



LA ARMONIZACIÓN DE LOS DERECHOS REALES EN EUROPA Héctor Simón Moreno

ISBN: 978-84-693-9434-2

Dipòsit Legal: T.68-2011

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tesisenxarxa.net) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tesisenred.net) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tesisenxarxa.net) service has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized neither its spreading and availability from a site foreign to the TDX service. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service is not authorized (framing). This rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



Universitat Rovira i Virgili

**Departament de Dret Privat, Processal i Financer de la Facultat de
Ciències Jurídiques**

Tesis Doctoral

LA ARMONIZACIÓN DE LOS DERECHOS REALES EN EUROPA

Sr. Héctor simón Moreno
Becari Predoctoral URV

Director:
Dr. Sergio Nasarre Aznar

Tarragona, 2010

“La armonización de los derechos reales en Europa”

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS	11
II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES	13
III. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y CATALANA	27
IV. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN EXTRANJERA, COMUNITARIA E INTERNACIONAL	31
V. LISTA DE TABLAS	37
VI. LISTA DE FIGURAS	37
VII. HIPÓTESIS Y METODOLOGÍA / HYPOTHESIS AND METHODOLOGY	38
PARTE I. Proceso y bases para la armonización de los derechos reales en Europa	55
CAPÍTULO 1º. Los derechos reales: concepto a la luz de su evolución histórica	55
I. Cuestiones introductorias y metodológicas.....	55
II. Evolución histórica de los derechos reales.....	57
1. Breves notas de los derechos reales en los ordenamientos jurídicos español y catalán.....	57
1.1. Derechos reales sobre bienes inmuebles.....	57
1.2. Derechos reales sobre bienes muebles.....	62
2. Los orígenes de los derechos reales: el derecho romano.....	63
2.1. Las etapas del derecho romano.....	64
2.2. La época arcaica o pre-clásica.....	64
2.3. La época clásica.....	66
2.4. La época post-clásica.....	72
2.4.1. El derecho pre-Justiniano: el derecho romano vulgar.....	72
2.4.2. El derecho Justiniano: el <i>Corpus Iuris Civilis</i>	74
3. Su conceptualización en el <i>Ius Commune</i>	80
4. Su distinta evolución y recepción en los ordenamientos jurídicos europeos.....	85
4.1. En el derecho angloamericano.....	85
4.1.1. Introducción: <i>real</i> y <i>personal property</i>	85
4.1.2. Los derechos reales sobre bienes inmuebles.....	87
4.1.2.1. En la época medieval.....	95
4.1.2.2. Las <i>Acts</i> de 1925.....	95
4.1.2.3. La <i>Land Registration Act</i> de 2002.....	104
4.1.3. Los derechos reales sobre bienes muebles.....	110

Índice

4.1.3.1. En la época medieval.....	110
4.1.3.2. En la época actual.....	112
4.2. En los sistemas de derecho civil.....	119
4.2.1. En el ordenamiento jurídico español.....	119
4.2.1.1. El período visigótico-musulmán.....	119
4.2.1.2. La recepción del <i>Ius Commune</i>	120
4.2.1.3. De las partidas al código civil español.....	122
4.2.2. En el Derecho alemán.....	126
4.2.2.1. En la época medieval y moderna.....	126
4.2.2.2. El derecho real a la luz del BGB.....	128
4.2.2.2.1. Introducción al Derecho alemán.....	128
4.2.2.2.2. Derechos reales sobre bienes inmuebles.....	130
4.2.2.2.3. Derechos reales sobre bienes muebles.....	133
III. Conclusiones.....	136
1. Esquema comparativo.....	136
2. Aproximación al concepto de derecho real.....	138

CAPÍTULO 2º: Situación actual de la armonización de los derechos reales en Europa..... 145

I. Introducción.....	145
1. La competencia de la UE en materia de derechos reales.....	146
1.1. La competencia para alcanzar un mercado común o interior.....	146
1.2. Breve referencia a las libertades comunitarias.....	149
1.3. El artículo 345 del TFUE.....	150
1.3.1. Alcance respecto a los Estados miembros.....	153
1.3.2. Alcance respecto a la UE.....	159
1.4. Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.....	167
1.4.1. El principio de subsidiariedad.....	167
1.4.2. El principio de proporcionalidad.....	176
2. Iniciativas de la UE en el derecho secundario.....	178
2.1. La restitución de bienes culturales.....	178
2.2. La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.....	181
2.3. Los procesos y concursos paneuropeos.....	185
2.4. Los acuerdos de garantía financiera.....	191
2.5. El embargo de activos bancarios.....	194
2.6. El derecho de aprovechamiento por turnos.....	195
2.7. El Libro Verde de sucesiones y testamentos.....	198
2.8. La protección del suelo y el mercado interior del gas y la electricidad.....	200
2.9. La propiedad intelectual.....	201
2.10. El Libro Blanco del mercado hipotecario.....	204
3. Los derechos reales en el Derecho internacional.....	205
4. Los derechos reales en el Derecho internacional privado.....	209
5. El estudio de la armonización de los derechos reales por la doctrina científica.....	211
5.1. El marco común de referencia. La preeminencia del derecho de contratos en la armonización del Derecho privado europeo.....	211
5.2. Los grupos de investigación europeos en materia de derechos reales.....	219
5.2.1. El grupo de Trento.....	219

Índice

5.2.1.1. Descripción y metodología	219
5.2.1.2. Estado actual. Conclusiones	222
5.2.2. El grupo de investigación de la eurohipoteca	224
5.2.2.1. Descripción y metodología	224
5.2.2.2. Estado actual. Conclusiones	225
5.2.3. El instituto universitario de Florencia	226
5.2.3.1. Descripción y metodología	226
5.2.3.2. Estado actual. Conclusiones	227
5.2.4. EULIS	228
5.2.4.1. Descripción y metodología	228
5.2.4.2. Estado actual. Conclusiones	231
5.2.5. El <i>Study Group on European Civil Code</i>	232
5.2.5.1. Descripción y metodología	232
5.2.5.2. Estado actual. Conclusiones	233
5.2.6. Los <i>ius commune casebooks</i>	233
5.2.7. <i>Flexibilität der Grundpfandrechte in Mitteleuropa</i>	234
II. Conclusiones	235

CAPÍTULO 3º. Bases para una armonización de los derechos reales en Europa

I. El denominado “sistema de propiedad”	243
II. La identificación de la propiedad y de los derechos reales en clave europea	248
1. La propiedad absoluta civilista y la posesión angloamericana relativa. <i>Building bridges</i>	248
1.1. La relación del individuo con la cosa: la propiedad y la posesión en los bienes inmuebles	248
1.1.1. En los sistemas de derecho civil	249
1.1.2. En el derecho angloamericano	254
1.1.2.1. La doctrina del <i>seisin</i>	254
1.1.2.2. La doctrina de los <i>estates</i>	256
1.1.2.3. El rol de la posesión en el Derecho inglés	260
1.1.2.4. La doctrina del <i>relative title</i> tras la promulgación de la LRA 2002	266
1.1.2.5. La titularidad de la Corona tras la LRA 2002	269
1.2. La propiedad y la posesión en los bienes muebles	272
1.3. El rol de la equidad	273
1.3.1. Historia y concepto	273
1.3.2. Alcance de la equidad en los bienes inmuebles	280
1.3.3. Alcance de la equidad en los bienes muebles	281
1.4. El <i>trust</i>	282
1.4.1. Introducción	283
1.4.2. La competencia de la UE en relación al <i>trust</i>	288
1.4.3. La estructura del <i>trust</i>	288
1.5. Conclusiones	293
2. El contenido de la propiedad y de la posesión en una armonización europea	296
2.1. La Convención Europea de Derechos Humanos	296

Índice

2.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE	299
2.3. La doctrina inglesa.....	301
2.4. La doctrina continental.....	303
2.4.1. La concepción utilitarista de la propiedad	308
2.4.2. La concepción de la <i>unified value</i>	309
2.4.3. El marco común de referencia	309
2.5. Conclusión: el alcance del derecho de propiedad	313
2.6. Conclusión: el alcance de la posesión.....	319
2.7. El <i>commonhold</i> vs propiedad horizontal	329
3. Los criterios de identificación de los derechos reales en cosa ajena	332
3.1. Sobre bienes inmuebles	333
3.1.1. <i>Leasehold</i> vs arrendamiento.....	333
3.1.1.1. Su vertiente personal	335
3.1.1.2. Su vertiente real	338
3.1.2. <i>Mortgage</i> vs hipoteca.....	340
3.1.2.1. En la época medieval: la <i>classical mortgage</i>	340
3.1.2.2. En la LPA de 1925	347
3.1.2.3. En la LRA de 2002	350
3.1.3. <i>Easement</i> vs servidumbre.....	352
3.1.4. Las servidumbres negativas	356
3.1.5. <i>Profit</i> vs usufructo	359
3.1.6. <i>Rights of option and pre-emption</i> vs derechos de opción, tanteo y retracto	360
3.1.7. <i>Lease</i> vs derecho de superficie	362
3.2. Sobre bienes muebles	363
3.3. Conclusiones	369
III. Principios comunes de la propiedad y de los derechos reales en clave europea	378
1. Introducción.....	378
2. Principios fundamentales	378
2.1. El <i>numerus clausus</i> de los derechos reales	378
2.1.1. Origen y significado.....	378
2.1.2. Posiciones en torno al <i>numerus clausus</i>	379
2.1.2.1. Desde el análisis económico del derecho	380
2.1.2.2. Desde una perspectiva civilista: el <i>access test</i>	382
2.1.3. El sistema <i>numerus clausus</i> como base para una armonización en materia de derechos reales.....	384
2.2. La especialidad de los derechos reales.....	389
2.3. La publicidad de los derechos reales.....	393
2.3.1. En los bienes inmuebles	394
2.3.2. En los bienes muebles	404
3. Otros principios relevantes.....	406
3.1. La separación entre el derecho contractual y el derecho de propiedad	406
3.2. La prioridad y defensa de los derechos reales	410
3.3. La regla <i>nemo dat quod non habet</i>	413
3.4. La transmisibilidad de los derechos reales	417
3.5. La extinción de los derechos reales por el transcurso del tiempo.....	418
3.6. La adquisición y pérdida de los derechos reales	418
IV. La viabilidad de una armonización de los derechos reales a nivel	

Índice

europeo.....	428
1. Su repercusión en los Estados miembros	428
1.1. Un modelo legislado civilista o jurisprudencial angloamericano	432
1.2. La justificación de un modelo civilista.....	436
1.3. El instrumento idóneo en una armonización	439
1.4. Su estructura	446
1.5. La armonización y unificación paulatina de los derechos reales	448
1.6. El papel del TJCE	449
1.7. La terminología	452
1.8. La eficiencia de los derechos reales en general	457
2. El respeto al principio de proporcionalidad.....	459
V. Conclusiones	460
PARTE II. La hipoteca en Europa. La creación de un mercado hipotecario europeo	471
CAPÍTULO 4º. Contexto actual del mercado hipotecario europeo.....	471
I. Introducción.....	471
1. La necesidad de un mercado hipotecario paneuropeo para la consecución de las libertades comunitarias	471
2. La insuficiencia de las vías tradicionales de convergencia para alcanzar un mercado hipotecario europeo.....	481
3. La eurohipoteca como un instrumento para la creación de un mercado hipotecario europeo.....	485
3.1. La historia de la eurohipoteca.....	485
3.2. La estructura de la eurohipoteca	487
3.3. El impacto de la eurohipoteca.....	488
3.3.1. En el legislador europeo	488
3.3.2. En la doctrina y en los operadores jurídico-económicos	489
3.3.3. En los ordenamientos jurídicos	496
3.3.3.1. En el Derecho español.....	497
3.3.3.2. En el Derecho francés.....	498
3.3.3.3. En el Derecho catalán.....	499
3.3.3.3.1. La regulación del derecho real de hipoteca en el Libro Quinto del CCC	499
3.3.3.3.2. El Borrador del Proyecto de Ley de hipoteca independiente para Cataluña.....	505
3.3.3.3.3. Conclusiones.....	509
4. La eurohipoteca y el Libro Banco de 2007	510
5. La estructura eficaz y eficiente de la eurohipoteca en operaciones tanto activas como pasivas	514
5.1. Operaciones activas. Especial referencia al acceso a la vivienda.....	520
5.2. Operaciones pasivas	523
6. La implementación de la eurohipoteca en la UE	524
II. Conclusiones.....	527

CAPÍTULO 5º. La accesoriadad como elemento esencial para la eficiencia de las hipotecas europeas	531
I. Introducción.....	531
1. La distinción entre la accesoriadad y la causa	531
2. La accesoriadad de la hipoteca en el Derecho español	533
2.1. La doctrina tradicional.....	533
2.2. La teoría de la accesoriadad funcional	535
2.3. La teoría de la unidad del crédito hipotecario	536
3. Clases de accesoriadad en los sistemas hipotecarios europeos	538
4. Comparativa entre los tipos de accesoriadad del Derecho español y otros ordenamientos europeos.....	545
4.1. La accesoriadad de nacimiento (<i>Enstehensakzessorietät</i>).....	546
4.1.1. La hipoteca de propietario. Supuesto de hecho	546
4.1.2. En el Derecho español.....	547
4.1.3. En el Derecho comparado	548
4.2. La accesoriadad de alcance (<i>Umfangsakzessorietät</i>)	549
4.2.1. La garantía de varias obligaciones con una misma hipoteca. Supuesto de hecho	549
4.2.1.1. En el Derecho español.....	549
4.2.1.1.1. La hipoteca ordinaria o de tráfico	549
4.2.1.1.2. La hipoteca de seguridad	551
4.2.1.1.2.1. La hipoteca de máximo (arts. 142 y 143 LH).....	552
4.2.1.1.2.2. La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH)	558
4.2.1.1.2.3. La hipoteca flotante.....	567
4.2.1.1.2.4. La hipoteca de máximo sin pacto novatorio final (art. 153 bis LH).....	571
4.2.1.1.2.5. La hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador	578
4.2.1.1.3. La hipoteca en garantía de rentas.....	578
4.2.1.2. En el Derecho comparado	579
4.2.2. La garantía de un nuevo préstamo una vez amortizado parcialmente el original. Supuesto de hecho	582
4.2.2.1. En el Derecho español.....	582
4.2.2.2. En el Derecho comparado	583
4.2.3. La venta de finca hipotecada y concertación de un nuevo préstamo. Supuesto de hecho	584
4.2.3.1. En el Derecho español.....	584
4.2.3.2. En el Derecho comparado	586
4.3. La accesoriadad de competencia (<i>Zuständigkeitsakzessorietät</i>).....	587
4.3.1. El acreedor personal y el acreedor hipotecario como dos sujetos distintos.....	587
4.3.1.1. En el Derecho español.....	587
4.3.1.2. En el Derecho comparado	588
4.3.2. La sindicación de préstamos hipotecarios. Supuesto de hecho....	589
4.3.2.1. En el Derecho español.....	589
4.3.2.2. En el Derecho comparado	594
4.3.3. La hipoteca en fiducia. Supuesto de hecho	596

Índice

4.3.3.1. En el Derecho español.....	596
4.3.3.2. En el Derecho comparado	597
4.3.4. Los fondos de titulización hipotecaria. Supuesto de hecho.....	600
4.3.4.1. En el Derecho español.....	601
4.3.4.2. En el Derecho comparado	603
4.3.4.3. Las cédulas hipotecarias a nivel internacional	605
4.4. La accesoriadad de ejecución (<i>Durchsetzungsakzessorietät</i>) en los Derechos español y comparado.....	605
4.5. La accesoriadad de extinción (<i>Erlöschensakzessorietät</i>)	606
4.5.1. La concesión de un nuevo préstamo una vez amortizado totalmente el préstamo original. Supuesto de hecho	606
4.5.1.1. En el Derecho español.....	607
4.5.1.2. En el Derecho comparado	607
5. La accesoriadad contractual de la eurohipoteca	609
6. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	611
6.1. Su viabilidad	611
6.1.1. Evolución hacia una menor accesoriadad entre la obligación y la garantía en el Derecho español	611
6.1.2. El objetivo y el fundamento de la accesoriadad en la hipoteca.....	617
6.1.3. Los límites de la accesoriadad en el Derecho español	618
6.1.4. Los temores ante una eurohipoteca.....	624
6.1.5. Su naturaleza jurídica	629
6.2. La eurohipoteca de propietario	629
6.3. La eurohipoteca en fiducia.....	634
7. Esquema. Comportamiento de los tipos de accesoriadad en los ordenamientos jurídicos europeos	636
II. Conclusiones.....	639

CAPÍTULO 6º. Los elementos configuradores de las hipotecas europeas

645

I. Introducción.....	645
1. Constitución.....	647
1.1. Los requisitos formales de constitución	647
1.1.1. En el Derecho español.....	647
1.1.2. En el Derecho comparado	649
1.1.3. En la eurohipoteca	650
1.1.4. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	651
1.2. La hipoteca de vida cartular.....	658
1.2.1. En el Derecho español.....	658
1.2.2. En el Derecho comparado	658
1.2.3. En la eurohipoteca	660
1.2.4. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	660
1.3. El contrato de garantía	665
1.3.1. En el Derecho comparado	665
1.3.2. En la eurohipoteca	666
1.3.3. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	667
1.4. El hipotecante no deudor.....	681
1.4.1. En el Derecho español.....	681

Índice

1.4.2. En el Derecho comparado	682
1.4.3. En la eurohipoteca	683
1.4.4. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	683
2. El objeto	683
2.1. El objeto de la garantía	683
2.1.1. En la eurohipoteca	683
2.1.2. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	684
2.2. Las obligaciones garantizadas.....	690
2.2.1. En la eurohipoteca	690
2.2.2. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	690
2.3. La hipoteca solidaria.....	693
2.3.1. En el Derecho español.....	693
2.3.2. En el Derecho comparado	695
2.3.3. En la eurohipoteca	696
2.3.4. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	696
2.4. La reducibilidad de la hipoteca	698
2.4.1. En el Derecho español.....	698
2.4.2. En el Derecho comparado	701
2.4.3. En la eurohipoteca	703
2.4.4. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	703
3. Novación	710
3.1. La novación de la obligación y la subrogación	710
3.1.1. En el Derecho español.....	710
3.1.1.1. La novación.....	710
3.1.1.1.1. Doctrina general	710
3.1.1.1.2. En la hipoteca ordinaria. La hipoteca reutilizable	717
3.1.1.1.3. En la hipoteca de máximo	725
3.1.1.2. La subrogación.....	728
3.1.1.3. La cesión del crédito hipotecario.....	737
3.1.2. En el Derecho comparado	741
3.1.3. En la eurohipoteca	743
3.1.4. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	744
3.2. Las excepciones del propietario en caso de ejecución derivadas del contrato de garantía	750
3.2.1. En el Derecho comparado	750
3.2.2. En la eurohipoteca	756
3.2.3. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	756
4. Registro de la Propiedad	759
4.1. Los efectos del Registro de la Propiedad	759
4.1.1. En el Derecho español.....	759
4.1.2. En el Derecho comparado	760
4.1.3. En la eurohipoteca	763
4.1.4. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	764
4.2. El acceso registral y contratación electrónica	766
4.2.1. En el Derecho español.....	766
4.2.2. En el Derecho comparado	768
4.2.3. En la eurohipoteca	768
4.2.4. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	768
4.3. La prioridad registral	773

Índice

4.3.1. En el Derecho español.....	773
4.3.2. En el Derecho comparado	774
4.3.3. En la eurohipoteca	776
4.3.4. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	776
5. La extinción	782
5.1. En el Derecho español	782
5.2. En el Derecho comparado	795
5.3. En la eurohipoteca.....	797
5.4. La eurohipoteca bajo Derecho español	797
6. Ejecución singular	802
6.1. Los procedimientos disponibles para el acreedor hipotecario	802
6.1.1. En el Derecho español.....	802
6.1.2. En el Derecho comparado	806
6.1.3. En la eurohipoteca	807
6.1.4. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	807
6.2. El tiempo para los procedimientos ejecutivos	809
6.2.1. En los Derecho español y comparado	809
6.2.2. En la eurohipoteca	810
6.2.3. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	810
6.3. Los documentos para iniciar la ejecución	811
6.3.1. Derecho español	811
6.3.2. En el Derecho comparado	811
6.4. La carga de la prueba y defensas del propietario en sede de ejecución	813
6.4.1. En el Libro Blanco	813
6.4.2. En el Derecho español.....	814
6.4.3. En el Derecho comparado	824
6.4.4. En la eurohipoteca	828
6.4.5. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	828
6.5. El pacto comisorio	831
6.5.1. En el Derecho español.....	831
6.5.2. En el Derecho comparado	834
6.5.3. En la eurohipoteca	835
6.5.4. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	835
6.6. La protección de los derechos de acreedores preferentes	836
6.6.1. En la eurohipoteca	836
6.6.2. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	836
6.7. El título ejecutivo personal contra el deudor	839
6.7.1. En el Derecho español.....	839
6.7.2. En el Derecho comparado	840
6.7.3. En la eurohipoteca	840
6.7.4. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	841
7. La ejecución concursal.....	843
7.1. El derecho de ejecución separada.....	843
7.1.1. En el Derecho español.....	843
7.1.2. En el Derecho comparado	844
7.1.3. En la eurohipoteca	845
7.1.4. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	846
7.2. Las cargas legales tácitas	848

Índice

7.2.1. En el Derecho español.....	848
7.2.2. En el Derecho comparado	851
7.2.3. En la eurohipoteca	854
7.2.4. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	854
7.3. La defensa de los consumidores y usuarios	856
7.3.1. En el Derecho comparado	856
7.3.2. La eurohipoteca bajo Derecho español.....	857
II. Conclusiones: Hipoteca de máximo Vs Derecho comparado Vs Eurohipoteca.	858
VIII. CONCLUSIONES / CONCLUSIONS.....	864
BIBLIOGRAFÍA	891
ANEXO: BASIC GUIDELINES	940

I. ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
ABGB	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil austriaco) de 1812.
AC	Actualidad Civil.
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
AP	Audiencia Provincial.
AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
BG	<i>Basic Guidelines for a Eurohypothec</i> (2005).
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código civil alemán) de 1900.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i> (Código Civil holandés) de 1992.
CC	Código Civil español de 1889.
CCom.	Código de Comercio de 1885.
CCA	<i>Consumer Credit Act</i> .
CCC	Código Civil de Cataluña.
CCCh	Código Civil Checo de 26 de febrero de 1964.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CCH	Código Civil de Hungría de 1959.
CCL	Código Civil de Lituania de 18 de julio de 2000.
CCM	Código Civil maltés de 11 de febrero de 1870.
CCP	Código Civil portugués de 25 de noviembre de 1966.
CCR	<i>Codul civil</i> rumano de 1 de diciembre de 1865.
CDCC	<i>Compilació del Dret Civil de Catalunya</i> de 1984.
CE	Constitución Española de 1978.
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.
Code	<i>Code Civil</i> francés de 1804.
Codi	<i>Codice Civile</i> italiano de 1942.
CF	<i>Codi de Família</i> de 1998.
CLRA	<i>Commonhold and Leasehold Reform Act</i> de 2002.
CR	Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980.
DCFR	<i>Draft of the Common Frame of Reference</i> .
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
DGT	Dirección General de Tributos.
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
DOGC	<i>Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya</i> .
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
EJCL	<i>European Journal of Comparative Law</i> .
EFMLG	<i>European Financial Markets Lawyers Group</i> .
EUI	<i>European University Institute</i> .
InsO	<i>Insolvenz Ordnung</i> de 1994.
ITP y AJD	Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
LA	<i>Limitation Act</i> de 1980.

Abreviaturas

LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
LCCh	Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque.
LEC	Ley Enjuiciamiento Civil 1/2000.
LH	Ley Hipotecaria de 1946.
LoiH	<i>Loi hypothécaire</i> de 1851.
LMV	Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores.
LP	<i>Law of Property Act</i> de Estonia de 9 de junio de 1993.
LPA	<i>Law of Property Act</i> inglesa de 1925.
LPH	Ley 41/1960, de Propiedad Horizontal.
LRA	<i>Land Registration Act</i> .
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i> .
PETL	<i>Principles of European Trust Law</i> .
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RCDP	Revista Catalana de Dret Privat.
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RDGT	Resolución de la Dirección General de Tributos.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RDPa	Revista de Derecho Patrimonial
RH	Reglamento Hipotecario de 1947.
RJC	Revista Jurídica de Catalunya.
RRI	Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SGA	<i>Sale of Goods Act</i> de 1979.
SGECC	<i>Study Group on a European civil code</i> .
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
S	<i>Section</i> .
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STPICE	Sentencia del Tribunal de primera Instancia de las Comunidades Europeas.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS	Tribunal Supremo.
TCE	Tratado de la Comunidad Europea.
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957.
TFUE	Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.
TUE	Tratado de la Unión Europea.
WoEigG	<i>Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht</i> .
ZGB	<i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch</i> (Código Civil suizo), de 1907.
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i> (Código Procesal Civil alemán), de 1950.
ZVG	<i>Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung</i> de 1987.

II. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

A) *Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado* y de la *Dirección General de Tributos*:

- RDGRN de 23 de septiembre de 2009 [RJ 2009\5935]. Certificación en la subrogación hipotecaria.
- RDGT de 17 julio de 2008 [JT 2008\1097]. Exención art. 9 Ley 2/1994.
- RDGT de 19 de junio de 2008 [JUR 2008\306014]. Ley 2/1994.
- RDGT de 24 de abril de 2008 [JT 2008\755]. Novaciones modificativas de préstamos hipotecarios.
- RDGRN de 29 de febrero de 2008 [RJ 2008\2793]. Ley 41/2007.
- RDGRN de 20 de noviembre de 2006 [RJ 2007\544]. *Lex rei sitae*.
- RDGRN de 26 de septiembre de 2006 [RJ 2006\8117]. Hipoteca cambiaria. Intereses de demora.
- RDGT de 6 de marzo de 2006 [JUR 2006\139325]. Novación cambio de divisa.
- RDGRN de 20 de septiembre de 2005 [RJ 2005\7083]. Entes sin personalidad. Inscripción.
- RDGRN de 2 de septiembre de 2005 [RJ 2005\6940]. Ampliación préstamo hipotecario.
- RDGRN de 7 de junio de 2005 [RJ 2005\4425]. Hipoteca ordinaria.
- RDGRN de 16 de mayo de 2005 [RJ 2005\5642]. Hipoteca unilateral.
- RDGRN de 25 de abril de 2005 [RJ 2005\5538]. Principio de especialidad.
- RDGRN de 19 de abril de 2005 [RJ 2005\5015]. Prioridad y cierre registral.
- RDGT de 21 de marzo de 2005 [JUR 2005\96338]. Ley 2/1994.
- RDGRN de 7 febrero 2005 [RJ 2005\2452]. Acceso de título otorgado en Alemania por un notario extranjero al Registro de la Propiedad español.
- RDGRN de 23 de febrero de 2004 [RJ 2004\5295]. Reglamento 44/2001. Derecho real inmobiliario.
- RDGRN de 9 de mayo de 2003 [RJ 2003\4916]. Documento público.
- RDGRN de 12 de marzo de 2003 [RJ 2003\3950]. Relación jurídica básica.
- RDGRN de 10 de febrero de 2003 [RJ 2003\2607]. Facultades de los acreedores hipotecarios en caso de mancomunidad.

Índice de resoluciones

- RDGRN de 30 de enero de 2003 [RJ 2003\2602]. Entes sin personalidad.
- RDGRN de 14 de septiembre de 2002 [RJ 2002\10031]. Principio de accesoriidad.
- RDGRN de 8 de junio de 2002 [RJ 2002\8989]. Ampliación préstamo hipotecario.
- RDGRN de 8 de abril de 2002 [RJ 2002\5358]. Principio de indivisibilidad.
- RDGRN de 17 de enero de 2002 [RJ 2002\4588]. Ampliación préstamo hipotecario.
- RDGT de 20 de diciembre de 2001 [JUR 2002\76456]. Tributación ampliación del plazo del préstamo.
- RDGRN de 30 de octubre de 2001 [RJ 2002\2701]. Novación.
- RDGRN de 27 de septiembre de 2001 [RJ 2001\10245]. Novación hipoteca de máximo.
- RDGT de 21 de septiembre de 2001 [JUR 2001\120727]. Novación tipo de interés.
- RDGRN de 10 de julio de 2001 [RJ 2001\5910]. Relación obligacional básica.
- RDGRN de 18 de junio de 2001 [RJ 2002\7716]. Subrogación hipoteca de máximo del promotor. Conversión a una ordinaria.
- RDGRN de 28 de mayo de 2001 [RJ 2001\4809]. Ejecución extrajudicial.
- RDGRN de 26 de mayo de 2001 [RJ 2001\4808]. Principio de indivisibilidad.
- RDGRN de 9 de febrero de 2001 [RJ 2002\2150]. Fijación de intereses.
- RDGRN de 3 de noviembre de 2000 [RJ 2000\10239]. Relación obligacional básica.
- RDGRN de 27 de septiembre de 2000 [RJ 2000\10206]. Principio de especialidad.
- RDGRN de 3 de mayo de 2000 [RJ 2000\5829]. Hipoteca solidaria.
- RDGRN de 15 febrero de 2000 [RJ 2000\495]. Cotitularidad derecho real.
- RDGRN de 2 de diciembre de 1999 [RJ 1999\9155]. Subrogación adquirente en cargas anteriores.
- RDGRN de 27 de noviembre de 1999 [RJ 1999\8458]. Ampliación de hipoteca.

Índice de resoluciones

- RDGRN de 6 de noviembre de 1999 [RJ 1999\7781]. Crédito abierto en cuenta corriente.
- RDGRN de 30 de octubre de 1999 [RJ 1999\7776]. Principio de prioridad.
- RDGRN de 16 de octubre de 1999 [RJ 1999\7673]. Efectos división de la finca gravada.
- RDGRN de 27 de julio de 1999 [RJ 1999\6083]. Principio de especialidad.
- RDGRN de 29 de junio de 1999 [RJ 1999\4750]. Subrogación. Ley 2/1994.
- RDGRN de 16 de junio de 1999 [RJ 1999\4379]. Intereses en la hipoteca.
- RDGRN de 11 de junio de 1999 [RJ 1999\4375]. Requisitos documento público.
- RDGRN de 7 de junio de 1999 [RJ 1999\4740]. Hipoteca sobre obligaciones totalmente futuras.
- RDGRN de 28 de abril de 1999 [RJ 1999\2223]. Cotitularidad derecho real.
- RDGRN de 26 de marzo de 1999 [RJ 1999\2184]. Rango registral.
- RDGRN de 24 de octubre de 1998 [RJ 1998\8156]). Rango registral.
- RDGRN de 20 de octubre de 1998 [RJ 1998\8152]. Novación en sede de derechos reales.
- RDGRN de 24 de agosto de 1998 [RJ 1998\6585]. Fijación de topes máximos de responsabilidad por intereses.
- RDGRN de 28 de julio de 1998 [RJ 1998\5984]. Hipoteca. Doctrina.
- RDGRN de 6 junio de 1998 [RJ 1998\5226]. Hipoteca flotante.
- RDGRN de 12 de mayo de 1998 [RJ 1998\4122]. Documento público.
- RDGRN de 3 de abril de 1998 [RJ 1998\3564]. Facultad de ejecución inherente a los derechos reales de prenda e hipoteca.
- RDGRN de 26 de marzo de 1998 [RJ 1998\1863]. Principio de tracto sucesivo.
- RDGRN de 21 de enero de 1998 [RJ 1998\274]. Principio de especialidad.
- RDGRN de 9 de octubre de 1997 [RJ 1997\7366]. Intereses remuneratorios.
- RDGRN de 29 de julio de 1997 [RJ 1997\5804]. Principio de especialidad.
- RDGRN de 24 de enero de 1997 [RJ 1997\283]. Títulos al portador por personas físicas.
- RDGRN de 23 de septiembre de 1996 [RJ 1996\6510]. Condición resolutoria.

Índice de resoluciones

- RDGRN de 17 de septiembre de 1996 [RJ 1996\6507]. Títulos al portador por personas físicas.
- RDGRN de 12 de julio de 1996 [RJ 1996\5613]. Intereses remuneratorios.
- RDGRN de 23 febrero 1996 [RJ 1996\1032]. Principio de especialidad.
- RDGRN de 8 de febrero de 1996 [RJ 1996\1027]. Prioridad y cierre registral.
- RDGRN de 21 de julio de 1995 [RJ 1995\5581]. Facultad de enervar la subrogación.
- RDGRN de 22 de junio de 1995 [RJ 1995\5329]. Plazo de la hipoteca.
- RDGRN de 11 de enero de 1995 [RJ 1995\186]. Relación obligacional básica.
- RDGRN de 17 de octubre de 1994 [RJ 1994\7797]. Plazo de la hipoteca.
- RDGRN de 23 de marzo de 1994 [RJ 1994\2028]. Facultad de cada acreedor en caso de mancomunidad del préstamo hipotecario.
- RDGRN de 17 de enero de 1994 [RJ 1994\239]. Hipoteca flotante.
- RDGRN de 14 de enero de 1994 [RJ 1994\239]. Hipoteca sobre obligaciones totalmente futuras.
- RDGRN de 7 de enero de 1994 [RJ 1994\233]. *Numerus apertus* de los derechos reales.
- RDGRN de 15 de junio de 1993 [RJ 1993\5345]. Hipoteca solidaria.
- RDGRN de 4 de marzo de 1993 [RJ 1993\2471]. *Numerus clausus* derechos reales de garantía.
- RDGRN de 2 de noviembre de 1992 [RJ 1992\9466]. Cancelación.
- RDGRN de 6 de febrero de 1992 [RJ 1992\1528]. Cancelación.
- RDGRN de 3 octubre de 1991 [RJ 1991\7491]. Hipoteca flotante.
- RDGRN de 26 noviembre de 1990 [RJ 1990\9333]. Hipoteca flotante.
- RDGRN de 31 de julio de 1989 [RJ 1989\6974]. Cancelación de hipoteca.
- RDGRN de 26 de julio de 1988 [RJ 1988\6357]. Presentación al registro de dos títulos contradictorios.
- RDGRN de 23 de diciembre de 1987 [RJ 1987\9722]. Hipoteca flotante.
- RDGRN de 4 de diciembre de 1980 [RJ 1980\4833]. Hipoteca de seguridad.
- RDGRN de 7 de febrero de 1959 [RJ 1959\495]. Prioridad registral.
- RDGRN de 19 de mayo de 1952 [RJ 1952\1627]. Los pactos personales no acceden al Registro.

Índice de resoluciones

- RDGRN de 27 de octubre de 1947 [RJ 1947\1480]. Doctrina de *numerus apertus* de derechos reales.
- RDGRN de 16 de junio de 1936 [RJ 1936\1544]. Hipoteca de máximo en garantía de operaciones bancarias.
- RDGRN 28 de febrero de 1933 [RJ 1933\88]. Hipoteca en garantía de crédito simple.

B) *Resoluciones del Tribunal Supremo:*

- STS de 16 de diciembre de 2009 [RJ 2010\702]. Cláusulas abusivas.
- STS de 18 de marzo de 2009 [RJ 2009\1656]. Carta de patrocinio.
- STS de 14 de julio de 2008 [RJ 2008\3364]. Venta extrajudicial por vía notarial.
- STS de 10 de octubre de 2007 [RJ 2007\6486]. Venta extrajudicial por vía notarial.
- STS de 13 de febrero de 2007 [RJ 2007\684]. Carta de patrocinio.
- STS de 16 de marzo de 2006 [RJ 2006\5724]. Novación en sede de derechos reales.
- STS de 29 de diciembre de 2005 [RJ 2006\744]. Venta extrajudicial por vía notarial.
- STS de 27 de mayo de 2005 [RJ 2005\6081]. Documento público es un requisito “*ad substantiam*” en la constitución de la hipoteca.
- STS de 7 de abril de 2005 [RJ 2005\3845]. Contrato de préstamo.
- STS de 12 de noviembre de 2004 [RJ 2004\6900]. Cláusula “*rebus sic stantibus*”.
- STS de 26 de julio de 2004 [RJ 2004\6633]. Negocio fiduciario.
- STS de 30 de marzo 2004 [RJ 2004\2603]. Negocio fiduciario.
- STS de 20 de enero de 2004 [RJ 2004\204]. Sindicación.
- STS de 29 de diciembre de 2003 [RJ 2004\358]. Novación.
- STS de 25 de noviembre de 2003 [RJ 2003\8093]. Facultad de enervar la subrogación.
- STS de 31 de octubre 2003 [RJ 2003\7977]. Negocio fiduciario.
- STS de 29 de septiembre de 2003 [RJ 2003\7006]. La inscripción tiene valor constitutivo en la hipoteca.

Índice de resoluciones

- STS de 15 de julio 2003 [RJ 2003\4462]. Negocio fiduciario.
- STS de 2 de julio de 2003 [RJ 2003\4461]. Consentimiento tácito del cónyuge actos de disposición sociedad de gananciales.
- STS de 24 de enero de 2003 [RJ 2003\611]. Acción reivindicatoria.
- STS de 9 de enero de 2003 [RJ 2003\958]. Confusión de derechos.
- STS de 4 de diciembre de 2002 [RJ 2002\10422]. Ejecución extrajudicial por vía notarial.
- STS de 5 de julio de 2002 [RJ 2002\8225]. Aval a primer requerimiento.
- STS de 27 de mayo de 2002 [RJ 2002\4484]. Hipoteca de máximo.
- STS de 1 de marzo de 2002 [RJ 2002\3281]. Reconocimiento de deuda.
- STS de 24 de enero de 2002 [RJ 2002\27]. Cuando la causa subjetiva del negocio es determinante de la validez del negocio jurídico.
- STS de 12 de julio de 2001 [RJ 2001\5159]. Aval a primer requerimiento.
- STS de 5 de julio de 2001 [RJ 2001\4992]. Concepto de tercero art. 114 LH.
- STS de 7 de junio de 2001 [RJ 2001\5534]. Cancelación parcial en la hipoteca de máximo.
- STS de 26 de abril de 2001 [RJ 2001\1037]. Pacto comisorio.
- STS de 10 de abril de 2001 [RJ 2001\2027]. Error obstativo.
- STS de 27 de marzo de 2001 [RJ 2001\4769]. Principio de legimitación registral. Predominio de la realidad extraregstral.
- STS de 31 de enero de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) [RJ 2001\1083]. Declaración de ilegalidad del artículo 11 del RH.
- STS de 12 de diciembre de 2000 [RJ 2000\9890]. Nulidad hipoteca inscrita.
- STS de 28 de noviembre de 2000 [RJ 2000\9244]. Actos propios.
- STS de 16 de noviembre de 2000 [RJ 2000\9915]. Obligaciones al portador. Personas físicas.
- STS de 24 de octubre de 2000 [RJ 2000\9587]. Novación.
- STS de 24 de julio de 2000 [RJ 2000\6182]. Concepto de tercero art. 114 LH.
- STS de 5 de julio de 2000 [RJ 2000\6010]. Aval a primer requerimiento.
- STS de 17 de febrero de 2000 [RJ 2000\1162]. Aval a primer requerimiento.
- STS de 26 de enero de 2000 [RJ 2000\121]. Principio de prioridad.
- STS de 2 de diciembre de 1999 [RJ 1999\9155]. Subrogación por el tercer

Índice de resoluciones

- adquirente. Consentimiento del acreedor.
- STS de 11 de junio de 1999 [RJ 1999/4607]. Contrato de préstamo.
 - STS de 20 de abril de 1999 [RJ 1999\2589]. Venta extrajudicial por notario.
 - STS de 27 de febrero de 1999 [RJ 1999\1894]. Forma en los contratos.
 - STS de 30 de enero de 1999 [RJ 1999\522]. Tercer adquirente en fase de ejecución. Efectos.
 - STS de 14 de julio de 1998 [RJ 1998\5548]. Asiento de presentación. Prioridad.
 - STS de 23 de junio de 1998 [RJ 1998\4744]. Extensión del derecho de propiedad al vuelo.
 - STS de 4 de mayo de 1998 [RJ 1998\3464]. Venta extrajudicial por notario.
 - STS de 30 de enero de 1998 [RJ 1999\522]. Confusión de derechos.
 - STS de 28 de noviembre de 1997 [RJ 1997\8430]. Causa o finalidad de la hipoteca.
 - STS de 14 de julio de 1997 [RJ 1997\5607]. Forma en los contratos.
 - STS de 3 de julio de 1997 [RJ 1997\5477]. Causa de la hipoteca.
 - STS de 20 de junio de 1997 [RJ 1997\4882]. Tercer adquirente en fase de ejecución. Efectos.
 - STS de 19 de junio 1997 [RJ 1997\5418]. Negocio fiduciario.
 - STS de 21 de mayo de 1997 [RJ 1997\4235]. Asunción de deuda.
 - STS de 5 de mayo de 1997 [RJ 1997\3669]. Nulidad de hipoteca.
 - STS de 4 de abril de 1997 [RJ 1997\2637]. Comunidad romana.
 - STS de 3 de marzo de 1997 [RJ 1997\1639]. Indemnizaciones por seguro.
 - STS de 18 de febrero de 1997 [RJ 1997\1003]. Pacto comisorio.
 - STS de 29 de enero de 1997 [RJ 1997\145]. Causa de la hipoteca.
 - STS de 16 de mayo de 1996 [RJ 1996\4348.]. Forma del contrato.
 - STS de 6 de octubre de 1995 [RJ 1995\7022]. Hipotecante no deudor.
 - STS de 18 de octubre de 1993 [RJ 1993\7740]. Novación.
 - STS de 26 de julio de 1993 [RJ 1993\6318]. Prohibiciones de disponer.
 - STS de 13 diciembre de 1991 [RJ 1991\9713]. Prohibiciones de disponer.
 - STS de 30 de noviembre de 1991 [RJ 1991\8512]. Fe pública registral.
 - STS de 10 de abril de 1991 [RJ 1991\2682]. Doble venta bienes inmuebles.
 - STS de 28 de febrero de 1991 [RJ 1991\1607]. Extensión de la hipoteca.

