta visión sesgada de la hipoteca que atiende a la fase ejecutiva, su entendimiento como atribución legal de preferencia deviene inevitable. Claro es que no puede superar lo espurio de su nacimiento, ya que desde la perspectiva dogmática del «derecho de preferencias» resulta muy difícil de justificar la concesión de un privilegio legal a las Entidades financieras. Ello explica que doctrinalmente se asuma y legislativamente se empiece a imponer la existencia de preferencias superiores al crédito hipotecario («superprivilegio laboral», art. 32.1 L 8/1980 Estatuto de los trabajadores). (Explica asimismo los graves inconvenientes que se quieren hacer arrastrar a los acreedores hipotecarios para superar las situaciones concursales del dueño de la finca gravada.) Con todo aún se mantiene el principio de eficacia real de la hipoteca de que carecen tales créditos, de modo que, acaso paradójicamente, la preferencia de éstos deja de ser tal si el bien sale del patrimonio del deudor; la hipoteca es así simplemente el mecanismo protector de esta eficacia, pero no asegura la exclusividad en la vinculación del bien al crédito garantizado.

El PLCPC agudiza severamente esta línea, lo que resulta ciertamente más grave porque es ahora el propio Código Civil y no una ley especial el que desconoce a sus hijos. No podemos detenernos aquí en

la nueva organización que realiza del sistema de preferencias, de modo que limitándonos a los aspectos que más nos interesan, se debe destacar:

a) Amén de la recepción civil del superprivilegio laboral (art. 1926.2.º) se crea un nuevo crédito privilegiado preferente al hipotecario: es el salarial refaccionario, *sobre los bienes inmuebles construidos por los trabajadores mientras sean propiedad del empresario deudor* (art. 1922.1.º). No se precisan más los términos del privilegio, que probablemente se quieran encomendar a la conocida equidad distributiva de los Juzgados competentes, singularmente por lo tanto de lo Social. (No estoy en condiciones de calcular el incremento del tipo de interés con que las Entidades financieras pretenderán corregir esta eventualidad. He oído cifras alarmantes. No resulta muy social criticar la protección de los trabajadores, pero me parece que se corrige un daño aislado con un mal general.)

b) Se equiparan al crédito hipotecario *los créditos legalmente protegidos por afección análoga a la hipotecaria y que hayan obtenido consignación registral precisa* [art. 1922.4.º c)]. Hipoteca y afección legal son puestas al mismo nivel. La voluntariedad en la constitución de ámbitos de responsabilidad separada deja de tener sentido. El texto de la norma es suficientemente ambiguo para no sacar conclusiones precisas, pero debe recordarse que para la DGRN la nota de afección fiscal al margen de la inscripción de la hipoteca, producto de la autoliquidación que permite la práctica de ésta, tiene el mismo rango que el asiento «principal».

(Incidentalmente debe añadirse que ya hoy las notas marginales de indeterminada afección fiscal son uno de los elementos más perturbadores del sistema. Proliferan hasta la saciedad en los Registros como consecuencia de su aparición por cada uno de los actos inscritos. Paralizarían el tráfico jurídico inmobiliario, de no ser por una inconsciente y más necesaria y resignada que despreocupada consideración de que no son propiamente cargas. De hecho aparecen expresamente excluidas como tales a efectos del Mercado hipotecario --art. 27 de su Reglamento--, y lo mismo ha de seguirse en la práctica para las ampliaciones de hipoteca en los términos a que luego me referiré. Pero tal consideración --obligada como he dicho porque lo contrario aboca a la parálisis-- no tiene más apoyo que la Estadística, dado el escaso número de veces que las Entidades Públicas favorecidas hacen uso de tales notas marginales, momento en que despiertan todo su valor de carga quasi oculta.)

c) En el caso de concurrencia entre varios créditos garantizados con hipoteca, garantizados con anticresis y/o anotados en virtud de mandamiento de embargo, «*se satisfarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y las formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros*» (art. 1927.2.º). Es posible que el legislador sólo esté pensando en la escasa oponibilidad que concede al crédito anotado --sólo respecto de créditos posteriores a la fecha de la anotación y en ningún caso respecto de créditos con preferencia general, salvo en cuanto a estos últimos, los que consten en *instrumento público o en sentencia o laudo arbitral firmes* (art. 1922 9.º)--, pero la asimilación que se realiza entre «hipotecas» y «anotaciones» no deja de ser preocupante. Tanto más cuanto que el PLMMH hace perder como veremos el sentido social de la simbiosis a que antes me he referido entre hipoteca y crédito garantizado, de modo que cabe perfectamente entender que la pretensión del legislador es atribuir al crédito hipotecario la preferencia que resulte de su constancia registral como tal crédito (esto es, sólo desde la fecha de publicación del crédito éste adquiere oponibilidad --v. p. ej. art. 1526 párr. 2.º CC--; por ende, a partir de ahora el privilegio hipotecario), al margen de la que pueda corresponder a la hipoteca, la cual sólo se manifestará si el debate se mueve en el terreno del rango (y aun sobre éste véase lo que se dice después). De hecho incluso este último Proyecto parece contemplar la cesión separada del *crédito o préstamo garantizado con hipoteca* y de la *titularidad de la hipoteca* (art. 149 LH modif.).