Índice de resoluciones

- STS de 21 de diciembre de 1990 [RJ 1990\110359]. Extensión de la hipoteca.
- STS de 31 de octubre de 1989 [RJ 1989\7035]. Principio de legimitación registral.
- STS de 4 de julio de 1989 [RJ 1989\9901]. La inscripción tiene valor constitutivo en la hipoteca.
- STS de 29 de junio de 1989 [RJ 1989\4797]. Cesión de créditos.
- STS de 27 de junio de 1989 [RJ 1989\4787]). Hipoteca sobre un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.
- STS de 8 de marzo 1988 [RJ 1988\1607]. Negocio fiduciario.
- STS de 12 de marzo de 1985 [RJ 1985\1157]. Cesión préstamo hipotecario.
- STS de 13 de julio de 1984 [RJ 1984\3980]. La inscripción de la hipoteca tiene valor constitutivo en la hipoteca.
- STS de 22 de noviembre de 1982 [RJ 1982\6554]. Novación modificativa.
- STS de 2 de junio 1982 [RJ 1982\3402] Negocio fiduciario.
- STS de 19 de mayo 1982 [RJ 1982\2580]. Negocio fiduciario.
- STS de 29 de enero de 1982 [RJ 1982\335]. Novación.
- STS de 23 de mayo 1980 [RJ 1980\1958]. Negocio fiduciario.
- STS de 9 diciembre 1977 [RJ 1977\4707]. Forma en los contratos.
- STS de 8 de marzo 1965 [RJ 1628]. Negocio fiduciario.
- STS de 14 de marzo 1964 [RJ 1422]. Negocio fiduciario.
- STS de 20 de junio de 1932 [RJ 1932\1119]. Actos propios.

C) *Resoluciones de las Audiencias Provinciales y Juzgados de 1ª Instancia:*

- SAP de Madrid de 21 de julio de 2008 [AC 2008\1598]. Acción de restitución bien cultural.
- AAP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de abril de 2007 [JUR 2007\171299]. Causas de oposición en la ejecución hipotecaria.
- SAP de Barcelona de 12 de marzo de 2007 [AC 2008\1602]. Cláusula “*rebus sic stantibus*”.
- AAP de Alicante de 21 de febrero de 2007 [JUR 2007\265461]. Reserva de

Índice de resoluciones

- rango.
- AAP de Las Palmas de 14 de febrero de 2007 [JUR 2007\153113]. Ejecución hipotecaria. Copia simple de la escritura pública.
 - SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de noviembre de 2006 [AC 2007/188]. Acceso de título otorgado en Alemania al Registro español.
 - AAP de Madrid de 10 de noviembre de 2006 [JUR 2006\1156]. Pacto de limitación de intereses respecto a terceros.
 - AAP de las Palmas de 26 de septiembre de 2006 [AC 2006\2154]. Limitación cuantitativa de la ejecución hipotecaria.
 - SAP de Córdoba de 20 de septiembre de 2006 [JUR 2006\30336]. Carga de la prueba ejecución hipotecaria.
 - AAP de A Coruña de 24 abril de 2006 [JUR 2006\162460]. Procedimiento de ejecución. Efectos de la oposición.
 - Juzgado de 1ª Instancia de Santa Cruz de Tenerife de 9 de marzo de 2006 [AC 2006\244]. Acceso de título otorgado en Alemania al Registro español.
 - SAP de Castellón de 5 de julio de 2005 [JUR 2005\276658]. Adjudicación acreedor hipotecario de la finca en subasta.
 - AAP Sevilla de 27 mayo de 2005 [JUR 2005\191975]. Causas de oposición en la ejecución hipotecaria. *Numerus clausus*.
 - AAP de Castellón de 15 de marzo de 2005 [JUR 2005\165563]. Liquidación efectuada ante notario al igual que el préstamo hipotecario.
 - SAP de Tarragona de 17 de febrero de 2005 [JUR 2005\126045]. Pacto de fiducia.
 - SAP de Granada de 27 de octubre de 2004 [JUR 2005\51858]. Hipotecante no deudor.
 - AAP de Ciudad Real de 17 de octubre de 2004 [JUR 2004\48872]. Adjudicación acreedor hipotecario de la finca en subasta.
 - SAP de Tarragona 20 de julio de 2004 [JUR 2005\9731]. Efectos de comercio.
 - AAP de Barcelona de 20 julio 2004 [AC 2004\1132]. Medida cautelar en sede de ejecución. Paralización del destino del remate.
 - SAP de Asturias de 23 de junio de 2004 [AC 2004\1010]. Efectos igualdad de rango. Art. 227 RH.

Índice de resoluciones

- AAP de Almería de 6 julio de 2004 [AC 2004\1702]. Art. 698 LEC. Oposición a la ejecución.
- AAP de Sevilla de 11 octubre de 2003 [JUR 2003\264719]. Finalidad del proceso hipotecario.
- SAP de Valencia de 2 de octubre de 2003 [AC 2003\2206]. Enriquecimiento injusto.
- SAP de Baleares de 25 de marzo de 2003 [JUR 2003\199856]. La invalidez o ineficacia de la hipoteca no afecta a la obligación garantizada.
- SAP de Madrid de 7 de octubre de 2002 [JUR 2003\23312]. Nulidad de hipoteca.
- SAP de Cantabria de 2 de octubre de 2002 [JUR 2003\9257]. Art. 464 CC.
- SAP de Guadalajara de 16 de septiembre de 2002 [JUR 2002\263932]. Hipotecante no deudor.
- AAP de Valencia de 29 de julio de 2002 [AC 2002\1414]. Invalidez de una hipoteca por su inscripción tardía después del inicio del proceso.
- AAP de Madrid de 18 de julio de 2002 [JUR 2003\48815]. Principio de legitimación registral.
- SAP de Segovia de 30 de abril de 2002 [JUR 2002\185667]. Cesión préstamo hipotecario.
- SAP de Murcia de 22 de mayo de 2001 [JUR 2001\258600]. Nulidad de hipoteca.
- SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2001 [JUR 2001\239987]. Nulidad de hipoteca.
- SAP de Madrid de 17 de marzo de 2001 [AC 2001\1993]. Novación.
- SAP de Zaragoza de 7 de diciembre de 2000 [JUR 2001\54259]. Hipotecante no deudor.
- SAP de Granada de 6 de marzo de 2000 [AC 2000\3510]. Cesión préstamo hipotecario. Requisitos.
- SAP de Barcelona de 29 de junio de 1999 [AC 1999\6905]. Efectos de la ejecución sobre el adquirente. Subrogación en las cargas anteriores.
- SAP de Madrid de 20 de abril de 1999 [AC 1999\8420]. Cesión préstamo hipotecario. Requisitos.
- AAP de Madrid de 19 enero de 1999 [AC 1999\7022]. Título constitutivo de

Índice de resoluciones

la hipoteca es al propio tiempo título ejecutivo.

- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 16 enero de 1999 [AC 1999\88]. Hipoteca de máximo.
- SAP de Madrid de 24 de marzo de 1998 [AC 1998\7020]. Art. 464 CC.
- SAP de Zaragoza de 2 marzo de 1998 [AC 1998\4060]. Plazo de la hipoteca.
- AAP de León de 24 de febrero de 1998 [AC 1998\4206]. Derecho a enervar la subrogación.
- SAP de Cuenca de 6 febrero de 1998 [AC 1998\3385]. Cesión de créditos.
- SAP de Cádiz de 23 de enero de 1998 [AC 1998\3974]. Cuenta corriente comercial.
- SAP de La Coruña de 15 de julio de 1995 [AC 1995\2524]. Plazo de la hipoteca.

D) *Resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:*

- STJCE de 3 de abril de 2008 [TJCE 2008\70]. Directiva 2000/35.
- STJCE de 29 de enero de 2008 [TJCE 2008\11]. Derechos de propiedad intelectual y Carta de Derechos fundamentales.
- STJCE de 6 de diciembre de 2007 [TJCE 2007\349]. Sistema común del Impuesto sobre el Valor Añadido. Arrendamiento.
- STJCE de 12 de diciembre de 2006 [TJCE 2006\356]. Art. 95 TCE.
- STJCE de 26 de octubre de 2006 [TJCE 2006\311]. Directiva 2000/35.
- STJCE de 12 de septiembre de 2006 [TJCE 2006\242]. Derechos de propiedad intelectual y Carta de Derechos fundamentales.
- STJCE de 30 de junio de 2005 [TJCE 2005\201]. Función social de la propiedad.
- STJCE de 14 de diciembre de 2004 [TJCE 2004\365]. Función social de la propiedad.
- STJCE de 23 de marzo de 2004 [TJCE 2004\73]. Libre circulación de trabajadores.
- STJCE de 6 de noviembre de 2003 [TJCE 2003\366]. Libre circulación de trabajadores.
- STJCE de 23 de septiembre de 2003 [TJCE 2003\281]. Libertad de

Índice de resoluciones

- establecimiento y libre circulación de capitales.
- STJCE de 5 de agosto de 2003 [TJCE 2003\221]. Art. 295 TCE.
 - STJCE de 13 de mayo de 2003 [TJCE 2003\136]. Art. 295 TCE.
 - STJCE de 10 de diciembre de 2002. [TJCE 2002\367]. Art. 295 TCE.
 - STJCE de 11 de julio de 2002 [TJCE 2002\226]. Principio de proporcionalidad.
 - STJCE de 4 de junio de 2002 [TJCE 2002\176]. Art. 295 TCE.
 - STJCE de 13 de diciembre de 2001 [TJCE 2001\363]. Directiva 85/577 y *Grundschild*.
 - STJCE de 18 de octubre de 2001 [TJCE 2001\288]. *Actio negatoria*.
 - STJCE de 4 de octubre de 2001 [TJCE 2001\258]. Impuestos indirectos. Arrendamiento y usufructo.
 - STJCE de 11 de enero de 2001 [TJCE 2001\6]. Libre circulación de capitales.
 - STJCE de 5 de octubre de 2000 [TJCE 2000\239]. Art. 295 TCE.
 - STJCE de 13 de julio de 2000 [TJCE 2000\179]. Libre circulación de capitales.
 - STJCE de 1 de junio de 1999 [TJCE 1999\111]. Art. 295 TCE.
 - STJCE de 16 de marzo de 1999 [TJCE 1999\64]. Art. 295 TCE.
 - STJCE de 9 de marzo de 1999 [TJCE 1999\47]. Caso centros.
 - STJCE de 14 de julio de 1998 [TJCE 1998\170]. Función social de la propiedad.
 - STJCE de 13 de julio de 1996. Celex. 61964J0056. Art. 222 TCEE.
 - STJCE de 13 de julio de 1995 [TJCE 1995\120]. Art. 222 TCEE.
 - STJCE de 18 de febrero de 1992 [TJCE 1992\27]. Art. 222 TCEE.
 - STJCE de 19 de noviembre de 1991 [TJCE 1991\296].
 - STJCE de 11 de julio de 1989 [TJCE 1990\16]. Función social de la propiedad.
 - STJCE de 30 de mayo de 1989. Asunto 305/87. Art. 295 TCE.
 - STJCE de 6 de noviembre de 1984. Caso 182/83. Art. 222 TCEE.
 - STJCE de 20 de febrero de 1979. Asunto 120/78. Reconocimiento mutuo. "*Cassis de Dijon*".
 - STJCE de 9 de marzo de 1978. Asunto Simmenthal. Asunto 106/77.

Índice de resoluciones

- STJCE de 8 de junio de 1971. Caso 78-70. Nº de Referencia CELEX. 61970J0078. Art. 222 TCEE.
- STJCE de 5 de febrero de 1963. Asunto nº 26-62.

E) **Case law.**

- *Kay and others v Lambeth London Borough Council, Leeds City Council v Price and others* [2006] 2 AC 465. *Non-proprietary lease.*
- *London Borough of Islington v Green and another* [2005] EWCA Civ 56. *Non-proprietary lease.*
- *Lord Scott of Foscote en National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd and others* [2005] 2 AC 680. *Floating charge.*
- *London Borough Council v Qazi.* [2003] UKHL 43, [2004] 1 AC 983. *Doctrina del relative title.*
- *Warnborough Ltd v Garmite Ltd* [2003], EWCA CIV 1544. *Mortgage. Unruly dog.*
- *Jones v Morgan and another* [2001] EWCA Civ 995. *Equity of redemption.*
- *Bruton v London and Quadrant Housing Trust* [2000] 1 A.C. 406. *Non-proprietary lease.*
- *Sen v Headley* [1991] Ch 425. *Donación mortis causa.*
- *Multiservice Bookbinding Ltd and others v Marden* [1979] Ch 84. *Equity of redemption.*
- *Centrax Trustees Ltd v Ross* [1979] 2 All E.R. 952. *Equity of redemption.*
- *Western Bank v Schindler* [1976] 2 All ER 393. *Mortgage.*
- *Cityland and Property (Holdings) Ltd v Dabrah* [1968]. *Equity of redemption.*
- *National Provincial Bank Ltd. v Ainsworth* [[1965] AC 1175]. *Definición property right.*
- *Birmingham Citizens Permanent Building Society v Caunt and Another* [1962] Ch 883. *Mortgage. Posesión por el acreedor después del impago.*
- *Lewis v Love* [1961] 1 All ER 446. *Equity of redemption.*
- *Re Ellenborough Park* [1956] Ch 131. *Easements. Requisitos.*
- *Re Wells; Swinburne-Hanham v Howard* [1932] All ER Rep 277. *Equity of redemption.*
- *Kreglinger and another v New Patagonia Meat and Cold Storage Co, Ltd*

Índice de resoluciones

[1914] A.C. 25. *Mortgage. Collateral advantage.*

- *Fairclough v Swan Brewery* [1912] A. C. 565. *Equity of redemption.*
- *Samuel v Jarrah* [1904] A. C. 323. *Equity of redemption.*
- *Noake v Rice* [1902]. A.C. 24. *Mortgage.*
- *Lisle v Reeve* [1902] A. C. 161. *Equity of redemption.*
- *Santley v Wilde* [1899] 2 Ch 474. *Mortgage.* Definición.
- *Biggs v Hoddinot* [1898] 2 Ch. 307. *Equity of redemption.*
- *Selwyn v Garfit* [1888] 38 Ch D 273. *Foreclosure.*
- *Casborne v Scarfe* [1738] Atk 683. *Equity of redemption.*

E) Sentencias del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos:**

- STEDH de 13 de noviembre de 2007 [TEDH 2007\79]. Noción de bienes.
- STEDH de 30 de agosto de 2007 [JUR 2007\252568]. Noción de bienes.
- STEDH de 3 de mayo de 2007. TEDH 2007\29. Privación de bienes únicamente por causa de utilidad pública.
- STEDH de 22 de septiembre de 2005 [TEDH 2005\98]. Noción de crédito.
- STEDH de 27 de mayo de 2004 [JUR 2004\185244]. Noción de crédito.
- STEDH de 17 de mayo de 2004 [JUR 2004\164119]. Noción de crédito.
- STEDH de 25 de marzo de 1999 [TEDH 1999\13]. Noción de bienes.
- STEDH de 9 de diciembre de 1994 [TEDH 1994\47]. Noción de crédito.
- STEDH de 13 de junio de 1979 [TEDH 1979\29]. Interpretación art. 1 CEDH.

F) Sentencias del **Tribunal Constitucional:**

- STC de 12 de marzo de 2007 [RTC 2007\47]. Proceso de ejecución hipotecaria extrajudicial.
- STC de 9 de enero de 1991 [RTC 1991\8]. Naturaleza del procedimiento de ejecución hipotecaria.

III. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y CATALANA

- Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo (BOE, núm. 89, de 13 de abril de 2010).
- Ley 11/2009, de 26 octubre, de Sociedades Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI) (BOE 27 octubre 2009, núm. 259, [pág. 89693]).
- Ley 15/2009, de 22 julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado de Cataluña (DOGC 30 julio 2009, núm. 5432, [pág. 60432]).
- Real Decreto 716/2009, de 24 abril, que desarrolla determinados aspectos de Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero (BOE 2 mayo 2009, núm. 107, [pág. 38490]).
- Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica (BOE 31 marzo 2009, núm. 78, [pág. 30367]).
- Real Decreto 1127/2008, de 4 julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda (BOE 9 julio 2008, núm. 165, [pág. 29950]).
- Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 junio, del suelo (BOE 26 junio 2008, núm. 154, [pág. 28482]).
- Real Decreto-ley 2/2008, de 21 abril, de medidas de impulso a la actividad económica (BOE 22 abril 2008, núm. 97, [pág. 20740]).
- Real Decreto 231/2008, de 15 febrero, por el que se regula el sistema arbitral de consumo (BOE 25 febrero 2008, núm. 48, [pág. 11072]).
- Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda (DOGC 9 enero 2008, núm. 5044, [pág. 1609]).
- Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE 8 diciembre 2007, núm. 294, [pág. 50593]).
- Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental (BOE 24 octubre 2007, núm. 255, [pág. 43229]).
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (BOE 30 noviembre 2007, núm. 287, [pág. 49181]).
- Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a la productividad (BOE 19 noviembre 2005, núm. 277, [pág. 37846]).
- Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de urbanismo (DOGC núm. 4436, de 28-07-2005, pp.

Índice de legislación española y catalana

- 23360-23398).
- Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE 14 marzo 2005, núm. 62, [pág. 8832]).
 - Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (BOE 8 marzo 2004, núm. 58, [pág. 10137]).
 - Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica (BOE 20 diciembre 2003, núm. 304, [pág. 45329]).
 - Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica (BOE 12 noviembre 2003, núm. 271, [pág. 39925]).
 - Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal (BOE 10 julio 2003, núm. 164, [pág. 26905]).
 - Primera ley del Código Civil de Cataluña. Ley 29/2002, de 30 diciembre (DOGC 13 enero 2003, núm. 3798, [pág. 486]).
 - Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero (BOE 23 noviembre 2002, núm. 281, [pág. 41273]).
 - Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE 12 julio 2002, núm. 166, [pág. 25388]).
 - Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía (DOGC 17 julio 2002, núm. 3679, [pág. 13038]).
 - Ley 23/2001, de 31 diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura de Cataluña (DOGC de 18 enero 2002, núm. 3556, [pág. 1073]).
 - Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 31 diciembre 2001, núm. 313, [pág. 50493]).
 - Ley 1/2001, de 15 marzo, de Mediación Familiar de Cataluña (BOE 16 abril 2001, núm. 91, [pág. 13797]).
 - Ley 14/2000, de 29 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 30 diciembre 2000, núm. 313, [pág. 46631]).
 - Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (BOE 8 enero 2000, núm. 7, [pág. 575]).
 - Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del registro de condiciones generales de la contratación (BOE 23 diciembre 1999, núm. 306, [pág. 44979]).
 - Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (BOE 16 diciembre 1998, núm. 300, [pág. 42076]).
 - *Codi de Família* de 1998 (DOGC 23 julio 1998, núm. 2687, [pág. 9132]).
 - Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario (BOE 29 septiembre 1998, núm. 233, [pág. 32416]).

Índice de legislación española y catalana

- Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (BOE 14 julio 1998, núm. 167, [pág. 23510]).
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (BOE 12 enero 1996, núm. 11, [pág. 793]).
- Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del impuesto sobre sociedades (BOE 28 diciembre 1995, núm. 310, [pág. 37072]).
- Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada (BOE 24 marzo 1995, núm. 71, [pág. 9181]).
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, del estatuto de los trabajadores (BOE 29 marzo 1995, núm. 75, [pág. 9654]).
- Ley 36/1994, de 23 de diciembre. Incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 93/7/CEE del Consejo (BOE 24 diciembre 1994, núm. 307, [pág. 38672]).
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (BOE 25 noviembre 1994, núm. 282, [pág. 36129]).
- Ley 22/1994, de 26 de julio, de Ley de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (BOE 7 julio 1994, núm. 161, [pág. 21737]).
- Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (BOE 4 abril 1994, núm. 80, [pág. 10364]).
- Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (BOE 20 octubre 1993, núm. 251, [pág. 29545]).
- Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria (BOE 14 julio 1992, núm. 168, [pág. 24123]).
- Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario en materia de informatización, bases gráficas y presentación de documentos por telecopia (BOE 3 abril 1990, núm. 80, [pág. 9241]).
- Ley 24/1988 de 28 de julio, del mercado de valores (BOE 29 julio 1988, núm. 181, [pág. 23405]).
- Ley Cambiaria y del Cheque, de 16 de julio de 1985 (BOE 19 julio 1985, núm. 172, [pág. 22936]).
- Decreto Legislativo 1/1984, de 19 julio, de 19 de julio, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña (DOGC 27 julio 1984, núm. 456).
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, de protección civil de derechos al honor, intimidad personal y propia imagen (BOE 14 mayo 1982, núm. 115, [pág. 12546]).
- Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, del Reglamento del Mercado

Índice de legislación española y catalana

- Hipotecario (BOE 7 abril 1982, núm. 83, [pág. 9108]).
- Ley 2/1981, de 25 de marzo, del mercado hipotecario (BOE 15 abril 1981, núm. 90, [pág. 8148]).
 - Ley de reforma y desarrollo agrario. Decreto 118/1973, de 12 enero (BOE 3 febrero 1973, núm. 30, [pág. 1990]).
 - Ley 41/1960, de propiedad horizontal (BOE 23 julio 1960, núm. 176, [pág. 10299]).
 - Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 (BOE 17 diciembre 1954, núm. 351, [pág. 8261]).
 - Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954 (BOE 18 diciembre 1954, núm. 352, [pág. 8303]).
 - Decreto de 14 febrero 1947. Reglamento hipotecario (BOE 16 abril 1947, núm. 106).
 - Decreto de 8 febrero 1946. Ley hipotecaria (BOE 27 febrero 1946, núm. 58, [pág. 1518]).
 - Reglamento del notariado de 2 de junio de 1994 (BOE 7 julio 1944, núm. 189).
 - Ley de represión de la usura de 1908 (Gaceta 24 julio 1908).
 - Real Decreto de 24 julio 1889 (Gaceta 25 julio 1889).
 - Código de Comercio de 1885. Real Decreto de 22 agosto 1885 (Gaceta 16 octubre 1885, núm. 289).
 - Ley del notariado de 28 de mayo de 1862 (BOE 29 mayo 1862).
 - Novísima Recopilación de 1805 (*NOVÍSIMA RECOPIACIÓN de las leyes de España: dividida en XII libros en que se reforma la recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año de 1567... y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de 1804, mandada formar por el Señor Don Carlos IV*, Tomo V, Libros X-XI-XII, Boletín Oficial del Estado, Madrid).
 - Siete Partidas de 1265 (ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete Partidas* (El libro del Fuero de las Leyes), Introducción y edición dirigida por José Sánchez-Arcilla Bernal, Ed. Reus S.A., Madrid, 2004).
 - Leyes de Toro de 1505 (GÓMEZ, Antonio, *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gomez, a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Valladolid, Lex Nova, 1981).

IV. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN EXTRANJERA, COMUNITARIA E INTERNACIONAL

- Reglamento 2009/715, de 13 julio, que establece las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y deroga el Reglamento (CE) nº 1775/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de septiembre de 2005, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural (DOUE nº L 14 agosto 2009, núm. 211, [pág. 36]).
- Directiva 2009/72, de 13 julio, por la que se establece las normas comunes para el mercado interior de la electricidad y deroga Directiva 2003/54/CE, de 26-6-2003 (DOUE nº L 14 agosto 2009, núm. 211, [pág. 55]).
- Reglamento 2009/207, de 26 febrero, de marca comunitaria (DOUE nº L 24 marzo 2009, núm. 78, [pág. 1]).
- Directiva 2008/122, de 14 enero de 2009, de protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (DOUE nº L 3 febrero 2009, núm. 33, [pág. 10]).
- Reglamento 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (DOUE nº L 4 julio 2008, núm. 177, [pág. 1]).
- Directiva 2008/52, de 21 mayo, que regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOUE nº L 24 mayo 2008, núm. 136, [pág. 3]).
- Directiva 2008/48, de 23 de abril, de créditos al consumo (DOUE nº L 22 mayo 2008, núm. 133, [pág. 66]).
- Tratado de la Unión Europea (consolidado según Tratado de Lisboa), de 13 diciembre 2007 (BOE 27 noviembre 2009, núm. 286).
- Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007 (BOE 27 noviembre 2009, núm. 286).
- Carta de Derechos fundamentales de la UE (DOUE nº C 14 diciembre 2007, núm. 303, [pág. 1]).
- *Loi n° 2007-211 du 19 février* (JORF nº44 de 21-2-2007). Francia.
- Directiva 2006/112, de 28 noviembre, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido ([DOUE nº L 11 diciembre 2006, núm. 347, [pág. 1]).
- *Consumer Credit Act* de 2006 (*Chapter 14*). Gran Bretaña.
- *Companies Act* de 2006 (*Chapter 46*). Gran Bretaña.
- *Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés* (*Journal Officiel du 24 mars 2006*). Francia.
- *Gesetz zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters* de 2005 (BGBl. 27-9-2005, parte I, pp. 2809 a 2819). Alemania.

Índice de legislación extranjera, comunitaria e internacional

- *Pfandbriefgesetz* de 2005 (Vom 22. Mai 2005 (BGBl. I S. 1373). Alemania.
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004 (DOUE n° C 310. 16 diciembre 2004, [pág. 43]).
- Dec.-Lei 200/2004, de 18 de Agosto de la *Compilação Legislativa sobre Insolvência*. Portugal.
- Directiva 2004/48, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DOUE n° L 30 abril 2004, núm. 157 [pág. p. 45]).
- Directiva 2004/35, de 21 de abril, de responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DOUE n° L 30 abril 2004, núm. 143, [pág. 56]).
- Reglamento 805/2004, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DOUE n° L 30 abril 2004, núm. 143, [pág. 15]).
- Directiva 2003/87 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo (DOUE n° L 275 de 25/10/2003 p. 0032 – 0046).
- *Loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires (Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg A-n°124, de 3.9.2003, p. 2620)*. Luxemburgo.
- Directiva 2002/47, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera (DOCE n° L 27 junio 2002, núm. 168, [pág. 43]).
- Reglamento 6/2002, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios (DOCE n° L 003 de 05/01/2002, [pág. 1]).
- Directiva 2002/65, de 23 de septiembre, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (DOCE n° L 9 octubre 2002, núm. 271, [pág. 16]).
- *Land Registration Act* de 2002 (*Chapter 9*). Gran Bretaña.
- *Commonhold and Leasehold Reform Act* de 2002 (*Chapter 15*). Gran Bretaña.
- Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE n° L 16 enero 2001, núm. 12, [pág. 1]).
- Reglamento 2001/2157, de 8 octubre. Sociedad anónima europea (DOCE n° L 10 noviembre 2001, núm. 294, [pág. 1]).
- *Civil Procedure (Amendment) Rules* de 2001 (No. 256 L.7). Gran Bretaña.
- Directiva 2001/37, de 5 junio. Aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (DOCE n° L 18 julio 2001, núm. 194, [pág. 26]).
- Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo

Índice de legislación extranjera, comunitaria e internacional

- móvil de 2001.
- Directiva 2000/35, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DOCE nº L 8 agosto 2000, núm. 200, [pág. 35]).
 - Directiva 2000/31, de 8 junio, sobre comercio electrónico (DOCE nº L 17 julio 2000, núm. 178, [pág. 1]).
 - *Abolition of Feudal Tenure etc. (Scotland) Act* de 2000 (Asp 5). Gran Bretaña.
 - Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DOCE nº L 30 junio 2000, núm. 160, [pág. 1]).
 - Directiva 2000/12, de 20 de marzo, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DOCE nº L 26 mayo 2000, núm. 126, [pág. 1]).
 - Directiva 1999/93, de 13 diciembre, de firma electrónica (DOCE nº L 19 enero 2000, núm. 13, [pág. 12]).
 - Directiva 1999/44, de 25 de mayo, sobre ventas y garantías de bienes de consumo (DOCE nº L 7 julio 1999, núm. 171, [pág. 12]).
 - *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999 (*Chapter 31*). Gran Bretaña.
 - *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation* de 1999 (No. 2083). Gran Bretaña.
 - Directiva 98/43 de 6 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (DOCE nº L 30 julio 1998, núm. 213, [pág. 9]).
 - *Human Rights Act* de 1998 (*Chapter 42*). Gran Bretaña.
 - Directiva 98/26, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores (DOCE nº L 11 junio 1998, núm. 166, [pág. 45]).
 - *Gesetz über die eigentumsrechtlichen Verhältnisse*, vom 17. März 1998. Bosnia y Herzegovina.
 - TRATADO DE AMSTERDAM. Aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (DOCE nº C 10 noviembre 1997, núm. 340, [pág. 105]).
 - Directiva 1997/7, de 20 mayo, de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE nº L 4 junio 1997, núm. 144, [pág. 19]).
 - *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* de 1996 (*Chapter 47*). Gran Bretaña.
 - *Treasure Act* de 1996 (*Chapter 24*). Gran Bretaña.
 - *Landlord and Tenant (Covenants) Act* de 1995 (*Chapter 30*).
 - L. 31 maggio 1995. N. 218 (1). *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*. Italia.

Índice de legislación extranjera, comunitaria e internacional

- *The Return of Cultural Objects Regulations* de 1994 (*Statutory Instrument* 1994, No. 501). Gran Bretaña.
- Directiva 94/47, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE nº L 29 octubre 1994, núm. 280, [pág. 83]).
- *Insolvenzordnung* vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866). Alemania.
- Directiva 1993/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas (DOCE nº L 21 abril 1993, núm. 95, [pág. 29]).
- Directiva 93/7, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (DOCE nº L 27 marzo 1993, núm. 74, [pág. 74]).
- Directiva 90/314, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados ([DOCE nº L 23 junio 1990, núm. 158, [pág. 59]).
- Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Versión consolidada por el Tratado de Ámsterdam, de 2-10-1997 (DOCE 10 noviembre 1997, núm. 340, [pág. 173])).
- *Asjaõigusseadus (Law of Property Act* de Estonia, RT I 1993, 39, 590). Estonia.
- Reglamento 1768/92 del Consejo, de 18 de junio 92, relativo a la creación de un certificado complementario de protección para los medicamentos (DOCE nº L 2 julio 1992, núm. 182, [pág. 1]).
- Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional relativas a las garantías a primer requerimiento de 1992.
- Directiva 89/646, de 15 de diciembre, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DOCE nº L 30 diciembre 1989, núm. 386, [pág. 1]).
- Directiva 88/361 del Consejo, de 24 de junio, para la aplicación del artículo 67 del Tratado (DOCE nº L 8 julio 1988, núm. 178, [pág. 5]).
- *Housing Act* de 1988 (*Chapter 50*). Gran Bretaña.
- Directiva 85/577, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DOCE nº L 31 diciembre 1985, núm. 372, [pág. 31]).
- Directiva 85/374, de 25 de julio, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE nº L 7 agosto 1985, núm. 210, [pág. 29]).
- *Companies Act* de 1985 (*Chapter 6*). Gran Bretaña.
- *Satisfaction of Claims Act* de 1984 (8-6-1984, No. 59). Noruega.
- *Limitation Act* de 1980 (*Chapter 58*). Gran Bretaña.
- *Torts (interference with goods) Act* de 1977 (*Chapter 32*). Gran Bretaña.

Índice de legislación extranjera, comunitaria e internacional

- *Consumer Credit Act* de 1974 (*Chapter 39*). Gran Bretaña.
- *Land Charges Act* de 1972 (*Chapter 61*). Gran Bretaña.
- *Rechtspflegergesetz* (Ley de los administradores de justicia). *Gesetz vom 05.11.1969* (BGBl. I S. 2065). Alemania.
- Reglamento 1968/1612, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DOCE n° L 19 octubre 1968, núm. 257, [pág. 2]).
- Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo 1957 (BOE 1 enero 1986, núm. 1, [pág. 2]).
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (BOE 10 octubre 1979, núm. 243, [pág. 23564]).
- *Rent Act* de 1977 (*Chapter 42*). Gran Bretaña.
- *Loi n°65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis* (*Journal Officiel du 11 juillet 1965*). Francia.
- Código Civil de la República Checa (*act of the Czech Republic No. 40/1964*, de 26 de febrero de 1964). República Checa.
- Código Civil de Hungría de 1959 (*act IV of 1959*). Hungría.
- Reglamento n° 1 del Consejo, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea (DOCE 6 octubre 1958, núm. 17, [pág. 385]).
- *Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht de 1951* (G. v. 15.03.1951 BGBl. I S. 175, 209). Alemania.
- *Ownership Act* de 1951 (*Promulgated State Gazette No. 92/16.11.1951*). Bulgaria.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949 (Boletín Oficial Federal 1, pág. 1 (BGBl III 100-1). Alemania.
- *Zivilprozessordnung* (*Ausfertigungsdatum: 12.09.1950*). Alemania.
- R. D. 16 marzo 1942, n. 262. *Approvazione del testo del Codice Civile*. (*Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale*, n. 79 del 4 aprile 1942). Italia.
- *Settled Land Act* de 1925 (*Chapter 18*). Gran Bretaña.
- *Land of Property Act* de 1925 (*Chapter 20*). Gran Bretaña.
- *Administration of Estates Act* de 1925 (*Chapter 23*). Gran Bretaña.
- *Land Registration Act* de 1925 (*Chapter 21*). Gran Bretaña.
- *Verordnung über das Erbbaurecht* de 15 de enero de 1919 (*Fundstelle: RGBI 1919, 72, 122*). Alemania.
- *Konkurs Ordnung* (RGBI 1914/337). Austria.
- *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* de 1907 (Número RS. 210. *Titre. Entrée en vigueur. 1^{er} janvier 1912. Source RO 24 245*). Suiza.

Índice de legislación extranjera, comunitaria e internacional

- *Bürgerlichen Gesetzbuches* de 1899 (BGB1 S. 195). Alemania.
- *Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung* de 1897 (*Ausfertigungsdatum*: 24.03.1897). Alemania.
- Código Civil maltés de 1870 (Cap. 16. 11th *February*, 1870). Malta.
- Código Civil portugués de 1966 (*Decreto-Lei* Nº 47 344, de 25 de *Novembro* de 1966). Portugal.
- *Codul civil român*. Dec. 1, 1865. Rumanía.
- Código Civil de Lituania de 1864 (Ley VIII-1864). Lituania.
- *Common Law Procedure Act* de 1852 (*Chapter* 76). Gran Bretaña.
- *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (JGS Nr. 946/1811). Austria.
- *Code Civil* de 1804. Francia.

V. LISTA DE TABLAS

- Tabla 1. La evolución de los derechos reales en el derecho romano.
- Tabla 2. Esquema comparativo de los derechos reales: Concordancias en Europa.
- Tabla 3. La propiedad en diversos ordenamientos de la UE.
- Tabla 4. La posesión en diversos ordenamientos de la UE.
- Tabla 5. Los tipos de accesoriadad en los ordenamientos jurídicos europeos.

VI. LISTA DE FIGURAS

- Figura 1. Los derechos reales y personales en el Derecho inglés.
- Figura 2. Los *estates* en el Derecho inglés antes de la LPA de 1925.
- Figura 3. Régimen de oponibilidad de los derechos legales y en equidad: legislación pre-1925 y post-1925.
- Figura 4. Oponibilidad de los derechos legales y en equidad en la legislación post-1925 y 2002.
- Figura 5. Hacia un sistema de propiedad europeo.
- Figura 6. Redención y posterior cesión de la eurohipoteca.
- Figura 7. Excepciones del propietario derivadas del contrato de garantía.
- Figura 8. Efectos de la ejecución en el rango hipotecario de la eurohipoteca.

VII. HIPÓTESIS Y METODOLOGÍA / HYPOTHESIS AND METHODOLOGY

La presente tesis parte de la **hipótesis** de que los derechos reales son necesarios para conseguir las libertades comunitarias. Estas libertades se recogen actualmente en el Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007 (en adelante, TFUE)¹, y comprenden la libre circulación de mercancías, de trabajadores y de capitales (arts. 28 y 29 TFUE, 45 a 48 TFUE y 63 a 66 TFUE respectivamente), así como las libertades de establecimiento y de servicios (arts. 49 a 55 TFUE y 56 a 62 TFUE respectivamente). Por lo tanto, el **objeto** de estudio son los derechos reales tal y como están regulados en los Estados miembros y en la normativa comunitaria (*ius communitatis*), así como su interpretación por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) y el tratamiento que han recibido por parte de la doctrina científica, poniendo especial énfasis en el derecho real de hipoteca por su indudable importancia jurídico-económica.

Los derechos reales constituyen una parte del Derecho privado europeo. En un primer momento, la actividad legislativa de los órganos de la Unión Europea (en adelante, UE) en el ámbito del Derecho privado se concentró primordialmente en el derecho de consumo, promulgándose diversas Directivas (p. e. la Directiva 85/577, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales², y la Directiva 90/314, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados³). No obstante, esta normativa carecía de coherencia interna y su objetivo inmediato era solucionar problemas puntuales. La política de la UE empezó a quedar perfilada en el año 2001, cuando la Comisión Europea preguntó abiertamente en una Comunicación⁴ las posibilidades de armonizar el Derecho privado europeo tomando como punto de partida el derecho contractual. Antes de esta fecha, sendas resoluciones del Parlamento europeo de 1989 y 1994 dieron su apoyo institucional a la creación de un Código

¹ BOE 27 noviembre 2009, núm. 286. TFUE, consolidado según Tratado de Lisboa.

² DOCE nº L 31 diciembre 1985, núm. 372, [pág. 31].

³ DOCE nº L 23 junio 1990, núm. 158, [pág. 59].

⁴ Bruselas, 11.07.2001. COM (2001) 398 final.

Europeo Común de Derecho Privado⁵. La idea de una normativa comunitaria común que pudiera aplicarse indistintamente en cualquier Estado miembro no era nueva, sino que con anterioridad tanto la *Commission on European Contract Law*⁶ (concentrada en el derecho de contratos y liderada por el profesor Olé Lando) como el Informe Segré y la Federación Hipotecaria Europea (focalizadas en proponer una garantía real inmobiliaria útil y flexible común a toda Europa), habían estudiado la posibilidad de acoger instrumentos jurídico-privados comunes a nivel europeo.

La Comisión Europea presentó un Plan de Acción relativo a un derecho contractual europeo más coherente en base a las respuestas recibidas a la Comunicación de 2001⁷, que se concretó en la voluntad de crear el llamado marco común de referencia. Este marco debía consistir en un conjunto de normas uniformes en materia de contratos, incluyendo la normativa existente en materia de consumidores y usuarios de una forma coherente y sistematizada (2003). Por lo tanto, este marco no pretendía abarcar todo el Derecho privado europeo, desmarcándose así la Comisión de la propuesta del Parlamento europeo de crear un código europeo común. Todo este proceso concluyó en la concentración de diversos grupos de investigación, como el *Study Group on a European civil code* (sucesora de la Comisión Lando, en adelante, SGECC) y el *European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*⁸, que centra su estudio en las normas promulgadas por la Comisión en el ámbito del Derecho privado -principalmente, en materia de consumo-), en la denominada *Joint Network on European Private Law*, que recibió financiación a cargo del sexto programa marco de la UE para elaborar este marco común (2006-2009)⁹. El resultado final fue la promulgación de las versiones provisional y definitiva del *Draft of the Common Frame of Reference*

⁵ DOCE nº C 158, 26 de junio de 1989, págs. 400 y 401, Resolución A2-157/89: "1. Requests that a start be made on the necessary preparatory work on drawing up a common European Code of Private Law, the Member States being invited, having deliberated the matter, to state whether they wish to be involved in the planned unification"; y DOCE nº C 205/518, 25 de julio de 1994.

⁶ [Http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/index.html](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/index.html).

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 12 de febrero de 2003 (COM (2003) 68 final).

⁸ <http://www.acquis-group.org/>.

⁹ [Http://www.copec.org/](http://www.copec.org/).

(en adelante, DCFR) en 2008 y 2009 respectivamente¹⁰, que incorporan no obstante normas sobre el derecho de propiedad, garantías reales sobre bienes muebles y *trust* (Libros VIII, IX y X respectivamente). La Comisión Europea debe ahora decidir el destino del DCFR: o bien ser un instrumento obligatorio y sustitutivo de las regulaciones nacionales, o bien tener un carácter optativo para los Estados miembros.

Este iter histórico nos muestra que la voluntad de armonizar el Derecho privado europeo ha seguido en mayor o menor medida los trabajos que han llevado a cabo la Comisión Lando y su sucesora (el SGECC), así como el Grupo *Acquis*. Junto con estas iniciativas centradas en el derecho contractual, destaca otra focalizada en los derechos reales. La iniciativa del Informe Segré y la Federación Hipotecaria Europea cristalizó finalmente en la denominada eurohipoteca, un derecho contractualmente accesorio de la obligación que asegura cuyas líneas esenciales se recogen en las *Basic Guidelines for a Eurohypothec* (en adelante, BG)¹¹. Las BG fueron citadas expresamente en el Libro Verde sobre el Crédito Hipotecario de junio de 2005¹², que sometía a audiencia pública la posible introducción de una hipoteca común para Europa.

La política legislativa de la Comisión Europea respecto al DCFR está en consonancia con la poca presencia de los derechos reales en la normativa comunitaria. De hecho, únicamente encontramos en ella referencias aisladas (p. e. la reserva de dominio en el art. 4 de la Directiva 2000/35, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales¹³; o las garantías financieras en el art. 4 de la Directiva 2002/47, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera¹⁴). Además, la voluntad de crear un DCFR también ha afectado a la doctrina científica, que ha centrado su estudio principalmente en el derecho contractual.

Por estos motivos, el presente estudio pretende: a) en primer lugar,

¹⁰ La versión comentada de estos principios es la siguiente: "Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group). October 2009".

¹¹ Recogidas en DREWICZ TULODZIECKA, Agnieszka (Ed.), Warsaw, 2005.

¹² COM (2005) 327 final.

¹³ DOCE n° L 8 agosto 2000, núm. 200, [pág. 35].

¹⁴ DOCE n° L 27 junio 2002, núm. 168, [pág. 43].

proponer las bases de un sistema de propiedad europeo (que engloba una serie de principios como el de *numerus clausus* o *numerus apertus*, el de publicidad y el de especialidad de los derechos reales), así como una regulación adecuada de los derechos reales que permita a la UE la consecución de las libertades comunitarias; y b) en segundo lugar, analizar un modelo de derecho real, como el de garantía real inmobiliaria previsto en las BG (la eurohipoteca), y su incidencia en estas libertades. Esta garantía podría favorecer la concesión de préstamos hipotecarios transfronterizos redundando en beneficio del mercado interior gracias a su carácter paneuropeo, útil y flexible.

Ambas perspectivas se diferencian en sus consecuencias para los Estados miembros. La primera busca encontrar puntos en común entre los sistemas de propiedad de las legislaciones nacionales, para llevar a cabo una posible armonización a corto plazo y una futura unificación a largo plazo. Es necesario especificar que *armonizar* el Derecho privado europeo no tiene los mismos efectos que una *unificación*¹⁵ o una *uniformización*¹⁶. La unificación (o uniformización) del Derecho privado europeo supondría la sustitución de las legislaciones de cada Estado miembro por una de ámbito europeo, p. e. a través de un código civil europeo. Por el contrario, la armonización deja intacta la normativa propia de los derechos nacionales. Un ejemplo de armonización es la promulgación de Directivas por parte de la UE (art. 115 TFUE). Estas normas deben implementarse en los Estados miembros, pero se deja margen al legislador nacional para optar por la forma que crea conveniente siempre y cuando respete su espíritu y finalidad. En definitiva, lo que se busca a través de una armonización (o aproximación) es que los ordenamientos jurídicos se

¹⁵ Ver al respecto PINNA, Andrea, *Drafting a Civil Code for Europe. Aims and Methods*, 2001, p. 7. Disponible en <http://palissy.humana.univ-nantes.fr/MSH/prog/ssn/SSN02.pdf>; y OSAJDA, Konrad, *The Experiences, Methods, Objectives and Perspectives of Unification of Private Law in the European Union* (April 18, 2006). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=897403>; pp. 8 y ss.

¹⁶ Término que emplea ARROYO i AMAYUELAS, Esther, "Estudio preliminar", en SCHULZE, Reiner y ZIMMERMANN, Reinhard, *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación. Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de Esther Arroyo i Amayuelas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 28.

acerquen a posiciones comunes¹⁷. Pero la armonización es compatible con la unificación, p. e. si los derechos nacionales adoptan paulatinamente normativas tan comunes que sea posible unificarlas bajo un mismo cuerpo normativo. La segunda perspectiva (la eurohipoteca) se presenta como un modelo que podría convivir con el resto de hipotecas presentes en los Estados miembros, es decir, sin modificar su derecho hipotecario vigente, si bien conllevaría la adopción de unos estándares básicos.

Por lo tanto, el presente trabajo estudia los derechos reales desde estos dos puntos de vista, cuya diferenciación influye en su **estructura formal**. De esta manera, de los 6 capítulos principales que lo componen tres están dedicados al estudio de un posible sistema de propiedad europeo, mientras que los otros tres lo están a la eurohipoteca. La **sistemática** y la **metodología** del presente trabajo son las siguientes:

a) El primer capítulo pretende ofrecer un concepto de derecho real a un nivel europeo. El objetivo final, como ya se ha dicho, es proponer las bases de un sistema de propiedad europeo que permita a la UE la consecución de las libertades comunitarias, y para ello es conveniente conocer en primer lugar qué podemos entender por derecho real. La finalidad es la búsqueda de principios comunes que ayuden a reconocer (reconoscibilidad) a los derechos reales en los diversos sistemas jurídicos europeos. La metodología de este capítulo es similar a la utilizada por el *Common Core of European Private Law*¹⁸, que tiene su origen en los trabajos anteriores de Rudolf B. SCHLESINGER en la Universidad de Cornell y Rodolfo SACCO. Estos autores propugnaron una aproximación fáctica en el método comparativista, esto es, a través de diversos casos prácticos tras los cuales se profundiza en los problemas que afectan a una determinada institución jurídica. Estos casos toman la forma de cuestionarios, en los que cobra gran importancia el concepto de “*Metalegal Formants*”, es decir, el análisis del derecho de un Estado miembro no se agota en el propio derecho positivo o en las interpretaciones doctrinales y

¹⁷ Es la opinión de OSAJDA, K., ob. Cit.: “I think that harmonization is nothing else than bringing separate regulations closer. I can see neither bases nor objectives of differentiation between harmonization and approximation of law”, p. 9.

¹⁸ [Http://www.common-core.org](http://www.common-core.org).

jurisprudenciales, sino que engloba también aspectos sociales y culturales¹⁹. En definitiva, el *common core* busca realizar una descripción detallada de los derechos (o mapas) de los Estados miembros: no se busca crear un nuevo derecho sino analizar el ya existente. Aplicada su metodología a nuestro estudio, intentaremos encontrar cuáles son las características que permiten identificar al derecho real en los ordenamientos jurídicos inglés, alemán, español y catalán. El principal obstáculo que encontramos en esta tarea son las distintas tradiciones jurídicas que imperan en Europa, principalmente el derecho angloamericano y el *civil law* (sistemas de derecho civil). Las diferencias entre ambas son importantes, p. e. el concepto de propiedad absoluta que está presente en los países civilistas (p. e. en España, Francia o Alemania), contrasta con la ausencia de tal concepto en el derecho angloamericano, en el que aún persisten reminiscencias de la época feudal. Además, en el derecho angloamericano existe un cuerpo de normas (*equity*) que convive con el denominado derecho común (*common law*). Para poder encontrar puntos comunes es necesario llevar a cabo un análisis de la evolución histórica de ambas tradiciones. En otras palabras, es necesaria una labor **histórica** y de **derecho comparado**.

b) El segundo capítulo trata de ofrecer una panorámica de la situación de los derechos reales en el Derecho privado europeo. La finalidad de este capítulo es constatar desde un punto legal, jurisprudencial y doctrinal cuál ha sido el tratamiento de los derechos reales por parte de las **instituciones europeas**. Por lo tanto, la metodología es similar a la del *Acquis Group*. Su investigación consiste en sistematizar y consolidar el Derecho contractual comunitario en busca de normas más coherentes, tomando como base el

¹⁹ “This is the lesson that Rodolfo Sacco took and developed. The core of his comparative law methodology is by now well known translated as it has been in many languages. To sum up Sacco's theory, a list, even exhaustive, of all the reasons given for the decisions made by the courts is not the entire law. The statutes are not the entire law. Neither are the definitions of legal doctrines given by scholars. In order to know what the law is, it is necessary to analyze the entire complex relationship between what Sacco calls the "legal formants" of a system". El propio Sacco define los "*legal formants*": "Thus even the jurist who seeks a single legal rule, indeed who proceeds from the axiom that there can be only one rule in force, recognizes implicitly that living law contains many different elements such as statutory rules, the formulations of scholars, and the decisions of judges-elements that he keeps separate in his own thinking. In this essay, we will call them, borrowing from phonetics, the "legal formants", ver SACCO, Rodolfo, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment I of II)", en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, 1991, p. 22.

acervo comunitario vigente²⁰. Sus trabajos han cristalizado en la elaboración de los Principios *Acquis*²¹. Es cierto que el derecho contractual es la principal prioridad de la UE desde un punto de vista legal, pero ello no quiere decir que el derecho de propiedad no esté presente en las normas de derecho derivado que ésta ha promulgado (reglamentos y directivas), p. e. en el ámbito de las garantías financieras. Además, encontramos referencias a los derechos reales en la jurisprudencia del TJCE, p. e. su influencia en la libre circulación de capitales en el caso *Trummer v Mayer* de 1999 y su interpretación del art. 345 TFUE, cuyo análisis es necesario para averiguar y delimitar hasta dónde puede incidir la UE en esta materia. Por último, se exponen los grupos de investigación interesados e implicados en la armonización de los derechos reales, resaltándose sus objetivos, logros y perspectivas de futuro, que pueden ser de utilidad para la armonización de los derechos reales en la UE.

c) El tercer capítulo busca proponer un sistema de propiedad a nivel europeo en base al *common core* de los derechos reales y el análisis del acervo comunitario. De nuevo, vuelve a estar presente el **derecho comparado**. Este sistema está formado por una serie de principios que están presentes en mayor o menor medida tanto en el derecho angloamericano como en los sistemas de derecho civil (p. e. los principios de *numerus clausus* o *numerus apertus*, especialidad y publicidad), pero la esencia de una posible armonización europea se encuentra en el derecho de propiedad y en los derechos reales en cosa ajena, que serán el objeto de los principios que integran este sistema propiedad. La propiedad en el derecho angloamericano se basa primordialmente en la posesión, que otorga un derecho oponible a cualquier tercero a no ser que éste demuestre un mejor derecho a poseer, y no tiene un carácter absoluto como en los países continentales. Los casos de posesión de la propiedad inmueble más relevantes y que más se asemejan a la propiedad continental son el *freehold* y el *leasehold*. Para poder construir un *bridge* entre el derecho angloamericano y los sistemas de derecho civil también

²⁰ Los objetivos de este grupo pueden consultarse en ARROYO i AMAYUELAS, E., "Hacia un derecho contractual más coherente. La sistematización del acervo comunitario", en BOSCH CAPDEVILA, Esteve (Coord.), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 210 y ss.

²¹ Para una traducción de dichos principios, ver ARROYO i AMAYUELAS, E., "Los Principios del Derecho contractual comunitario", en *ADC*, Núm. LXI-1, Enero 2008, pp. 211 y ss.

deben tenerse en cuenta los derechos reales en cosa ajena. Además, junto al sistema de propiedad es necesario el análisis de otros aspectos, tales como la convergencia de los sistemas de adquisición y pérdida de los derechos reales, la separación entre el derecho de propiedad y el derecho contractual o el papel de la interpretación del derecho en ambas tradiciones jurídicas (el papel preponderante de los jueces como fuente del derecho en el derecho angloamericano y su función meramente interpretativa en los sistemas de derecho civil). Por último, la existencia de un posible sistema de propiedad no es suficiente, sino que es necesario analizar si este modelo podría ser factible y deseable.

d) Los tres últimos capítulos se centran en el estudio de la eurohipoteca como instrumento para alcanzar un mercado hipotecario europeo a través de la consecución de las libertades comunitarias. La eurohipoteca no ha sido concebida como una garantía que sea el resultado de un análisis previo de las diversas hipotecas nacionales (en busca de puntos comunes), sino que pretende ser una garantía eficaz y eficiente en cualquier mercado hipotecario tanto para prestamistas como para prestatarios. Para elaborar las BG²² se trató en primer lugar de identificar las dificultades, costes y problemas de las transacciones transfronterizas, así como el régimen jurídico de la hipoteca en cada Estado miembro. De esta manera, se pudieron comprobar las necesidades actuales del mercado hipotecario a nivel paneuropeo y el nivel de estudio doctrinal sobre esta temática. La eurohipoteca es un modelo que nace para atender estas necesidades.

De esta forma, el capítulo cuarto analiza en qué medida la eurohipoteca podría redundar en beneficio tanto en las operaciones activas (p. e. su impacto en las políticas de vivienda a través de los préstamos hipotecarios transfronterizos) como pasivas (p. e. la refinanciación hipotecaria), del mercado hipotecario. Para ello se analiza si el Libro Blanco de 2007 sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE²³ permite realmente alcanzar lo que su título sugiere, o si por el contrario es conveniente adoptar otras medidas para ello (p. e. la eurohipoteca).

²² NASARRE AZNAR, Sergio, "The Eurohypothech: a Common Mortgage for Europe", en *The Conveyancer and Property Lawyer*, January-February 2005, ob. Cit., pp. 50 y 51.

²³ COM (2007) 807.

e) El propósito principal del capítulo quinto es el análisis de la eficacia y eficiencia de la eurohipoteca respecto a la hipoteca española y el resto de hipotecas europeas, una vez constatado si la eurohipoteca podría redundar en beneficio de las libertades comunitarias potenciando el mercado hipotecario tanto en sus operaciones activas como pasivas. En este apartado tiene una gran importancia la accesoriedad contractual de la eurohipoteca (el vínculo entre la obligación y la garantía tiene lugar a través de un contrato), que contrasta con la accesoriedad legal de la hipoteca española y la ausencia de ésta en algunos sistemas hipotecarios europeos, p. e. el alemán. Por lo tanto, son objeto de análisis distintos sistemas hipotecarios europeos (**derecho comparado**), con la finalidad de mostrar si dan una respuesta eficiente a los supuestos más usuales de la práctica bancaria. El resultado nos mostrará los sistemas hipotecarios que facilitan o dificultan la concesión de préstamos hipotecarios y dónde se sitúa la eurohipoteca.

f) Por último, el capítulo sexto analiza los elementos configuradores de la eurohipoteca en las BG y su posible funcionamiento en el Derecho español, con referencias a los sistemas hipotecarios presentes en el derecho comparado. Este estudio nos mostrará si la eurohipoteca supondría una ruptura del Derecho hipotecario español vigente o simplemente una evolución hacia una mayor flexibilidad y eficiencia de nuestro sistema hipotecario.

En definitiva, mediante el presente trabajo pretendemos el estudio de los derechos reales, necesarios para la consecución de las libertades comunitarias, desde dos puntos de vista: a) la proposición de un sistema de propiedad en la UE; y b) el análisis de la eurohipoteca.

HYPOTHESIS AND METHODOLOGY

The **hypothesis** of the current dissertation takes as a starting point that property rights are necessary for the achievement of community freedoms. These freedoms are now foreseen in the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter, TFUE)²⁴, and include the free movement of goods, workers, capital, services and persons (articles 28 and 29 TFUE, 45 to 48 TFUE, 63 to 66 TFUE, 49 to 55 TFUE and 56 to 62 TFUE respectively). Therefore, property rights are the **object** of study as they are regulated in both the Member States and European private law (*ius communitatis*), as well as their interpretation by the Court of Justice of the European Communities (hereinafter, TJCE) and the interpretation by scholars, with special emphasis on the mortgage due to its undoubted juridical-economic importance.

Property rights are a part of European private law. In the beginning, the activity on the part of the institutions of the European Union (hereinafter, UE) in the field of private law focused primarily on consumer law, enacting several rules accordingly (for instance, Directive 85/577 of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises²⁵, and Directive 90/314 of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours²⁶). Nevertheless, these rules had no internal coherence and their immediate purpose was to solve specific problems. The political will of the UE was defined in 2001 through a Communication²⁷, where the European Commission gave a public hearing to corporate bodies throughout Europe asking about the possibility of harmonising European private law, taking contract law as a starting point. Before that date, two resolutions of the European Parliament of 1989 and 1994 gave full support to the creation of a Common European Code of Private Law²⁸. The idea of common rules that could be applied throughout Europe was not new, because both the *Commission on*

²⁴ BOE 27 November 2009, nº 286. TFUE, consolidated by the Lisbon Treaty.

²⁵ DOCE 31 December 1985, nº 372, [page 31].

²⁶ DOCE 23 June 1990, nº. 158, [page 59].

²⁷ Brussels, 11.07.2001. COM (2001) end of 398.

²⁸ DOCE nº C 158, 26 June of 1989, pages 400 y 401, Resolution A2-157/89: "1, Requests that a start be made on the necessary preparatory work on drawing up a common European Code of Private Law, the Member States being invited, having deliberated the matter, to state whether they wish to be involved in the planned unification"; and DOCE, nº C 205/518, 25 July 1994.

*European contract law*²⁹ (focused on the area of contracts under the direction of professor Olé Lando) and the Segre report and the European Mortgage Federation (both focused on a proposal for a useful and flexible common security right over immovables throughout Europe), had carried out research into private instruments that could be used at a European level.

The European Commission presented an action plan for more coherent European contract laws in 2003 in response to the answers received from the Communication of 2001³⁰. The main purpose of the action plan was the creation of a common framework of reference which had to consist of a uniform body of coherent and systemised contract rules, including the existing ones on consumer protection. The goal of this framework was not to tackle the harmonisation of all European private law, thus not heeding the proposal of the European Parliament to create a European civil code. This process concluded with the concentration of several research groups, such as the *Study Group on a European civil code* (successor of the Lando Commission, hereinafter, SGECC) and the *European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*³¹-which focus their research on the rules promulgated by the Commission in the field of private law (mainly, consumer protection)-, in the so-called *Joint Network on European Private Law*, which received a grant from the UE in the context of the 6th Framework Programme to create this common framework (2006-2009)³². The final result was the promulgation of both the provisional and final versions of the *Draft of the Common Frame of Reference* (hereinafter, DCFR) in 2008 y 2009 respectively³³, which include, however, rules on property law, security rights over movables and *trust* (Books VIII, IX and X respectively). Nowadays, the European Commission has to decide the destiny of the DCFR: either to be a compulsory instrument substituting national rules, or to be an optional instrument for Member States.

²⁹ http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/index.html.

³⁰ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 12 February of 2003 (COM (2003) 68 final).

³¹ <http://www.acquis-group.org/>.

³² <http://www.copecr.org/>.

³³ The version of these principles with commentaries is the following: "Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Edited by Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group). October 2009.

This historical evolution shows us that the will to harmonise European private law has followed more or less the works that were carried out by the Lando Commission and its successor (SGECC), and the *Acquis* group. Along with these initiatives which focus on contract law, there is another which focuses on property law. From the initiative of the Segré Report and the European Mortgage Federation the so-called eurohypothec was created, a security which is contractually an accessory to the secured loan and whose guidelines are published in the *Basic Guidelines for a Eurohypothec* (hereinafter, BG)³⁴. The BG was quoted expressly by the Green Paper of Mortgage Credit of June of 2005³⁵, which made a public hearing asking about the possibility of introducing a common mortgage for Europe.

The political of the European Commission regarding the DCFR is in accordance with the scant presence of property rights in European private law. In fact, we find only isolated rules (such as the retention of title foreseen in article 4 of Directive 2000/35 of 29 June 2000, on combating late payment in commercial transactions³⁶; or the collateral arrangements foreseen in article 4 of Directive 2002/47 of 6 June 2002, on financial collateral arrangements³⁷). Moreover, the will to create the DCFR has had influence on academics, who have focused their research mainly on the field of contract law.

For these reasons, the present dissertation tries to: a) firstly, propose the basis for a European system of property law (which would include several principles such as the *numerus clausus* or *numerus apertus*, specificity or publicity of property rights), with feasible regulation of property rights which would allow community freedoms to be achieved in the UE; and b) secondly, analyze a model of property rights, such as the eurohypothec (a security right over immovable property foreseen in the BG), and its impact on community freedoms. These security rights would benefit cross/border lending, thus fostering community freedoms thanks to its pan-European, flexible and effective nature.

Both perspectives differ in the consequences for Member States. The

³⁴ Contemplated in DREWICZ TULODZIECKA, Agnieszka (Ed.), Warsaw, 2005.

³⁵ COM (2005) end of 327.

³⁶ DOCE n° L 8 agosto 2000, núm. 200, [pág. 35].

³⁷ DOCE n° L 27 junio 2002, núm. 168, [pág. 43].

first one seeks to find points in common among the national systems of property law, with the goal to achieve harmonisation in the short-term and unification in the long-term. It is necessary to point out that harmonisation does not have the same effects as unification³⁸ or *uniformización*³⁹. The unification of European private law would suppose the substitution of national legislations of each Member State with another at a European level, for instance through a European civil code, whereas any harmonisation would leave national rules intact. An example of harmonisation is the enactment of directives on the part of the UE (art. 115 TFUE). These rules have to be implemented by the Member States, but each legislator can choose the most convenient way to do that, so long as the spirit and objectives of the community rules are respected. Briefly stated, harmonisation seeks the approximation of several legislations to a common basis⁴⁰ and is compatible with unification, for example if national legislations gradually adopted common rules that would facilitate the enactment of a unique instrument. The second perspective (the eurohypothech) is a model that could coexist with the other mortgages regulated in each Member State, without any essential modification of mortgage law, even though it would force the adoption of basic standards.

Therefore, the current dissertation analyzes property rights from two different perspectives, which has a significant influence on its **formal structure**. The first three chapters are dedicated to the study of a system of property law, whilst the other three focus on the eurohypothech. The **system** and the **methodology** are as follows:

a) The purpose of the first chapter is to offer a concept of property right at a European level. The final goal, as has been stated, is to propose the basis for

³⁸ PINNA, Andrea, *Drafting a Civil Code for Europe. Aims and Methods*, 2001, p. 7. Available at <http://palissy.humana.univ-nantes.fr/MSH/prog/ssn/SSN02.pdf>; and OSAJDA, Konrad, *The Experiences, Methods, Objectives and Perspectives of Unification of Private Law in the European Union* (April 18, 2006). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=897403>; pp. 8 y ss.

³⁹ Term which is used by ARROYO i AMAYUELAS, Esther, "Estudio preliminar", in SCHULZE, Reiner y ZIMMERMANN, Reinhard, *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación. Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de Esther Arroyo i Amayuelas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 28.

⁴⁰ Is the opinion of OSAJDA, K., ob. Cit.: "I think that harmonization is nothing else than bringing separate regulations closer. I can see neither bases nor objectives of differentiation between harmonization and approximation of law", p. 9.

a European system of property law, and for that it is necessary to be aware of what a property right is. Therefore, the aim is to identify common principles that could help to recognise property rights in the various European legal systems. The methodology of this chapter is quite similar to the one used by the *Common Core of European Private Law*⁴¹, which has its origin in the previous works carried out by Rudolf B. SCHLESINGER at Cornell University and Rodolfo SACCO. These authors were in favour of a factual approximation in the comparative method, namely, through several cases which offer an in-depth analysis of the problems that affect a specific legal institution. These cases took the form of questionnaires, where the concept of “*Metalegal Formants*” is of paramount importance. The analysis of the law of one Member State comprises not only positive law and its interpretation by scholars and the courts, but also its social and cultural aspects⁴². Essentially, the *common core* seeks to find a detailed description of the legal systems (or maps) of the Member States, not creating a new one but analysing the existing one. If we apply its methodology to our study, we try to find what the characteristics are that identify a property right in the English, Catalan, Spanish and German legal systems. The main barrier to this task is the different legal traditions that exist in Europe, mainly Anglo-American law and civil law. The differences between them are important. For instance, the absolute concept of ownership in civil law systems such as in Spain, France or Germany, contrasts with the concept of estate in Anglo-American law, where reminiscences of the feudal era still exist. Moreover, in Anglo-American law there is a body of rules (*equity*) along with so-called common law. If we want to find points in common it is necessary to follow the evolution of both traditions or, in other words, carry out a **historical** and

⁴¹ [Http://www.common-core.org](http://www.common-core.org).

⁴² “This is the lesson that Rodolfo Sacco took and developed. The core of his comparative law methodology is by now well known translated as it has been in many languages. To sum up Sacco's theory, a list, even exhaustive, of all the reasons given for the decisions made by the courts is not the entire law. The statutes are not the entire law. Neither are the definitions of legal doctrines given by scholars. In order to know what the law is, it is necessary to analyze the entire complex relationship between what Sacco calls the “legal formants” of a system”. El propio Sacco define los “*legal formants*”: “Thus even the jurist who seeks a single legal rule, indeed who proceeds from the axiom that there can be only one rule in force, recognizes implicitly that living law contains many different elements such as statutory rules, the formulations of scholars, and the decisions of judges-elements that he keeps separate in his own thinking. In this essay, we will call them, borrowing from phonetics, the “legal formants”, ver SACCO, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment I of II)”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, 1991, p. 22.

comparative law work.

b) The second chapter seeks to offer an overview of the current situation of property rights in European private law. The purpose of this chapter is to ascertain from a legal, jurisprudential and scholarly point of view what the treatment of property rights has been by the **European institutions**.

The methodology is, therefore, quite similar to the one which is used by the *Acquis Group*. The research of this group seeks to achieve the systematisation and consolidation of European contract law in the search for more coherent rules, taking as a starting point the *acquis communautaire*⁴³. The result of the work carried out by this group is the elaboration of the Acquis principles⁴⁴. It is true that contract law is the main priority of the UE from a legal point of view, but it does not mean that property law has no presence in the rules enacted in the secondary law (regulations and directives). Moreover, we find some references to property rights in the jurisprudence of the TJCE, for instance its influence in the free movement of capitals in the case *Trummer v Mayer* of 1999 and the interpretation of the meaning of art. 345 TFUE, the analysis of which is important to find out and specify what the limits of the UE are in creating rules in this field. Lastly, the several research groups that have interest and are involved in the harmonisation of property rights are described, highlighting their objectives, achievements and future perspectives, which could be useful for the harmonisation of property rights in the UE.

c) The third chapter seeks to propose a system of property law at a European level on the basis of the *common core* of property rights and the analysis of the *acquis communautaire*. **Comparative law** is still present. This system is integrated with several principles that are present, to a greater or lesser extent, either in Anglo-American law or in civil law (such as the principles of *numerus clausus* or *numerus apertus*, specificity and publicity), but the essence of a possible European harmonisation lies in the right of ownership and *iura in re aliena*, which will be the object of those principles that are included in

⁴³ The objectives of this group can be consulted in ARROYO i AMAYUELAS, E., "Hacia un derecho contractual más coherente. La sistematización del acervo comunitario", in BOSCH CAPDEVILA, Esteve (Coord.), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, page 210 *et seq.*

⁴⁴ A traslation of these principles can be found in ARROYO i AMAYUELAS, E., "Los Principios del Derecho contractual comunitario", in *ADC*, n°. LXI-1, January 2008, page 211 *et seq.*

this system of property law. Ownership in Anglo-American law is based primarily on possession, which grants a right opposable to any third party unless he demonstrates that has a better right to possess, and therefore has not an absolute sense as is the case in civil law systems. The cases of possession which are more relevant and have more similarities with regard to civil law ownership are *freehold* and *leasehold*. However, if we want to build a bridge between Anglo-American law and civil law the *iura in re aliena* should also be taken into consideration. Moreover, along with the system of property law a careful analysis of other aspects is needed, such as the convergence in the systems of acquisition and loss of property rights, the separation between the property and contract law and the role of judges as source of law in the Anglo-American law and their interpretative function in civil law. But the existence of a hypothetic European system of property law is not enough, because it is also necessary to analyse if this system is feasible and desirable.

d) The last three chapters focus on the study of the eurohypothech as an instrument to reach a European mortgage market through the achievement of community freedoms. The eurohypothech has not been conceived as a security that is the result of previous analysis of national mortgages (looking for points in common), but aspires to be a useful and flexible security for both lenders and borrowers. The methodology followed to issue the BG⁴⁵ was firstly finding the difficulties, costs and problems of cross-border transactions, and the mortgage regime in each Member State. In this way, the real needs of the mortgage market at a European level and the extent of scholarship research in this field could be tested. The eurohypothech is a model which tries to solve these needs.

Chapter four thus analyses in what way the eurohypothech could benefit both active (its impact on housing policy through pan-European mortgage loans) and passive (securitisation) operations of the mortgage market. Consequently, the White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets of 2007 is analysed to see if it really allows the achievement of this integration, or if the adoption of other measures would be advisable to achieve that goal (for instance, the eurohypothech).

⁴⁵ NASARRE AZNAR, Sergio, "The Eurohypothech: a Common Mortgage for Europe", in *The Conveyancer and Property Lawyer*, January-February 2005, ob. Cit., pages 50 and 51.

e) The main objective of chapter five is the analysis of the efficacy and efficiency of the eurohypothec with regards to both the Spanish mortgage and others in Europe, once it has been ascertained if the eurohypothec could be an instrument beneficial to community freedoms fostering both active and passive operations of the mortgage market. In this section the contractual accessoriness of the eurohypothec is of the utmost importance (the connection between the loan and the mortgage takes place through a contract), which contrasts with the legal accessoriness of the Spanish mortgage and, indeed, its absence in several mortgage systems, such as in Germany. Several mortgage systems are, therefore, analysed (**comparative law**), with the purpose of showing what mortgage systems facilitate or hinder the disbursement of mortgage loans and where the eurohypothec is located.

f) Lastly, the sixth chapter is primarily concerned with the analysis of the characteristics of the eurohypothec in the BG and how it works under Spanish law, making some references to the mortgage systems of other countries. This study will show us if the eurohypothec would mean a breakdown of the Spanish mortgage system or merely an evolution towards a more efficient mortgage system.

To conclude, through the current work we study property rights, needed for the achievement of the community freedoms, from two points of view: a) the proposition of a system of European property law; b) the analysis of the eurohypothec.

PARTE I. Proceso y bases para la armonización de los derechos reales en Europa

CAPÍTULO 1º. Los derechos reales: concepto a la luz de su evolución histórica

I. Cuestiones introductorias y metodológicas

La armonización de los derechos reales en Europa debe partir de una definición de derecho real que sea común en los diversos Estados miembros, es decir, que permita reconocerlo (reconoscibilidad) en los diversos ordenamientos jurídicos europeos. Esta definición será de utilidad para construir un sistema de propiedad europeo, cuyos principios (p. e. el de *numerus clausus*) se aplican sobre los derechos reales⁴⁶. Para alcanzar este objetivo, hay que analizar el proceso de formación de los derechos reales en los diversos ordenamientos jurídicos, es decir, no es suficiente con atender a la legislación actual. El punto de partida es que no se puede mirar hacia el futuro sin antes entender el pasado, tal y como indica ZIMMERMANN⁴⁷. Por lo tanto, este primer capítulo tiene por objeto el análisis histórico de los derechos reales en Europa con la finalidad de identificar sus características comunes (*common core*). En este sentido, seguiremos como metodología la denominada **dogmática retrospectiva**, tomando como punto de partida los conceptos jurídicos de la actualidad para proyectarlos sobre las fuentes romanas⁴⁸.

Otra cuestión metodológica en este apartado es si nos encontramos propiamente ante un trabajo de derecho comparado o ante uno descriptivo, es decir, si median reflexiones comparativas específicas acerca del problema planteado o simplemente se queda en un trabajo conceptual. Este primer capítulo es puramente una comparación conceptual y descriptiva. En cambio, el tercer capítulo se centra en la elección del mejor modelo para una

⁴⁶ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado I.

⁴⁷ ZIMMERMANN, Reinhard, "Roman law and the harmonisation of private law in Europe", en HARTKAMP, A., HESSELINK, M. y otros, *Towards a European Civil Code*, Third Fully Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International, 2004: "But since, as Savigny has put it, there is no autonomous human existence entirely isolated from the past, we cannot freely fashion our own existence, including our laws: we always, and necessarily, do it 'in indissoluble community with the entire past'; and unless we want unconsciously to be governed by the past we should explore it in order to understand how we got to where we are", p. 41.

⁴⁸ MIQUEL, Joan, *Derecho privado romano*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 158.

armonización europea de los derechos reales, buscando las características semejantes y justificando su viabilidad, en base principalmente a criterios de utilidad y eficiencia⁴⁹. Una de las posibles finalidades del derecho comparado es la armonización del derecho, y el presente trabajo pretende proponer estrategias para alcanzar dicha finalidad⁵⁰.

Los países que representan en mayor o menor medida a las diversas tradiciones jurídicas europeas y que pueden servir como base para este objetivo son España (incluido el Derecho catalán), Alemania e Inglaterra. La razón de esta elección es el gran número de ordenamientos jurídicos que componen la UE, lo que hace inviable un estudio omnicomprendivo de cada uno de ellos. Los dos primeros forman parte de uno de los siete sistemas jurídicos⁵¹ que existen en el mundo: el sistema continental. Su denominador común es la codificación del derecho y la primacía de la Ley como fuente principal, siendo la principal labor del juez la interpretación de las normas jurídicas. No obstante, existen diferencias entre ambos ordenamientos, como por ejemplo la influencia de la doctrina pandectista del siglo XIX en Alemania y del Código de Napoleón de 1804 en España. El Derecho inglés es el máximo exponente de otra tradición jurídica, la angloamericana. La principal característica de este sistema es que el juez no lleva a cabo únicamente una interpretación de la norma, sino que tiene además la potestad de crear derecho. Estos dos sistemas jurídicos, el continental y el angloamericano, han recibido tradicionalmente el nombre de *civil law* y *common law*⁵²

⁴⁹ La eficiencia o utilidad del derecho real es un criterio que defiende GAMBARO (GAMBARO, Antonio, "Toward a Codification of the European Law of Property", en GAMBARO, A. y RABELLO, A.M. (Ed.), *Towards a new european ius commune*, The Hebrew University of Jerusalem, Israel, 1999, pp. 96 y 97), y MATTEI (MATTEI, Ugo, "A transaction costs approach to the European Code", en *ERPL*, N° 5, 1998, p. 52). Ver respecto a la creación de un modelo de eurohipoteca NASARRE AZNAR, S., "The Eurohypothec: a Common...", ob. Cit.: "One thing that authors have agreed on so far, is that the, Eurohypothec should be regulated in a way that would allow for a better and more secure business than we have now. If this is not the case, the idea should be discarded. A good starting point may be thinking of a mortgage that may be as flexible as possible to deal with several business that today are difficult to be successfully achieved in most European countries", p. 538.

⁵⁰ ZWEIGERT, Honrad y KÖTZ, Hein, *Introducción al derecho comparado*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 7 y 26.

⁵¹ De acuerdo con ALTAVA LAVALL, Manuel Guillermo (Coord.), *Lecciones de derecho comparado*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2003, pp. 37 y ss.; y ZWEIGERT, H. y KÖTZ, H., ob. Cit., pp. 71 y ss.

⁵² Como veremos posteriormente, este término tiene un origen histórico que no pretendía diferenciarse del sistema continental, sino que es un "Derecho común" al ser desarrollado por los Tribunales Reales desde la conquista Normanda en el año 1066. Por lo tanto,

respectivamente.

II. Evolución histórica de los derechos reales

1. Breves notas de los derechos reales en los ordenamientos jurídicos español y catalán

Atendiendo al sistema de aproximación establecido (la dogmática retrospectiva), es imprescindible poner de relieve las principales características que presenta el derecho real en nuestros días con la finalidad de analizar con qué alcance se regulaba en la antigüedad (p. e. en el derecho romano).

Los ordenamientos jurídicos español y catalán son herederos de la tradición jurídica romana, con lo que describiremos a continuación cuáles son las características de los derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles en el Código Civil⁵³ (en adelante, CC) y en el Código Civil de Cataluña⁵⁴ (en adelante, CCC), haciendo abstracción de las teorías que se han formulado en torno a su naturaleza jurídica⁵⁵.

1.1. Derechos reales sobre bienes inmuebles

La doctrina española⁵⁶ intenta definir los rasgos esenciales de los derechos reales partiendo de su distinción respecto a los derechos personales. Así, tenemos los siguientes elementos⁵⁷:

“encontramos, entonces, el término *common law* opuesto al de *local law* que era el Derecho que fue desarrollado por los tribunales locales”, ver NASARRE AZNAR, S., “Seis temas de *common law*”, en *La Notaría*, Núm. 2/2003, Febrero 2003, pp. 44 y ss.

⁵³ Real Decreto de 24 julio 1889 (Gaceta 25 julio 1889).

⁵⁴ Primera ley del Código Civil de Cataluña. Ley 29/2002, de 30 diciembre (DOGC 13 enero 2003, núm. 3798, [pág. 486]).

⁵⁵ Sobre ello nos remitimos a PEÑA LÓPEZ, José María, *Concepto del derecho real: revisión crítica de su caracterización en la doctrina moderna*, Tórculo, A Coruña, 1998, pp. 15 y ss.

⁵⁶ Tomamos la doctrina española como referencia dado que en el Derecho español se dan todos los elementos que permiten distinguir a los derechos reales de los personales, lo que no sucede en el Derecho catalán.

⁵⁷ De acuerdo con Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil. Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*, Vol. III, 7ª Ed., Madrid, Tecnos, 1997, pp. 31 a 32 y 50 a 52; Albaladejo, Manuel, *Derecho civil. Derecho de bienes*, Vol. III, 10ª Ed., Edisofer, Madrid, 2004, pp. 11 y ss.; Bernaldo de Quirós, Manuel Peña, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones, Madrid, 1982, pp. 13 y ss.; Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de derecho civil. Derechos reales*, III, Vol. I, 2ª Ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 1 y ss.; Puig Brutau, José, *Fundamentos de derecho civil*, Tomo III, Vol. I, 3ª Ed., Bosch, Barcelona, 1991, pp. 6 y ss.; Lasarte, Carlos, *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de derecho civil*, Tomo IV, 7ª Ed., Marcial Pons, Madrid-

a) Objeto y personas que intervienen: el derecho real, en su esfera *interna*, confiere un poder inmediato y directo sobre la cosa, que puede ser pleno o limitado, y satisface el interés de su titular sin necesidad de colaboración o prestación por parte de otra persona. El poder pleno sobre una cosa se identifica con el derecho de propiedad, que permite a su titular gozar y disponer de ella sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (arts. 348 CC y 541-1.1 CCC). Si el poder sobre la cosa es menor que la propiedad, su titular tiene entonces un derecho real limitado, que puede concederle un derecho de uso (p. e. a través de un usufructo, arts. 467 CC y 561-1.1 CCC), de realización (p. e. a través de una hipoteca, arts. 104 de la Ley Hipotecaria⁵⁸, en adelante, LH, y 569-27 CCC) o de adquisición preferente si su propietario la transmite a un tercero (p. e. a través del derecho de retracto, art. 1521 CC, o de tanteo, art. 568-13 CCC). El sujeto pasivo, quien debe soportar el gravamen, es variable, pues está en relación directa con la cosa. De esta manera, el nuevo propietario de una finca hipotecada deviene el nuevo sujeto pasivo del titular del derecho real de hipoteca, dejando de serlo el transmitente. Si el deudor no satisface la obligación garantizada, el acreedor hipotecario podrá ejecutar la finca con independencia de quien sea su titular (art. 104 LH).