2. El oscurecimiento del crédito garantizado significa la exclusión en mayor o menor medida de éste del ámbito de lo público (inscripción de la hipoteca). Se produce la desconexión formal, y por ende temporal, entre la garantía y el objeto garantizado. No obstante parece pretenderse que la sola publicidad de la hipoteca haya de servir para amparar la privacidad del crédito. Pretensión que, desde el punto de vista de los principios, puede resultar un contrasentido si se mantiene la configuración de la hipoteca como privilegio: cuanto más oculto sea un crédito menos justificada estará su preferencia; de modo que se corre el riesgo de que aquella pretensión tenga un carácter provisional, en tanto no sea contradicha por un mejor derecho declarado en debida forma.

La expulsión del crédito garantizado del ámbito de la publicidad encuentra su justificación en la flexibilidad de la hipoteca. Es axiomática por ello en la hipoteca independiente: la exclusión de la accesoriedad justifica la imposición de la hipoteca sin necesidad de la existencia del crédito. La publicidad de éste deviene por consecuencia no ya innecesaria, sino verdaderamente inadecuada por cuanto generaría confusión en la hipoteca. En resumidas cuentas la haría accesoria del crédito publicado. Debe observarse que en la hipoteca no accesoria la publicidad registral no ampara un crédito (que no es publicado), lo que tal publicidad ampara es la ejecutoriedad de la hipoteca misma --o como yo lo veo, la obligación abstracta y *ob rem* que la hipoteca comporta--, y es esta abstracción ejecutiva la que a su vez

puede (o no) amparar al crédito garantizado. Respecto de la hipoteca accesoria, carente de tal ejecutividad por sí misma, resulta difícil de mantener que del mismo asiento resulte legitimación para el ejercicio de una acción ejecutiva por razón de un crédito no publicado.

El PLMMH no ha llegado al punto de introducir la figura de la hipoteca independiente, de modo que la existencia del crédito garantizado sigue siendo intrínseca a la ejecutoriedad de la hipoteca (accesoriedad). A pesar de ello, son muchas las normas modificadas en las que se respira la exclusión de la constancia registral de tal crédito. Así:

1.º El art. 12 LH (modif.) al referirse al contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca admite ahora una doble expresión: *el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas.*

No es éste un estudio sobre la aplicación de la norma, sino de las incertidumbres que arroja sobre la naturaleza de la hipoteca. Por eso lo único que importa aquí es hacer constar la voluntad de la Ley de concebir al lado de la hipoteca en garantía de una *deuda*, a la hipoteca en garantía de un *importe de responsabilidad*, como concepto distinto. Respecto del concepto de responsabilidad hipotecaria he de remitirme a lo que diré en el apartado siguiente.

2.º En este mismo sentido se introduce un nuevo art. 153 bis LH que reitera la admisión de la hipoteca en garantía de obligación u obligaciones futuras, pero con una trascendental novedad. Ya no es necesaria la existencia de un vínculo previo, como había venido a exigir modernamente la DGRN, del que habrán de derivar aquellas obligaciones.

El nuevo precepto admite la hipoteca de máximo a favor de las Entidades partícipes del Mercado hipotecario *en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas.*

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

Expresamente contempla el mismo precepto la ejecución de esta hipoteca por medio del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, para el que *«podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.»*

Tradicionalmente se ha dicho que en las hipotecas de seguridad el título constitutivo no era título ejecutivo --de aquí la imposibilidad teórica de acudir al procedimiento judicial sumario--, dado que aquel documento no contenía en sí el crédito. Paradójicamente sin embargo, al publicarse la LEC 1/2000 no se las excluyó de la ejecución especial hipotecaria. Acaso pueda encontrarse la razón para ello en esa correlación simbiótica en la publicidad entre hipoteca y crédito a que me he venido refiriendo. La DGRN ha sido objeto de severa crítica por la restricción que ha venido a imponer a las hipotecas de seguridad, al exigir en todo caso la necesidad de la determinación de un «vínculo previo» en las obligaciones futuras que aspiraran a ser garantizadas hipotecariamente. Con ser cierto el cambio de rumbo que la misma ha implicado, no lo es menos que probablemente en ese débil hilo crediticio se halle la justificación del acceso directo de tales hipotecas al proceso ejecutivo especial. Cuando lo cierto es que tales títulos ni siquiera deberían tener acceso al ejecutivo general, desde el momento en que no son títulos de crédito.

Es de temer, dado el tenor de las normas hipotecarias establecidas por el PLMMH, que el debate sobre la admisibilidad del acceso de las hipotecas de seguridad en su nueva vertiente al «juicio ejecutivo» se reproduzca, porque no parece que la «certificación del saldo» de la entidad financiera sea suficiente para crear el «título de crédito» ejecutivo, ni que esa certificación pueda bastar por sí sola para determinar unilateralmente, con eficacia bilateral quiero decir, la «obligación u obligaciones garantizadas» en que se han materializado «la denominación (¿de?) o, si fuera preciso, la descripción de los actos jurídicos básicos de que puedan derivar aquéllas obligaciones» que constan en el título constitutivo de la hipoteca y en su inscripción registral, sin que se permita al deudor ninguna cuestión sobre la debida procedencia en la aplicación de la indeterminada garantía a concretas obligaciones.

Hoy se dice que la hipoteca flotante es una necesidad social. Se entiende por tal, pues admite otros diversos nombres, aquella que tiene por objeto garantizar un cúmulo más o menos indeterminado de obligaciones entre dos personas. Siendo la parte activa de éstas normalmente una Entidad financiera -- como así se va a exigir por el PLMMH-- se puede afirmar que viene referida a todas las obligaciones que

integran el objeto social de ésta. Desde mi punto de vista, la hipoteca flotante nos plantea un grave problema de causa, pues es necesario encontrar la justificación económico-social de una reserva de ámbito patrimonial en beneficio no propiamente de un destino, sino de una «persona». El bien hipotecado queda excluido de la responsabilidad del deudor para todos los acreedores salvo para uno y no para una obligación, sino para todas ellas. Por eso me parecería razonable que se procediera a una «causalización» legal previa, que evitara problemas de discusión sobre la justificación de la garantía en el momento de la ejecución. Respecto de deudas pasadas, cabría la admisión de la «hipoteca liquidatoria» --con tal de que el dueño no fuera ya insolvente en el momento de constituirlo, en cuyo caso, y conforme al principio general, la evitación de la rescisión por fraude exigiría que aquélla fuera dotada de alguna contrapartida onerosa, por medio de la concesión mas o menos amplia de crédito--; respecto de deudas futuras --donde se encuentra la esencia de la flotabilidad de la hipoteca--, creo que debería limitarse la constitución de estas hipotecas a la creación de tejido productivo --como por otra parte no se han cansado de reiterar las Entidades financieras que la reclamaban--, rechazándose expresamente que puedan utilizarse para financiar el consumo de las familias. No veo otra manera de justificar el contenido de derecho real de afectación exclusiva que la hipoteca representa.

Por otra parte debería acompañarse su implantación de oportunas reglas procesales de ejecución que atendieran a su naturaleza excepcional. En otro caso sin duda que inmediatamente se planteará el problema de la formación del título ejecutivo del crédito. Debate sobre la existencia de tal título que, observo además, podrá generalizarse a toda inscripción de hipoteca, dada la disociación entre ésta y el crédito que la nueva normativa respira. Sería verdaderamente grave que todo el sistema hipotecario resultara contaminado. Por descontado que lo que me parece oportuno es la previsión de la forma de determinación de la obligación u obligaciones reclamadas y su constancia registral con carácter previo al inicio del procedimiento. Como mínimo, en su defecto, debiera intercalarse un incidente declarativo sumario en el juicio ejecutivo para determinación de aquéllas y de su cuantía, mediante la regulación de una nueva causa de oposición del deudor claramente limitada a esta forma de hipoteca. Entiendo que la remisión al art. 153 LH --alegación de *error o falsedad en cuanto al saldo*-- se muestra insuficiente para resolver los problemas de constitucionalidad que puede plantear que la fijación unilateral de la «cuantía del saldo» realizada por la Entidad acreedora, sirva además para determinar ejecutivamente a qué obligaciones se refiere el mismo y que las mismas son precisamente las cubiertas por la garantía hipotecaria, sin que el deudor nada pueda decir al respecto en tal proceso.

3.º En tercer lugar me he de referir la disociación que se produce entre obligación garantizada y responsabilidad hipotecaria. Esto resulta de la reforma prevista del art. 4 de la Ley 2/1994 de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, según la cual tal modificación puede ser una ampliación de capital, sin que ello suponga la alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita excepto cuando implique un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria.

En el apartado siguiente me ocuparé de los aspectos de este precepto mas propiamente referidos al derecho real de garantía. Allí veremos cómo se sustenta sobre el entendimiento abstracto de dos conceptos, lo que son otros tantos errores de bulto: los conceptos jurídicos de responsabilidad hipotecaria y de rango.

Aquí, en el ámbito mas referido a la obligación garantizada, me interesa observar que, de mantenerse el precepto, su naturaleza se diluye en la ambigüedad de una cifra económica, la cifra de responsabilidad. Al tercero no afecta ya el crédito del deudor, sino la cuantía de la esta responsabilidad, porque aquél ha podido ser objeto de ampliación sin que en el Registro conste, e incluso tal ampliación podrá producirse con posterioridad a la adquisición e inscripción o anotación que este tercero haga de su derecho, viéndose pues afectado por la posterior publicidad registral, sin sujeción a plazo según parece, que en uno u otro caso de la ampliación se haga, con tal de que no se exceda de la expresada cuantía de responsabilidad. (Es de suponer que al tercero de dominio sólo podrá afectar la ampliación previa a su adquisición --inscrita [?]-, no significando la norma una reserva para el anterior dueño del derecho a colmar la cifra de responsabilidad, cuyo préstamo se hubiera reducido, mediante la correspondiente ampliación de capital, a no ser que el comprador haya retenido o descontado el total importe de aquélla --art. 118 LH--. En fin, aguas pantanosas en las que mejor no adentrarse.)

El único límite ahora impuesto es que *«En ningún caso será posible hacerlo --no se sabe muy bien si la modificación o la no pérdida de rango-- cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores»*.

(Como ya he expresado no me ocupo aquí de la aplicación de la norma, sino de las incertezas que transmite. No obstante, debo decir que no está prevista la constancia registral de petición de información, sino en todo caso el mandamiento judicial en que se exprese el importe actual de la deuda, según información facilitada por el acreedor, art. 657 LEC.)

La paradoja se encuentra en que no por ello la hipoteca deja de ser accesorio. No cabe la ejecución

hipotecaria por la cifra de responsabilidad; debe en todo caso existir un crédito que será objeto de ejecución. No es el caso de la hipoteca independiente en la que la inscripción garantiza la eficacia ofensiva de lo inscrito --hipoteca directamente ejecutiva u obligación abstracta de pago, según se entienda--, sino que se pretende que tal eficacia ampare lo no inscrito -crédito-. El peligroso resultado de todo ello es la lógica de defender que lo que no se ha calificado en la constitución, debe calificarse en la ejecución.