Por el contrario, los derechos personales se dirigen contra una persona determinada, el deudor, a la que puede exigirse el cumplimiento de una prestación o conducta específica, p. e. la entrega de la cosa en base a un contrato de compraventa (art. 1445 CC), la devolución de las cantidades adeudadas por un contrato de préstamo (art. 1740 CC) o la cesión de la finca a cambio de una construcción futura en base al art. 1 de la Ley 23/2001, de 31 diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura de Cataluña⁵⁹. En consecuencia, los derechos personales requieren de la existencia de dos sujetos (acreedor y deudor), siendo la posición pasiva invariable (p. e. el deudor de un préstamo). Ello no significa, empero, que los derechos personales no puedan conllevar un poder más o menos intenso sobre una cosa, como el arrendatario sobre el bien que disfruta en posesión, pero sus

Barcelona, 2005, pp. 53 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral, Derecho de cosas*, T. II, Vol. I, Reus S.A., Madrid, 1984, pp. 38 y ss.

⁵⁸ Decreto de 8 febrero 1946. Ley Hipotecaria (BOE 27 febrero 1946, núm. 58, [pág. 1518]).

⁵⁹ DOGC de 18 enero 2002, núm. 3556, [pág. 1073].

titulares carecen del poder de perseguir la cosa allá donde esté (reipersecutoriedad), y reclamar que vuelva a su poder o señorío. Los titulares de derechos personales sólo tienen una relación mediata con la cosa como consecuencia de la relación jurídica nacida entre las partes.

En su esfera *externa*, el derecho real otorga a su titular la reipersecutoriedad de la cosa, que le permite perseguirla con independencia de su paradero y de quien sea su propietario. Los titulares de derechos personales sólo pueden dirigirse contra el especial obligado.

b) Nacimiento: de los arts. 609 y 1095 CC se extrae que el derecho real necesita para su adquisición y transmisión, además de un título, un modo, es decir, la entrega de la cosa (*traditio*). Esta circunstancia no existe en los derechos de carácter personal, que nacen de alguna de las fuentes de las obligaciones contempladas en el art. 1089 CC. Por otra parte, los derechos de crédito en general se rigen por el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), mientras que los derechos reales nacen de la ley y responden a un orden público. Esta distinción queda difuminada parcialmente en la práctica desde el momento en que se admite que los particulares puedan crear derechos reales no tipificados específicamente en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, se admite la posibilidad de crear más derechos de los previstos en la ley (sistema de *numerus apertus*)⁶⁰. Sin embargo, esta regla general presenta limitaciones en los derechos reales de garantía⁶¹. En el Derecho civil catalán también se requiere de un título y, cuando proceda, de la tradición de la cosa para la adquisición del derecho real, p. e. en las donaciones verbales (arts. 531-1 y 531-12.2 CCC).

c) Oponibilidad: el derecho real es el prototipo de los derechos absolutos, cuya principal característica es su oponibilidad frente a terceros (*erga omnes*), que han de respetar el señorío que el titular del derecho real

⁶⁰ Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RRDGRN) de 27 de octubre de 1947 [RJ 1947\1480] y 7 de enero de 1994 [RJ 1994\233].

⁶¹ De acuerdo con la RDGRN de 4 de marzo de 1993 [RJ 1993\2471]: "No se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador [cfr. arts. 2.2º de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732) y 7.º del Reglamento Hipotecario (RCL 1947\476, 642 y NDL 18733)] y, en concreto, de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad (cfr. art. 392-II del Código Civil). Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico político y la trascendencia «erga omnes» de los derechos reales".

tiene sobre la cosa. En cambio, los derechos personales se denominan derechos relativos, pues su eficacia queda limitada única y exclusivamente *inter partes*. En el Derecho civil catalán los derechos reales también son oponibles a terceras personas, aunque no existe en el CCC una regulación general de su oponibilidad. Ésta puede tener lugar tanto a través del acceso del derecho real al Registro de la Propiedad, p. e. el derecho de anticresis (art. 569-24.2 CCC), como del conocimiento extrarregistral por terceros de la existencia del derecho. La reipersecutoriedad del derecho real también se defiende en el Derecho civil catalán⁶².

En este sentido, la inscripción en el Registro de la Propiedad es en principio exclusiva para los derechos reales, por imperativo de los arts. 1 LH y 9 del Reglamento Hipotecario⁶³ (en adelante, RH). Los derechos personales no pueden acceder al Registro, aunque existen excepciones como los arrendamientos de bienes inmuebles (art. 2.2 LH). Su acceso al Registro provoca que adquieran efectos prácticamente reales gracias a su oponibilidad a terceros.

d) Conflicto: en caso de conflicto entre varios derechos reales, la preferencia entre ellos se resuelve por el principio *prior in tempore potior in iure* (primero en el tiempo, mejor en derecho), que en los bienes inmuebles tiene lugar desde la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 24 LH, a salvo de las cargas legales tácitas que no requieren acceso al Registro y gozan de prioridad sobre cualquier derecho inscrito⁶⁴). En los derechos personales puede haber concurrencia sin prelación (art. 1925 CC).

e) Adquisición a non domino (de un no propietario): el adquirente a título oneroso de un bien inmueble quedará protegido en su adquisición si actuaba de buena fe confiando en el contenido del Registro de la Propiedad (art. 34 LH). En el Derecho civil catalán la buena fe en la adquisición de bienes inmuebles se rige por la legislación estatal, aunque los efectos frente a terceros del acceso del derecho real al Registro pueden observarse en el art. 567-2.2

⁶² De acuerdo con DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni y BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, 2ª Ed., Marcial Pons, Barcelona, 2009, p. 19.

⁶³ Decreto de 14 febrero 1947. Reglamento Hipotecario (BOE 16 abril 1947, núm. 106).

⁶⁴ Vid. *infra* las cargas legales tácitas presentes tanto en el Derecho español como en el alemán. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 7.2.

CCC⁶⁵.

f) Forma: en el Derecho español rige el principio de libertad de forma, en virtud del cual los contratos son válidos con independencia de la forma que adopten (art. 1278 CC)⁶⁶. Este elemento también permite distinguir a los derechos reales de los personales, ya que el art. 1280.1 CC exige imperativamente que los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles consten en documento público (cuya eficacia normalmente sólo es *ad probationem*, a efectos de prueba del negocio jurídico, y no *ad solemnitatem*, como requisito esencial del negocio, ver STS de 16 de mayo de 1996⁶⁷). Esta forma solemne, aunque no sea imperativa, afecta a pocos derechos personales (p. e. el mismo art. 1280 CC contempla los arrendamientos de bienes inmuebles por 6 o más años). No obstante, algunos derechos deben constituirse en escritura pública *ex lege* (p. e. la hipoteca voluntaria, que además debe inscribirse en el Registro de la Propiedad para su validez, art. 145 LH). En el Derecho civil catalán la forma pasa a ser en ocasiones un elemento esencial del contrato, como en la donación de bienes inmuebles que ha de formalizarse en escritura pública (art. 531-12.1 CCC).

g) Ejercicio: los derechos reales también se diferencian de los personales en el plazo de prescripción de sus acciones. En el CC las acciones reales prescriben según la naturaleza del bien (inmuebles 30 años, art. 1963 CC); mientras que las personales prescriben a los 15 años por regla general (art. 1964 CC). Por el contrario, en el CCC se han unificado los plazos de las acciones reales y personales en el art. 121-20: *“las pretensiones de cualquier clase prescriben a los diez años, a menos que alguien haya adquirido antes el derecho por usucapión o que el presente Código o las leyes especiales*

⁶⁵ “3. La constitución del derecho de vuelo y sus modificaciones pueden oponerse a terceras personas de buena fe desde que se efectúa su inscripción en el Registro de la Propiedad en la forma y con los efectos establecidos por la legislación hipotecaria o desde que las terceras personas han tenido conocimiento de las mismas”.

⁶⁶ “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”. En este sentido, ver las SSTS de 27 de febrero de 1999 [RJ 1999\1894] y 14 de julio de 1997 [RJ 1997\5607]: “en nuestro derecho, inspirado en principio espiritualista (artículos 1254, 1258 y 1278), los contratos existen cualquiera que sea su forma”.

⁶⁷ RJ 1996\4348. En el mismo sentido, Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de derecho civil*, Vol. II, 8ª Ed., Tecnos, Madrid, 1999, p. 47.

dispongan otra cosa". Otras modificaciones respecto al CC se encuentran en los arts. 121-21 a 24 CCC. Así, el plazo para el ejercicio de pretensiones derivadas de responsabilidad extracontractual se amplía hasta los tres años (el art. 1968.2 CC sólo prevé el plazo de un año para el ejercicio de esta acción). Además, sólo los derechos reales pueden usucapirse (arts. 609 y 1930 CC y 531-23 CCC).

h) Cotitularidad: la cotitularidad en los derechos reales implica una situación de comunidad *pro indiviso*, en donde cualquiera de los cotitulares puede ponerle fin en cualquier momento (arts. 392 y 400 CC y 552-1 y 10 CCC); mientras que en los derechos personales rige, en defecto de pacto, la mancomunidad (art. 1137 CC).

1.2. Derechos reales sobre bienes muebles

Las anteriores consideraciones también son aplicables a los derechos reales sobre bienes muebles, con las siguientes particularidades:

a) Forma, oponibilidad y conflicto: la constitución de esta clase de derechos reales tampoco está sujeta a una formalidad expresa. Sin embargo, la ley la exige cuando se quiera que estos derechos gocen de oponibilidad a terceros (p. e. en el derecho real de prenda, arts. 1865 CC⁶⁸ y 569-13.2 CCC⁶⁹). Esta oponibilidad se consigue gracias a la escritura pública y, en ocasiones, a través de su acceso al Registro de Bienes muebles (creado por la Disposición Adicional Única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento del registro de condiciones generales de la contratación⁷⁰). En este Registro se inscriben, entre otros elementos, las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que recaen sobre aquellos bienes que recoge la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes

⁶⁸ "No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha".

⁶⁹ "La prenda tan solo tiene efectos contra terceras personas desde el momento en que la fecha en que se ha acordado su constitución consta en un documento público".

⁷⁰ BOE 23 diciembre 1999, núm. 306, [pág. 44979]. En este Registro existen las secciones siguientes: 1. Sección de Buques y Aeronaves; 2. Sección de Automóviles y otros Vehículos de Motor; 3. Sección de Maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo; 4. Sección de otras Garantías reales; 5. Sección de otros bienes muebles registrables; y 6. Sección del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

muebles⁷¹ (p. e. la adquisición de un vehículo con precio aplazado). A este Registro también se le aplican, *mutatis mutandi*, los principios del Registro de la Propiedad inmobiliaria (p. e. el de inscripción, prioridad, oponibilidad, legitimación registral...)⁷².

La forma y el registro van directamente relacionados con la prioridad en el ejercicio de estos derechos, ya que la escritura pública (art. 90.1.6 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, en adelante, LC)⁷³ o la inscripción en el Registro (art. 90.1.1 LC) otorgarán a sus titulares preferencia sobre otros derechos en un concurso de acreedores.

b) Adquisición a non domino: el equivalente al tercero hipotecario en el ámbito de los bienes muebles lo encontramos en el art. 464 CC, que protege al poseedor de dichos bienes adquiridos de buena fe (*“la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título”*). En el Derecho catalán esta protección se prevé en el art. 522-8 CCC. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia han sido vacilantes a la hora de interpretar el art. 464 CC: en algunos casos se concede al adquirente un título irreivindicable salvo robo o pérdida de la cosa por su dueño (tesis germanista similar al art. 34 LH); y en otros se considera a la posesión como una mera presunción a efectos de poder usucapir la cosa, sujeto por lo tanto su titular a la reivindicabilidad de la cosa por su dueño⁷⁴.

c) Ejercicio: los derechos reales sobre bienes muebles están sujetos al mismo régimen de prescripción que los que recaen sobre bienes inmuebles, aunque el plazo es inferior es en el CC (6 años, según el art. 1962 CC). Como ya hemos comentado, el CCC ha establecido un único plazo de diez años con independencia del tipo de bien que se trate (art. 121-20 CCC).

2. Los orígenes de los derechos reales: el derecho romano

⁷¹ BOE 14 julio 1998, núm. 167, [pág. 23510].

⁷² Ver en este sentido GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “El registro de bienes muebles”, en *RCDI*, Núm. 657, Febrero 2000, pp. 986 y ss.

⁷³ BOE 10 julio 2003, núm. 164, [pág. 26905]. Art. 90.1.6 LC: “Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados”.

⁷⁴ Ver la SSAP de Cantabria de 2 de octubre de 2002 [JUR 2003\9257] y de Madrid de 24 de marzo de 1998 [AC 1998\7020]; así como DIÉZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., ob. Cit., pp. 183 y ss.

2.1. Las etapas del derecho romano

El derecho romano evoluciona a través de distintas etapas a lo largo de su historia:

a) Un primer **período arcaico**, que tuvo lugar desde la fundación de Roma sobre el año 753 a.C. (siglo VIII a.C.) hasta el siglo II a.C.;

b) Una **etapa clásica posterior**, desde el año 153 a.C. (siglo II a.C.) hasta el año 230 d.C. (siglo III d.C.);

c) Y finalmente una **etapa post-clásica**, que tuvo su fin en el momento en que se promulga el *Corpus Iuris Civilis* obra de Justiniano (año 529 d.C.)⁷⁵.

El análisis de la noción de derecho real se efectuará directamente sobre las fuentes romanas.

2.2. La época arcaica o pre-clásica

La fuente del derecho más importante en el derecho romano arcaico o pre-clásico fueron las **XII Tablas** o **Ley decenviral** (año 450 a.C.), que no contienen ninguna disposición general respecto a lo que hoy llamamos derechos reales o personales. Únicamente encontramos referencias expresas a la servidumbre de vía en la Tabla VIII, 9^a⁷⁶; a la usucapción de los derechos prediales (Tabla VIII, 4^a)⁷⁷; a la prescripción de las cosas inmuebles (Tabla VI.5^a)⁷⁸ y a su vindicación (Tabla VI.5^a y 11^a)⁷⁹. Aparte de estas limitadas alusiones, se omite en las XII Tablas cualquier explicación de la naturaleza jurídica de la servidumbre o el alcance de los conceptos de prescripción o vindicación. La incompletez del texto puede tener su justificación en que las XII Tablas fueron destruidas casi en su totalidad a raíz de la irrupción de los

⁷⁵ La historia del derecho en Roma va en mayor o menor medida íntimamente ligada con su estructura política. De esta forma, la época de la monarquía coincide con el período arcaico del derecho romano; mientras que en la época de la República y del Imperio se desarrolla el derecho romano clásico y post-clásico, ver D'ORS, *Derecho privado romano*, 10^a Edición, Eunsa, Navarra, 2004, pp. 38 y ss.

⁷⁶ En particular, la referida Tabla expresa lo siguiente: "La anchura de la servidumbre de camino, según la ley de las XII Tablas, tiene ocho pies en los tramos rectos, y en los recodos, es decir, donde hay una vuelta, dieciséis".

⁷⁷ "No pueden usucapirse el espacio de cinco pies que ha de quedar siempre entre dos campos limítrofes".

⁷⁸ "Las cosas inmuebles se prescriben en el transcurso de dos años: las demás con el de un año".

⁷⁹ "Ningún dueño puede vindicar, ni tampoco hacer separar los materiales ó maderos suyos que otro haya introducido en la fábrica de sus edificios o de sus viñedos".

pueblos germánicos en el Imperio romano⁸⁰. Su contenido ha llegado hasta nosotros a través de diversos autores posteriores que trabajaron sobre sus textos y que han permitido definir los anteriores conceptos.

Entre los textos legislativos que se han conservado anteriores a las XII Tablas destaca el *Ius Papirianum*, una recopilación de leyes realizada por Papirio a finales del siglo VI a.C. y que versa principalmente sobre temas sacrales, lo que carece de interés para nuestro estudio⁸¹.

Por otra parte, la función jurisprudencial que desarrollaban los pontífices (principalmente, sobre el contenido de las XII Tablas)⁸², no tuvo la importancia en esta etapa que en siglos posteriores. Ello no quiere decir que no existieran juristas durante esta época, pero sus obras eran principalmente políticas y sin interés en el campo del derecho privado, como la de Cicerón⁸³.

Por último, tampoco podemos hablar en este período propiamente de derechos reales en cosa ajena. Es cierto que en el siglo II a.C. nacen el usufructo, la prenda, la superficie y la enfiteusis, pero eran considerados derechos autónomos de propiedad y no derechos reales sobre cosa ajena. Estos derechos se defendían bajo la misma acción: la *vindicatio* o *sacramentum in rem*. Esta acción tenía por finalidad apoderarse de la cosa y cada parte debía demostrar que era su propietaria. Sin embargo, la *vindicatio* no se dirigía específicamente contra un objeto sino contra la persona que de

⁸⁰ Ver ANTEQUERA, José María, *Historia de la legislación romana. Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*, 3ª Ed., Imprenta a cargo de D. R. P. Infante Madrid, 1874, pp. 69 y 70. También reproduce el contenido de las XII Tablas, traducida al español, pp. 272 y ss. Así, autores posteriores como Gayo hacen continuas referencias a las XII Tablas en diversas materias, como la usucapión, empleando expresiones tales como “*Las XII Tablas no quisieron...*” o “*Una ley de las XII Tablas prohíbe...*”, lo que aún sin llegar a nuestros días todo el contenido de esta obra, sí que ha podido ser en parte complementada, ver DOMINGO, Rafael (Coord.), *Textos de derecho romano*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 27 y 31. Respecto a la influencia de Gayo en la época clásica, vid. *infra*. Epígrafe 2.3.

⁸¹ D´ORS, ob. Cit., p. 72.

⁸² ANTEQUERA, J. M^a, ob. Cit.: “Poco es lo que podemos decir acerca de la jurisprudencia romana, ó sea la ciencia del derecho, en el periodo que abarca este capítulo. Hallábase entonces la jurisprudencia enlazada con la religión: eran los pontífices paganos los que se ocupaban en el estudio del derecho y en los secretos del procedimiento”, p. 51.

⁸³ Ver LUCIO CICERÓN, Marco, *Las Leyes Catilinas. Traducción de las leyes, introducción y notas por Alvaro D´ors; y traducción de las Catilinas por María Casilda Guitérrez de Albéniz*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006. Su obra, dividida en 3 libros, no trata específicamente temas de derecho privado sino que se ocupa de temas políticos y filosóficos, como la magistratura romana y el concepto de ley natural, pp. 22 y ss. En cuanto a las catilianias, tienen un valor eminentemente político, pues reflejan los discursos de Cicerón en el Senado contra su rival político en aquella época, pp. 248 y ss.

algún modo perturbaba la posición originaria de otra respecto a una cosa⁸⁴. Esta acción formaba parte en el derecho romano arcaico de las *legis actiones*, que consistían en unas declaraciones solemnes o gestos rituales que se utilizaban para la defensa de un derecho. Estas *actios* tenían un carácter formalista y sólo tenían acceso a ellas los ciudadanos romanos.

En definitiva, en este primer estadio del derecho romano no puede hablarse propiamente de derechos reales en cosa ajena, a pesar del contenido de las XII Tablas⁸⁵.

2.3. La época clásica

La **jurisprudencia romana** nace en la época clásica y adquiere una gran importancia por su tarea interpretativa del derecho. Éste es el momento en el que el derecho romano alcanza su mayor técnica jurídica⁸⁶. En esta etapa sobresale un jurista por encima del resto: Gayo, que sienta las bases de lo que hoy se conoce como derecho real y derecho personal⁸⁷. Su obra de mayor trascendencia son las *Institutiones* (siglo II d.C.), y tiene un especial interés su Comentario IV.2-3⁸⁸:

“2. Una acción es personal cuando reclamamos contra el que nos está obligado a causa de un contrato o de un delito; es decir, cuando pretendemos que DEBE DAR, HACER O PRESTAR. 3. Es real cuando pretendemos que un objeto corporal es de nuestra propiedad, o que un derecho nos compete, por ejemplo, el

⁸⁴ D'ORS, ob. Cit., pp. 51 y 124; VOICI, Pasquale, *Instituzioni di diritto romano*, 3ª Ed., Giuffrè, Milano, 1954, pp. 245 y 246; CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega, *Derecho romano*, Promotor Cultural Malagueño, Málaga, 1998, p. 115; y DÍAZ BAUTISTA, Antonio, *Manual de derecho romano*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Murcia, 1995, p. 180.

⁸⁵ “The abstract conception of a real right in (or over) the property of another person (what was called jus in re aliena) is not to be looked for at so early a period in the history of the law as that now under consideration”, ver MUIRHEAD, James, *Historical introduction to the private law of Rome*, 2nd Edition revised and edited by GOUDY, Henry, Adam and Charles Black, London, 1899, p. 142.

⁸⁶ “El Derecho romano, es, ante todo, un Derecho de juristas. Ahora bien, la aportación de los grandes juristas clásicos no radica en que hayan elaborado conceptos jurídicos abstractos (como por ejemplo, negocio jurídico y capacidad jurídica), o que hayan construido un completo y acabado sistema de conceptos jurídicos. Su aportación estriba, ante todo, en el magistral tratamiento del caso concreto y en la seguridad con qué resolvían los más complicados casos jurídicos”, ver MIQUEL, J., *Historia del derecho romano*, Promociones y Publicaciones Universitarias, SA, Barcelona, 1995, p. 106.

⁸⁷ “Las *institutiones* de Gayo, con todo, son del más alto valor, precisamente porque es la única obra escrita en la época clásica que se nos ha conservado prácticamente entera sin haber sufrido las manipulaciones de los Compiladores justinianos”, ver D'ORS, ob. Cit., p. 94.

⁸⁸ Ver DOMINGO, R., ob. Cit., p. 195.

de usufructo o una servidumbre de paso, de vereda, de acueducto, de edificar más alto o de vistas; también cuando nuestro adversario, por su lado, entabla acción negatoria para impugnar tal presunto derecho”.

Con posterioridad a la obra de Gayo se redactaron los *Fragmenta Vaticana* (siglo IV d.C.), una colección de textos que ha sido considerada de menor importancia para el estudio del derecho romano. Sin embargo, los *Fragmenta* conservan textos de juristas clásicos que no se encuentran en el Digesto ni en otras fuentes (p. e. de Paulo o Ulpiano), y ofrecen los escritos de una forma más pura sin las modificaciones que llevaron a cabo los compiladores justinianos⁸⁹. Esta obra hace referencia a las acciones reales y personales en dos ocasiones (*De cognitoribus et procuratoribus*; 326 y 336). Sólo en esta última puede apreciarse la distinción entre ambas clases de acciones⁹⁰:

“336. Paulo en el libro I *de las Sentencias*. Cuando se actúa por alguien en su nombre, si la acción es real, es obligado a dar garantía al adversario por el fiador del litigio y de las adjudicaciones, o a que se cumpla lo juzgado; si la acción fuera personal, solamente en ciertas causas. Cuando se actúa por alguien en nombre ajeno, en una acción real, cuidará por el fiador del litigio y de las adjudicaciones, o que se cumpla lo juzgado; en la acción personal, que se cumpla lo juzgado. El procurador del actor es obligado no sólo a defender al ausente, sino también a dar garantía de que el dueño tendrá ratificada la cosa”.

Paulo distingue claramente entre la acción personal y la acción real, siendo esta última más gravosa para el representante ya se obre en nombre de otro o por cuenta ajena. En este sentido, las *Institutiones* de Gayo hacen referencia a la *actio in rem* especificando en qué casos el demandante o el demandado deben dar garantía cuando se ejercita este tipo de acción (Comentario IV.89). El demandado lo hará “*por ejemplo, cuando entablo contra ti una acción real, pues se estimó justo que tú, ya que se le concede la posesión interina de una cosa que no se sabe si te pertenece o no, de garantía para que, en el caso de ser vencido, si no restituyes la cosa ni pagas la*

⁸⁹ “Contiene 341 fragmentos de *iura* y de *leges*, por lo que se considera una colección mixta. Los fragmentos de *iura* son textos de Ulpiano, Paulo y Papiniano; los de *leges*, rescriptos de Diocleciano, principalmente, y algunas *leges* generales de Constantino”, ver MONTEMAYOR ACEBES, Martha Elena, *Fragmentos Vaticanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, pp. IX y XI.

⁹⁰ MONTEMAYOR ACEBES, M. E., ob. Cit., p. 95.

estimación, pueda o dirigirme contra ti o contra tus garantes”; por el contrario, “*si el demandante litiga personalmente, no ha de dar garantía*” (Comentario IV.96).

En base a los textos de Gayo y Paulo podríamos afirmar que la *actio in rem* tiene por objeto una cosa o *res*, mientras que la *actio in personam* va dirigida a un sujeto en particular. Tomando esta premisa como punto de partida, podría argumentarse que la diferencia entre ambas *actios* en el derecho romano clásico descansa en su objeto. Sin embargo, es necesario realizar dos consideraciones: a) por un lado, que ha de tenerse en cuenta que la sujeción de la cosa a su titular podía existir tanto a través de un contrato -que daría lugar a una *actio in personam*- como de una servidumbre -*actio in rem*-⁹¹; y b) por otro, que esta premisa no permite diferenciar a ambas *actios* de una forma plena. La razón es que en el derecho romano clásico no existe propiamente la noción de derecho subjetivo, puesto que reconocer una acción constituye un *prius* del reconocimiento de un derecho. Así, los derechos sólo existían en la medida en que una *actio* permitía a sus titulares defenderlos⁹². La

⁹¹ CARRILLO DE ALBORNOZ, A. O., ob. Cit.: “En efecto, es claro que en la propiedad y el usufructo, tanto el propietario como el usufructuario se encuentran en relación inmediata con la cosa. Pero también el arrendatario está en relación directa con la cosa y, es más, de ella obtiene una ventaja inmediata y, sin embargo, tanto los juristas romanos como el derecho moderno incluyen esta figura dentro del derecho de obligaciones y protegen al titular con una *actio in personam* y no con una *actio in rem*. Además, las mismas facultades sobre una cosa pueden ser atribuidas a un individuo, tanto en virtud de un derecho real, como en base a un derecho de obligación”, p. 112.

⁹² BETANCOURT, Fernando, *Derecho Romano Clásico*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2001: “Actualmente decimos que el proceso –palabra de origen postclásico (*processus*) que no se usaba en el sentido procesal- sirve para pedir justicia y obtener la satisfacción consiguiente. A eso llamaban los romanos *actio*. En el Derecho Romano Clásico, fundamentalmente en el Edicto del Pretor, el otorgar una acción (*dare actionem* frente a *denegare actionem*) representa un *prius* respecto al reconocimiento de un derecho: se tiene derecho porque el Pretor otorga la *actio*. Por tanto, las acciones del Derecho Romano Clásico constituyen el núcleo central del Derecho sustantivo, e incluso se puede concebir el *ius civile* como un sistema de acciones”, p. 143; en el mismo sentido MURGA, José Luis, *Derecho romano clásico. II. El proceso*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza, 3ª Ed., 1983: “No cabe duda que desde el punto de vista formal e incluso desde un enfoque basado en la evolución histórica ambas realidades: acción y derecho subjetivo son perfectamente distintas entre sí. Sin embargo, dado que ya desde la primera organización procesal los derechos sólo pudieron existir gracias a la acción, es lógico pensar que en la práctica no fuese tan fácil distinguirlos”, p. 34; FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, Javier, *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, 2ª Ed., Editorial centros de estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1993, pp. 31, 32 y 171; y GEOFFREY, Samuel, “Are Property Rights So Simple in Europe”, en JACKSON, Paul y WILDE, David C, *Property law: current issues and debates*, Ashgate, Aldershot, 1999, p. 171.

noción de derecho subjetivo surge a partir de la época post-clásica⁹³. Por lo tanto, en esa época existe una predisposición a situar en un primer plano las acciones que competen a sus respectivos titulares, que podían ser personales - *actio in personam*- o reales -*actio in rem*-, y en un segundo plano los derechos que se pueden defender mediante el ejercicio de estas acciones. De hecho, en los textos de Gayo y Paulo se hace referencia en primer lugar a las acciones reales y personales, no a los derechos. La razón de ser de esta peculiaridad hay que buscarla en la naturaleza eminentemente procesal del derecho romano, que provocó que utilizaran el proceso para distinguir entre ambos tipos de derechos (reales y personales). Las *legis actiones* de la época arcaica quedaron derogadas en el siglo I a.C. por las fórmulas (*formulae*), que permitían a las partes exponer libremente sus pretensiones al magistrado⁹⁴. En consecuencia, puede constatarse en el derecho romano clásico una evolución respecto a la concepción de la *actio in rem* en la época arcaica, no sólo por su menor formalismo sino también porque ya no se dirige contra una persona.

Por consiguiente, la caracterización y diferenciación entre ambas *actios* no puede tener lugar simplemente a través su objeto, sino que también debe partir de la propia naturaleza y esfera de la **acción**. En base a esta nueva premisa (la acción como criterio de distinción), un elemento propio de la *actio in rem* es el contenido de la **fórmula** (que es la estructura de la acción)⁹⁵, que posee dos elementos: a) por un lado, la *intentio in rem*, donde constaba lo que pretendía el demandante y no se hacía ninguna referencia a la persona del

⁹³ De acuerdo con MEGÍAS QUIRÓS, José Justo, "El subjetivismo jurídico y el derecho subjetivo en los textos romanos", en CARPINTERO, Francisco, MEGÍAS, José, RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J. y DE MORA, Enrique V., *El derecho subjetivo en su historia*, Universidad de Cadiz. Servicio de Publicaciones, Cadiz, 2003: "Por tanto, es necesario acudir a los textos postclásicos para vislumbrar los matices subjetivos del ius; los jurisprudentes postclásicos fueron los verdaderos precursores de los modernos en la distinción entre res fusta y ordenamiento (Derecho objetivo), por un lado, y determinadas facultades (derechos subjetivos), por otro, distinción que no es posible apreciar en el pensamiento clásico. A partir del período posclásico, la idea del derecho subjetivo irá introduciéndose cada vez más en el pensamiento jurídico, y muchos serán los juristas que al comentar los textos romanos se fijan en mayor medida en esta faceta del derecho", pp. 33 y 34. El autor realiza una comparación de las opiniones de diversos autores al respecto y llega a la conclusión expuesta.

⁹⁴ De acuerdo con MIQUEL, J., *Derecho privado...*, ob. Cit., pp. 101, 105, 106 y 125.

⁹⁵ "Las fórmulas procesales se caracterizan por su tipicidad: para cada supuesto típico se fue adaptando una fórmula escrita especial. Todo el derecho clásico depende de esta tipicidad de la fórmula, de suerte que cuando inquirimos sobre una determinada posición jurídica, debemos empezar siempre por considerar la redacción de la fórmula correspondiente: tal es la fórmula, tal es el derecho", ver D'ORS, A., ob. Cit., p. 127.

demandado; y b) por otro, la *condemnatio* (que permitía al juez condenar o absolver), en la cual sí se mencionaba al demandado. Por el contrario, en la *actio in personam* siempre estaba presente el *obligado* tal y como lo concibe Gayo tanto en la *intentio* como en la *condemnatio*. Además, las consecuencias jurídicas para el demandado eran distintas en ambas acciones: en las acciones personales debía comparecer obligatoriamente en juicio y su incomparecencia podía provocar su suspensión; mientras que en las acciones de naturaleza real el demandado podía desentenderse de la cosa, abandonándola, sin intervenir en el proceso⁹⁶. Por lo tanto, en la *actio in rem* no era necesaria la colaboración de ningún sujeto determinado, mientras que ésta sí era imprescindible en la

⁹⁶ SCHULTZ, Fritz, *Derecho romano clásico*. Traducción directa de la edición inglesa por CRUZ TEIGERIO, José Santa, Bosch, Barcelona, 1960: “Los juristas romanos encargados de redactar las formulae, pretendieron hacer perceptible y clara la distinción entre *actio in rem* y *actio in personam*, mediante la apropiada construcción de las formulae respectivas. Las acciones civiles *in rem*, poseen por regla general una *intentio in rem*, esto es, una *intentio* que no contiene el nombre del demandado, mientras que la *intentio* de una *actio* civiles *in personam*, menciona siempre el nombre del demandado”, p. 32. Lógicamente, también podía distinguirse en el objeto de la *actio*, ver PROVERA, Giuseppe, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, G. Giappichelli Editore, Torino, 1989: “Il confronto fra il manuale gaiano e quello giustiniano rivela ictu oculi che quest’ultimo dedica alla distinzione fra azioni in rem ed azioni in personam uno spazio ben maggiore di quello che gli dedica l’altro. Il discorso di Gaio è di una concisione straordinaria: la differenza fra le due categorie di azioni è colta confrontando la struttura dell’intentio delle formule corrispondenti. Nelle azioni in personam l’azione è diretta ad un dare facere praestare oportere; nelle azioni in rem, invece, l’intentio contiene l’affermazione rem meam esse (la cosa è mia) per il diritto di proprietà [...] per i diritti di servitù e di usufrutto. [...] La struttura del rapporto sostanziale si rifletteva perciò puntualmente nell’intentio delle varie formule. Nella rei vindicatio (azione di rivendica) c’era l’affermazione di un potere assoluto sulla cosa appartenente all’attore in modo pieno ed esclusivo. Nell’actio in personam, invece, l’affermazione di un oportere, e cioè di una obbligazione in virtù della quale il convenuto era costretto nei confronti dell’attore all’adempimento di una prestazione di dare, di fare, di prestare”, pp. 16 y 17. En el mismo sentido se pronuncian TALAMANCA, Mario, *Instituzioni di diritto romano*, dott. A. Guiffè Editore, Milano, 1990, pp. 387 y 388; DÍAZ BAUTISTA, A., ob. Cit., pp. 200 y 201; DAZA MARTÍNEZ, Jesús y RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *Instituciones de derecho privado romano*, 2ª Ed., Madrid, 1992, pp. 13 y 124; VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de derecho privado romano*, Traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús Daza Martínez, Civitas, Madrid, 1991, pp. 248 y 249; MURGA, J. L., ob. Cit., pp. 216 a 218. Otras diferencias procesales que advierte este autor es en la *litis contestatio* y en la fase de sentencia, pp. 219 y 220; PUIG BRUTAU, J., ob. Cit., p. 8; SEFARINI, Felipe, *Instituciones de derecho romano*, Versión española de la 6ª edición italiana, y comparación con el derecho civil español general y especial de Cataluña por D. Juan de Dios Trías, José Espasa Editor, Barcelona, 1898: “Ahora bien, según la acción sea *in personam* ó *in rem*, así la *intentio* de la fórmula está concebida *in personam* ó *in rem*. Y así en las acciones personales, la *intentio* ha de contener expresa la indicación de la persona del demandado, por ejemplo: “SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CENTUM DARE OPORTERE”. En las acciones reales, por el contrario, la *intentio* va directamente hacia la cosa sin necesidad de nombrar al convenido, por ejemplo: “SI PARET HOMINEM DE QUO AGITUR EX IURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE”, p. 268, y BUCKLAND, W. W., *A text-book of roman law from augustus to justinian*, Cambridge University Press, 1921: “Actions in rem had the general characteristic that the *intentio* alleged a right in the plaintiff and did not mention the defendant; it was not a question of a person, but of a *res*”, p. 670.

*actio in personam*⁹⁷. Gayo califica las primeras como *vindicaciones* y a las segundas como *condiciones* (Comentario IV.5º).

Así las cosas, la naturaleza real o personal del derecho dependía en gran medida del contenido de la fórmula.

Sentada esta distinción, Gayo da un paso adelante en cuanto al **objeto** de la *actio in rem*. En la época arcaica éste se identificaba con el derecho de propiedad, pero en la época clásica es posible distinguir entre la propiedad (*res*) y el derecho (*ius*), ya que en los Comentarios IV-2-3 de las *Institutiones* de Gayo se enumeran las instituciones que ampara la *actio in rem*, incluyendo no sólo la propiedad sino también otros posibles derechos sobre ella (mencionando al usufructo y a la servidumbre⁹⁸). Por su parte, Paulo también se refiere a estos derechos en sus *Sententiae*, y aunque no los delimita como Gayo como un derecho aparte de la propiedad sí que puede adivinarse tal extremo de una lectura de sus textos⁹⁹.

Desde otra perspectiva, falta por ver si en la época clásica del derecho romano es perceptible alguna otra característica que define en la actualidad al derecho real. En este sentido, las *Institutiones* de Gayo recogen la usucapión de bienes muebles por un año y la de un fundo o una casa por dos años, en la línea de las XII Tablas (Comentario II, 42 y 44)¹⁰⁰; y se realizan sucintas

⁹⁷ En el mismo sentido ROMANO, Silvio, "Gai Inst. IV, 2; 3; 4. Acciones in rem – Acciones in personam", en *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, Volume Sesto, G. Giaspichelli Editore Torino, 1968: "È quinde sottolineato, in modo chiaro e preciso, che per esperire un'actio in rem non è sufficiente l'esistenza di un diritto che ponga il suo titolare in relazione con la cosa, ma occorre che il diritto sia di tale natura che consenta al titolare stesso di trarre dalla res l'utilità cui tense senza che sia necessaria l'altrui collaborazione. Pertanto, il proprietario, l'usuario, l'usufruttuario, il proprietario del fondo dominante sono tutelati da un'actio in rem", p. 698.

⁹⁸ Así, en el Comentario II, 30: "El usufructo tan sólo es susceptible de cesión ante el pretor. El propietario puede ceder a otro el usufructo y él retenga la nuda propiedad. El mismo usufructuario puede ceder al propietario el usufructo para desprenderse de él y que se consolide con la propiedad; mas si lo cede a otro no por eso pierde su derecho, pues se estima que tal cesión es nula"; y Comentario II, 29: "Las servidumbres prediales pueden transmitirse por cesión ante el pretor; las rústicas, en cambio, también se pueden vender por mancipación", ver DOMINGO, R., ob. Cit., p. 86.

⁹⁹ PAULYO, Julio, *Sentencias a su hijo. Libro I. Interpretatio*, Introducción, traducción y notas por IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia, Universidad Autónoma de México, México, 1987: "2. Sobre el uso del usufructo, el usufructuario también debe garantizar que lo usará de la misma manera como lo usaría un padre de familia. IP - El usufructuario está obligado a dar al dueño de la propiedad un garante de que él usará el usufructo no de otra manera de como el dueño mismo de la propiedad habría podido usarlo diligentemente", p. 32.

¹⁰⁰ DOMINGO, R., ob. Cit., pp. 88 y 89.

referencias a la tradición y a la fiducia o *pignus* (Comentario II, 60 y 64)¹⁰¹. Estas características resultarán ampliadas con posterioridad por Justiniano en el *Corpus Iuris*¹⁰², pero en cualquier caso ya suponen un avance respecto al derecho romano arcaico (p. e. la tradición).

En líneas generales, el derecho romano clásico supuso una evolución del derecho arcaico que puede constatarse en los siguientes aspectos: a) la importancia de la intervención del demandado en el proceso, de tal forma que gracias a la estructura de la fórmula es posible distinguir a la *actio in personam* de la *actio in rem*; b) la distinción entre la propiedad y otros posibles derechos que pueden recaer sobre ésta. Nos encontramos, pues, ante el primer vestigio de un derecho real en cosa ajena; y c) sienta las bases de algunos elementos que caracterizan actualmente a los derechos reales.

2.4. La época post-clásica

2.4.1. El derecho pre-Justiniano: el derecho romano vulgar

El Imperio romano se dividió con anterioridad a la obra magna del Emperador Justiniano (el *Corpus Iuris Civilis*) en dos Imperios: el de Occidente y el de Oriente. En ambos se produce una **vulgarización** del derecho romano a consecuencia de la desaparición de la jurisprudencia, fuente del derecho romano clásico. Esta vulgarización es más acusada en Occidente¹⁰³. En esta etapa de las Constituciones imperiales y decadencia del derecho romano se promulga el Código Teodosiano (438 d.C.), que será la última legislación común a todo el Imperio antes de su división.

Sobre la base de este Código Teodosiano y un texto del jurista Paulo, cuya obra fue recopilada por autores posteriores bajo el nombre *Pauli sententiae*, la doctrina científica ha abordado las particularidades de las *actio in personam* e *in rem* en esta época. En algunos pasajes de esta recopilación

¹⁰¹ Comentario II, 66: "Adquirimos por razón natural, no sólo las cosas que recibimos por tradición o entrega, sino también las que tomamos por ocupación, porque estaban sin dueño, como es todo lo que se caza en la tierra o en el aire y lo que se pesa en el mar", ver DOMINGO, R., ob. Cit., pp. 92 y 93.