Insisto en que lo me preocupa es que si en el Registro de la propiedad la obligación se transforma en una abstracta cifra de responsabilidad, la conversión de la misma en el proceso ejecutivo en un crédito causal, razonablemente llevará consigo la pretensión de descifrar en este proceso la naturaleza y circunstancias de tal obligación, y la preferencia que de las mismas deba resultar.

3. La desvirtuación del rango hipotecario es el resultado inevitable de la modificación que resulta del indicado art. 4 L 2/1994. Dice así el precepto en la parte que nos interesa:

«2. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el art. 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:

i) la ampliación o reducción de capital;

ii) la alteración de plazo;

iii) las condiciones de tipo de interés pactado o vigente;

iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo;

v) la prestación o modificación de las garantías personales.

3. Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria, y se harán constar en el Registro mediante nota al margen (lo que ya se ha demostrado físicamente imposible según el modelo actual de Libros, con mayor motivo ahora) de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores».

El precepto significa que la ampliación del capital del préstamo garantizado por la hipoteca, siempre que con tal ampliación no se exceda de la cifra de responsabilidad hipotecaria --es decir, por principio, debe reconocerse previamente la amortización parcial de aquél préstamo--, implica legalmente la conservación del rango de la hipoteca. El rango es, pues, una atribución legal que se confiere a la cifra de responsabilidad. Por debajo de ella, no hay pérdida aunque el capital del préstamo se amplíe. Por encima de ella, el rango se pierde legalmente.

La razón de ser, que no el fundamento jurídico de la norma, debe encontrarse en la concepción de la ampliación de hipoteca por la DGRN (RR de 9 y 17 de enero y 18 de junio de 2002) que vieron en ella un mero problema de mejor derecho al cobro, que sería distinto según se tratara del préstamo primitivo o de su ampliación. A tenor de las mismas parece que procedería diferenciar en los asientos de ampliación de hipoteca la cifra de préstamo pendiente del inicial y la cifra de ampliación, pues podría haber terceros posteriores al primero que sería preferentes a la segunda. A tal galimatías trata de dar solución la reforma hipotecaria llevada a cabo a través de la modificación de la Ley de subrogación y modificación. Por debajo de la cifra de responsabilidad no hay pérdida de rango, no hay diferenciación entre el préstamo y su ampliación.

Sin embargo, la preferencia entre créditos es algo que se decide en el momento de la ejecución, y no cabe descartar que el rango quede así convertido en una mera atribución formal de preferencia procesal, sin consecuencias de eficacia sustantiva, puesto que si lo que debe decidirse es el mejor derecho al cobro, esto se declarará en el procedimiento correspondiente.

Como ya expresé antes el planteamiento de la norma se sustenta en dos errores de bulto: la atribución de categoría conceptual a la llamada responsabilidad hipotecaria y la atribución de categoría legal al rango hipotecario. Ambos errores deben ser desmontados para comprender los riesgos que pueden conllevar para la hipoteca.

La responsabilidad hipotecaria no es un concepto jurídico distinto de la obligación garantizada. Es meramente la cuantificación de ésta. Además en el sentido más clásico de la hipoteca, sólo opera en el caso de existir terceros; entre partes debía entenderse que la hipoteca cubría toda la obligación, es decir, todas las consecuencias económicas que en caso de insatisfacción de la obligación se reconocieran en

beneficio del acreedor. Por eso, en principio, la fijación de cifras se requiere tan sólo para las responsabilidades accesorias por razón de intereses, de demora, de costas..., es decir, por conceptos que generan cantidades indeterminadas. El crédito está cuantificado por sí mismo. Solamente cuando se viene a admitir la garantía de obligaciones inciertas se exige a cambio que se cuantifique el crédito garantizado, esto es, que se fije una cifra máxima de responsabilidad, lo que no quiere en absoluto decir que ésta sea un concepto autónomo garantizado, puesto que nunca vendrá cubierta por encima del real importe del crédito.

Por consecuencia en un sistema de accesoriedad, la responsabilidad hipotecaria se reduce por sí sola si se reduce (amortiza) el capital del préstamo. Ninguna declaración es necesaria al respecto. Una cosa es que en tanto no se haga constar tal reducción en el Registro no puede reconocerse obviamente a la misma los efectos de la publicidad registral (art. 144 LH). Y otra muy distinta es que, reconocida tal reducción o amortización por el acreedor, la reducción de la cifra de responsabilidad va de suyo. Lo mismo hay que decir en las hipotecas de seguridad: la reducción del crédito es reducción de la cifra de responsabilidad; la única diferencia con las primeras, llamadas de tráfico, es que en ellas no opera el art. 144 LH, la falta de publicación de la reducción no afecta a tercero.

Lo que no va de suyo es la «cancelación parcial» de la hipoteca, que requiere un consentimiento expreso del acreedor (arts. 122 y 125 LH); salvo que se trate de hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador, en que se concibe como derecho del deudor o dueño (art. 156 LH). Pero la cancelación parcial no es como comúnmente se entiende con craso error la reducción parcial de la cifra de responsabilidad --que opera insisto automáticamente, a reserva de su posible ineficacia respecto de terceros por falta de constancia registral en las hipotecas de tráfico--, sino la liberación de alguno o de alguna parte de los bienes hipotecados. (Esto es, por ejemplo, si se ha pagado un veinte por ciento del préstamo, se puede «cancelar parcialmente» la hipoteca liberando el veinte por ciento de la finca hipotecada, o liberando totalmente alguna de las fincas hipotecadas cuyo importe de responsabilidad hipotecaria equivalga a ese veinte por ciento, pero que la «responsabilidad hipotecaria» se ha reducido en el mismo veinte por ciento en que se ha amortizado el principal, es en nuestro sistema hipotecario una literal perogrullada. El art. 156 LH expresa las distintas posibilidades de la cancelación parcial, todas ellas obviamente referidas a las fincas: liberación de alguna finca hipotecada cuya responsabilidad sea inferior a la parte de crédito satisfecha, o liberación parcial de todas las fincas, a prorrata o en proporción a las respectivas responsabilidades. Por su clásica cabeza no pasa el absurdo de confundir la reducción del crédito, ergo responsabilidad, con la cancelación parcial.)