¹⁰² Ver al respecto *infra*. Epígrafe 2.4.2.

¹⁰³ D'ORS., ob. Cit., pp. 45 y 46.

puede observarse la diferenciación entre ambas¹⁰⁴:

“4. La restitución del total compete o, respecto de una cosa o respecto de una persona. La acción compete respecto de una cosa, para recuperar la cosa misma sobre la que se actúa; respecto de una persona puede pedirse, o la pena del cuádruplo [del valor de la cosa], en el espacio de un año, o del simple, después de un año.

IP (*Interpretatio*) Cuantas veces se pide el beneficio de la total restitución sobre la recuperación de la cosa o una causa, debe actuarse o respecto de una cosa o respecto de una persona; esto es, que la cosa misma sobre la que se demanda, la cual fue sustraída, se recupere. Y cuando la acción haya empezado a aplicarse contra una persona, aquel a quien se demuestra que ha quitado una cosa indebidamente, debe reponer, por cuadruplicado, lo que fue sustraído, pero por el [valor] simple después de un año”.

No obstante, es harto conocido a tenor de la doctrina que dicha *Sententia* no puede atribuirse a Paulo, pues en ese caso deberíamos ubicarla en el período clásico. Su origen data del siglo V d.C., es decir, en plena etapa del período intermedio o derecho romano vulgar¹⁰⁵. Situada entonces esta *Sententiae* en este período, de su lectura se llega a la siguiente conclusión: la *actio in rem* tiene por objeto principal una cosa, mientras que la *actio in personam* se dirige para pedir una compensación patrimonial por el daño causado. Se aprecia una reviviscencia del derecho romano arcaico y un retroceso y vulgarización en la separación de la *actio in rem* de la *actio in personam* que efectúa Gayo, pues si bien hemos comentado con anterioridad que el objeto era insuficiente para averiguar en su justa medida el verdadero significado y alcance de ambas *actios*, en el derecho romano vulgar desaparecen las fórmulas, que permitían distinguir las gracias a la *intentio* y la *condemnatio*¹⁰⁶. Además, no se distingue entre diferentes tipos de *ius* que dan

¹⁰⁴ PAULO, J., ob. Cit., p. 22.

¹⁰⁵ “Que esto no ha podido tomarse de Paulo, hace mucho que fue reconocido. En el procedimiento formulario, una fusión de *in integrum restitutio* y *actio*, tal como aparece aquí, habría carecido de razón de ser. Sólo en el procedimiento cognitorio podría colocarse el examen y decisión de una *in integrum restitutio* dentro del procedimiento judicial y ser degradada, de esta forma, a la condición de mera fase preliminar de la acción dirigida a obtener el cumplimiento o la rescisión. Ni tampoco tenemos la versión que tenemos delante es obra del autor de las *Sententiae*”, LEVY, Ernst, *Derecho romano vulgar de occidente*, Revista Histórica del Derecho. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 2003, pp. 212 y 213.

¹⁰⁶ LEVY, E., ob. Cit., p. 218.

pie a la *actio in rem* (¿propiedad u otro derecho?) y la *actio in personam* (¿contrato o delito?).

La doctrina entiende que el origen de esta situación se debe a que el derecho romano vulgar pasa enteramente por alto el problema de la causa de la acción (la propiedad, el contrato.. ahora aludidos), y se centra en su objeto, que es o una suma de dinero o algún bien que no sea dinero¹⁰⁷.

El derecho romano vulgar se convierte así en un derecho petrificado que se aleja de la concepción clásica. Esta situación durará hasta que Justiniano vuelva a poner el punto de mira de los juristas romanos en el derecho clásico.

2.4.2. El derecho Justiniano: el *Corpus Iuris Civilis*

Ante el deterioro progresivo del derecho romano nace la voluntad de recuperar el esplendor de su período clásico, que cristaliza en la promulgación del *Corpus Iuris Civilis* cuya redacción data en tiempos del emperador Justiniano (año 534 d.C.). Este cuerpo de normas sólo rige para el Imperio de Oriente y deroga expresamente el Código Teodosiano. Esta obra está formada por una introducción (*Institutiones*), una antología tanto de jurisprudencia (*Digesta*) como de leyes imperiales (*Codex*), y una colección de leyes posteriores a Justiniano (*Novellae*)¹⁰⁸. En esta etapa se produce una progresiva distinción entre el derecho objetivo y el subjetivo, gracias a la abstracción de derechos que intenta llevar a cabo Justiniano¹⁰⁹. Sin embargo, la acción sigue teniendo un papel destacado para diferenciar entre las *actios in personam* e *in rem* tal y como se observa en el Digesto, en virtud del cual la acción “no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe” (CELSO, D. XLIV, VII)¹¹⁰.

En esta etapa los juristas romanos mantuvieron la esencia de la *actio in rem* como aquella que tiene por objeto primordial una cosa, tal y como se había

¹⁰⁷ “Olvido de la causa de la acción y énfasis sobre su objeto son verdaderamente los rasgos distintivos de un punto de vista popular que pregunta de entrada: <¿Qué puedo pedir>, y no: <¿Por qué puedo pedirlo?>. La petición del demandante, el carácter de la satisfacción que ha de dar al demandado, el quale y el quantum de su responsabilidad están en un primer plano. Esto es, en efecto, el modo de pensar manifiesto en las fuentes del período intermedio”, ver LEVY, E., ob. Cit., p. 218 y pp. 212 y ss.

¹⁰⁸ D’ORS, ob. Cit., p. 114.

¹⁰⁹ Ver MEGÍAS QUIRÓS, J. J., ob. Cit., p. 33.

¹¹⁰ Ver GARCÍA DEL CORRAL, Ildfonso L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 1ª Parte, Tomo III, Digesto 6ª y 7ª partes, Barcelona, Imprenta de Redondo y Xumetra, 1987, p. 516.

Parte I. Proceso y bases para la armonización de los derechos reales en Europa

concebido en las épocas anteriores. Este hecho puede apreciarse a través de un texto de Paulo en el Digesto (D. VI, 1, 6)¹¹¹:

“Si alguien interpone una acción real, debe designar la cosa y decir si la reclama toda, o una parte, y cuál. La denominación de cosa no designa, en efecto, un género, sino un objeto concreto e individualizado”.

Por otra parte, en el Digesto se recogen textos de Ulpiano y Papiniano que también se refieren a esta clase de acciones (D. XLIV, 7, 25 y 28)¹¹²:

“25[24] ULPIANO; Reglas, libro único. Dos son las especies de acciones: la real, que se dice reivindicación, y la personal, que se llama condicción. Acción real es aquella por la cual pedimos una cosa nuestra, que es poseída por otro; y es siempre contra el que posee la cosa. Es acción personal aquella con la que litigamos contra el que nos obligó á hacer ó á dar alguna cosa; y siempre tiene lugar contra el mismo.

[28][27] PAPINIANO; definiciones, Libro I.- La acción se dirige á la persona, la petición á la cosa, la persecución á la cosa, ó á la persona para perseguir la cosa”.

En las *Institutiones* de Justiniano también encontramos referencias a las *actio in rem e in personam* en el Título 6º, De las acciones¹¹³:

“1. La principal división de las acciones, que se emplean para litigar ante los jueces ó árbitros acerca de alguna cosa, las reduce á dos especies; pues ó son reales (in rem) o personales (in personam). En efecto; ora pleitea uno con aquel que le está obligado en virtud de un contrato ó por un delito, en cuyo caso tiene las acciones personales, por las cuales pretende que el adversario le debe dar ó hacer alguna cosa, ó por algunos otros modos; ora accionamos contra alguno que de ningún modo está obligado, pero contra el cual suscitamos una controversia relativamente á una cosa. Para este caso se han establecido las acciones reales. Por ejemplo: si uno posee una cosa corporal que Ticio afirma que es suya, mientras el poseedor sostiene que él es su dueño, si Ticio pretende que es suya, ejercita una acción real”.

Además, en el Digesto se reproducen literalmente los párrafos citados

¹¹¹ GARCÍA DEL CORRAL, I. L., ob. Cit., Tomo I, Institutas y digesto 1ª, 2ª y 3ª Partes, p. 468.

¹¹² GARCÍA DEL CORRAL, I. L., ob. Cit., Tomo III, pp. 511 y 512..

¹¹³ IMPERATORIS IUSTINIANI INSTITUTIONUM – Libri Quatuor, *Institutiones del Emperador Justiniano*, traducción al castellano por D. Ismael Calvo y Madroño, 3ª Ed., Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1915, ob. Cit., p. 261.

de la obra de Gayo (los Comentarios IV, 2 y 3)¹¹⁴, en los apartados 14 y 15¹¹⁵. De esta manera, se mantiene la doble perspectiva en cuanto al objeto de ambas acciones (en la acción personal el obligado debe dar, hacer o prestar, y en la acción real se reclama la propiedad de un objeto corporal o que un derecho compete al demandante).

En puridad, estos textos no aportan nuevas características a la *actio in rem* y la *actio in personam* tal y como las configuró Gayo: las primeras tienen por objeto una cosa, mientras que las segundas tienen su origen en un contrato o delito y se dirigen contra una persona determinada. Además, pueden intuirse del texto de Papiniano dos cosas: a) la facultad de reipersecutoriedad que corresponde al propietario, gracias a la posibilidad de perseguir la cosa con independencia de quien sea su poseedor; y b) la indeterminación del sujeto pasivo en la acción real, que siempre será el poseedor del bien. Efectivamente, a partir del ejercicio de la *actio in rem*, que recae sobre una cosa, puede concluirse que el derecho real puede hacerse valer frente a cualquiera y persigue a la cosa allá donde vaya, incluso ante un número indefinido de personas, mientras que el derecho personal sólo puede tener por objetivo una persona determinada¹¹⁶. La **reipersecutoriedad** está presente en otros textos del Digesto, por ejemplo en el D. VIII, XIV, 18: “*La persecución de la prenda ó de la hipoteca es acción real*”; o más gráficamente en el D. VIII, XVIII, 12: “*Si el deudor vendió, no consintiéndolo tú, la cosa que estaba obligada por derecho de prenda, transfirió al comprador el dominio con su propio gravamen*”¹¹⁷; en el D. 8.4.12 (PAULO): “*cuando un fundo sirve a otro, vendido el fundo, le siguen las servidumbres*”¹¹⁸; y en el Codex, Libro III, Título XIX, 1: “*La acción real no compete contra el vendedor, sino contra el que posee*”¹¹⁹.

En consecuencia, la *actio in rem* tiene un carácter *erga omnes*, lo que provoca un deber general de respeto por parte de terceros, que puede corroborarse de los textos precedentes, aunque el derecho romano nunca empleó tales términos. En cuanto al objeto, la distinción entre propiedad y

¹¹⁴ Vid *supra*. Epígrafe 2.3.

¹¹⁵ IMPERATORIS IUSTINIANI INSTITUTIONUM – Libri Quatuor, *Instituciones...*, pp. 262 y 263.

¹¹⁶ MIQUEL, J., ob. Cit., pp. 152 y 153; y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. O., ob. Cit., p. 114.

¹¹⁷ GARCÍA DEL CORRAL, I. L., ob. Cit., Tomo V. Código. Libros 6º a 12º. p. 345.

¹¹⁸ DOMINGO, R., ob. Cit., p. 330.

¹¹⁹ GARCÍA DEL CORRAL, I. L., ob. Cit., Tomo IV. Código, Libros 1º, 2º, 3º, 4º y 5º, p. 339.

derechos en cosa ajena se mantiene en la época post-clásica, aunque las bases de esta institución se deben, principalmente, a Gayo¹²⁰.

Por lo tanto, el *Corpus Iuris Civilis* no constituye un retroceso respecto al derecho romano clásico en cuanto a la concepción de las *actios*, como sucedió en la etapa del derecho romano vulgar. La cuestión que se plantea es determinar en qué medida avanza la concepción del derecho real en el derecho romano post-clásico.

En esta etapa se introducen una nueva clase de acciones que parecen compartir elementos personales y reales en el apartado 20: “*algunas acciones parecen tener una naturaleza mixta, tanto de real como de personal*”. Tales acciones son la *familiae erciscundae*, que tenía lugar entre coherederos para la partición de herencia; la *communi dividundo*, entre copropietarios para la partición de la cosa común y la *finium regundorum*, entre los que tenían heredades antiguas¹²¹.

Desde otra perspectiva, los otros elementos que sirven para caracterizar el derecho real en la actualidad se encuentran contemplados en mayor o menor medida en el *Corpus Iuris Civilis*:

a) El dominio y los demás derechos reales son susceptibles de usucapirse. En la obra de Justiniano se consolida esta institución que ya se contempló en las XII Tablas: “D. XLI, III, 3. Modestino, PANDECTAS, Libro V. *La usucapición es la agregación del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la ley*”¹²², y recae principalmente sobre las cosas corporales (D. XLI, III, 9. GAYO, Comentarios al Edicto Provincial, libro IV). Si entendemos por cosas *corporeas* las que por su naturaleza pueden ser tocadas, como un fundo o un hombre, e incorpóreas, las que no pueden ser tocadas, como los derechos (INSTITUTA, Libro II, Título II), el usufructo y

¹²⁰ “Limitatamente ad alcune direttrici di fondo dei sottoperiodi post-classici, si può osservare che: b) si attenua la distinzione tra dominium e iura in re aliena e tende ad affermarsi un’ampia nozione di proprietà, nella quale rientrano talvolta anche i diritti reali che attribuiscono al titolare l’uso e il godimento dell’intera res; ciò no significa, per altro, che venga a meno, quanto al contenuto del diritto, la distinzione tra i diritti di tipo dominicale, che attribuiscono la piena disponibilità del bene, e i diritti di tipo non dominicale, che del bene attribuiscono solo una disponibilità limitata”, ver PUGLIESE, Giovanni, *Instituzioni di Diritto romano*, 3° Ed., Giappichelli Editore, Torino, 1991, p. 839.

¹²¹ Ver IMPERATORIS IUSTINIANI INSTITUTIONUM – Libri Quatuor, *Instituciones...*, ob. Cit., p. 265.

¹²² Ver IMPERATORIS IUSTINIANI INSTITUTIONUM – Libri Quatuor, *Instituciones...*, ob. Cit., p. 336.

las servidumbres no podían usucapirse pues no podían ser poseídos. En este sentido se pronuncia ULPiano respecto a las servidumbres¹²³, y GAYO de forma general respecto a la imposibilidad de tradición de las cosas incorporales¹²⁴.

b) Junto con la prescripción adquisitiva también se regula la prescripción extintiva. En el *Corpus Iuris* se establece un plazo general de prescripción de 30 años¹²⁵, que tiene unos efectos jurídicos similares que en la actualidad, pues las *“acciones que no se promovieron antes, por el silencio continuado de treinta años desde que legalmente comenzaron á competir, no tengan posibilidad de subsistir más”*¹²⁶.

c) Una característica problemática de los derechos reales es su prioridad, no sólo entre ellos sino respecto a los derechos personales. El principio *prior in tempore potior in iure* se recoge en el Digesto (Libro VIII, Título XVIII) entre las distintas prendas, mientras que se aprecia la supremacía de los derechos reales sobre los personales en sede de prenda e hipoteca: *“Es constante, que los que percibieron prendas como tienen acción real, sean preferidos á todos los privilegios que competen por las acciones personales”* (D. VIII, XVIII, 9)¹²⁷.

d) En cuanto a la traditio, se recoge la teoría del título y el modo en un texto de PAULO, D. XLI, I, 31: *“La nuda tradición nunca transfiere el dominio, sino si hubiere precedido venta, ó alguna justa causa por la cual siguiese la entrega”*¹²⁸. En el mismo sentido, en el *Codex* (CJ. 2.3.20) encontramos el siguiente texto: *“La propiedad de las cosas no se transmite con simples pactos,*

¹²³ “Observamos este derecho, que las servidumbres no se pueden usucapir nunca por sí con el transcurso de largo tiempo, pero pueden serlo juntamente con los edificios (D. XLI, III, 10, 1), en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., ob. Cit., Tomo III, Digesto 6ª y 7ª Parte, p. 339.

¹²⁴ GARCÍA DEL CORRAL, I. L., ob. Cit., Tomo II, Digesto 4ª y 5ª Partes, p. 313.

¹²⁵ “Como las reales especiales, así tampoco se extienden de ningún modo á mayor espacio que el de treinta años las acciones sobre una universalidad y las personales. Pero si se reclamara alguna cosa ó algún derecho, ó si una persona fuera demandada con cualquier acción o persecución, se habrá de temer, sin embargo, por el acto la prescripción de treinta años; teniendo esto mismo validez del que intenta reivindicar una prenda ó hipoteca no de su deudor, sino de otro que la posee por largo tiempo”.

¹²⁶ D. VII, XXXIX, 3 y 3.1, en GARCÍA DEL CORRAL, I. L., ob. Cit., Tomo V, p. 237. Existe alguna particularidad respecto a las hipotecas, cuya persecución no puede prorrogarse más de cuarenta años.

¹²⁷ GARCÍA DEL CORRAL, I. L., ob. Cit., p. 323.

¹²⁸ GARCÍA DEL CORRAL, I. L., ob. Cit., Tomo II, Digesto. 4ª y 5ª partes, p. 310.

*sino con la tradición y con la usucapión*¹²⁹.

De esta forma, la configuración de la *actio in rem* en la época post-clásica no difiere sustancialmente de su regulación y caracterización en el derecho romano clásico, en particular lo referente a su objeto y efectos en el ámbito procesal. La principal nota diferencial en Justiniano descansa en la progresiva acentuación del derecho subjetivo, de tal forma que es el derecho objetivo y no la acción quien atribuye a un derecho su naturaleza real. En este sentido, Justiniano realiza un notorio proceso de abstracción y recopilación de los demás elementos que caracterizan a los derechos reales, atribuyéndoles un mayor contenido (p. e. la prioridad o prevalencia de los derechos reales respecto a los personales).

Por consiguiente, puede concluirse que fue en el derecho romano clásico cuando tuvo lugar la diferenciación entre la *actio in rem* y la *actio in personam*, si bien esta distinción se consolidó en la época del Emperador Justiniano.

En definitiva, la evolución del derecho real en el derecho romano puede sintetizarse en la **Tabla 1**:

Etapas/ Características	Período Arcaico	Período Clásico	Período Post-clásico
Fuentes	XII Tablas. Jurisprudencia inexistente: Pontífices.	Jurisprudencia: Paulo, Ulpiano... En especial: Gayo.	<i>Corpus Iuris Civilis</i> en Oriente.
Derechos reales y personales	No existe distinción.	Distinción en sede de acciones: contenido de la <i>formulae</i> .	Se mantiene la distinción en sede de acciones. Aumento de éstas (<i>communi dividundo....</i>). Progresiva abstracción.
Contenido del derecho real	Limitado, p. e. usucapión o tradición.	Avance en su regulación, p.e. <i>pignus</i> .	Se mantiene.
¿“lus in re”?	Servidumbre o usufructo, pero no como derechos diferenciados de la propiedad.	Distinción propiedad y otros derechos (usufructo, servidumbres, fiducia...).	Se mantiene.

¹²⁹ DOMINGO, R., ob. Cit., p. 335.

Derecho subjetivo	Inexistente.	Inexistente, prevalece la acción.	Progresiva abstracción.
--------------------------	--------------	-----------------------------------	-------------------------

Tabla 1. La evolución de los derechos reales en el derecho romano. Fuente: elaboración propia.

3. Su conceptualización en el *lus Commune*

Desde la caída del Imperio romano de Occidente (año 476 d.C.) se desarrollaron tres civilizaciones¹³⁰: a) la bizantina; b) la musulmana o árabe; y c) la constituida por los antiguos pueblos romanos y los pueblos germánicos que se habían asentado en el territorio. El antiguo Imperio romano de Occidente se había dividido en diferentes reinos germánicos -los Francos, los Ostrogodos, los Visigodos y los Lombardos-, que agrupaban a personas de origen romano y germánico. Por este motivo, predominaron al inicio de la Edad Media las fuentes de origen germano (en especial, la costumbre), poco influenciadas por el derecho romano (el Digesto sólo rigió en Oriente) y desprovistas de principios generales. En los siglos VIII y IX¹³¹ Carlomagno pretendió la restauración del Imperio romano de occidente al frente del Imperio carolingio, que comprendía la Galia, Italia, Germania y una parte de España. Para ello intentó poner orden en la sociedad a través de sus capitulares, que contenían numerosas disposiciones de derecho penal y procesal pero pocas de derecho civil. Este derecho ya había sido olvidado en el siglo XII¹³². Asimismo, la Iglesia se hizo principal valedora del derecho romano en Italia y en el siglo IX se redactó la *Lex Romana Canonice Compta*, que recogía algunas de las instituciones romanas pero puestas en relación con el derecho eclesiástico¹³³.

¹³⁰ VAN CAENEGEM, R. C., *An historical introduction to private law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, pp. 11 y 19.

¹³¹ VAN CAENEGEM, R. C., ob. Cit., p. 21.

¹³² WESENBERG, Gerhard y WESENER, Gunter, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*; traducido de la 4ª edición alemana, Wien-Köln-Graz, 1985, por DE LOS MOZOS TOUYAM, José Javier; Lexnova, Valladolid, 1998, p. 39.

¹³³ Así, por ejemplo, el usufructo, ver MOR, Guido, *Lex romana canonice compta: testo di leggi romano-canoniche del sec. IX pubblicato sul ms. parigino Bibl. nat. 12448 : con introduzione e due tavole delle fonti*, Tip. cooperativa, Pavia, 1927, pp. 73 y 74. También encontramos en la enfiteusis: “[1] si quis emphyteuseos contractum in ecclesiastica re, vel alterius venerabilis loci contraxerit in perpetuum, primumque id, quod actum est pro infecto habetur”, p. 75; la usucapión: “CXV-De usucapionibus et longi temporis possessionibus [2] Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est ut res quidem mobiles per triennium usucapiatur, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est inter praesentes decennio, inter

El derecho romano no vuelve a ser estudiado hasta el siglo XI, fecha en la que se descubre el Digesto. Este hecho provocará que el derecho romano vuelva a ser estudiado en las escuelas de Derecho, particularmente por los juristas de la Escuela de Pavía, la mayor escuela de Derecho no eclesiástico del siglo XI. No obstante, una escuela sobresale por encima del resto: la Universidad de Bolonia (año 1088). Estas circunstancias provocarán el renacimiento del derecho romano de la mano de esta nueva generación de juristas que fueron los primeros en utilizar el método de la glosa (de ahí su denominación en lo sucesivo como glosadores, que consideraron los textos justinianos como sagrados). Su actividad se limitó a glosar estos textos (glosas) y sintetizarlos en compendios accesibles llamados *Summas*. Este nuevo derecho que fue estudiado, analizado y enseñado en las universidades recibió el nombre de *ius commune*¹³⁴. La doctrina considera que el nacimiento del derecho civil moderno tuvo su origen en los glosadores y no en el derecho romano, aunque los juristas romanos influyeron indudablemente en este hecho¹³⁵.

Irnerio es el primer académico de esta nueva generación de juristas. De sus textos puede constatarse la perdurabilidad del derecho romano (del Digesto), ya que se sigue estableciendo una diferenciación entre las acciones reales y personales (IV. X. DE ACTIONIBVS ET OBLIGATIONIBVS). De esta manera, las acciones personales tienen su origen en las obligaciones (*“De personalibus actionibus propositum est [...] set quia actiones personales ex obligatione proficiscuntur, ideo de obligationibus premitit: obligatio enim mater est personalium actionum”*)¹³⁶; mientras que las reales tiene relación directa con el dominio (*“Directa quidem, que ex mente et uerbis legis descendit, si in rem agatur, domino competit, si in personam, ei cui obligatio quesita est -si se*

absentes viginti annis usucapiantur, et his modis non solum in Italia, sed in omni terra quae nostro imperio gubernatur dominia rerum iusta causa possessionis praecedente acquirantur”, p. 81; y las servitudes: “CCXC – De servitutibus et de aqua”, p. 196.

¹³⁴ VAN CAENEGEM, R. C., ob. Cit., p. 45.

¹³⁵ “The starting point for the modern civil law is the late Middle Ages rather than the Roman law of the Roman Empire. It was the medieval lawyers, in particular the Post-glossators, who constructed the framework upon which modern legal and political theory in Continental Europe is based. Nonetheless, the Romans must be credited with providing the conceptual foundations and vocabulary upon which this framework was built”, ver GEOFFREY, S., ob. Cit., p. 163.

¹³⁶ IRNERIUS, *Summa codicis des Irnerius; mit einer einleitung herausgegeben von Hermann Fitting*, J. Guttentag, Berlin, 1894, reedición del año 1997, Nachdruck, pp 82 y 85.

lleva a cabo una acción *in rem*, se exige el dominio, mientras que en la obligación la acción es personal-).

Además, también se contemplan como en el derecho romano el usufructo y las servidumbres (III. XI. DE VSV FRVCTV ET SERVITVTIBVS TAM PERSONARVM QVAM RERVM). Estas últimas pueden ser tanto personales (en las que se incluyen el usufructo, el uso y la habitación), como reales, que son aquellas que recaen sobre fincas rústicas o urbanas¹³⁷. Otros elementos del derecho real se deducen de sus textos: la prescripción (VII. XXV. IN QVIBVS CAVSIS CESSAT LONGI TEMPORIS PRESCRIPTIO)¹³⁸; la prevalencia de la hipoteca del acreedor (“VII. XLI. DE PRIVILEGIIS CREDITORVM. *Creditorum causa distinguitur. Primo quidem hypothecarum iure [...] quidam habent in exigendo personalium actionum priuilegia, non ex tempore set ex causa magis extimanda*”); la usucapión, por un plazo general de tres años exigiendo posesión, justo título y buena fe (VII. XXII. DE VSVCAPIONE PRO EMPTIONE VEL TRANSACTIONE. “*In usucapione hoc commune est, ut usucapio sine possessione non contingat, et ut quis sibi bona fide et iusto titulo possideat. Tempus usucapioni prefinitum triennium est, et quidem continuum*”); o la prenda (VIII. XIII. DE PIGNORIBUS)¹³⁹.

La doctrina, a la hora de definir las características del derecho real, en ocasiones se refiere al origen de la expresión *iura in re aliena* en las glosas¹⁴⁰. En los textos de Irnerio se aprecia una continuidad en las bases y conceptos del derecho romano (acciones personales y reales / propiedad y otros derechos reales), pero no utiliza exactamente esta expresión. Ésta sí que se recoge en las obras de otros glosadores, como en la recopilación de Acursio y en un texto

¹³⁷ IRNERIUS, ob. Cit.: “Petuntur quidem per in rem *actionem* non tantum res corporales set etiam incorporales. Ideo premissis tractatu uendicationis corporalium rerum rationabiliter de incorporalium uendicatione adnectitur; ueluti de seruitutibus tam personarum quam rerum. personarum: ut usus fructus et usus, item habitatio. Rerum: ut urbanorum prediorum et rusticorum. non sine causa tamen uidetur aliquid generale de seruitutibus prelibandum. seruitus quidem est, cum res aliena persone uel rei mee seruit. persone: ueluti si usum fructum uel nudum usum habeam in re aliena”, p. 60.

¹³⁸ IRNERIUS, ob. Cit., p. 245. Ver también el título XXIX DE PRESCRIPTIONE XXX VEL XL ANNORVM., p. 248.

¹³⁹ IRNERIUS, ob. Cit., p. 261, p. 236 y pp. 275 y ss.

¹⁴⁰ “Se llaman desde la Edad Media (glosadores) derechos reales porque tienen como objeto cosas (jus in re). Son los derechos subjetivos de carácter absoluto que tienen por objeto cosas”, ver BERNALDO DE QUIRÓS, M. P., ob. Cit., p. 13. En el mismo sentido, CARRILLO DE ALBORNOZ, A. O., ob. Cit.: “Se ha dicho que *res* (o incluso *corpus*), son términos que en las fuentes designan la propiedad, y *ius in re* el derecho sobre las cosas ajenas (lo que la doctrina moderna denomina, siguiendo la terminología medieval, *iura in re aliena*)”, p. 12.

de Bartolo. Acursio fue uno de los glosadores más importantes ya que recopiló en su obra llamada *Magna Glossa* o *Glossa Ordinaria* todas las glosas precedentes en las que incluyó los ideales del derecho civil¹⁴¹. En las glosas de este autor se recoge la expresión *iura in re aliena* cuando se reconoce el usufructo: “*Paulus. Suffructus et ius alienis reb vedi*”, cbar 134¹⁴². En la letra M, es decir, en el comentario de la glosa, expone que “*creditozem qui bz ius in re aliena*”, cbar. 134. También se reconoce el derecho de uso y habitación en el cbar. 146, donde en el comentario pertinente (D) expone que “*Ē aūt habitatio ius habitandi in aliena domo*”¹⁴³.

Por otra parte, Acursio también recoge la doctrina de Irnerio y del Digesto. De esta manera, podemos encontrar en su obra el derecho de superficie configurado como una *actio in rem* bajo el título DE *fUPERFICIEBUS*, cbar. 113¹⁴⁴. En el mismo sentido que Irnerio una glosa va dedicada a “*De Actionibus e obligationibus*” (cbar 138). Y enumera las acciones bajo el nombre “*Actionum genera*” (cbar 141), siendo la acción real la que tiene por objeto reivindicar la cosa mientras que la personal se dirige a obtener un determinado comportamiento¹⁴⁵. En otra obra de Acursio también se recoge la “DE REI VINDICATIONE”, siendo una acción real: “*Paulus. A rem actio competit ei qui aut iure gentum: aut iure ciui li dominium acquifuiit*”, cbar 127¹⁴⁶.

El postglosador Bartolo también es digno de mención. Este último definió

¹⁴¹ La obra data del siglo XIII (alrededor del año 1227). Ver en cuanto este contexto histórico PARICIO, Javier y FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Historia del derecho romano y su recepción europea*, 2ª Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1997, pp. 216 y ss.; GARCÍA GARRIDO, Manuel. J., *Derecho privado romano. Acciones, casos e instituciones*, 5ª Ed., Dykinson, Madrid, 1991, pp. 108 y 109; BETANCOURT, F., ob. Cit., pp. 124 y 125; y STEIN, Peter G., *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Siglo veintiuno de españa editores, Madrid, 2001, pp. 59 y ss. y pp. 66 y 69.

¹⁴² ACCURSII, *Glossa in digestum vetus*, Rectore ac moderatore Mario Viora, Augustae Taurinorum, Ex Officina Erasmiana, Torino, MCMLXVIII (1968), p. 265.

¹⁴³ ACCURSII, ob. cit., *Glossa in digestum vetus...*, ob. Cit., pp. 288 y ss.

¹⁴⁴ ACCURSII, *Glossa in Digestum Novum*, Corpus Glossatorum Juris Civilis, IX, Rectore ac moderatore Mario Viora, Augustae Taurinorum, Ex Officina Erasmiana, Torino, MCMLXVIII (1968): “Ulpianus. Qui fuperficiem in alieno folo habet: civili actione fubnirus”. “Quod autem ait pzetoz. fi alia actio de fuperficie poftulabitur: caufa cognita iudiciū dabo. Fic intelligendum eft: vr fi ad tēpus quis fuperficiem conduxerit negetur ei “in rem actio”, pp. 222 y ss.

¹⁴⁵ “Ulpianus. Actionum genera funt duo. In rem: que viditur vindicatio: > in personam: que códictio appellatur. In rem actio eft: quae ab alio poffidet: que ab alio poffidet: petimus: > femper aduerfus cum eft: qui rem poffidet. In personam actio eft: qua cum co agimus: qui obligatus eft nobis ad fa ciendum aliquid: vel vandum: et femper aduerfus eundem locum habet” (cbar 141). “Ulpianus. Actionis verbo continetur in rem: in perfonaz: directa utilis preiudiciuz: ficut ait Pomponius” (cbar. 142).

¹⁴⁶ ACCURSII, *Glossa in digestum vetus...*, ob. Cit., pp. 244 y ss.

la propiedad como el “*dominium est jus de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur*”¹⁴⁷. De esta manera, la propiedad se configura como un poder sobre la cosa de la cual se puede disponer sin más limitaciones que las previstas por las leyes. La doctrina¹⁴⁸ incide en el jurista Bartolo y defiende que utilizó distintos conceptos de propiedad. Así, un concepto amplio de *dominium* englobaría cualquier derecho sobre una cosa corporal o incorporeal (*ius in re*); un concepto más restringido designaría a la propiedad sobre cosas corporales; y una tercera concepción correspondería a la nuda propiedad (cuando existe un *usufructus*). Además, Bartolo distingue entre *dominium directum* y *dominium utile*. Esta división de la propiedad, que tiene sus raíces en el derecho romano, fue esencial para la explotación agraria de la tierra durante la Edad Media¹⁴⁹. Su discípulo Baldo desarrolló un concepto que tiene más en cuenta la relación entre el individuo y la cosa¹⁵⁰. En cuanto a la posesión, los glosadores distinguieron entre posesión natural y posesión civil, así como la posición del detentador¹⁵¹.

En definitiva, en la época del *ius commune* aparece el término “*ius in re*” gracias a los glosadores y postglosadores, aunque a tenor de la doctrina éstos no ofrecieron una distinción sistemática entre la propiedad y los derechos reales en cosa ajena. No fue hasta el siglo XVI cuando tuvo lugar una distinción nítida entre dominio y los *iura in re aliena* aunque sin la necesaria profundización (obra de Johannes Apel, *Methodica dialectices ratio ad jurisprudentiam accommodata*, 1535). La noción de *iura in re aliena* que luego

¹⁴⁷ Citado por CANDIAN, Albina, GAMBARO, Antonio y POZZO, Barbara, *Property – Propriété – Eigentum, Corso di diritto privato comparato*, CEDAM, Padova, 1992, p. 285.

¹⁴⁸ WESENER, G. y WESENER, G., ob. Cit., pp. 82 y 83.

¹⁴⁹ FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita, *De emphyteutico iure*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 141 y ss.

¹⁵⁰ Ver GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, “Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, N° 225, Abril 2006: “La palabra disposición apunta al señorío sobre la cosa, mientras que el «perfecte» hace referencia a la disposición plena y no tan sólo al dominio útil o directo o al mero usufructo. Frente a esta concepción de la propiedad como señorío en la Edad Media, y especialmente por BALDO, discípulo de BARTOLO, se desarrolla un concepto de propiedad no tanto como señorío o dominio, sino más bien como una relación que existe entre el individuo y una cosa, de tal manera que ésta le es propia o le pertenece a aquél, según el ordenamiento jurídico; dice BALDO que: *nihil aliud est dominium nisi praedicatio pronominis possessivi, id est: meum et tuum et illius*. Sobre la propiedad parece ser pues que existen dos concepciones, una que insiste en el señorío o poder, esto es, aquí estaría el *dominium*, mientras que otro concepto de propiedad insiste sobre la idea de lo que es propio o pertenece a uno”, p. 526.

¹⁵¹ WESENER, G. y WESENER, G., ob. Cit., p. 80.

se trasladó a los sistemas continentales de los siglos XIX y XX se debe a Hugo Donellus (siglo XVI)¹⁵². Sin embargo, no puede negarse que en la época del *ius commune* sí que está presente de alguna forma la evolución de la abstracción de las normas y del “derecho subjetivo” del derecho romano post-clásico, que constituyó sin lugar a dudas las bases para su nacimiento pudiendo finalmente llegar a nuestros días¹⁵³.

Desde la época de los glosadores, el derecho evolucionó de forma distinta en los sistemas de derecho civil y en el derecho angloamericano, en el que fue distinta la influencia del *ius commune*.

4. Su distinta evolución y recepción en los ordenamientos jurídicos europeos

4.1. En el derecho angloamericano

4.1.1. Introducción: *real y personal property*

Con carácter previo al análisis de los derechos reales en el derecho angloamericano son necesarias algunas aclaraciones introductorias. La regulación de los bienes inmuebles en el Derecho inglés ha estado históricamente bajo la influencia del régimen feudal, lo que provocó en sus inicios una clara distinción entre los bienes inmuebles (*land*, tierra) y el resto de bienes. Este régimen feudal aún existe teóricamente en la actualidad en el

¹⁵² “In previous studies I have given much of the credit to Hugo Grotius, not for using these very terms but for presenting a theory which could be seen as a clear prefiguration of this distinction as made by the Pandectics. Recently I have come to the conclusion that I was wrong and that all the credit should be given to Hugo Donellus. He not only used the term *ius in re aliena*, but also the prefiguration of the Pandectist distinction is much clearer in him than in Grotius [...] Donellus give a full discussion of the position of the real *dominus* in case he has conceded land in *emphyteusis* [...] He emphasizes that *ius emphyteuticum* and *ius superficarium*, together with *servitus*, *ius bonae fidei possessoris*, and *ius pignoris*, are *iura in rebus alienis* [...] In the course of his discussion of the various species of these rights he also calls them *iura in re aliena*. It is clear that Donellus’ concept is exactly the one we find in our nineteenth and twentieth-century textbooks”, ver FEENSTRA, Robert, “Dominium and *ius in re aliena*: The origins of a Civil Law Distinction”, en BIRKS, P. (Ed.), *New perspectives in the Roman law of property. Essays for Barry Nicholas*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 115 a 117.

¹⁵³ De acuerdo con RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J., “Jus commune y derecho subjetivo en el siglo XVI”, en CARPINTERO, F., MEGÍAS, J., RODRÍGUEZ PUERTO, M. J. y DE MORA, E. V., ob. Cit.: “No parece que el *ius commune* tuviera una concepción individualista de lo jurídico, basada en la idea de derecho subjetivo. No obstante, sus explicaciones sobre el dominium, la potestad, el usufructo o las diferentes acciones procesales (procedentes muchas del Digesto) ofrecieron la base para ver el Derecho como un conjunto de facultades o poderes conferidos a los participantes del tráfico jurídico”, p. 343.

Derecho inglés, mientras que en los sistemas de derecho civil el feudalismo se abolió con la revolución francesa de 1789¹⁵⁴. La tierra se incluye dentro de lo que podemos denominar *real property*, mientras que el resto de bienes conforman una categoría residual, la *personal property*¹⁵⁵. Sin embargo, ello no debe llevarnos a la confusión de que la *personal property* equivale en la actualidad a derechos personales y, por lo tanto, no oponibles a terceros¹⁵⁶. La *personal property* es una modalidad de *property*, es decir, un régimen de propiedad que opera fuera de la tierra y con sus propios postulados. El titular de un derecho sobre la *personal property* tiene un derecho real aunque en ocasiones de menor alcance que el derecho que recae sobre la *real property*, en particular respecto a los mecanismos de protección del derecho¹⁵⁷. En la **Figura 1** encontramos resumida esta doctrina:

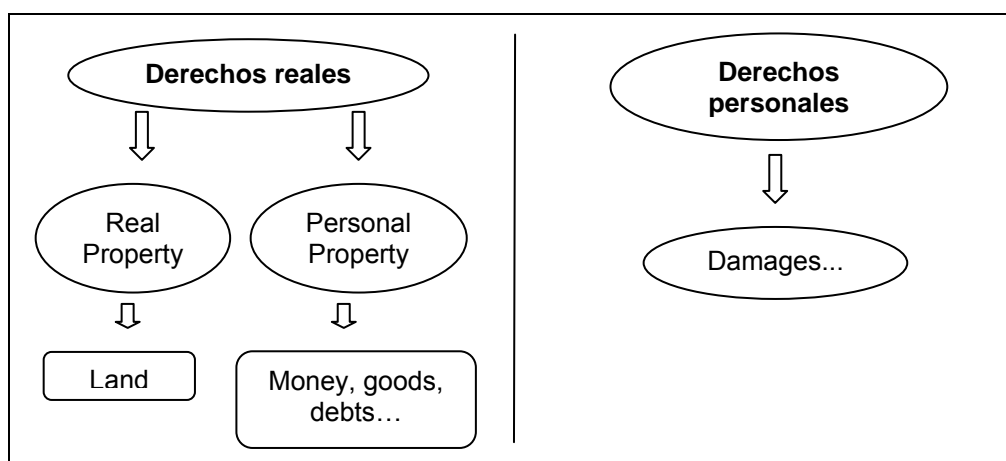


Figura 1. Los derechos reales y personales en el Derecho inglés.

Fuente: Elaboración propia.

Las diferencias existentes entre la *real property* y la *personal property*

¹⁵⁴ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado I, epígrafe 1.1.1.

¹⁵⁵ THOMPSON, Mark P., *Modern land law*, Fourth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 5.

¹⁵⁶ Ambos se consideraban *rights in rem*, ver DIGBY, Kenelm Edward, *An introduction to the history of the law of real property: with original authorities*, 5ª Ed., Clarendon Press, Oxford, 1897: "the distinction therefore under consideration is between rights *in rem*, which have for their subject things real, that is to say, things immovable –in other words, land and all that is permanently affixed hereto; and rights *in rem*, which have for their subject things personal or movable. Speaking generally, though not with entire accuracy, the former class of rights constitutes the matter of the law of 'real property', the latter the matter of the law of 'personal property'", p. 303. Vid. *infra*. Epígrafe 4.1.3.

¹⁵⁷ Ver también WORTHINGTON, Sarah, *Personal property law. Text and materials*, Hart Publishing, Oxford, 2000, pp. 4 y 5; y GOODE, Ray, *Commercial Law*, Butterworths, 2004, pp. 24 y ss.

son consecuencia de diversos factores: a) la inmovilidad de los bienes inmuebles frente a la movilidad de los bienes muebles; b) el carácter duradero en el tiempo de los primeros, mientras que los segundos están sujetos a un mayor desgaste; y c) sobretodo, la posibilidad de dividirse la propiedad sobre la tierra en distintos períodos de tiempo, lo que no es posible en el resto de bienes¹⁵⁸.

A continuación se tratará en primer lugar la *real property* o aquellos derechos reales relacionados directamente con la propiedad inmueble.

4.1.2. Los derechos reales sobre bienes inmuebles

4.1.2.1. En la época medieval

Una primera circunstancia que hay que poner de relieve es que en Inglaterra se desarrolló una cultura jurídica diferente a los países herederos de la tradición jurídica romana (presente en España, Francia o Italia), y que se conoce en la actualidad como *common law*¹⁵⁹. Este sistema tuvo su origen en la **invasión normanda** del año 1066.

Lo que caracterizó y diferenció a Inglaterra en la época de la recepción del *ius commune* en Europa es la minoritaria influencia que tuvo el derecho romano en su ordenamiento jurídico, aunque no puede argumentarse que fuera en ningún caso desconocida. El derecho romano se empleó con posterioridad a la invasión normanda como subsidiario para la interpretación del Derecho inglés en la *Curi Regia* o Consejo Real, durante los reinados de Enrique II y Enrique III (siglos XI y XII). Además, el Derecho inglés, por influjo del derecho romano, se convirtió en un sistema judicial en el que el juez tiene la potestad de crear derecho. El casuismo que se derivó de tal concepción atrajo otras similitudes: la justicia, la equidad y las derivaciones de principios y reglas en las decisiones casuísticas, así como la técnica de la analogía y conexiones entre

¹⁵⁸ SHEARS, P. y STEPHENSON, G., *James's Introduction to English Law*, Butterworths, London/Dublin/Edinburgh, 1996, p. 405; GOODE, R., ob. Cit., pp. 29 a 31. Ver también WORTHINGTON, S., pp. 4 y 5; y BIRKS, P., ob. Cit., p. 264.

¹⁵⁹ Para una panorámica general del Derecho inglés, en cuanto al significado de *common law*, sus fuentes, obligaciones y contratos ver NASARRE AZNAR, S., "Seis temas de...", ob. Cit., pp. 44 y ss.

los casos¹⁶⁰. También puede observarse la influencia del derecho romano en otros aspectos¹⁶¹.

Una vez librada la batalla de *Hastings* que llevó a los normandos a la conquista de Inglaterra, nos encontramos ante dos hechos de especial interés que marcarán a partir de entonces la evolución del derecho inmobiliario inglés:

a) Por un lado, el Rey adquiere un título sobre toda la propiedad inmobiliaria de Inglaterra. El monarca sólo permitía su uso bajo determinadas condiciones a los nobles (*lords*), que se llamaron *tenants* y únicamente podían ostentar unos **estates** o pertenencias sobre la tierra¹⁶². Por lo tanto, en aquella época no se era propietario de la tierra, sino de una porción de tiempo (*slice of time*)¹⁶³. La estructura piramidal que se creó en torno a la posesión recibió el nombre de feudalismo¹⁶⁴.

b) Por otro, los tribunales del Rey buscaron sustituir la aplicación de las costumbres locales de la época por normas comunes a todo el territorio (**derecho común, common law**), que destacaron en un inicio por su rigidez y abusos. Ésta fue una temprana manifestación de los derechos nacionales¹⁶⁵.

¹⁶⁰ De acuerdo con GARCÍA GARRIDO, M. J., ob. Cit.: “En conclusión, la jurisprudencia romana y su técnica casuística es punto de partida y base para el estudio y conocimiento, tanto del derecho europeo de los códigos civiles, como del sistema judicial angloamericano, constituyendo el punto de referencia imprescindible para el proceso de creación y adaptación del derecho a las necesidades de nuestra época”, pp. 119 y 120.

¹⁶¹ “Ha sido muy repetida la afirmación de que el Derecho inglés se resistió a la recepción del derecho romano, pero no se ha desarrollado completamente al margen de él. Ha podido destacarse su influencia en el periodo formativo del common law, o en la constitución de las instituciones del estado inglés, en la universalidad del *ius mercatorum*, en la competencia de los tribunales eclesiásticos en materia de matrimonios y sucesiones, en la actuación de las Courts of Admiralty y, especialmente, la aparición en el siglo XV y el funcionamiento hasta mediados del siglo XIX de los tribunales de equidad que incorporan el carácter escrito y secreto del proceso continental frente a la oralidad y publicidad propia del modelo angloamericano y que propició la aparición de un modelo de juristas de formación universitaria a los que se enseñaba derecho romano y canónico. Son estas notas características y comunes con el derecho continental heredero del derecho romano postclásico. Más allá de estas influencias puntuales se ha podido decir que en Inglaterra se recibieron del derecho romano términos, ideas y método pero no un texto legal, no un código. En este sentido, lo más destacable, según algunos romanistas y según Kantorowicz, de las influencias del derecho romano en el derecho angloamericano se derivan de sus puntos de conexión con el derecho romano clásico”, ver SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. Olga, “Las peculiaridades del derecho inglés desde la mirada de la Europa continental”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. XVII, Enero 2000, p. 488.

¹⁶² En mayor profundidad, vid *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.2.2.2.

¹⁶³ Ver NASARRE AZNAR, S., *La garantía de los valores hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003: “Uno no es “titular” de la tierra, sino que “se encuentra en un *estate*” o “tiene un *interest*” sobre la misma”, p. 695.

¹⁶⁴ Ver en mayor profundidad *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.1.2.2.

¹⁶⁵ FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, J., ob. Cit.: “en contraposición al concepto de derecho común de tradición romano-canónica, que se desarrolla en el continente europeo

La injusticia de este nuevo cuerpo de normas provocó la búsqueda de justicia en el Rey y, por delegación, en los Cancilleres, lo que dio pie al nacimiento de la *equity* o derecho en equidad, que intentaba suavizar los postulados inflexibles del derecho común¹⁶⁶. Hasta el siglo XIX ambos derechos (común y en equidad) estaban defendidos por jurisdicciones distintas, hasta que dos *Acts* de 1873 y 1875 crearon una sola jurisdicción para ambos derechos, que no acabaron asimilándose ni influenciándose entre ellos¹⁶⁷. Así las cosas, quedaron configurados los llamados derechos legales (nacidos del derecho común) y en equidad (nacidos de la justicia del Rey).

Esta voluntad de unificar el derecho en esta etapa inmediatamente posterior al año 1066 provocó, según ha defendido la doctrina, el nacimiento de los *property rights*, en el sentido de que se pasó de un concepto de obligaciones recíprocas entre el *lord* y el *tenant* a unas titularidades separadas, con derechos distintos. Al no haber datos de los tribunales señoriales, esta tesis hay que tomarla con cautela¹⁶⁸. No obstante, PALMER apoya esta tesis y la desarrolla en mayor profundidad, situando en el *writ of entry* una primeriza manifestación de la propiedad¹⁶⁹.

como derecho subsidiario, el Common Law se presenta con el significado político de derecho de aplicación general y con la pretensión de desplazar a los derechos locales, aunque su propia denominación presupone la existencia de éstos. Se trata, pues, de una temprana manifestación del fenómeno de formación de los derechos nacionales”, p. 59. Ver también, pp. 60 y ss.

¹⁶⁶ BAZ IZQUIERDO, Fernando, “El sistema hipotecario inglés: rasgos esenciales”, en *RCDI*, Núm. 545, Julio–Agosto 1981: “Sin merma de su carácter de cuerpo central del Ordenamiento jurídico inglés, el Derecho común sirvió de soporte a la implantación de un nuevo sistema de normas, la Equidad (*Equity*), cuya génesis fue, a un tiempo, respuesta política y jurídica a las insuficiencias advertidas en aquél ya desde el siglo XIII, y a su incapacidad para superarlas con sus propios medios [...] En suma, la *Equity* inglesa representó la brecha por donde lentamente penetró un nuevo Derecho que rectificó el que se suponía definitivo e inalterable, sirviendo de cauce a la tendencia histórica de la renovación jurídica constante”, pp. 981 y 982. Ver también NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., p. 695. Ver en mayor profundidad *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.3.

¹⁶⁷ NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., p. 695.

¹⁶⁸ Ver SIMPSON, A. W. B., *A history of the land law*, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 36 y 37. El propio autor refleja que la tesis citada obra de MILSOM “must therefore be largely a matter of intelligent speculation”.

¹⁶⁹ “The appearance of the first writs of entry around 1200 marks not only this gap between mores and law, but also the recognition of property. The existence of a difference between the legal conceptualization of the writs and the social facts that prompted litigation indicates that law already could not be equated with traditional procedures or intuited justice [...] The word ‘entry’ in some sense, moreover, must connote the kind of things Maitland thought it would, although in a much different way. The presumed Primus of the two-handed writs meant that conceptually such cases were between two parties claiming to hold of the same lord, and the lord was now

De esta manera, los principios fundamentales que rigieron la tierra son¹⁷⁰:

a) La doctrina de los *tenures*: toda la tierra era titular de la corona, directa o indirectamente, en uno o varios *tenures*; y

b) La doctrina de los *estates*: ser titular de la tierra en *tenure* es igual a ser titular de un *estate*, es decir, por un período de tiempo¹⁷¹.

En los comienzos del derecho angloamericano pueden distinguirse los derechos reales de los personales a través del sistema de acciones, a imagen del derecho romano. En este sentido, y a tenor de la obra de BRACON *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, que data del siglo XIII, las acciones se dividían en *in personam*, *in rem* o podían tener un carácter mixto¹⁷². Las primeras tenían su origen bien en un delito (*ex maleficio*), que obligaba a una compensación (p. e. en caso de injurias); o bien en un contrato (*ex contractu* o *quasi*), que obligaba a un tercero a dar o realizar alguna cosa. Por el contrario, las acciones *in rem* pretendían única y exclusivamente la devolución de la cosa, siempre y cuando tuvieran por objeto bienes inmuebles. Además, éstas podían tener su fundamento en la propiedad o en la posesión. Por último, las acciones mixtas perseguían un doble objetivo: la devolución de la cosa y la compensación por el delito cometido. En el mismo sentido se pronuncia HOLDSWORTH, aunque apunta que las acciones reales no estuvieron a disposición de cualquier persona en sus inicios, sino sólo para aquellos que gozaban de una *free tenure*, es decir, un derecho sobre la tierra que no

excluded from consideration. This comes close to a horizontal model, with 'entry' assuming connotations of ownership", ver PALMER, Robert C., "The origins of property in England", en *Law and History Review*, Vol. 3, 1985, p. 47.

¹⁷⁰ MEGARRY, Robert y WADE, William, *The law of real property*, 6ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2000, p. 14.

¹⁷¹ Ver en mayor profundidad *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.1.2.

¹⁷² "The first classification of actions or pleas (to use these terms synonymously) is this, that some are in rem, some in personam and some mixed [...] Actions *in personam* are those which lie against one *ex contractu* or *quasi*, *ex maleficio* or *quasi*. [If *ex contractu*], when one is bound to give or do something, they lie against him who contracted and his heir, unless they are penal. They are called 'born' actions because they are born of contracts. [All actions *in rem* are for the recovery of a thing]. And so are almost all personal actions [which] arise *ex contractu*, as those arising from a loan for consumption, a loan for use, from deposit, mandate, sale and purchase or letting and hiring", ver BRACON, Henry, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, Edited by WOODBINE, George E. y traducido y revisado por THORNE, Samuel E., Vol. II, Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts, 1968, pp. 290, 291 y 292. Respecto a las acciones *in rem*, ver p. 294; en cuanto a las mixtas, ver p. 295.

derivaba de los servicios prestados a su dueño. Con posterioridad, los *unfree tenures* también tuvieron acceso a las acciones reales¹⁷³. Esta división de acciones distinguía a los derechos reales de los personales así como los conceptos de *real property* y *personal property*.

Por lo tanto, existía una similitud respecto al derecho romano clásico al distinguir los derechos reales de los personales en sede de acciones, pero hay que realizar algunos matices. En el derecho angloamericano los derechos también estaban protegidos a través de un sistema de *actions*¹⁷⁴, pero no hay que caer en el error de atribuir exclusivamente a la acción, como en el derecho romano, el desarrollo de los *property and non-property rights*, en particular a finales de la Edad Media. En Roma, las acciones daban pie a ser titular de un derecho y estaban en cierta medida determinadas, pero los ingleses fueron más allá, ya que a través de cada nueva acción que creaban nacían nuevos derechos de propiedad¹⁷⁵.

En el siglo XVII, antes de las *Acts* de 1925¹⁷⁶, se mantuvo la idea de que la *actio in rem* tenía por objeto la recuperación de un bien inmueble. Así lo demuestra un pasaje de un *Epitome*, sumario o recopilación del derecho en vigor en el siglo XVII:

“The real action is fuch a one wherein Frank-tenement or Inheritance if to be recovered; or fuch an Action whereby the Demandant claimeth title to any Lands or Tenements, Rents or Common in Fee Simple, Fee tail or for term of life. And this is again either Poffefforie, (i.e.) of a mans own poffeffion”¹⁷⁷.

¹⁷³ Ver HOLDSWORTH, W. S., *An historical introduction to the land law*, Oxford University Press, 1927, pp. 16 a 19.

¹⁷⁴ De acuerdo con FERNÁNDEZ BARREIRO, A., ob. Cit.: “El derecho inglés adquiere, así, desde sus orígenes, una naturaleza esencialmente procesal; la tutela de los derechos aparece como resultado de su cobertura por una fórmula procesal reconocida (*remedies precede rights*), de modo que el conjunto del orden jurídico se presenta como un sistema de acciones (*actions*), de forma similar a la estructura del derecho romano clásico”, p. 56.

¹⁷⁵ GAVRILOVICH VINOGRADOV, Pavel, y BÉRARD, André, *Derecho romano en la Europa medieval: (proceso formativo, Francia, Inglaterra y Alemania). Derecho romano en Escocia*, traducciones a cargo de Manuel J. Peláez y Eduardo Pardo Unanua ; “prólogos” de P. G. Vinogradov ... [et al.]; edición a cargo de Manuel J. Peláez, Ángel Varona Aramburu y Elena Martínez Barrios, Editorial Universidad de Málaga, Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones [etc.], Málaga, 2000, p. 85.

¹⁷⁶ Vid. *infra*. Epígrafe 4.1.2.2.

¹⁷⁷ SHEPPARD, William, *An epitome of all the common & statute laws of this nation now in force: wherein more then fifteen hundred of the hardest words or terms of the law are explained, and all the most useful and profitable heads or titles of the law by way of common place, largely, plainly and methodically handled: with an alphabetical table*, “Published by His Highness special command. Reproducción electrónica (Early English books online). Versión digital de: Early

A través de este texto podemos extraer dos rasgos esenciales del *right in rem*: se mantiene su objeto, es decir, una propiedad inmobiliaria; y sobretodo su reipersecutoriedad, esto es, la facultad de perseguir al objeto con independencia de su poseedor (por el contrario, en las *personal actions* el derecho *muere* en la persona¹⁷⁸).

Una vez realizada la distinción entre las diferentes *actios*, es necesario determinar la configuración de los *estates* antes de la promulgación de las *Acts* de 1925, cuya defensa tenía lugar a través de una *actio in rem*.

En este sentido, cualquier derecho legal o *estate* (nacido en el seno del derecho común) era vinculante para cualquier tercero *per se*, tuviera o no conocimiento de éste, simplemente como consecuencia directa de su naturaleza jurídica. En cambio, los derechos en equidad (nacidos por gracia de los tribunales del Rey) no eran vinculantes por su mera existencia para el tercer adquirente. En efecto, gozaban de la vinculación *erga omnes* de los *estates* pero con una particularidad: sólo eran oponibles al tercero si tenía conocimiento de la existencia del *equitable right*¹⁷⁹. Por lo tanto, regía el sistema de la *equitable doctrine of notice* ante la ausencia de un sistema registral que diera fe pública de la existencia o ausencia de derechos reales sobre la propiedad inmueble. Así lo demuestra un pasaje de la *Epitome*¹⁸⁰:

“If one have any *Eftate* or any Lands in *truft* for, and in *ufe* of another, and one is about to purchafe this; in this *cafe*, it behoves him to whose *ufe*, to give notice of the *ufe* to the Purchafers, for otherwife the *ufe* may be gone: For if in that *cafe*,

English books, 1641-1700; 849:17, London, 1656, pp. 5, 6. El inglés antiguo tiene gran semejanza con el actual, si bien la letra *f* del *epitome* se identifica con la *S* actual.

¹⁷⁸ SHEPPARD, W., ob. Cit., p. 13.

¹⁷⁹ “As was the case before 1925 in unregistered conveyancing, it is still true that ‘legal rights bind the whole world’. In other words, once it is established that a right is ‘legal’ in character, that estate or interest is binding on whomsoever comes into possession of the land [...] There is, by definition, no question of registration and no question of notice”, ver DIXON, Martin, *Q & A Series Land Law*, Fourth Edition, Cavendish Publishing, London, 2002, p. 27; en el mismo sentido DIXON, M., “Proprietary and non-proprietary rights in modern land law”, en TEE, Louise, *Land Law. Issues, debates, policy*, Willan Publishing, Portland, 2002: “Whereas in the preregistration era, the effect of a right on purchaser depend principally on its ‘inherent’ character as proprietary or non-proprietary in conjunction with its legal or equitable status”, p. 26; COOKE, Elisabeth, *Land Law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2006: “We have seen the conclusion the came to: that equitable rights would not be effective against-would not bind, as the jargon puts it-all the world, but only some people; namely, those who knew about them, or should have known about them, or who tool the land without giving value of it (e. g. someone to whom the land is given). They would bind all except the bona fide purchaser of the legal estate for value without notice”, p. 31.

¹⁸⁰ SHEPPARD, W., ob. Cit., p. 750.

Parte I. Proceso y bases para la armonización de los derechos reales en Europa

the party *trufte*d, do for a good confideration fell the Land to one that hath notice of the *ufe*, the *Purchafor fhall ftand feifed* of that Land to the *firft ufe*".

Sobre estas bases, las pertenencias legales fueron configuradas en sus orígenes como derechos "*in rem*", incluyendo los siguientes *estates*:

a) Los *freeholds* (derechos asimilables a los de propiedad), que podían limitarse a través de los "*fee tails*" -limitaban el número de posibles herederos de la tierra- o "*life interests*" -limitaban la propiedad del *freehold* a la vida del titular-¹⁸¹. En la época medieval fueron los únicos derechos que existieron.

b) Los *leaseholds*, difícilmente asimilables en nuestro derecho a una institución concreta, que no fueron considerados como *estates* hasta el siglo XV¹⁸².

Ello no significa, empero, que no pudieran existir otros derechos nacidos en el seno del derecho común aparte de los *estates*. Un ejemplo lo encontramos en la *mortgage*, que se regía por los mismos postulados que los *estates* al nacer en el seno del derecho común, considerándose un *interest* sobre la tierra. La *mortgage* nos muestra la prioridad de los derechos legales sobre los de equidad ("*where there is equal equity the law must prevail*") y la prioridad temporal como criterio de solución para diversos derechos en equidad en conflicto ("*where the equities are equal the first in time prevails*")¹⁸³. Esto nos da una idea de la prioridad con la que se resolvían las controversias antes de la revolución legislativa de 1925.

En la **Figura 2** pueden observarse los *estates* que existieron en el Derecho inglés antes de la LPA de 1925)¹⁸⁴:

¹⁸¹ GRAY, Kevin y GRAY, Susan Francis, *Elements of land law*, 5ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 59 y 60; ver también BIRKS, Peter (Ed.), *English private law*, Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 226 y ss. Ver también POLLOCK FREDERICK, y MAITLAND, Frederic William, *The history of English law. Before the time of Edward I*, 2ª Edición, Vol. II, Cambridge University Press, 1968, pp. 6 y ss; y HOLDSWORTH, W. S., ob. Cit., pp. 48 y ss.

¹⁸² Ver NASARRE AZNAR, S., "La reforma del derecho registral inglés", en *RCDI*, Núm. 683, Mayo-Junio 2004, p. 1289.

¹⁸³ STEPHENSON, Charles H. S., *A Study of the law of mortgages*, 2ª Ed., Effingham Wilson, Londres, 1912, p. 22. Hay que tener en consideración que la naturaleza de la *mortgage* en esta época supone la transferencia plena de la propiedad al acreedor, situación que se ve modificada en la legislación de 1925, ver pp. 1 y ss. Para un estudio en mayor profundidad de la *mortgage*, vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 3.13.

¹⁸⁴ Extraído de FINCH, Henry, *A summary of the common law of England: as it stood in force, before it was altered by statute or acts of Parliament / extracted (for the most part) out of the French and English copies of Sir Henry Finch, Kt., his learned treatise of the law, and digested into certain tablets for the help and delight of such students as affect method*". Reproducción

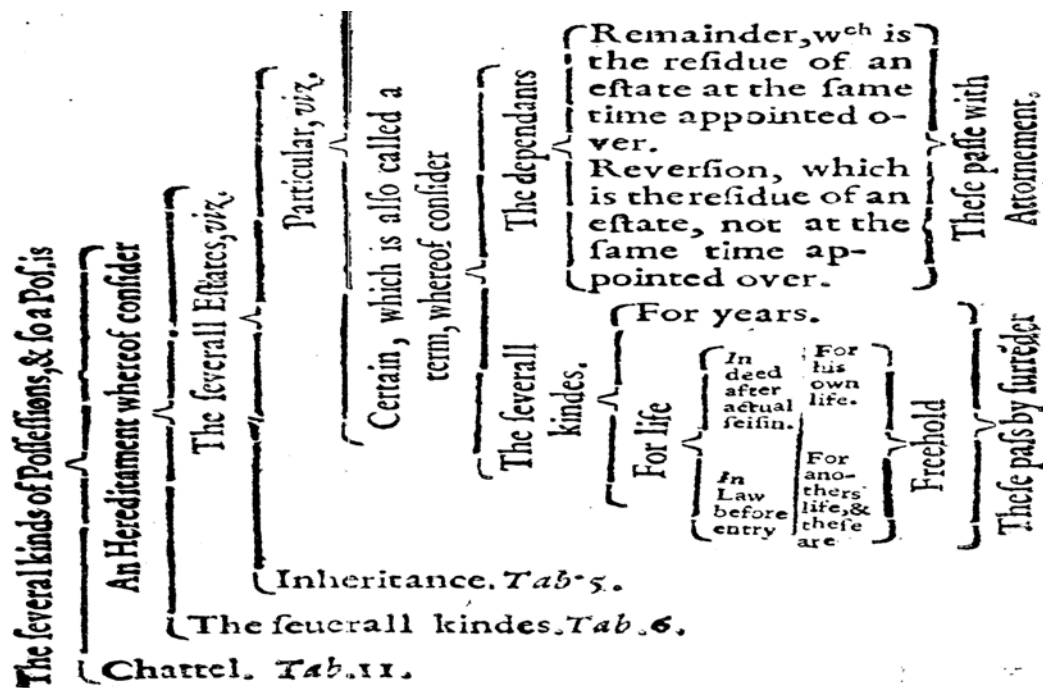


Figura 2: los estates en el Derecho inglés antes de la LPA de 1925.

Fuente: FINCH, Henry, *A summary of the common law of England*.

Este esquema prevé un apartado en el que se describen los diversos *estates* (*The feveral eftates*), incluyendo en primer lugar los *dependants* (que no eran poseedores de un *estate* pero tenían algún derecho sobre él)¹⁸⁵ y más abajo se recoge el *freehold*, que podía estar limitado a la vida del titular (*for his own life*), y el *leasehold* (*for years*)¹⁸⁶. Al principio del esquema se parte de las distintas formas de posesión (*The feveral kinds of Possession*), siendo para su autor una de las bases del derecho angloamericano¹⁸⁷. Efectivamente, la posesión era la base sobre la que se asentaba el *estate*. En esta época, por lo tanto, no se concebía la propiedad como un derecho absoluto sobre una cosa al estilo continental, sino que se hablaba en términos posesorios. El máximo derecho que podía existir sobre un inmueble eran los *freeholds*, que eran unos *estates* o pertenencias que se veían como formas de posesión feudal (*fee*

electrónica (Early English books online). Versión digital de: Early English books, 1641-1700; 29:4, London, 1654, p. 5.

¹⁸⁵ Respecto a las personas con un *fee simple* en *remainder* y en *reversion* vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.1.2.2.

¹⁸⁶ En la Tabla 5ª se recoge el *fee simple* como un *estate* específico.

¹⁸⁷ Ver Tabla 2ª en FINCH, H., ob. Cit., p. 3.

simple)¹⁸⁸.

Un ejemplo de derecho en equidad lo encontramos en los derechos del propietario en la *mortgage*, que se configuraba en el siglo XIII como una cesión al acreedor de la propiedad plena en garantía. El acreedor hipotecario podía adquirir la propiedad en caso de impago por el deudor en la fecha pactada, pero el deudor tenía la facultad de redimir a través de un derecho en equidad la plena propiedad si pagaba la deuda¹⁸⁹.

En la época medieval y hasta 1925 los *estates* podrían asimilarse a los derechos reales y los *equitable rights* a los derechos personales¹⁹⁰, ya que la oponibilidad a terceros de estos últimos dependía del conocimiento (*notice*) y buena fe del nuevo propietario.

Este régimen feudal se mantuvo en sus líneas esenciales hasta el siglo XX, con la división de los *legal estates* (derecho común) y los *equitable interests* (derecho en equidad).

4.1.2.2. Las Acts de 1925

En 1925 vieron la luz diversas leyes (6 en total¹⁹¹) que intentaron modernizar el Derecho inglés. Su finalidad principal fue evitar la inseguridad jurídica de los terceros interesados en adquirir una propiedad inmueble, que tenía su origen en la falta de información de las posibles cargas que pesaban sobre ésta. La reforma de 1925 fue una de las más importantes desde el año 1066, aunque es producto de una vorágine legislativa de los siglos XVIII y XIX que no pudo culminarse debido a intereses políticos, a pesar de la promulgación de diversas leyes. Por lo tanto, las *Acts* de 1925 no fueron una revolución sino una continuación¹⁹². Las más importantes para nuestro estudio

¹⁸⁸ Vid. *infra* respecto a la diferente aproximación de los sistemas de derecho civil y del derecho angloamericano hacia la propiedad inmueble. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.1.

¹⁸⁹ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 3.1.3.1.

¹⁹⁰ BAZ IZQUIERDO, F., ob. Cit.: "Consideración hecha de sus respectivos orígenes, las pertenencias legales fueron configuradas como derecho «in rem», y las equitativas como derecho «in personam», es decir, las primeras estaban dotadas de eficacia universal, mientras que las segundas atribuían facultades de las que únicamente podía hacerse uso contra un número limitado de personas", p. 989.

¹⁹¹ Estas leyes fueron la *Law of Property Act*, la *Settled Land Act*, la *Administration of Estates Act*, la *Trustee Act*, la *Land Charges Act* y la *Land Registration Act*. Las leyes inglesas están disponibles en <http://www.opsi.gov.uk/>.

¹⁹² De acuerdo con SIMPSON, A. W. B., ob. Cit.: "The shift in this opinion made it posible to carry out an overhaul of the land, which incorporated many reforms which had been suggested

son las siguientes:

A) La **Law of Property Act** de 1925¹⁹³ (en adelante, LPA), que en su *section* (en adelante, s) 1 distingue entre los *legal estates* y los *equitable interests*:

“(1) The only estates in land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are--

- (a) An estate in fee simple absolute in possession;
- (b) A term of years absolute.

(2) The only interests or charges in or over land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are--

- (a) An easement, right, or privilege in or over land for an interest equivalent to an estate in fee simple absolute in possession or a term of years absolute;
- (b) A rentcharge in possession issuing out of or charged on land being either perpetual or for a term of years absolute;
- (c) A charge by way of legal mortgage;
- (d) ... and any other similar charge on land which is not created by an instrument;
- (e) Rights of entry exercisable over or in respect of a legal term of years absolute, or annexed, for any purpose, to a legal rentcharge.

(3) All other estates, interests, and charges in or over land take effect as equitable interests”.

En el Derecho inglés rigió formalmente un sistema de *numerus clausus*, con lo que no es posible crear más derechos reales que los previstos en la LPA en el derecho común. No obstante, cabe teóricamente la posibilidad de que los tribunales puedan crear nuevos derechos reales en equidad¹⁹⁴. La s. 1 LPA distingue entre 3 clases de derechos:

at an earlier date, and built upon the disconnected reforms of the nineteenth century. Extraordinary political battles long impeded the reforming legislation [...] For all the legislative interference which it has suffered, the law of property continues to display an extraordinary measure of historical continuity. It is as if nothing fundamental has changed”, pp. 290 y 291.

¹⁹³ Chapter 20.

¹⁹⁴ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 139. La conclusión a la que llega AKKERMANS es que “from the perspective of private parties, the system of property law in England is closed. Parties are not free themselves to create new, as yet unknown, property rights. Only when they are authorised to do so by statute, or by a court decision, whether at law or in equity, can new property rights that were not be the parties themselves that create the right, although the parties do create the legal relation, but the legislature or judiciary granting third-party effect, and therefore making it into a property relation. In this respect a *numerus clausus* may be held to exist in English law”, AKKERMANS, Bram, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, *Ius Commune Europaeum Series*, Intersentia, Nº 75, p. 396. Ello permitiría sostener que los tribunales pueden crear nuevos derechos reales, al menos en equidad. De hecho, en el siglo XX han existido casos concretos de creación de derechos reales, p. e. el *estoppel*, ver el *Report* de Inglaterra a cargo de Peter Sparkes en el contexto del *European*

a) Los *estates* o “*major interests*”, estos son, los *freeholds* y los *leaseholds*. Por lo tanto, las antiguas pertenencias o *estates* quedaron limitadas en la ley a estas dos¹⁹⁵. El derecho que otorga las mayores facultades de disposición es sin duda el *freehold*¹⁹⁶.

b) La LPA enumera a continuación una serie de derechos que se califican como *interests*, que sólo podrán existir si recaen sobre un *estate*. La LPA recoge, entre otros, los *easements* (asimilables a las servidumbres en los sistemas de derecho civil); los *profits*, que otorgan a su titular un derecho a recoger los frutos de una propiedad ajena, ss. 3.(1) y (2) LPA, de forma similar a nuestro usufructo; las *rentcharges*, que dan derecho a percibir una renta a cambio de gravar la finca, como los censos; o las hipotecas (*legal mortgages*, por las que ya no se transmite la propiedad al acreedor)¹⁹⁷.

La LPA engloba a los *estates* y los *interests* bajo la denominación general de *legal estates*, que los diferencia de los *equitable interests*¹⁹⁸. Aunque con un naturaleza jurídica distinta (el *freehold* se asemeja a nuestra propiedad y los *interests* a los derechos reales en cosa ajena)¹⁹⁹, los efectos jurídicos de ambos son idénticos: se asimilan a los antiguos *legal rights*, pero

Private Law Forum Project (en particular, en el *Real Property Law and Procedure In the European Union*), correspondiente al *European University Institute*, p. 15. Disponible en <http://www.eui.eu/> (consultado el día 13 de abril de 2010). Para más información sobre este grupo vid. *infra*. Capítulo 2º, epígrafe 5.2.3.

¹⁹⁵ “La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 redujo las modalidades posibles de pertenencias legales exclusivamente a dos: la pertenencia plena y absoluta en posesión (*the estate in fee simple absolute in possession*) y la pertenencia menos plena, absoluta y de duración determinada (*term of years absolute*), es decir, los antiguos *freeholds* en su modalidad principal, y *leaseholds*. Todas las demás pertenencias pueden subsistir únicamente en el ámbito de la Equidad, pero no en el del Derecho común”, ver BAZ IZQUIERDO, F., ob. Cit., pp. 985 y 986.

¹⁹⁶ Ver en este sentido la s. 18.(1) LPA 1925, que define los derechos del titular de un *freehold* registrado: “Where the registered land is a freehold Powers of estate the proprietor may, in the prescribed manner, disposition transfer the registered estate in the land or any part thereof, and, subject to any entry in the register to the contrary, may in the prescribed manner—”, y a continuación enumera diferentes derechos (*easement, right or privilege*, y el *lease for a term*), lo que denota el carácter supremo del *freehold* respecto al *leasehold* y el resto de derechos.

¹⁹⁷ Ver en mayor profundidad *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 3.

¹⁹⁸ Ver s. 1.(4) LPA: “The estates, interests, and charges which under this section are authorised to subsist or to be conveyed or created at law are (when subsisting or conveyed or created at law) in this Act referred to as “legal estates”, and have the same incidents as legal estates subsisting at the commencement of this Act; and the owner of a legal estate is referred to as “an estate owner” and his legal estate is referred to as his estate”; y, en contraposición, la s. 1.(8) LPA de 1925: “Estates, interests, and charges in or over land which are not legal estates are in this Act referred to as “equitable interests”, and power which by this Act are to operate in equity only are in this Act referred to as “equitable powers””.

¹⁹⁹ Ver en mayor profundidad *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.1 y ss.

pueden tener un carácter legal o en equidad, como veremos a continuación²⁰⁰. Además, es posible que los derechos reales graven a otros derechos. En el Derecho inglés esto es posible gracias a la subhipoteca (*sub-mortgage*)²⁰¹.

c) Por último, encontramos los *equitable interests* de modo residual. Una cuestión relevante es por qué la ley se refiere a estos derechos como “*all other estates, interests, and charges in or over land*” si partimos de la base, como hemos comentado, de que sólo pueden existir los *estates* contemplados en la s. 1.(1) LPA (*freehold y leasehold*).

La razón es que la ley considera que se ha creado un *legal estate* si se han seguido las formalidades previstas para ello. En caso contrario, este *estate* sólo podrá existir como un *equitable interest*. Así, por ejemplo, la s. 51.(1) LPA dispone que “*all conveyances of land or of any interest therein are void for the purpose of conveying or creating a legal estate unless made by deed*”. Ello quiere decir que sin un *deed* no se podrá transmitir o crear un derecho legal, pero este derecho sí que podrá subsistir en equidad²⁰². La *deed* es un documento que requiere unas determinadas formalidades para su validez²⁰³: a) su firma (*signature*); b) la presencia de testigos, es decir, la *deed* se ha de realizar “*in presence of a witness who attests the signature*”; y c) su entrega a la otra parte, aunque este requisito se ha interpretado en el sentido de que convierte en irreversible el negocio jurídico que contiene (aunque existen

²⁰⁰ “A basic distinction lies at the heart of the 1925 property legislation. Section 1 of the Law of Property Act 1925 expresses this in terms of ‘estates’ and ‘interests’ in land, expressions which are defined in technical language and which immediately assume a mystical quality. Underlying this distinction is, however, a simple idea: that estates are to do with ownership of land and interests are to do with having rights over the land of another”, ver BRIGHT, Susan, “Of estates and Interests: A Tale of Ownership and Property Rights”, en BRIGHT, Susan y DEWAR, John, *Land Law. Themes and Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 529.

²⁰¹ Ver NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, pp. 728 y 729.

²⁰² Ver en este sentido el ejemplo de NASARRE AZNAR, S., “Seis temas de...”, ob. Cit.: “Si por cualquier razón (incluso porque así voluntariamente se quiera, por costes, por tiempo, etc.) se dejasen de hacer alguno de los dos pasos formales (en fincas no registradas sería la redacción del deed y en fincas registradas sería, bien no redactar el deed o, habiéndose redactado éste, no se inscribiese el título en el Registro), siempre que en el documento privado quedase clara la voluntad de las partes de crear el derecho o de transmitirlo, nacería un derecho en equidad, el cual podría hacerse valer igualmente contra cualquiera mediante una reclamación en los tribunales excepto contra un tercero oneroso adquirente de buena fe del título legal. Los derechos en equidad, pues, como derechos reconocidos en justicia para unas partes que han querido mostrar su voluntad negocial, y los derechos legales, como más formales y, hasta cierto punto, más seguros, son dos columnas esenciales del Derecho inmobiliario inglés”, p. 52.

²⁰³ “What is a deed? The traditional answer was that is a document that is signed, sealed and delivered”, de acuerdo con SMITH, Roger, *Property law*, 4th Edition, Longman, New York, 2003, p. 91. Ver también GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., pp. 1074 y 1075.

situaciones en las que puede declararse en equidad la rescisión de un contrato, p. e. por existir una influencia externa que influya en el consentimiento como una intimidación)²⁰⁴. De igual forma, también existirá un derecho en equidad durante el denominado “*registration gap*”, es decir, el lapso de tiempo que existe entre la creación del derecho y su inscripción en el Registro de la Propiedad (institución que supone la novedad fundamental en este período)²⁰⁵. Mientras duraba esta situación, se otorgaba un derecho en equidad a favor del adquirente que le protegía si la contraparte no llegaba finalmente a firmar el contrato. Se trataba de un *estoppel*: la equidad protegía las legítimas expectativas del adquirente creadas por el transmitente, que se extinguían con la creación del título²⁰⁶. De forma general, el *estoppel* tiene lugar cuando un propietario ha dado expectativas a una persona sobre la adquisición de un derecho futuro sobre la tierra, y esta persona, confiando en estas expectativas, lleva a cabo una serie de negocios jurídicos. Si finalmente no se llega a concretar la adquisición del derecho por no haberse cumplido las formalidades requeridas por el derecho común, el tribunal puede igualmente decidir que a esta persona le corresponde un derecho en equidad. La privación del derecho le ocasionaría un perjuicio desproporcionado²⁰⁷.

B) La segunda ley de gran importancia es la *Land Registration Act* de 1925²⁰⁸ (en adelante, LRA), que limitó los *estates* que podían acceder al Registro a dos en consonancia con la LPA de ese mismo año. Así, el *freehold* y el *leasehold* eran desde entonces susceptibles de ser registrados y los únicos que podían abrir folio en el **Registro de la Propiedad**²⁰⁹.

La novedad más importante en la promulgación de estas leyes, respecto a la naturaleza real o personal de los *estates* y *equitable rights* y sus efectos

²⁰⁴ Vid. *infra*. Capítulo 3º, Apartado II, epígrafe 1.3.1.

²⁰⁵ Ver el análisis de la *Land Registration Act* de 1925 *infra* en este mism epígrafe.

²⁰⁶ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., pp. 1198 y ss.

²⁰⁷ Ver NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., p. 599.

²⁰⁸ *Chapter 21*.

²⁰⁹ “1) After the commencement of this Act, estates capable of subsisting as legal estates shall be the only interests in land in respect of which a proprietor can be registered and all other interests in registered land (except overriding interests and interests entered on the register at or before such commencement) shall take effect in equity as minor interests”. De acuerdo con este precepto, los *legal estates* serían el *freehold*, el *leasehold* y los *interests*, y a continuación especifica los otros posibles *interests* existentes sobre éstos: los *overriding interests*, oponibles *per se* a terceros; y los *minor interests*, los contemplados en la s. 1.(3) LPA. Por otra parte, en la s. 4 se recoge el *freehold* y en la s. 8 el *leasehold*.

frente a terceros, es que ambos podían tener acceso al Registro de la Propiedad. Por lo tanto, se produce un cambio en la oponibilidad *per se* de los *estates* y en la necesidad de una *notice* en los derechos en equidad para su oponibilidad a terceros. A partir de 1925 se ha de distinguir entre títulos registrados y no registrados:

a) En cuanto a los **títulos no registrados**:

- Los *legal estates* mantienen su eficacia *erga omnes per se*, englobando dentro de este término tanto a los *estates* (*freeholds* y *leaseholds*) como a los *interests* (*easements*, *legal mortgage*...), siempre y cuando se cumplan con las formalidades exigidas por la ley para su transmisión (*deed*).