Existe una confusión generalizada en la materia y toda ella procede de la presunta autonomía conceptual de la responsabilidad hipotecaria. Se alude al principio de integridad (art. 122 LH) --que establece la hipoteca subsistirá íntegra mientras no se cancele aunque se reduzca la obligación garantizada-- y a un encubierto consentimiento formal (art. 179 RH) --aun cuando se haya satisfecho el crédito, no se cancelará la hipoteca sin consentimiento expreso del acreedor--, para justificar la autonomía (¿crediticia?) de la responsabilidad hipotecaria, prefiriendo la belleza de la especulación al rigor de los conceptos. El principio de integridad viene claramente referido a la finca, no al crédito, y su consecuencia es la necesidad expresa de consentimiento del acreedor para la liberación de parte de ella, en caso de reducción parcial, como he explicado en el párrafo anterior. Si la reducción es total, ya no opera obviamente el principio de integridad, el consentimiento cancelatorio es un acto debido, mas aún, es un acto que se limita a constatar públicamente la extinción de la garantía por accesoriedad, y su introducción en la reforma reglamentaria de 1947 únicamente tuvo por objeto solventar las dudas sobre el documento acreditativo de la extinción del crédito, en ningún caso la creación de una obligación separada del crédito, encarnada por la cifra de responsabilidad, verdadera subversión de nuestro causalista y accesorio sistema hipotecario, para lo que no tenía ni intención ni rango legal adecuado. Otra cosa, completamente distinta vuelvo a repetir, es que mientras no conste en el Registro la reducción total o parcial del crédito pueda ser aplicable el art. 144 LH.

Pues bien, aquellas RR DGRN y esta doctrina, al identificar cancelación parcial, necesitada de consentimiento expreso, con reducción de la cifra de responsabilidad, han propiciado la práctica de distinguir en las escrituras de ampliación de hipoteca entre la cifra de capital debido y la cifra de responsabilidad hipotecaria. El paso simultáneo siguiente es entender que la hipoteca garantiza la cifra de responsabilidad, aunque no se deba (???) y la consecuencia que ahora quiere obtener la norma es que la ampliación del préstamo primitivo no altera el rango de la hipoteca pues no se excede de la cifra que ya estaba garantizada. La hipoteca cubre pues una abstracción económica. Ahora bien no por ello la hipoteca deja de ser accesorio, ya que en principio no se contempla que aquella abstracción conlleve de por sí la ejecución; en todo caso sigue siendo necesario el crédito. Si éste no se conforma en fase constitutiva, habrá de hacerse en fase ejecutiva.

El rango es concebido así como una atribución legal. Queda desconectado del negocio jurídico para tener carácter formal. El peligro es evidente: como todos los formalismos, su sustantividad es meramente provisional.

La generalizada afirmación de que el rango hipotecario es una circunstancia que atribuye el Registro de la propiedad en función de la fecha de presentación del título correspondiente en sus libros, constituye, aun teniendo un matiz de verdad, un error de considerables proporciones.

Si por rango de un derecho entendemos, como tradicionalmente se ha entendido, la situación registral que permite la exclusión de otros derechos, sea ésta definitiva en caso de derechos incompatibles, como el dominio, o quede suspendida hasta el momento en que surja tal incompatibilidad, como en la hipoteca, en cuyo caso el rango expresa el orden de tales futuras exclusiones (purga), debe colegirse que el rango es siempre y en todo caso una atribución de las partes para las partes. Otra cosa bien distinta es que para que esa atribución se acomode a sus deseos es imprescindible que se respeten las reglas de la publicidad registral.

El rango es el grado de oponibilidad de los derechos. Pertenece pues a la autonomía de la voluntad: la misma que determina la constitución del derecho determina el rango para tal derecho querido.

La prioridad es el orden de la publicidad registral. Pertenece al ámbito de la Ley, que lo ha establecido en la fecha de presentación del título en el Registro de la propiedad. No es en absoluto negociable.

Mejor rango exige mejor orden de publicidad registral, esto es, anterior presentación en el tiempo. Pero cuando todos los interesados deciden mejorar el rango de un derecho presentado posteriormente respecto de otro presentado anteriormente, están negociando sobre el derecho, no sobre la prioridad.

El rango de la hipoteca ha pertenecido hasta ahora a la naturaleza del derecho real: su capacidad de purga de cargas posteriores; por consecuencia, capacidad de asegurar al acreedor la exclusividad en la vinculación del bien hipotecado. Nada tiene que ver pues con la preferencia del crédito, ésta es la expresión de un mejor derecho al cobro en el supuesto de pretensiones colectivas. Pretensiones colectivas que por esencia no habrían de concebirse en la hipoteca, ya que ésta quiere garantizar la exclusividad, la relación directa entre el bien hipotecado y el crédito garantizado.

Como ya expresé antes ningún precepto del Código Civil impone la extinción de la garantía en el caso de modificación de la obligación garantizada, al contrario, consentida ésta por todos los afectados, la subsistencia es la regla. (El principio de accesoriedad se define por la normas, no por apriorísticos esquemas dogmáticos.) Por consecuencia ninguna norma impide a las partes garantizar la ampliación de la obligación garantizada --resultante de lo que es a todas luces un nuevo préstamo-- con la misma hipoteca que garantizaba la obligación primitiva. El rango en consecuencia --inevitavelmente por un lado y voluntariamente querido por otro-- es el mismo que tuviera la hipoteca. En el sentido propio del derecho real, la hipoteca no sufre modificación alguna. Una es la obligación resultante querida por las partes y una es la hipoteca que la garantiza.

Lo que me parece jurídicamente incoherente es esa pretensión de la Ley de imponer a las partes una forma de voluntad --«modificativa»-- para comprender, en todo caso, la constitución de una obligación nueva, como es el nuevo préstamo que amplía el anterior. Incoherente y probablemente inoperante, porque entiendo evidente que tal declaración legal se debe hacer «sin perjuicio de tercero». El riesgo puede radicar precisamente en el momento en que este «sin perjuicio» debe o puede manifestarse.

Es la confusión de la hipoteca con la realización de valor y en consecuencia con el crédito, la que genera la imposibilidad de concebir dos créditos hipotecarios iguales de distinta fecha. Nuevamente hay que retornar a la idea de la hipoteca como patrimonio de destino, para comprender que ningún principio dogmático impide a priori que el destino de ese patrimonio se amplíe para comprender una nueva obligación que se fusiona con la primeramente garantizada.

Ahora bien, en tal caso si con posterioridad a la hipoteca ampliada existieran otras cargas, son evidentes dos cosas.

Primera, que la ficción de la novación modificativa de la obligación sólo opera, como ha dicho hasta la saciedad el Tribunal Supremo, *inter partes*, por lo que no puede imponerse al tercero titular de la carga posterior tal modificación. Se revelan las dos obligaciones. Segunda, que en el caso en que se pensara en la existencia de una nueva hipoteca, respecto de la parte ampliada, ésta no puede tener el mismo rango que la primera.

No cabe pensar en consecuencia sino en la imposibilidad de inscripción de la ampliación, salvo que obviamente todos los interesados, incluidos por tanto los titulares de las cargas intermedias, negocien sobre el contenido de sus derechos, lo que incluye desde luego el rango de éstos.

Lo que ha ocurrido es que aquellas RR DGRN confundieron radicalmente la cuestión, planteando el problema de la ampliación como un problema de preferencia, de mejor derecho al cobro. El titular de la

hipoteca ampliada cobraría con preferencia al titular de la carga intermedia el importe primitivo de la hipoteca, pero éste último sería preferente respecto del primero en cuanto a la cantidad de la ampliación. El PLMMH viene a resolver este problema, atribuyendo a la parte ampliada la misma preferencia de cobro que tenía el préstamo primitivo, es decir, en el erróneo entendimiento heredado, «sin pérdida de rango», siempre que no se exceda de la cifra garantizada (?) de responsabilidad hipotecaria.

Desde tal planteamiento resulta absurdo pensar que en nuestro causalista sistema, el rango vaya a preservar la exclusividad de la sujeción inmobiliaria, especialmente en el caso de que la misma sea contradicha por la existencia de cargas intermedias entre la hipoteca y su ampliación (en tanto no conste la petición de información sobre la cantidad pendiente), que además pueden publicar la existencia de créditos privilegiados, aunque su preferencia sea general --esto es, que se trate de anotaciones preventivas de embargo, o por créditos salariales o públicos, o por alimentos, o por indemnizaciones (comprendidos en el art. 1924 CC modif. PLCPC)--. El resultado inevitable es que, en todo caso, la prioridad entre las cargas pierde su sentido real y se convierte en una preferencia personal, una cuestión de mejor derecho al cobro, que habrá de ejercitarse en el procedimiento ejecutivo correspondiente. (No debe desconocerse que el nuevo sistema es en buena medida copia de la «recargabilidad» de la hipoteca introducida en el derecho francés por la Ordonnance núm. 2006-346 de 23 de marzo de 2006 relativa a las garantías. Resulta sorprendente que se copie un sistema de oponibilidad, carente de fe pública, incapaz de asegurar la naturaleza de derecho real de hipoteca, y en el que ésta es por lo tanto reconocidamente un mero crédito privilegiado. De donde se debe saber que el porcentaje de «crédito caución» excede con mucho al porcentaje de crédito hipotecario.)

Podrá decirse que es razonable pensar que la Entidad financiera se abstendrá de ampliar el capital en el caso de que la existencia de cargas posteriores a la hipoteca hagan peligrar su preferencia. Pero de lo que aquí me ocupo es de los riesgos de desequilibrio para el sistema, y tal argumentación no hace sino ampliarlo. Aunque no sea pretensión de la norma es previsible que efecto de la misma sea que los créditos no se extingan totalmente, sino que permanezcan reducidos hasta un límite razonable, el que justifique la comisión de mantenimiento, en espera de futuras «ampliaciones de capital», con oportunas prórrogas de plazo. La riqueza inmobiliaria del país queda así reservada a las Entidades financieras. Ya he recibido alguna escritura de ampliación de préstamo que refleja la filosofía de la nueva norma; en ellas se dice que el préstamo inicial es objeto de modificación quedando fijado ahora en una cantidad superior. Ninguna «causa» se alega para tal modificación; es difícil no presentir problemas de encaje en nuestro causalista y accesorio sistema, más aún por la finalidad de mero consumo que tales «modificaciones» suelen representar, de modo que sus méritos son escasos para elevarse en la escala de los privilegios, de no venir cubiertas por el manto de la exclusividad hipotecaria. (Y es difícil encontrar para ello, la justificación económico-social de tal reserva hipotecaria indefinida, por más que venga determinado el máximo de «responsabilidad hipotecaria».)