- Los derechos en equidad, en cambio, sufren profundas modificaciones. Por consiguiente, es necesario determinar a través del siguiente esquema qué sucede con los diferentes derechos que podemos calificar como *equitable rights*²¹⁰:

1) En primer lugar, existen derechos que no son registrables pero vinculan a cualquier tercer adquirente (*overriding interests*, s. 70 LRA)²¹¹, de forma análoga a nuestras cargas legales tácitas²¹². Así, por ejemplo, el *leasehold* con una duración menor de 21 años no podía acceder al Registro de la Propiedad (s. 8.(1).(a) LRA), pero el s. 70.(1).(k) le consideraba como un *overriding interest*.

²¹⁰ De acuerdo con el esquema adoptado por GRAY, K., *Elements of land law*, 2ª Ed., Butterworths, London, 1993, pp. 104 y 105.

²¹¹ El glosario inicial contenido en la s. 3 los define: "(xvi) "Overriding interests" mean all the incumbrances, interests, rights, and powers not entered on the register but subject to which registered dispositions are by this Act to take effect, and in regard to land registered at the commencement of this Act include the matters which are by any enactment repealed by this Act declared not to be incumbrances". Ver en este sentido respecto al *freehold* lo dispuesto en el s. 20.(1) LRA: "In the case of a freehold estate registered. Effect of with an absolute title, a disposition of the registered land registration or of a legal estate therein, including a lease thereof, for valuable consideration shall, when registered, confer on the transferee or grantee an estate in fee simple or the term of years or other legal estate expressed to be created in the land [...] —subject— (a) to the incumbrances and other entries, if any, appearing on the register; and (b) unless the contrary is expressed on the register, to the overriding interests, if any, affecting the estate transferred or created, but free from all other estates and interests". Respecto al *leasehold*, ver s. 23.(1).

²¹² Por ejemplo, la prevista en el art. 194 LH: "El Estado, las provincias o los pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito sus derechos en el Registro, para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones o impuestos que graven los bienes inmuebles". Esta clase de derechos distorsionan el funcionamiento del Registro de la Propiedad como en el derecho español: "Their existence fundamentally distorts the mirror image of the register: the register can no longer be relied upon as a comprehensive record of the totality of interests in and affecting registered land", GRAY, K., ob. Cit., p. 198.

2) En segundo lugar, tenemos aquellos otros *estates* o *interests* sobre la propiedad cuya oponibilidad al tercer adquirente dependerá de su constancia en el Registro de la Propiedad, que podía tener lugar a través de una *notice*, una *caution*, una *inhibition* o una *restriction* (ss. 48 y siguientes LRA). Son los recogidos en la s. 1.(3) LPA y se denominan “*minor interests*”. Estos *interests* se encuentran definidos en la s. 3.xv LRA²¹³ e incluyen en primer lugar a los derechos de los beneficiarios de un *trust of land* o de un *settled land*²¹⁴. Si la inscripción no llega a producirse, estos derechos no serán oponibles al tercer adquirente, es decir, deja de ser vigente la regla de la *notice* que se ve sustituida por la doctrina de la *immunity*: el derecho en equidad no es vinculante para el tercer adquirente, tenga o no conocimiento de la existencia del derecho no registrado²¹⁵.

Antes de la LRA de 2002 se promulgó la *Land Charges Act* de 1972 (en adelante, LCA)²¹⁶, que derogó a la LCA de 1925. Su objetivo principal fue realizar una clasificación de los *interests* que podían recaer sobre una finca englobando todos ellos bajo el nombre genérico de cargas (*land charges*). Así, se creó un cuerpo aparte de cargas sobre la propiedad inmueble no registrada, que desde entonces debían ser inscritas en el Registro de cargas reales (*land charges register*)²¹⁷, para su oponibilidad a terceros. Sin este registro las cargas no eran oponibles a terceros adquirentes (ss. 4 LCA y 198.(1) LPA)²¹⁸.

3) En último lugar tenemos aquellos derechos en equidad que no

²¹³ “(xv) “Minor interests” mean the interests not capable of being disposed of or created by registered dispositions and capable of being overridden (whether or not a purchaser has notice thereof) by the proprietors unless protected as provided by this Act, and all rights and interests which are not registered or protected on the register and are not overriding interests”.

²¹⁴ Ver al respecto *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.1.2.2.

²¹⁵ La norma general se encuentra en la s. 2.(1) LPA: “A conveyance to a purchaser of a legal estate in land shall overreach any equitable interest or power affecting that estate, whether or not he has notice thereof, if”. Ver MEGARRY, R. y WADE, W., ob. Cit., pp. 124 y 125.

²¹⁶ Chapter 61. S. 2.(4).(iv).(iv): “(iv) an estate contract is a contract by an estate owner or by a person entitled at the date of the contract to have a legal estate conveyed to him to convey or create a legal estate, including a contract conferring either expressly or by statutory implication a valid option to purchase, a right of pre-emption or any other like right”

²¹⁷ S. 2.(1): “If a charge on or obligation affecting land falls into one of the classes described in this section, it may be registered in the register of land charges as a land charge of that class”. Ver respecto a las diversas categorías (de la A a la F) las ss. 2.(2) y ss.

²¹⁸ “The registration of any instrument or matter [in any register kept under the Land Charges Act 1972 or any local land charges register], shall be deemed to constitute actual notice of such instrument or matter, and of the fact of such registration, to all persons and for all purposes connected with the land affected, as from the date of registration or other prescribed date and so long as the registration continues in force”.

podían tener acceso a ningún Registro, para los cuales subsiste la regla del conocimiento o *notice* por parte del tercero, es decir, la doctrina previa a la LPA de 1925. No obstante, son una minoría²¹⁹.

b) En cuanto a los **títulos registrados**, la distinción entre derechos legales y en equidad deja de ser relevante desde el momento en que su acceso al Registro de la Propiedad permite *ipso iure* su oponibilidad a cualquier tercero con efectos *erga omnes*²²⁰. Vemos, por lo tanto, concordancias en este punto con nuestro principio de fe pública registral (art. 38 LH).

A lo largo de este apartado hemos podido constatar que la antigua distinción entre *legal rights / rights in rem* y *equitable rights / rights in personam* adquiere un nuevo significado, principalmente por la aparición del Registro de la Propiedad. En la **Figura 3** puede verse esta evolución:

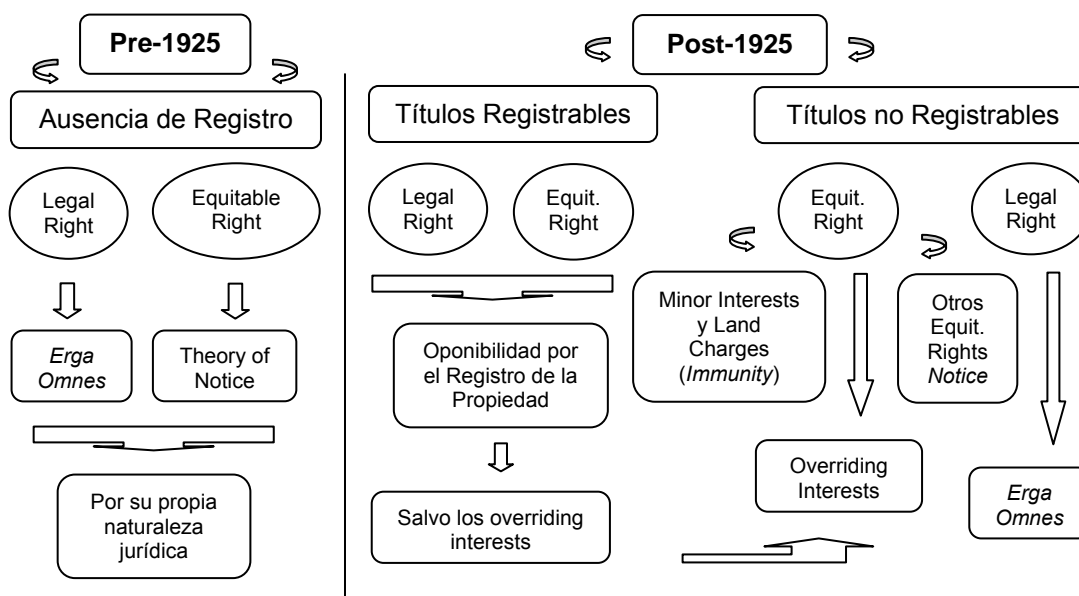


Figura 3. Régimen de oponibilidad de los derechos legales y en equidad:

²¹⁹ "There is a small classes of equitable rights which, either deliberately or by subsequent judicial development, are excluded from the operation of the Land Charges Act 1972. In other words, they are 'non registrable'. For this right, their enforceability against a purchaser still does depend on the doctrine of the 'bona fide purchaser of a legal estate for value without notice' (equity darling). This is the only circumstance when notice should form part of the answer to an examination question in land law today", ver DIXON, M, Q & A Land ..., ob. Cit., pp. 26, 31, 32 y 45.

²²⁰ Así se han pronunciado GRAY, K., ob. Cit.: "In the law of registered law the distinction between legal and equitable rights is almost insignificant –except perhaps for the purpose of defining the 'major interests' against which all other registrations require to be effected. The essence of the scheme is that all land interests –whether legal or equitable- should be recorded on the land register, with the now controversial exception of 'overriding' interests", p. 106; y DIXON, M., Q & A Land..., ob. Cit.: "Likewise, in registered land, it is clear that the doctrine of notice –particularly whether the purchaser knows of the existence of a right or interest- is irrelevant", p. 6.

legislación pre-1925 y post-1925. Fuente: GRAY²²¹.

Una vez realizado este análisis, es preciso determinar si las características de los derechos reales en los sistemas de derecho civil están presentes, de alguna forma, en el derecho angloamericano durante este período. Podemos realizar las siguientes consideraciones:

a) Los *legal estates* necesitan una *deed* para su válida constitución, que si bien no puede asimilarse a la escritura pública, sí que supone un grado mayor de formalidad que un simple contrato escrito (s. 52.(1) LPA 1925).

b) En cuanto a la denominada *adverse possession*, es decir, la usucapión, en este período se promulgó la *Limitation Act* de 1980²²² (en adelante, LA) que tiene por objeto en su primera parte estipular “*the ordinary time limits for bringing actions of the various classes mentioned in the following provisions of this Part*”. La usucapión de la propiedad por cualquier persona o por el acreedor hipotecario que toma posesión de la finca²²³ tiene lugar cuando el propietario no ejercita su derecho durante un plazo general de 12 años²²⁴. Cumplido el plazo, cesa automáticamente la posibilidad de recuperar la propiedad y el título que daba pie a esta acción se extingue (s. 17 LA).

No obstante, también podemos hablar en ocasiones de la extinción de un derecho por su no ejercicio (prescripción). Así, por ejemplo, la s. 2 LA dispone que “*an action founded on tort shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the cause of action accrued*” y su s. 5 que “*an action founded on simple contract shall not be brought after the expiration of six years from the date on which the cause of action accrued*”. Una vez expirado el plazo fijado por la ley la acción se extingue.

c) Por lo que respecta a la cotitularidad de derechos, de acuerdo con la s. 1.(6) LPA “*a legal estate is not capable of subsisting or of being created in an*

²²¹ GRAY, K., ob. Cit., p. 112.

²²² Chapter 58.

²²³ Es un derecho que le corresponde como acreedor hipotecario, vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 3.1.3

²²⁴ S. 15.(1) LA: “No action shall be brought by any person to recover any land after the expiration of twelve years from the date on which the right of action accrued to him or, if it first accrued to some person through whom he claims, to that person”; y s. 16: “When a mortgagee of land has been in possession of any of the mortgaged land for a period of twelve years, no action to redeem the land of which the mortgagee has been so in possession shall be brought after the end of that period by the mortgagor or any person claiming through him”.

undivided share in land or of being held by an infant”, es decir, los cotitulares deberán adoptar desde un punto de vista legal la forma de *joint-tenancy*, lo que implica la creación de un *trust for sale* (con la obligación de vender la finca a no ser que la totalidad de los propietarios pacten lo contrario). La particularidad de esta forma de cotitularidad es que cada uno de los propietarios tiene un *interest (unity of interest)* sobre toda la propiedad, sin indicación de cuotas y con la misma extensión. Para la venta de la propiedad a un tercero bajo la forma de *joint-tenancy* se necesitará el consentimiento de todos los propietarios²²⁵.

Sólo podrá adoptarse la *tenancy in common*, en la que cada uno de los propietarios tiene un porcentaje sobre el bien con libre poder de disposición, en equidad. Esta tenencia sigue siendo en forma de *trust*²²⁶.

4.1.2.3. La *Land Registration Act* de 2002

La *Land Registration Act* de 2002²²⁷ deroga la LRA de 1925 (ver su *Schedule 13*) e impone la **inscripción obligatoria** de todos aquellos títulos que transmitan cualquier *qualifying estate* sobre la tierra que aún no conste en el Registro de la Propiedad (estos son, los *freeholds* y los *leaseholds*), así como las *mortgages*. Por el contrario, el registro será meramente voluntario cuando se desee inscribir a título de propietario un *unregistered legal estate*, es decir, un derecho que se tenía con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley sin que exista ningún acto tendente a su creación o transmisión. Estos derechos son: (a) un *estate in land*, (b) una *rentcharge*, (c) un *franchise* (que es un privilegio real que ha sido concedido directamente por la Corona)²²⁸, y (d) un *profit à prendre*²²⁹.

De esta manera, la LRA de 2002 obliga a los propietarios que deseen crear o transmitir algún *estate* o *interest* a inscribir estos actos en el Registro de

²²⁵ DIXON, M., *Q & A Series...*, ob. Cit., p. 51; GRAY, K., ob. Cit., pp. 460 y ss.; y SMITH, R., ob. Cit., pp. 284 y ss.

²²⁶ “Likewise, if a house is conveyed to Y and Z ‘as tenants in common, 50% each’, this will take effect as a conveyance to Y and Z at law as joint-tenant trustees upon the statutory trusts because a tenancy in common cannot exist at law but holding on trust for themselves in equity as tenants in common, half each”, ver DIXON, M., *Q & A Series...*, ob. Cit., p. 52.

²²⁷ *Chapter 9*.

²²⁸ THOMPSON, M. P., ob. Cit., p. 102.

²²⁹ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 3.1.6.

la Propiedad²³⁰, es decir, nos encontramos ante una inscripción constitutiva de los derechos reales inmobiliarios (aunque ya en 1990 se impuso la inmatriculación obligatoria para las fincas que fuesen enajenadas desde entonces)²³¹. En el caso de que la creación o transmisión del derecho real tenga lugar sobre una finca no registrada, el período para proceder a la inscripción del título es de dos meses desde su formalización (s. 6.(4) LRA 2002), sancionando la ley el incumplimiento de esta formalidad con su nulidad²³². Además, se crea el sistema *e-conveyancing*, en el cual la creación y transmisión de estos derechos tendrá lugar de forma electrónica. Este sistema supone una novedad a nivel europeo²³³.

Nos encontramos ante una consecuencia jurídica de gran importancia para nuestro estudio: los derechos reales sobre inmuebles no se crearán hasta que no tengan acceso al Registro de la Propiedad (s. 93.(2) LRA 2002)²³⁴. Las repercusiones sobre la distinción entre *rights in rem* y *rights in personam*, es decir, entre *legal* y *equitable rights*, son importantes. Como ha puesto de relieve la doctrina, esta distinción deja en gran parte de tener sentido²³⁵. Además, se

²³⁰ S. 6.(1): "If the requirement of registration applies, the responsible estate owner, or his successor in title, must, before the end of the period for registration, apply to the registrar to be registered as the proprietor of the registrable estate".

²³¹ NASARRE AZNAR, S., "La reforma...", ob. Cit., p. 1287.

²³² S. 7.(1): "If the requirement of registration is not complied with, the transfer, grant or creation becomes void as regards the transfer, grant or creation of a legal estate".

²³³ NASARRE AZNAR, S., "La reforma...", ob. Cit.: "La LRA 2002 crea, pues, una tercera vía en el panorama europeo para la constitución y transmisión de los derechos reales sobre inmuebles, apartándose de la propia tradición jurídica inglesa (creación de derechos de naturaleza real en equidad por contrato), de la constitución por traditio que se sigue en numerosos países europeos, entre ellos España, y de la tradición francesa de creación/transmisión de derechos reales por contrato. Desde la completa entrada en vigor de la LRA 2002, los derechos in rem sobre inmuebles en Inglaterra y Gales se crearán y transmitirán por inscripción registral electrónica", p. 1294. Ver también HARPUM y BIGNELL: "At present, conveyancing is paper-based. Although it is now possible to have direct access to the register to view its contents and to make certain applications to the Registry, contracts, transfers and grants are all made using written documents [...] the system of e-conveyancing that will be created under the powers which it confers, changes the way in which land registration is conducted. It will no longer be the Registry alone that makes changes to the register, whether on application, to give effect to a court order or on the registrar's own volition", ver HARPUM, Charles y BIGNELL, Janet, *Registered Land. The New Law. A guide to the Land Registration Act 2002*, Jordans, 2002, pp. 152 y 153.

²³⁴ "(2) A disposition to which this section applies, or a contract to make such a disposition, only has effect if it is made by means of a document in electronic form and if, when the document purports to take effect- (a) it is electronically communicated to the registrar, and (b) the relevant registration requirements are met".

²³⁵ Ver DIXON, M., *Proprietary and non-proprietary...*, ob. Cit.: "As soon as registration replaced the legal/equitable distinction as the primary means for determining the effect of rights over land

elimina la posibilidad de crear nuevos derechos en equidad durante el *registration gap* (ya que no existirá ningún período de tiempo entre la constitución del derecho y su inscripción en el Registro, con lo que ambos actos tendrán lugar al mismo tiempo). La única reminiscencia del régimen nacido en el año 1925 se encuentra en los *overriding interests*, que ahora se contemplan en las *Schedule 1^a* (en cuanto a su vinculación con la finca no registrada) y *3^a* (cuando la finca está ya registrada) de la LRA de 2002. Por lo tanto, aún con la nueva ley no se da una certeza absoluta a la función de publicidad del Registro de la Propiedad²³⁶.

Por lo tanto, la distinción entre *rights in rem* y *rights in personam* queda difuminada con la LRA de 2002 al nacer todos los derechos, sean legales o en equidad, en el Registro de la Propiedad. A través de un recorrido por la historia hemos asistido a la consagración de la desaparición de las diferencias entre los *estates* y los *equitable rights*, a través de la atribución de mayor importancia al Registro de la Propiedad. En 1925 la LRA dejó subsistentes los títulos no registrables y la oponibilidad *erga omnes* de los *legal estates*, aunque alteró el régimen de los derechos en equidad, pero con la LRA de 2002 sólo existen títulos registrables.

En consecuencia, podríamos defender el carácter *in rem* de un determinado derecho no por su propia naturaleza sino en función de su acceso al Registro, y asimilar el concepto de derecho real en el Derecho inglés actual a los derechos registrados que adquirirían a través del Registro su oponibilidad frente a terceros. Pero partiríamos de una premisa falsa y frágil, porque en la actualidad existen derechos que no acceden al Registro de la Propiedad y gozan o pueden gozar de este carácter, como los *overriding interests*, los derechos en equidad que no acceden al Registro de la Propiedad, los derechos tanto legales como en equidad que recaen sobre fincas no registradas y el *estoppel*, que tiene en la LRA de 2002 una naturaleza real, ya que la s. 116 prevé que pueda ser vinculante a los titulares de derechos inscritos y sus

when the title to that land was transferred, it became possible –perhaps inevitable- that older concepts would become less useful”, p. 26.

²³⁶ Ver en este sentido DIXON, M., *Q & A Series...*, ob. Cit., p. 20; y NASARRE AZNAR, S., “La reforma...”, ob. Cit., pp. 1300 y 1301.

sucesores en título²³⁷.

Por lo tanto, es irrelevante si se trata o no de un derecho en equidad para su calificación como un derecho real (p. e. en el caso del *estoppel*) así como su inscripción en el Registro de la Propiedad (que un derecho no esté inscrito no quiere decir que no pueda afectar a terceros, como sucede con los *overriding interests*). La vinculación a terceros de los derechos legales o en equidad dependerá de su oponibilidad. En este sentido, las nociones de *right in rem* y de *property right*, entendiendo como tal el derecho que recae sobre la propiedad inmobiliaria, pueden asimilarse a través de las siguientes características comunes a ambos: su contenido (un derecho contra un bien), y su exigibilidad (es decir, su oponibilidad a terceros)²³⁸.

En definitiva, podemos afirmar que se calificarán como ***rights in rem*** todos aquellos derechos que recaen sobre la propiedad inmueble que puedan ser oponibles a terceros, bien a través de su inscripción en el Registro de la Propiedad, bien por su propia naturaleza (*overriding interests* y *estoppel*), o bien porque son derechos en equidad que no son susceptibles de acceso al Registro de la Propiedad pero a los que se seguirá aplicando la teoría de la *notice*. Dentro de este grupo podemos incluir, además, aquellos derechos legales sobre finca no registrada, debido a que aún faltan fincas por acceder al Registro de la Propiedad. De hecho, el porcentaje de *freeholds* inscritos en Inglaterra y Gales en 2009 ascendía al 69.4%²³⁹. En estos casos seguirá vigente la teoría de los títulos no registrados (es decir, la oponibilidad *erga omnes* de los derechos legales y la inmunidad del tercer adquirente frente a los

²³⁷ Ver al respecto, NASARRE AZNAR, S., "La reforma...", ob. Cit., pp. 1296 y 1297.

²³⁸ "The question is whether the division between rights *in rem* and rights *in personam* is identical to the division between property rights and personal rights encountered above. Unfortunately, so far as the terms used in English law, there seems to be no agreements as to the precise point at which the division of rights lies [...] If rights *in rem* form as large a category as that, they clearly do not coincide with the class of property rights. However, when the criteria of *content* and *exigibility* are combined they produce an exact correspondence with the category of all property rights. Thus, if we say that a right *in rem* is a right in respect of a thing which prevails against persons generally, rights *in rem* coincide exactly with property rights", ver BIRKS, P., ob. Cit., pp. 222 y 223. En igual sentido, DIXON, M., *Proprietary and non-proprietary...*, ob. Cit.: "This duality –that a proprietary rights generates a remedy against the land and that this operates in principle irrespective of the identity of the person currently possessing the land – seems to be at the heart of the concept of proprietary rights in land", p. 10.

²³⁹ De acuerdo con el *Annual Report and Accounts 2008/9*, p. 11, que elabora la HM *Land Registry*. Disponible en <http://www.landreg.gov.uk/kb/>.

derechos en equidad). Para estos casos la antigua distinción entre derechos legales y en equidad mantiene todo su interés²⁴⁰.

La evolución de la oponibilidad de los derechos legales y en equidad desde 1925 hasta 2002 puede observarse en la **Figura 4**:

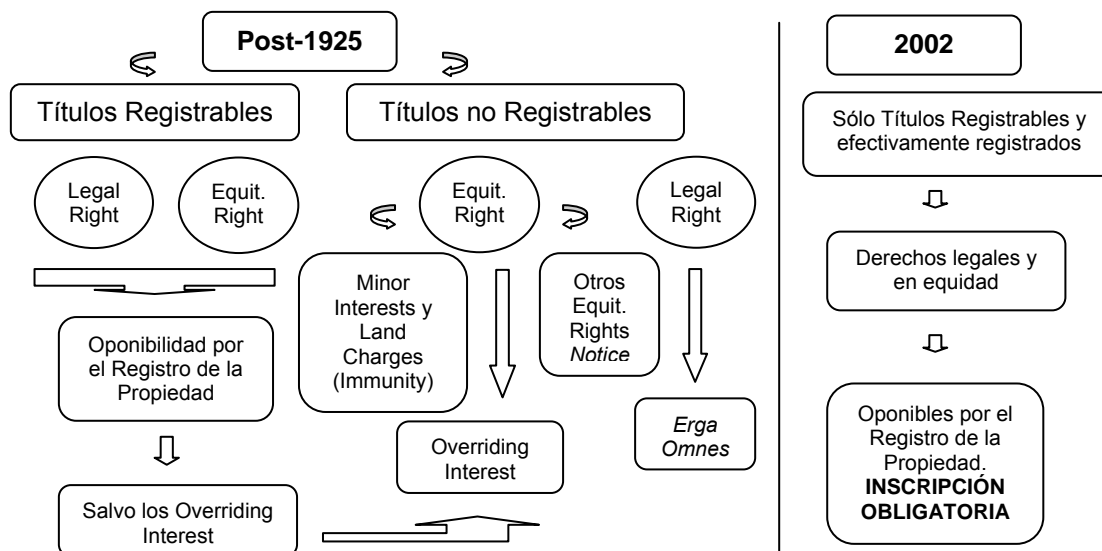


Figura 4. Oponibilidad de los derechos legales y en equidad en la legislación post-1925 y 2002. Fuente: elaboración propia.

Por último, reseñar que el sistema *e-conveyancing* aún no está plenamente consolidado en el Derecho inglés²⁴¹. Lo que sí que ya se ha conseguido es la creación de una plataforma *on-line* (denominada *Land Registry portal*), que pretende centralizar las operaciones que se realicen sobre la propiedad inmueble. Hasta el momento es posible conseguir información sobre las fincas de forma electrónica (p. e. las cargas que pesan sobre una finca). Está previsto que en breve puedan llevarse a cabo transmisiones electrónicas a través de este portal.

²⁴⁰ Ver DE LA PUENTE ALFARO, F., "El Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales", en *RCDI*, Núm. 670, Marzo-Abril 2002: "Otra distinción importante entre derechos legales y derechos en equidad es que los primeros son oponible frente a cualquiera, mientras que los segundos, salvo excepciones muy cualificadas, sólo son oponible frente a personas determinadas. Ciertamente la regulación moderna del Registro de la Propiedad ha desvirtuado esta distinción en la medida que la inscripción obligatoria y constitutiva de los derechos sólo los hace oponible al ser inscritos, pero es útil cuando estamos ante algún supuesto de excepción a la regla general de inscribibilidad obligatoria y además nos permite la comprensión del sistema desde nuestra óptica de derechos reales versus derechos personales". Id. vLex: VLEX-328421.

²⁴¹ Ver en este sentido la información que facilita la web <http://www1.landregistry.gov.uk/>, en su apartado *e-conveyancing* (consultado el día 1 de mayo de 2010).

Respecto al resto de **características** de los derechos reales hay que determinar cómo les afecta esta reforma y con qué alcance:

a) La LRA de 2002 modifica la *adverse possession*, pero sólo a los títulos registrados, pues el resto se seguirán rigiendo por la LA de 1980 (s. 96.(1) LRA 2002)²⁴². Esta Ley elimina cualquier período de tiempo para la recuperación de la propiedad y para su pérdida: el propietario de la finca no perderá nunca su derecho, quedando la iniciativa en manos del usucapiente (s. 96.(1) LRA 2002)²⁴³, el cual podrá exigir su condición de propietario a partir de los 10 años (*Schedule 6*, s. 1.(1) LRA 2002). En ese caso, el registrador notificará la usucapición en curso al propietario, que desde entonces tendrá 2 años para oponerse.

b) Por otra parte, la norma general que prevé la LRA de 2002 es que los derechos reales tendrán *prioridad* desde su fecha de constitución, con independencia de su constancia en el Registro de la Propiedad, de tal forma que son intrascendentes los actos de disposición que realicen los propietarios de los *estates* o *interests* registrados (ss. 28.(1) y (2) LRA 2002)²⁴⁴. Esta regla está pensada en un sistema *e-conveyancing*, lo que significa que la prioridad de los derechos sobre la propiedad inmueble nacerá con su inscripción en el Registro, en cuyo caso el tercer adquirente de la finca quedará vinculado a las cargas o derechos anteriores a la fecha de adquisición. Pero como aún pueden convivir títulos registrados y no registrados, el titular de un derecho que lo inscriba en el Registro de la Propiedad tendrá prioridad sobre cualesquiera otros derechos anteriores no inscritos (s. 29.(1) LRA 2002), a salvo de los *overriding interests*. De esta forma, se incentiva a los propietarios y titulares la

²⁴² "No period of limitation under section 15 of the Limitation Act 1980 (c. 58) (time limits in relation to recovery of land) shall run against any person, other than a chargee, in relation to an estate in land or rentcharge the title to which is registered". De esta forma, la LA de 1980 se aplicará a la *land* no registrada, a los *licensees* y *tenants*; al *landlord's right of re-entry*, que expirará al cabo de 12 años desde su nacimiento; cuando un poseedor adquiere un título válido de la tierra después de 12 años pero es desposeído a su vez por otro poseedor gracias a la *adverse possession*, y las *charges*, ver CLARKE, Ian, *The land registration act 2002. A practical guide*, Sweet & Maxwell, London, 2002, pp. 27 y 28.

²⁴³ "As a result, as there is no applicable period of limitation, a registered proprietor's title can never be extinguished under the LA 1980, s. 17 [...] The limitation for the recovery of land are disapplied only in relation to registered estates in land and registered rentcharges, because the register is conclusive as to ownership of such estates and rentcharges", ver HARPUM, C. y BIGNELL, J., ob. Cit., pp. 180 y ss.

²⁴⁴ "(1). Except as provided by sections 29 and 30, the priority of an interest affecting a registered estate or charge is not affected by a disposition of the estate or charge. (2) It makes no difference for the purposes of this section whether the interest or disposition is registered".

inscripción en el Registro²⁴⁵.

c) Por lo que respecta a las situaciones de *cotitularidad*, la *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act* de 1996²⁴⁶ modificó la LPA en algunos aspectos (p. e. se elimina la obligatoriedad de su venta), pero no sufre modificaciones la esencia del *trust for sale*, es decir, unos titulares legales gestionan la propiedad en beneficio de otras personas, que tienen derechos en equidad y pueden ser ellas mismas²⁴⁷.

4.1.3. Los derechos reales sobre bienes muebles

4.1.3.1. En la época medieval

Hasta el momento hemos analizado las vicisitudes de los derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles, lo que podemos considerar como *real property* (la tierra y los posibles derechos sobre ésta). Por otro lado, tenemos la *personal property* (derechos sobre bienes que no son inmuebles) y los derechos meramente personales²⁴⁸, lo que nos lleva a la problemática de distinguir entre los derechos que podemos incluir dentro del primer grupo y los que podemos incluir en el segundo.

En primer lugar, realizaremos un breve apunte histórico:

a) Por un lado, se admitía en el siglo XVII la propiedad tanto para los fundos (tierras) como para los bienes muebles (*goods and chattels*). En este

²⁴⁵ De acuerdo con CLARKE, I., ob. Cit.: “therefore, unless certain exceptions apply, an interest which is unregistered will lose priority to an interest which is subsequently noted in the register. Again, such a provision is consistent with the objectives of the Act. If register is to be as inclusive as possible, there must be both an incentive to enter interests in the register and a protection for those who have done so”, p. 11; y DE LA PUENTE ALFARO, Fernando, “Modificaciones en el ámbito legal del Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales: Land Registration Act 2002”, en *RCDI*, Núm. 678, Julio-Agosto 2003: “La norma general viene recogida en la sección o artículo 28, que declara solemnemente que la prioridad de los derechos es independiente de su inscripción en el Registro de la Propiedad. Es decir, recoge la regla general del *prior in tempore*; lo que ocurre es que en un sistema de inscripción constitutiva la fecha anterior se confunde con la entrada en el Registro de la Propiedad y, en consecuencia, la prioridad está directamente ligada a la inscripción en el Registro. De ahí que, inmediatamente después de tal declaración, el artículo 29 exceptiona de la misma en el sentido de que si la adquisición del derecho ha sido a título oneroso, su inscripción en el Registro de la Propiedad tiene el efecto de posponer todo derecho no inscrito”, Id. vLex: VLEX-329551; NASARRE AZNAR, S., ob. Cit., “La reforma...”, ob. Cit., pp. 1299 y 1300. En el mismo sentido, ver HARPUM, C. y BIGNELL, J., ob. Cit., pp. 57 y ss; y GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 180.

²⁴⁶ Chapter 47.

²⁴⁷ Ver respecto a estas innovaciones DIXON, M., *Q & A Series...*, ob. Cit., pp. 54 y 55.

²⁴⁸ Vid. *supra*. Epígrafe 4.1.1.

último caso, la propiedad podía ser tanto absoluta como limitada o cualificada (p. e. en el caso de la prenda el pignorante tenía la *general property* y el acreedor una *special property*²⁴⁹).

b) Por otro, en el siglo XVII se definían las acciones personales como aquellas en las cuales un hombre reclamaba a otro una deuda, bienes o dinero o la recuperación de un bien personal:

“The Perfonal Action is fuch an Action, as in the perfonality only, whereby a man claimeth debt, or goods, or chattels, or damages for wrong done to his perfon; or when fome perfonal thing, as a debt of fum of money or damages is to be recovered. An this again fo perfonal, that it cannot be brought by or againft an Executor or Administrator: So are all the Actions that are founded on fome wrong done by or to the perfon of another, and for which a man fhall recover damages only (An action perfonal dieth with the perfon)”²⁵⁰.

Desde los orígenes del régimen feudal inglés las *actios in rem*, que tenían por objetivo la devolución de la cosa, sólo abarcaban a los bienes inmuebles. La principal razón es que aunque la acción se dirigía *a priori* contra un bien mueble (porque derivaba de la propiedad de un bien), su poseedor no estaba obligado a devolverlo sino que podía compensar a su propietario con su valor y, de esta forma, devenir el nuevo propietario. Las acciones cuyo objeto eran bienes muebles se calificaban como *in personam*, y el demandado debía calcular el precio del bien pretendido cuando ejercitaba la antigua *actio detinue* para su recuperación²⁵¹. Así, la *personal property*, que comprendía la propiedad sobre bienes muebles (*general property*) y otros derechos (*special property*, p. e. el del acreedor prendario), se asimilaba a aquellos derechos personales que sólo eran oponibles frente a un sujeto determinado (se agotaban o morían en la persona, p. e. los derechos derivados de

²⁴⁹ SHEPPARD, W., ob. Cit.: pp. 745 y 813.

²⁵⁰ SHEPPARD, W., ob. Cit.: pp. 5, 6 y 13. De esta forma, una derecho de carácter meramente obligacional era la deuda, que tenía en consecuencia un alcance personal. *Debt* significa lo siguiente: “This word Debt is fometimes taken for a fum of money, or other thing which is owing or due from one man to another, whether by writing or otherwhife; And fometimes it is taken for the mean itfelf to recover this thing, and then it is faid to be an Action given, or a Writ lying where any fum of money or other thing is due to a man, upon, or by reafon or a Judgement or Recovery in Law, Obligation, or other Efppeciality, Account, Loan or Contract, then he to whom it is due fhall have this writ to recover”, p. 437.

²⁵¹ “It seems at first sight that the action or plea ought to be both in rem or in personam, since a specific thing is being claimed and the possessor is bound to restore that thing. But in truth it will only be in personam, because he from whom the thing is sought is not bound to return the thing absolutely but disjunctively, to restore it or its value”, ver BRACKTON, H., ob. Cit., p. 292.

incumplimientos contractuales que dieran lugar a responsabilidad por daños y perjuicios). Además, desde un punto de vista histórico, son apreciables otras diferencias como el régimen sucesorio²⁵².

4.1.3.2. En la época actual

Dentro de la *personal property* debemos diferenciar genéricamente entre aquellos bienes o derechos que no se pueden poseer o incorporales, que se configuran como una categoría residual (*choses in action*, p. e. patentes o derechos de crédito); y los que sí son susceptibles de posesión o corporales (*choses in possession*, p. e. dinero, un ordenador...)²⁵³.

La posesión juega, pues, un papel fundamental en la *personal property*. Efectivamente, la doctrina enuncia que los tres derechos que pueden existir en la *personal property* son la propiedad, la posesión y las cargas en equidad (*equitable charges*)²⁵⁴. En la tierra, como hemos visto, pueden coexistir diversos *estates*²⁵⁵. En cambio, en la *personal property* rige un sistema diferente, ya que se considera el bien único e indivisible (con la excepción del *trust*)²⁵⁶. Esta situación provoca que no puedan existir más de un *legal interest* (o dos o más propiedades) sobre un mismo bien mueble: en todos los *limited interests* que se creen (p. e. prendas), el propietario mantendrá su *absolute legal interest*. La propiedad, entonces, sólo puede transmitirse por completo. Por lo tanto, los derechos que no afectan directamente a la tierra (y, por lo tanto, no tienen por qué registrarse obligatoriamente desde la LRA de 2002),

²⁵² “The evolution of land law and personal property law differed in at least three aspects. First of all, land after de Norman Conquest was subject to feudal tenure and thus held from or through the Crown [...] Secondly, interests in land were protected at law by the so-called real actions, which means that the land itself could be recovered if the owner were wrongfully dispossessed. This was not true of personal property [...] thirdly, the rules relating to descent on death differed for land and personalty”, ver BRIDGE, Michael, *Personal property law*, 3rd Edition, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1 y 2.

²⁵³ Ver también WORTHINGTON, S., ob. Cit., pp. 4 y 5; BIRKS, P., ob. Cit., p. 264; y BRIDGE, M., ob. Cit., pp. 3 y ss.

²⁵⁴ GOODE, R., ob. Cit., p. 25.

²⁵⁵ Por ejemplo una persona tiene un *legal interest* de una finca en concepto de *fee simple* o pleno propietario, y otra tiene un *legal interest* a través de una *mortgage*; o una persona tiene la propiedad en *fee simple* y otra en *remainder* hasta la muerte del primer titular. Por lo tanto, ambos tienen en realidad un *legal estate* que repercutía en su oponibilidad a terceros, sobretodo con la regulación anterior a la LRA de 2002. Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.1.2.2.

²⁵⁶ En esta figura se encuentra la única excepción a la indivisibilidad de la propiedad, ya que en este caso la propiedad se divide en dos (la del fiduciario o *trustee*, *legal owner*, y la de los beneficiarios, *beneficial ownership*).

sólo pueden ser creados a través de la posesión. En caso contrario, sólo tendrán efectos en equidad²⁵⁷. El desplazamiento posesorio otorga un derecho o *interest* al poseedor, pero no será un derecho de igual contenido al de propiedad sino un derecho posesorio de menor entidad²⁵⁸.

De esta manera, lo que sí que está permitido en la *personal property* es la disociación entre la propiedad y la posesión, que se consigue a través del *bailment*. Éste consiste en la entrega de un bien a otra persona durante un plazo determinado para su custodia (p. e. depósito), uso (p. e. alquiler) o con fines de garantía (p. e. prenda). La entrega de la posesión del bien es necesaria para la existencia del *bailment*. Un vez expirado el plazo pactado, el poseedor (*bailee*) debe devolver el bien a su propietario (*bailor*), dependiendo del contrato que se trate. La naturaleza jurídica del derecho del *bailee* es objeto de discusión doctrinal: unos opinan que salvo excepciones como la prenda los *bailments* sólo crean derechos personales²⁵⁹, mientras que otros defienden lo contrario²⁶⁰. Aunque la norma general es considerar la acción como personal,

²⁵⁷ GOODE, R, ob. Cit. pp. 34 y ss. y pp. 46 y 47: "A limited interest in goods can be created at law only by the taking of possession, under a pledge, rental, lease or other form of bailment, or the retention of possession in exercise of a lien. This is because, as we have seen, the doctrine of indivisibility of legal ownership precludes a limited legal interest from being created derivatively out of an existing legal interest. Hence a limited interest in goods arising otherwise than by virtue of possession can take effect only in equity", p. 47; y WORTHINGTON, S., ob. Cit., p. 40; y BIRKS, P., ob. Cit., p. 264.

²⁵⁸ "It was stated earlier that personal property was never subjected to the doctrine of estates by which ownership can be divided on the temporal plane. The quality of ownership can, however, be affected by the possession enjoyed by someone else. But the transfer by the owner of possession is not in law the grant of ownership rights [...] The bailee, nevertheless, acquires only a possessory interest and not ownership since the chattel, however devalued and however lax the terms on which it is bailed, will revert to the bailor at the end of the bailment", ver BRIDGE, M., ob. Cit., p. 31. En el mismo sentido GLEESON, Simon, *Personal property law*, Law and Tax, London, 1997, pp. 20 y 21.