En conclusión, la hipoteca pierde su sentido de derecho real para configurarse como afección privilegiada. La obligación garantizada tiende a difuminarse y a ser excluida de la publicidad registral. Las dudas constitucionales sobre el juicio ejecutivo especial podrán reproducirse. La hipoteca no asegura la exclusividad, por lo que queda sometida en todo caso al debate sobre la preferencia del crédito asegurado. Hoy mismo ni doctrina ni jurisprudencia (v. p. ej. SSTs de 27 de octubre de 1983, 23 de marzo de 1988, 10 de julio de 1989, y 20 de diciembre de 1988, ésta de la Sala de lo Social; asimismo el Auto de la Sala de Conflictos de Competencias de 17 de diciembre de 1994) rechazan frontalmente la posibilidad de «tercerías de mejor derecho» en el juicio ejecutivo especial contra bienes hipotecados, como manera de dar salida al superprivilegio salarial, si bien de momento limitado a éste. Abierta la herida en profundidad con el añadido de los créditos salariales refaccionarios (art. 1922.1 PLCPC), es seguro que hurgarán en ella los titulares de créditos postergados por una hipoteca de objeto oscurecido, animados sin duda porque la preferencia entre los créditos hipotecarios y anotados se decide «conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y las formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros» (art. 1927.2. PLCPC), fecha que literalmente va referida al crédito, no a la hipoteca.

Este trabajo se concibió sobre la base del Anteproyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario que el Ministerio de Economía y Hacienda sometió a Audiencia Pública con fecha 27 de octubre de 2006. La aprobación del PLMMH contiene algunas modificaciones sobre aquél que he ido introduciendo en el texto.

Sin embargo otras de ellas obligan a abrir dos nuevos apartados porque el panorama de incertezas adquiere nuevas direcciones: la desnaturalización del juicio ejecutivo especial y la alteración del sistema registral.

4. La desnaturalización del juicio ejecutivo especial viene propiciada por la reforma del art. 130 LH, antes citado, que pasa ahora a decir que «*El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre las bases de los*

extremos contenidos en el asiento y en el título respectivos», de modo que se suprimen las palabras, referidas al asiento registral, «dado su carácter constitutivo», y se añade el «título» como elemento definidor de los extremos en que debe basarse el procedimiento.

Como digo esta reforma no aparecía contemplada en el Anteproyecto sometido a audiencia pública, ni el Proyecto contiene en su Exposición de motivos razón alguna que la justifique.

De entrada hay que suponer que el «título respectivo» es la escritura pública que causa la inscripción de la hipoteca. Como ya he dicho tal escritura no constituye necesariamente, y menos ahora, el «título de crédito», pero no parece que la norma se quiera referir a éste, sino a la primera por ser ésta la que contiene los «extremos» relacionados con la hipoteca; aunque nada es demasiado seguro en una norma de razones tan poco claras.

Antes me he referido a las circunstancias que han propiciado la existencia en nuestro Derecho de un proceso tan singular como es el «procedimiento de ejecución directa contra bienes hipotecados». Sobre el éxito de tal procedimiento y en consecuencia de su influencia en la reducción de los tipos de interés no procede ahora extenderse más; tan sólo apuntar de nuevo la prudencia que debe tenerse a la hora de dictar cualquier norma que le afecte. Porque además es un proceso se halla en el filo de la inconstitucionalidad, dado lo cerca que se encuentra la limitación de las causas de oposición del deudor de generar su «indefensión».

Esta limitación de «excepciones» alegables por el deudor puede calificarse de verdadera «abstracción procesal ejecutiva», por la remisión de todas las «causas» que no sean las específicamente admitidas (art. 695 LEC), «*incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda*», al «*juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento*» (art. 698.1 LEC). Como tal su incardinación en un sistema de causalidad y accesoriad es verdaderamente excepcional.

Ello se ha justificado, como antes expresé, en el rigor del sistema que culmina en la inscripción de la hipoteca. Fijación auténtica de hechos y voluntades y calificación y publicidad registral propician la admisión de un «título ejecutivo» que justifica la excepcionalidad. Elemento asimismo fundamental para tal justificación es la circunstancia de que la ejecución se concreta a los «bienes especialmente hipotecados».

El carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca, que la reforma del precepto parece querer poner en solfa, ha dado a todo el sistema inmobiliario una estabilidad tan profunda, arraigada y beneficiosa que la pretensión a estas alturas de desconocerla resulta ciertamente patética. La constitutividad no es tanto, en mi opinión, el resultado de una imposición legislativa (art. 1875 CC, puede decirse que sobre la misma Ley hipotecaria), cuanto elemento estructural básico en la organización de la sociedad. La publicidad es consustancial a los patrimonios de destino, en cuanto vienen a derogar el principio básico de la *par conditio creditorum*. Toda limitación de responsabilidad exige intrínsecamente su publicidad.

Es constitutiva la inscripción de la hipoteca porque sólo ella justifica la vinculación de la finca al crédito. Sólo el derecho real es objeto de inscripción, pero la determinación del «destino» a que se sujeta el inmueble implica la publicidad del crédito. Tal vinculación preordena las circunstancias del juicio ejecutivo especial, en el que el crédito insatisfecho es realizado sobre el patrimonio de afectación. De aquí que la base del procedimiento sea necesariamente el asiento registral.

En las páginas que anteceden me he ocupado de los riesgos de desconexión entre hipoteca y crédito, y de las perniciosas consecuencias que de la falta de publicidad del crédito podrían derivarse en el ámbito procesal ejecutivo. Los riesgos que para el sistema resultan de la nueva redacción propuesta para el art. 130 LH son de una entidad más alarmante. Toda la delicadeza de su justificación histórica desaparece.

No es ya una vinculación real la que procura una ejecución privilegiada (si no en cuanto al contenido, sí desde luego en cuanto al ámbito). Es toda una relación negocial, no depurada en cuanto a sus aspectos reales, la que se viene a considerar base del procedimiento --compartida si se quiere con el «asiento registral», en términos no aclarados--. Difícil resulta pues, en el orden de los principios, el mantener el carácter estrictamente ejecutivo del mismo, sin ningún incidente declarativo --en el que probablemente la sumariedad carezca de justificación- en el cual quepa la discusión sobre la naturaleza y contenido de aquélla. Máxime cuando tal «relación negocial» permanece en el ámbito de lo privado, sin que exista además en ningún caso certeza de que la misma no se haya visto alterada o modificada por otra relación negocial, acaso realizada igualmente en documento público, pero igualmente privada.

5. La alteración del sistema registral parece ser el resultado previsto por la introducción de un segundo párrafo al art. 12 LH.: «*En el Registro de la propiedad sólo podrán inscribirse las cláusulas del contrato de préstamo o crédito o cualquier otra obligación garantizados con hipoteca previstas expresamente por*

la Ley».

Esta alteración podría leerse en un doble sentido. Como expansión del ámbito de la publicidad registral, ya que en el Registro de la propiedad únicamente son objeto de inscripción las «cláusulas del contrato» con trascendencia real, es decir, aquéllas que vienen a conformar el derecho real de hipoteca; entendido de esta manera el precepto permitiría la consignación registral de obligaciones personales como consecuencia de la «inscribibilidad legal» ahora prevista. (Aunque la norma no precisa si como consecuencia tales obligaciones pasan a tener oponibilidad real.) O en segundo término, como reducción del ámbito de la publicidad registral, que exigiría ahora no sólo que la cláusula del contrato tuviera trascendencia real, sino además declaración legal de inscribibilidad. (Lo que no precisa en este caso la norma es la oponibilidad real que quepa ahora atribuir a las cláusulas con trascendencia real no declaradas inscribibles y por lo tanto no publicadas.)

A tenor de la Exposición de motivos parece que la pretensión de la norma es esta segunda, de modo que la inscribibilidad de la hipoteca se ha reducido a lo que el primer párrafo del mismo art. 12 LH (modif.) contempla, y demás circunstancias que otra Ley pueda considerar oportunas. Desde luego no se expresan cuáles son las razones que debe valorar la Ley para declarar una circunstancia inscribible, ni las consecuencias que tendría en tal caso su no inscribibilidad. Ni se expresa tampoco qué eficacia vaya a tener respecto de tercero las cláusulas declaradas no inscribibles; si pasan a afectarle no obstante su falta de publicidad, y en tal caso cómo puede estar seguro de cuáles son las que le afectan, por no estar ulteriormente modificadas. A lo sumo parece que la única precisión legal es que tal añadido de última hora debe ponerse en relación con el otro a que me he referido en el punto 4 anterior, de modo que son estas cláusulas legalmente ocultas base del procedimiento de ejecución hipotecaria, en unión de las que el Registro publica.

Evidentemente se trata de un nuevo sistema inmobiliario, cuya novedad y esoterismo hace inútil cualquier opinión de los no iniciados.

El Registro de la propiedad español tiene la particularidad, hasta ahora, de ser un sistema de «inscripción». Ni transcripción ni encasillado. Ello aporta la indudable ventaja de permitir a las partes una mayor libertad en la configuración de los derechos reales, circunstancia de la que indudablemente el proceso ejecutivo hipotecario se ha beneficiado, y se acomoda mejor al rechazo en la estandarización de los productos hipotecarios que es perceptible en el ámbito de la Unión Europea (según las respuestas al Libro verde al que me referido al principio de estas líneas). Como contrapartida exige una mayor preparación y delicadeza en la depuración de los contenidos reales del derecho. Esta depuración conlleva, quizá inevitablemente, diferencias de planteamiento, seguramente más de forma que de fondo, entre los distintos Registradores de la propiedad. Tal parece que a las agencias de valoración de la calidad de las emisiones de títulos hipotecarios preocupa las consecuencias que la exclusión de la publicidad registral de determinadas cláusulas pueda tener para el valor de la hipoteca, como cobertura de aquéllas. Es posible que tal preocupación obedezca a un deficiente conocimiento del sistema jurídico inmobiliario español, pero con todo es indudable que la seguridad jurídica se vería reforzada si existiera una previsibilidad de idéntico tratamiento registral en toda España para los mismos productos hipotecarios. Tal circunstancia no debería pasar a mi modo de ver por la exclusión de la calificación registral de todo o parte del clausulado --«condiciones financieras»--, como para este Proyecto de reforma proponen las Entidades acreedoras, porque ello habría razonablemente de tener su repercusión en las causas de oposición del deudor en el proceso ejecutivo, sino en la profundización de los códigos de autorregulación de los Registradores de la propiedad --como cuerpo que tiene asignado colectivamente esta faceta de la seguridad jurídica inmobiliaria--, que hagan prevalecer las consideraciones colectivas sobre las individuales.