²⁵⁹ "The word 'bailee' is derived from the French 'bailler', meaning to deliver up or to hand over. The simplest example of a bailment is a loan of a book from a library. Others include the hire of goods, the placing of goods for repair, for carriage and so on. Pledges of goods, a security device, are also bailments. [...] Bailments create only personal rights [...] In fact, no type of bailment creates a proprietary right save for a pledge", ver BIRKS, P., ob. Cit., pp. 266 y 273; y WORTHINGTON, S., ob. Cit., pp. 77 y 78.

²⁶⁰ SMITH, R., ob. Cit.: "The one clear example of a legal right is bailment: possession of chattels. Both the bailor and bailee have property rights ('general property' and 'special property' respectively) enforceable against third parties", p. 46; en el mismo sentido, HILL, Jonathan, "The proprietary character of possession", en COOKE, Elizabeth, *Modern studies in property law*, Vol. I, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001: "Notwithstanding the relative absence of authority on the point, such authority as there is supports the proposition that the interest of a bailee (other than a bailee at will) is capable of binding the bailor's successor interest in title. Arguments of principle point in the same direction; by analogy with the land law cases, the possessory interest of a bailee, to the extent that it enjoys trespassory

esta regla estaría sujeta a excepciones que harían posible su afectación a terceros (p. e. si el *bailor* tiene un derecho inmediato a poseer *-immediate possession-*, como en el caso de un depósito). Así las cosas, no está esclarecida en el Derecho inglés la oponibilidad *erga omnes* de un *bailee* si es desposeído del bien o si es transmitido por el *bailor* a un tercero. Posteriormente analizaremos los derechos reales de garantía sobre bienes muebles en los que existe un consenso en torno a su naturaleza real²⁶¹.

A continuación analizaremos si las características de los derechos reales están presentes en la *personal property*:

a) En cuanto a la forma de constitución, existen diferencias sustanciales por la diversidad de normas aplicables. De esta manera, la *Consumer Credit Act* de 1974²⁶² (en adelante, CCA) exige la forma escrita (*in writing*) para aquellas garantías constituidas por una sociedad (s. 105.(1) CCA). Si las partes incumplen esta formalidad escrita y el resto de requisitos que acompañan a la prenda (p. e. estar debidamente firmada), sólo podrá ser ejecutada por orden de los tribunales (s. 105.(7) CCA). Respecto a las garantías creadas por los particulares, la hipoteca sobre bienes corporales²⁶³ depende de la *Bills of Sale Acts*, que impone su formalidad *in writing*, mientras que la constituida sobre bienes incorporales no requieren de forma general ninguna formalidad²⁶⁴.

Además, ciertas garantías, como la hipoteca, deben registrarse en el Registro de cargas cuando son constituidas por una sociedad (s. 860.(1) *Companies Act* de 2006)²⁶⁵ en los 21 días siguientes a su constitución (s. 870.1.a).

protection vis-à-vis the original bailor, is capable of binding a person to whom ownership of the bailed chattel is transferred", p. 40.

²⁶¹ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 3.2.

²⁶² Chapter 39.

²⁶³ BIRKS, P., ob. Cit., p. 417.

²⁶⁴ BEALE, Hugh, BRIDGE, Michael, GULLIFER, Louise y LOMNICKA, Eva, *The law of personal property security*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 83 y 84.

²⁶⁵ Chapter 46. Este precepto impone la inscripción de todas aquellas garantías creadas por una sociedad, que son las siguientes: "(a) a charge on land or any interest in land, other than a charge for any rent or other periodical sum issuing out of land, (b) a charge created or evidenced by an instrument which, if executed by an individual, would require registration as a bill of sale, (c) a charge for the purposes of securing any issue of debentures, (d) a charge on uncalled share capital of the company, (e) a charge on calls made but not paid, (f) a charge on book debts of the company, (g) a floating charge on the company's property or undertaking, (h) a charge on a ship or aircraft, or any share in a ship, (i) a charge on goodwill or on any intellectual property" (s. 860.(7)). Dentro del concepto de *charge* debemos incluir a la hipoteca (s. 861.(5)).

b) Desde otro punto de vista, la transmisión de la *personal property* tiene lugar básicamente a través de la *Sale of Goods Act* de 1979²⁶⁶ (en adelante, SGA), que tiene por finalidad regular los contratos de compraventa entre vendedor y comprador, en los que este último se obliga a pagar un precio que puede o no estar determinado en el contrato (en este último caso, el comprador debe pagar un precio razonable atendiendo a las circunstancias del caso, s. 8 SGA). En puridad, esta ley sólo se aplica a los bienes corporales o *choses in possession*. A las *choses in action* se les aplica el régimen previsto para las *gifts* (s. 136 LPA), aunque existen otras formas específicas para la transmisión, p. e. para las acciones²⁶⁷.

La transmisión de la propiedad en la SGA tiene lugar de forma consensual, es decir, sin que sea necesaria la entrega de la cosa, de acuerdo con la s. 18.(1) SGA²⁶⁸. La compraventa se consuma una vez la transmisión del bien y el pago del precio han tenido lugar (s. 27 SGA)²⁶⁹. Por lo tanto, no es necesaria la *traditio* de la cosa.

En conclusión, no existe uniformidad en la forma de creación y transmisión de los *interests* que pueden recaer sobre la *personal property*²⁷⁰.

c) Las reglas de prioridad en caso de conflicto en la *personal property* tienen relación directa con los siguientes supuestos: ¿Qué ocurre cuando el poseedor en base a un *bailment* transmite el bien a un tercero sin el consentimiento del propietario? ¿Qué sucede cuando el propietario transfiere la

²⁶⁶ Chapter 54.

²⁶⁷ De acuerdo con BIRKS, P., ob. Cit., p. 334. El art. 61 de la Ley define el término “goods”, es decir, el objeto de la compraventa, de la siguiente forma: “‘Goods’ includes all personal chattels other than things in action and money, and in Scotland all corporeal moveables except money; and in particular ‘goods’ includes emblements, industrial growing crops, and things attached to or forming part of the land which are agreed to be severed before sale or under the contract of sale; and includes an undivided share in goods”. Ver también WORTHINGTON, S., ob. Cit., pp. 233, 234 y 298.

²⁶⁸ Que prevé lo siguiente: “Where there is an unconditional contract for the sale of specific goods in a deliverable state the property in the goods passes to the buyer when the contract is made, and it is immaterial whether the time of payment or the time of delivery, or both, be postponed”. Ver al respecto el estudio que realiza VAN BLIET, Lars, “The Transfer of Moveables in Scotland and England”, en *Edinburgh Law Review*, Vol. 12, issue 2, Mayo 2008, pp. 173 y ss.

²⁶⁹ “PART IV - PERFORMANCE OF THE CONTRACT. 27. Duties of seller and buyer. It is the duty of the seller to deliver the goods, and of the buyer to accept and pay for them, in accordance with the terms of the contract of sale”.

²⁷⁰ Estas diferencias también existen en las cosas incorporales o *choses in action*, ver BRIDGE, M., ob. Cit., pp. 144 y ss.

propiedad a un tercero existiendo un *equitable interest* sobre la cosa?²⁷¹ En el Derecho inglés rige de forma general la regla *prior in tempore potior in iure*, es decir, tiene preferencia el derecho que se ha constituido en primer lugar²⁷². Con carácter general, la resolución de los anteriores supuestos es la siguiente:

1) Cuando un poseedor transmite un bien a un tercero sin tener título suficiente para ello, el conflicto de intereses entre el propietario y el nuevo adquirente se soluciona a través de las reglas contenidas en la SGA, aunque sólo rija para los contratos de compraventa. Atendiendo a su s. 21²⁷³, el adquirente de un poseedor no propietario no tendrá un título mejor que su transmitente y, por lo tanto, estará sujeto a las posibles reclamaciones del propietario original, a no ser que el supuesto se incluya en las excepciones que contempla la SGA, p. e. cuando el primer vendedor sigue en posesión de la cosa una vez firmado el contrato de compraventa y la vuelve a vender a un segundo adquirente en un momento posterior²⁷⁴. Si no concurre ninguna excepción, el adquirente está sujeto a una reclamación por daños y perjuicios (responsabilidad civil). El derecho angloamericano entiende que la defensa de la propiedad no tiene lugar *ex lege* a través de la entrega obligatoria del bien, sino que se basa esencialmente en el derecho de daños (*torts*), que puede conceder o no esa posibilidad²⁷⁵. Ello tiene especial repercusión en la *personal*

²⁷¹ Un *equitable interest* puede surgir cuando en la transmisión de la propiedad no se han seguido todas las formalidades que exige la ley. En este caso, de acuerdo con el derecho común la transmisión no ha tenido lugar, pero sí que ha nacido un derecho en equidad para el adquirente.

²⁷² "The basic principle of priority between all kinds of interest is that of *nemo dat quod non habet*. In the context of priority disputes this is often referred to as the principle that the first in time to be created wins", ver BEALE, H., BRIDGE, M., GULLIFER, L. y LOMNICKA, E., ob. Cit., p. 417. Para analizar más específicamente las reglas de prioridad entre los diferentes *legal* y *equitable interests*, ver respecto a la misma obra pp. 418 y ss.

²⁷³ "Subject to this Act, where goods are sold by a person who is not their owner, and who does not sell them under the authority or with the consent of the owner, the buyer acquires no better title to the goods than the seller had, unless the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell".

²⁷⁴ S. 24: "Where a person having sold goods continues or is in possession of the goods, or of the documents of title to the goods, the delivery or transfer by that person, or by a mercantile agent acting for him, of the goods or documents of title under any sale, pledge, or other disposition thereof, to any person receiving the same in good faith and without notice of the previous sale, has the same effect as if the person making the delivery or transfer were expressly authorised by the owner of the goods to make the same".

²⁷⁵ "The common law's treatment of this subject differs from that of civil law systems in at least two respects. First, the common law has no notion of ownership in the sense of absolute title. As we shall see, however, certain statutory changes go some way towards defining such an absolute title. Secondly, in consequence of this, the primary remedy at common law for the protection of property interests is not the compulsory return of property to the claimant but

*property*²⁷⁶. Cuando se produce una intromisión ilegítima sobre unos bienes determinados se produce una *wrongful interference with goods*, que no se limita a la transmisión de un bien por un no propietario sino que abarca otros supuestos como su retención ilegítima o su destrucción total o parcial por el *bailee*. En estos casos tenemos un supuesto de *conversion of goods*. Ésta es una de las categorías que se encuentra recogida en la *Torts (interference with goods) Act* de 1977²⁷⁷. Su s. 3 otorga al juez la facultad de elegir entre: a.) la restitución del bien e imponer a su vez una indemnización por daños y perjuicios; b) la restitución del bien o, en su defecto, daños y perjuicios; o c) únicamente una indemnización. En la práctica, no es habitual que el juez condene únicamente a la entrega de la cosa²⁷⁸. Esta ley intentó evitar el hecho de que la acción del propietario desembocara únicamente en una compensación (*torts*), añadiendo la posibilidad de obtener la recuperación del bien, aunque la doctrina defiende que esta ley sigue siendo insuficiente ya que no equipara la protección de la *real property* con la *personal property*²⁷⁹.

En definitiva, la protección del tercer adquirente de buena fe sí que tiene

rather damages. Hence the protection of property interests is a category of the law of torts (the so-called property torts) rather than of the law of property”, ver BRIDGE, M., ob. Cit., p. 47.

²⁷⁶ La *real property* está protegida por acciones reales que permiten recuperar su posesión, p. e. la *ejectment* (vid. *infra* capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.1.2.3.), pero esta acción no está prevista para la *personal property*. Por lo tanto, “although property law provides a direct action for the recovery of possession of land, there is no equivalent action for the recovery of goods. Instead, if your complaint is that someone has wrongfully deprived you of goods, you will have to rely on the specialised tort of conversion”, ver CLARKE, Alison y KOHLER, Paul, *Property law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 283.

²⁷⁷ Chapter 32.

²⁷⁸ “A person who without authority delivers another’s goods to a third party by way of sale or gift, or otherwise in a manner adverse to the right of the person really entitled, is guilty of conversion [...] At common law conversion lies in respect of dealings with any corporeal personal property, including papers and title-deeds, other than money regarded as currency [...] Orders under section 3(2)(a) of the 1977 Act for the specific delivery of goods in the possession or control of the defendant, without allowing him the alternative of paying their value as damages, are likely to be infrequently sought and made. Being at the discretion of the court, they will not usually be made in respect of ordinary articles of commerce having no special value either intrinsically or for the plaintiff and for which damages would provide adequate compensation”, ver CLERK & LINDSELL, *Torts*, Common Law Library, Sweet & Maxwell, London, 1995, pp. 640, 650 y pp. 679 y ss. Ver también respecto a la *conversion* y las novedades de la *Torts Interference With Goods Act* HARPWOOD, Vivienne, *Modern tort law*, 5th Edition, Cavendish Publishing, London, 2004, pp. 327 a 330.

²⁷⁹ “Despite the changes made by the 1977 Act, the basic problem remains that tort law is in many respects an inappropriate mechanism for dealing with protection of property rights. In particular, in tort law the emphasis is on the commission of a wrong by the defendant, and this gives rise to significant complications in many areas of the law relating to goods, and to unnecessary differences between rules applicable to land and those applicable to goods”, ver CLARKE, A. y KOHLER, P., ob. Cit., p. 283.

lugar en la *personal property* en determinados supuestos. En el resto de casos el derecho de daños actuará en favor del propietario y no el derecho de propiedad como sucede por ejemplo en los Derechos español y catalán a través de la acción reivindicatoria (arts. 348 CC y 544-1 CCC)²⁸⁰.

2) El adquirente a título oneroso de un *legal interest* no quedará afectado por los posibles *equitable interests* que recaigan sobre la cosa, siempre y cuando no tenga noticia de su existencia (buena fe). Por lo tanto, rige la regla de la *notice* de la misma manera que en los derechos en equidad sobre bienes inmuebles antes de la promulgación de la LPA y de la LRA de 2002²⁸¹.

3) Entre derechos en equidad, el primero en el tiempo prevalece sobre los *equitable interests* posteriores.

En cuanto a bienes no corporales (*choses in action*), no se sigue la regla general, sino que en caso de pluralidad de transmisiones tendrá prioridad quien primero informe al deudor (p. e. en caso de doble cesión de un crédito).

d) La *personal property* también está sujeta a un plazo de prescripción. Así, el propietario que ha sido desposeído de un bien tiene una acción amparada en el derecho de daños durante un período de 6 años (que también puede interponer si el bien ha sido transmitido indebidamente a un tercero, ss. 2 y 3 LA 1980)²⁸².

e) En cuanto a las situaciones de cotitularidad, los copropietarios pueden organizarse bajo la forma de *joint tenants*, comportándose como una unidad sin cuota desde un principio, o como *tenants in common*, en la que sí existe esta división. En ambos casos la estructura puede existir de forma legal o en equidad, aunque la cotitularidad en las *choses in action* sólo podrá tener lugar legalmente de forma solidaria (*joint*). Una diferencia importante entre ambas formas de cotitularidad se encuentra en sede de sucesiones²⁸³, con lo que no

²⁸⁰ En cuanto al diferente rol del derecho de daños en el derecho angloamericano y en los sistemas de derecho civil vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafes 1.1.1 y 1.1.2.

²⁸¹ Vid. *supra*. Epígrafe 3.1.3.2.

²⁸² “The same regime as for real property exists with respect to personal property, or at least corporeal personal property. At common law, personal property rights are enforced primarily through the wrong of conversion, through since that wrong is essentially concerned with an interference with possession, it is only of any use where property rights to physical things are in issue. The basic limitation period here is shorter than it is for land, six years”, ver BIRKS, P., ob. Cit., p. 380.

²⁸³ En sede sucesiones el régimen es diferente según la modalidad escogida: “The difference between the two forms is that the ownership rights of a joint tenant descend on death to the

existen mayores diferencias en este ámbito entre la *real property* y la *personal property*²⁸⁴.

4.2. En los sistemas de derecho civil

4.2.1. En el ordenamiento jurídico español

4.2.1.1. El período visigótico-musulmán

El comienzo de este período tiene lugar cuando se produce la invasión de la península por parte de los musulmanes, habitada hasta entonces por los visigodos (el primer desembarco musulmán data del año 711). Sin embargo, los musulmanes concedieron a los visigodos la posibilidad de mantener su derecho y religión. Aquellos que así lo hicieron recibieron el nombre de mozárabes. En esta etapa, el último vestigio del derecho visigótico era el *Liber iudiciorum*. A medida que la lucha por recuperar la península avanza su camino (la llamada Reconquista), el derecho que se instaura es fragmentario y predomina la dispersión y pluralidad normativa (el *Liber* en conjunción con los diversos fueros municipales y normas consuetudinarias). La versión castellana del *Liber* recibió el nombre de Fuero Juzgo, que contiene pequeñas referencias a la prenda (*penno*) en el libro V. Título VI. III²⁸⁵. El fenómeno del *ius commune* se extiende a España a mediados del siglo XIII, momento en el que nace la voluntad de uniformizar el derecho²⁸⁶.

other joint tenant (s). By contrast, each tenant in common, while sharing possession of the whole, owns only his share of the whole, which therefore goes to his next-of-kin on death. The notion of tenancy in common have a useful part to play where chattels are commingled to form an undifferentiated mass", ver BRIDGE, M., ob. Cit., p. 31.

²⁸⁴ GOODE, R., ob. Cit., pp. 35 y 36; y WORTHINGTON, S., ob. Cit., p. 49.

²⁸⁵ "El Rey Don Flavio Rescindo, rey de Dios. Del penno que es dado por debda. El penno que es dado por debda, si ende fué hecho escrito de la debda, hy el debdor prometió en aquel escrito que pagarie la debda al plazo, depues del plazo pasado hasta X. Dias, el que lo acrovó, deve guardar los pennos. E si el sennor del penno fuere á rayz, devel afrontar que paguse su debda, é tomes u penno. E si no la quisiere pagare, ó non viniere por negligencia al dial del plazo, dallí adelante debe dar usuras. E si el debdor non viniere é non pagare la debda en aquellos X. dias assí cuemo es de sus dicho, estonz el acreedor ensenne el pennlo al sennor, é quanto asmaren él hy tres omnes buenos, por tanto venda [...], ver *Fuero Juzgo o Libro de los jueces: cotejado con los más antiguos y preciosos códices*; por la Real Academia Española, Edición de la obra impresa en Madrid, por Ibarra, 1815 Lex Nova, Valladolid, 1990, p. 93.

²⁸⁶ Ver al respecto ESCUDERO, José Antonio, *Curso de historia del derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*. Madrid, 1995, pp. 265, 277 y 397 y ss.

4.2.1.2. La recepción del *lus Commune*

El exponente más claro de la recepción del derecho común en España, como resultado de la conjunción del Derecho romano-justiniano, el Derecho canónico y, en menor medida, el Derecho lombardo feudal, son las **Siete Partidas**, obra de Alfonso X el Sabio (1265)²⁸⁷. No podemos tomar como punto de partida, pues, el Fuero Real²⁸⁸. Las Siete Partidas no se refieren expresamente a los derechos reales o personales, pero la distinción entre ambos derechos puede apreciarse de las definiciones de las diferentes instituciones, teniendo presente que en esta época es el derecho objetivo y no la acción el que marcará su diferenciación²⁸⁹. Las Siete Partidas guardan relevantes similitudes con el derecho romano:

a) Desde la perspectiva del derecho personal, se recoge la *promisión* en la Ley I, Título XI, Partida 3ª, que es el “*otorgamiento que hacen los hombres*

²⁸⁷ “Con algunas pequeñas modificaciones en aspectos e instituciones puntuales, Las Partidas se convirtieron en el cuerpo de Derecho principal aplicado en Castilla desde la primera mitad del siglo XIV, fecha del Ordenamiento citado, hasta bien avanzado el siglo XIX, cuando la aparición de la legislación del nuevo Estado liberal y el proceso codificador que culmina en el Código Civil de 1889, hoy vigente, derogaron el Derecho que hoy llamamos histórico, del cual Las Partidas constituye el ejemplo más preclaro”, ver ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete Partidas (El libro del Fuero de las Leyes)*, Introducción y edición dirigida por José Sánchez-Arcilla Bernal, Ed. Reus S.A., Madrid, 2004, pp. XI y XII. En el mismo sentido ESCUDERO, J. A., ob. Cit.: “Las *siete partidas* constituyen como hemos dicho el código más importante de la historia del derecho español, y representan el apogeo de la recepción en Castilla del derecho común”, p. 448.

²⁸⁸ “Por su contenido, el Fuero Real, aunque haya elementos del derecho común, supone más bien un esfuerzo de síntesis del derecho tradicional castellano expresado en el Liber Judiciorum y en los fueros locales; una obra de esta naturaleza no podía ser encomendada a un extranjero recién llegado a Castilla, requería más bien la intervención de un *sabidor de derecho nativo* y familiarizado con los fueros tradicionales”, ver ALFONSO X EL SABIO, *Fuero Real*, Edición y análisis crítico por Gonzalo Martínez Díez, Fundación Sánchez Albornoz, Ávila, 1988, p. 105. Esta obra, no obstante, tiene gran influencia sobre las Partidas, pues se recogen algunas instituciones que después también estarán presentes en las Siete Partidas como la prescripción: Título 11: De las cosas que se pierden o se ganan por tiempo [Ley 1], “Todo omne que demandare hereditat a otri o otra cosa qualquier si el tenedor de la hereditat o daquela cosa quel demandan quisiese empararse por tiempo e dixiere que anno e día es passado e que la touo en paz e en faz daquel que ge la demanda e que por ende non deue responder, si é prouare que anno e día touo paz e en su faz o entrando e saliendo el demandador en uilla, non le responda”, p. 276; la usucapción de derechos [Ley 4], “Quando alguno morare o estudiare fuera de la tierra et pudo uenir a la tierra a demandar so derecho, si por XXX annos estido que non uino nin enuió demandar a aquel qui la cosa tiene por XXX annos, nol responda si non quisiere a la demanda”, p. 277; y la prenda en el Título 19: “De los pennos e de las peyndras”, p. 387.

²⁸⁹ En esta época predomina la concepción del derecho natural en virtud de la cual todas las cosas son comunes a todos, pero que resulta limitada por el derecho de gentes, como la propiedad privada (a través de las leyes), ver CARPINTERO, Francisco, “El desarrollo de la idea de libertad personal en la escolástica”, en *El derecho subjetivo...*, ob. Cit., ver pp. 48 y ss.

unos con otros, por palabras e con intención de obligarse, aviniéndose sobre alguna cosa cierta, que deben dar o hacer unos otros"; y puede consistir en dar o hacer alguna cosa, ya sea pura, a condición o a término²⁹⁰. Sin emplear la terminología romana de *actio* es manifiesto el paralelismo con las *Institutiones* de Gayo en cuanto a la *actio in personam* (cuando pretendemos que el obligado debe dar, hacer o prestar)²⁹¹.

Desde la perspectiva de los derechos reales, las Siete Partidas recogen el derecho de propiedad configurándolo como un señorío, que “*es poder que hombre tiene en su casa de hacer de ella e en ella lo que quisiere, según Dios e según fuero*”²⁹². En cuanto al *ius in re*, tienen cabida las servidumbres²⁹³; el usufructo, que se configura como un subtipo de servidumbre²⁹⁴; y la prenda (Partida quinta. Título XIII. Ley I)²⁹⁵.

b) Hasta el momento, hemos observado que se distingue de forma nítida en las Siete Partidas las obligaciones del derecho de propiedad y de los derechos reales en cosa ajena. Por otra parte, también puede apreciarse esta diferenciación desde un punto de vista procesal (Partida tercera. Título II. Ley XV): “*En las cuáles cosas debe ser avisado el demandante en hacer la demanda. Cata debe el demandante no tan solamente a quien hace su demanda en juicio, así como en estas leyes dijimos, mas aunque cosa es aquella que quiere demandar. E primeramente si es mueble o raíz. E después de eso, si quisiere por du demanda haber el señorío de ella o la tenencia, o si quisiese razonarla por suya, o si quisiere demandar la posesión de ella tan solamente, o si pide enmienda de daño o de tercero, o deshonra que haya recibido*”²⁹⁶.

²⁹⁰ ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete...*, ob. Cit., pp. 744 y 747.

²⁹¹ Vid. *supra*. Epígrafe 2.3.

²⁹² ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete...*, ob. Cit., p. 567.

²⁹³ ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete...*, ob. Cit., pp. 590 y 591 y ss. Ley I. Título XXXI, Partida 3^a, que “*tal servidumbres como ésta, es dicho uso que hombre tiene en los edificios e en las heredades ajenas para servirles de ellas a pro de los suyos*”, y distingue entre urbana y rústica.

²⁹⁴ ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete...*, p. 595. Partida tercera, Título XXXI, Ley XX: “*E ahora queremos aquí mostrar de la tercera manera de que hacemos enmienda en la segunda ley del título o que es la servidumbre, que ha un nombre en casa o en heredad que es de otro por pro de su persona e no a pro señaladamente de su heredad [...] La primera es cuando un hombre otorga a otro para en toda su vida o tiempo cierto, el usufructo que saliere de algún heredamiento o de alguna de su casa o de sus siervos o de sus ganados o de otras cosas de que pudiese salir renta o fruto*”.

²⁹⁵ ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete...*, ob. Cit., p. 766.

²⁹⁶ ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete...*, ob. Cit., p. 374.

c) Por último, otras características propias de los derechos reales aparecen en las Siete Partidas, como la prescripción (Partida 3ª. Título XXIX. Ley I): *“Moviéronse los sabios antiguamente a establecer que las cosas se pudiesen ganar e perder por tiempo por esta razón: porque cada un hombre pudiese ser cierto del señorío que hubiese sobre ellas e si esto no fuere, serían algunos hombres negligentes e olvidarían sus cosas e otros algunos las entrarían e las tendrían como por suyas”*, y la usucapión²⁹⁷; o la prelación entre derechos, en este caso el de prenda sobre el resto (Partida 5ª. Título XIII, Ley XXVII): *“Cómo aquel que recibe la cosa en peño primeramente ha mayor derecho en ella que el que la recibe después, salvo en cosas señaladas. Guisada cosa es e derecha, que aquél que recibe primeramente la cosa a peños, que mayor derecho haya en ella que el otro que la recibe después”*²⁹⁸; y la reipersecutoriedad (Partida tercera. Título II. Ley XV. Ley XXIX): *“Tenencia o señorío queriendo demandar un hombre a otro en juicio en razón de alguna cosa, débela pedir a aquél que la hallare. E el tenedor débese amparar e responder sobre ella”*²⁹⁹.

4.2.1.3. De las partidas al código civil español

La vigencia de las Siete Partidas como primera fuente del derecho duró hasta el año 1348, cuando se promulga el **Ordenamiento de Alcalá** durante el reinado de Alfonso XI. Esta norma pasa a ser la primera fuente de derecho seguida de los fueros municipales y, en última instancia, de las Siete Partidas³⁰⁰. En esta obra se recogen algunas figuras jurídicas civiles como la prescripción y algún aspecto de la obligación y de la prenda que permite su

²⁹⁷ ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete...*, ob. Cit., p. 580. “Plazos concretos, buena fe, tenedor de ella por sí mismo o por otro que la tenga en su nombre continuamente tres años a lo menos, e teniéndola tanto tiempo así como sobredicho es, gana el señorío de ella” (Ley IX, p. 581); “Las cosas raíces o incorporales, de buena fe, 10 años siendo en la tierra del señor de ella o veinte siendo en otra parte” (Ley XVII); “si el que enajena la cosa sabe que no da derecho de la enajenar, el que recibe no la puede ganar por menos de treinta años” (Ley XIX, p. 584). Partida 5ª. Título XIII, Ley XXXIX: “Por cuánto tiempo pierde el hombre el derecho que ha en la cosa que tiene a peños si la no demandas al tiempo que el derecho manda. “En tal razón como ésta decimos, que si aquél a quien fue tal cosa como ésta empeñada, no la demandase a los tenedores de ella hasta diez años siendo en la tierra o no siendo en ella hasta veinte años”, p. 776.

²⁹⁸ ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete...*, ob. Cit., p. 773.

²⁹⁹ ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete...*, ob. Cit., p. 380.

³⁰⁰ ESCUDERO, J. A., ob. Cit., p. 453.

distinción por el objeto³⁰¹. No obstante, las Siete Partidas seguían siendo normativa en vigor, con lo que se mantenían sus postulados. El Ordenamiento de Alcalá supuso una continuación de las Siete Partidas, con lo que en ausencia de más normas en aquél debía acudir a éstas últimas.

Con posterioridad al Ordenamiento de Alcalá se promulgaron en el año 1505 las llamadas 83 **Leyes de Toro**, que ordenaron el derecho civil y reiteraron el orden de prelación de fuentes establecido en el Ordenamiento de Alcalá³⁰². En la misma línea que las anteriores compilaciones la estructura originaria de las Siete Partidas no sufrió variaciones sustanciales.

De esta forma, el dominio aparece claramente diferenciado de los derechos reales en cosa ajena en la Ley XLV: *“Dominio es un derecho coherente á la persona, en orden á disponer á su arbitrio de cosa corporal, sino que la ley lo prohíba, ó lo estorve alguna convencion. De que se deduce que el dominio no es qualidad inherente a la cosa como la servidumbre”*³⁰³; y los derechos reales tienen una regulación propia, como la servidumbre³⁰⁴. La usucapión y la prescripción siguen presentes, así como la tradición³⁰⁵. Las

³⁰¹ Ver, respecto a la prescripción, ALFONSO XI, *El Ordenamiento de leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho*; Valladolid, Lex Nova, 1983: “Título IX. De las prescripciones. Ley Primera. Que en la prescripcion de anno è dia debe aver titulo è buena feè. En los fueros de algunas Ciudades, è Villas è logares de nuestros regnos se contiene que el que toviere casa, ò vinna, ò otra heredad anno è dia, que non responda por ella; et es dubda si en la prescripcion de anno è dia, si es menester titulo, è buena feè : Nos tirando esta dubda mandamos que el que toviere la cosa anno è dia, que non se escuse de responder por ella, salvo si toviere la cosa anno è dia con titulo, è buena feè”, p. 13; en cuanto a la obligación: “Título XVI. De las obligaciones. Ley Única. Como vale la obligacion entre absentes, aunque non aya y estipulacion: “pareciendo que se quiso un Ome obligar à otro por promision, ò por algund contracto, ò en alguna otra manera, sea tenuto de aquellos à quienes se obligò, è non pueda ser puesta excepcion que non fue fecha estipulacion, que quiere decir : prometimiento con ciertas solemnidades del derecho; ò que fue hecha la obliacion del contracto entre absentes ; ò que fue fecha à Escribano publico , ò à otra persona privada en nombre de otro entre absentes ; ò que se obligò uno de dar , ò de fazer alguna cosa à otro : mas que sea valedera la obligación ò el contracto que fueren fechos en cualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar à otro , è facer contracto con el”, p. 26; y en cuanto a la prenda, ver el “Título XVIII. De las prendias, è de los Testamentos. Ley Primera. Que ninguno non preyndre à su deudor sin le ser dado poder para ello; nin alguno por debda que à otro deba”, p. 28; “Ley IV. Que por las debdas que deben los Cavalleros ò otros que mantengan cavallos è armas, non sean peyndrados los Cavalleros è armas de su Cuerpo”, p. 31.

³⁰² ESCUDERO, J. A., ob. Cit., p. 685.

³⁰³ GÓMEZ, Antonio, *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gomez, a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Valladolid, Lex Nova, 1981, p. 171,

³⁰⁴ Ver GÓMEZ, A., ob. Cit., p. 163.

³⁰⁵ GÓMEZ, A., ob. Cit.: “Hay otro varios modos, que induxo el derecho de gentes para adquirir el dominio de las cosas quales son: todo contrato oneroso ó lucrativo, interviniendo tradicion verdadera o ficta [...]; Ley LXIII: “El derecho de executar por obligacion personal, se prescriba

Leyes de Toro fueron recopiladas en los siglos XVII y XVIII en la Nueva Recopilación (1569). Esta obra constituye una recopilación de las Leyes de Toro y del Ordenamiento de Montalvo, con lo que supone simplemente una continuación en la distinción entre los derechos personales y reales como dos realidades distintas³⁰⁶.

Por último, tenemos la **Novísima Recopilación** de 1805, un intento legislativo de elaborar un código civil que se quedó en una mera compilación y que incluye, como indica en su inicio, la Recopilación de 1567 y las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes, resoluciones Reales y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el 1804³⁰⁷. Esta compilación se divide en XII libros, siendo de utilidad para nuestro estudio el Libro X, en el que se encuentra la parte relativa al derecho civil: *“De los contratos y obligaciones; testamentos y herencias”*.

Se observa en la Ley I (*“Cumplimiento de la obligación y contrato en el modo que se hiciera, sin embargo de que se le opongá el defecto de estipulación y otras excepciones”*), una vinculación personal respecto al especial obligado a través de la promisión, en la misma línea que las Siete Partidas (*“Paresciendo que alguno se quiso obligar á otro por promision ó por algun contrato, ó en otra manera, sea tenuto de cumplir aquello que se obligó ...”*); y el nacimiento de las obligaciones por contrato (*Ley III. Qualquier que se*

por diez años. Y la accion personal por veinte, y no menos: pero donde en la obligacion ó hipoteca, ó donde la obligacion es mixta personal y real la deuda prescriba por treinta años, y no menos”, p. 317. “COMENTARIO: 2. También se prescribe por el tiempo de treinta años la acción mixta, personal y real, qual es la familiae eriscundae, communi dividundo”, p. 318; Ley LXV: “La interrupcion en la posesion interrupta causa la prescripcion en la propeidad, y por el contrario la interrupcion en la propeidad interrupta la prescripcion en la posesion”, p. 321. COMENTARIO: “Usucapión ó prescripcion se verifica quando alguno retiene cosa agena con título y buena fe por el tiempo prefinido por derecho”, p. 323.

³⁰⁶ ESCUDERO, J. A., ob. Cit., p. 685. Así, por ejemplo, en el Título XVI: “De los contratos, obligaciones y fianças, y deudas”. Ley i: Establecemos q fidos perfonos fe obligaren finplemente por contrato, o en otra manera alguna para hazer, y cumplir alguna cofa, que por effe mifno hecho fe entienda fer obligados cada vno por la mitad”, p. 45; y en el Título XVII. De las prendas: “Contra derecho, y contra razones que los hobres haga prendas por lo que les deuen por fu autoridad, no les auiedo dado poder los deudores para los prender, y fin razon es que vnos fean prendados por lo q otros deuen”, p. 47.

³⁰⁷ Ver *NOVÍSIMA RECOPIACIÓN de las leyes de España: dividida en XII libros en que se reforma la recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año de 1567... y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de 1804, mandada formar por el Señor Don Carlos IV*, Tomo V, Libros X-XI-XII, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1975, p. 1.

*obligare por qualquier contrato de compra ó vendida...)*³⁰⁸.

Manifestaciones de los derechos reales, como aquellos que tienen por objeto una cosa y son oponibles a terceros, se encuentran en la Ley XXI (*“Modo de exigir el derecho de alcabala en las enagenaciones de bienes raices á censo reservativo redimible”*). El censo se recoge en el Título XV (*“De los censos. Si alguno pusiese sobre su heredad algun censo, con condicion que si no pagare á ciertos plazos, que caya la heredad en comiso, que se guarde el contrato, y se juzgue por él, puesto que la pena sea grande, y mas de la mitad”*). También se contempla la hipoteca en el título XVI (*“De las hipotecas, y su toma de razon”*)³⁰⁹.

La reipersecutoriedad puede observarse específicamente en el Título XIII (*“De los retractos, y derecho de tanteo”*), en las Leyes I (*“Modo de retraer la heredad vendida de patrimonio, ó abolengo”*) y II, que tratan del retracto entre coherederos. La prescripción tiene regulación en el Libro XI. Título VIII: *“De las prescripciones”*³¹⁰; y la usucapión en la Ley VII³¹¹.

En el Derecho español los derechos reales y personales evolucionaron bajo el influjo directo del derecho romano y del *ius commune*. Sin embargo, la acción deja de ser fundamental para distinguir ambos derechos y el derecho objetivo pasa a tener un mayor protagonismo (la acción es un paso lógico en el ejercicio o defensa de un derecho en el cual encuentra su justificación y no al revés, como en el derecho romano). No obstante, el derecho real no se utiliza ni como término ni como criterio expreso de clasificación ni en las Siete Partidas ni en la Novísima Recopilación, es decir, su distinción con los derechos personales sólo puede intuirse a través del articulado de las distintas legislaciones medievales.

³⁰⁸ *Novísima recopilación...*, ob. Cit., p. 1. Ver también la Ley X: *“Establecemos, que si dos personas se obligaren simplemente por contrato ó en otra manera alguna para hacer o cumplir alguna cosa...”*, p. 4.

³⁰⁹ *Novísima recopilación...*, ob. Cit., pp. 55, 76 y 105.

³¹⁰ *Novísima recopilación...*, ob. Cit.: *“Ley V: el derecho de executar por obligacion personal se prescriba por diez años, y la acción personal, y la executoria dada sobre ella se prescriba por veinte años, y no menos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde en la obligacion es mixta, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años, y no menos”*, p. 196.

³¹¹ *Novísima recopilación...*, ob. Cit.: *“Mandamos, que todos aquellos que por tiempo y espacio de quarenta años han estado en posesion de llevar algunas imposiciones [...] y en quanto al derecho de propiedad declaramos y queremos, que si los Señores que han llevado de sus vasallos algunas cosas, ó toras personas probaren la inmemorial costumbre por la manera y con las calidades y circunstancias [...] sea habida en lugar de título bastante”*, p. 196.

Desde la promulgación de las Siete Partidas, las sucesivas compilaciones de leyes (Leyes de Toro, Novísima Recopilación...), no hacen sino ampararse en los mismos patrones que la obra de Alfonso X El Sabio hasta la redacción actual del CC. Hasta su promulgación era posible la división de la propiedad en dos tipos de dominio: uno de directo y otro de útil (gracias a la influencia de los glosadores). Esta división se instrumentaba a través del censo enfiteútico, que se reguló posteriormente en el art. 1605 CC. En la actualidad aún es posible hablar de esta división de propiedad en el CC, aunque en el Derecho catalán se considera como un derecho real en cosa ajena (arts. 565-2 y 14 CCC)³¹².

4.2.2. En el Derecho alemán

4.2.2.1. En la época medieval y moderna

El derecho en los pueblos germánicos era confuso y complejo antes del comienzo de la Edad Media, ya que no habían desarrollado un sistema coherente de normas y principios generales³¹³. En esta época no existía una nítida separación entre la propiedad y la posesión ni entre los derechos reales y los personales, sino un concepto de propiedad no individual que recibía el nombre de *Gewere*, que distinguía entre los bienes muebles e inmuebles. Era una propiedad colectiva, propia de una sociedad nómada.

Con posterioridad, tienen preeminencia en la Edad Media las costumbres locales sobre el derecho común (a la inversa, por lo tanto, que en el derecho angloamericano)³¹⁴. Este hecho provocó que el derecho fuera fragmentario en cada región, lo que conllevó dificultades en su aplicación en los pueblos germánicos. El surgimiento del régimen feudal provocó que el derecho avanzase a marchas forzadas hacia una concepción de dominio. Por lo tanto, en este período cobra importancia el derecho feudal y romano fruto del trabajo

³¹² En mayor profundidad respecto al censo enfiteútico vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.1.1.

³¹³ "The law of the period was inevitably lacking in complexity, devoid of theory and general principles, imbued with irrational and sacred elements, and knew nothing of learned jurists or professional practitioners", VAN CAENEGEM, R. C., ob. Cit., pp. 26 y 27.

³¹⁴ Como ya hemos dicho, en el *common law* se buscó sustituir las costumbres locales por un Derecho común, que destacó por su rigidez dando pie al nacimiento de la *equity*. Vid. *supra*. Epígrafe 4.1.2.1; e *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.3.1.

de los glosadores, que se tradujo en la aparición del *dominium directum* y *dominium utilis*, esto es, la concesión de una propiedad a favor de un vasallo y su obligación de prestar servicio al caballero, existiendo una división de la propiedad (de forma similar que en el Derecho español).

El punto de partida para la unificación del derecho a comienzos de la Edad Moderna fue la jurisprudencia del Tribunal cameral imperial (*Reichskammergericht*). En particular, fue en 1495 cuando el derecho elaborado por la romanística italiana es asumido como derecho común. A partir de este hecho, la ciencia jurídica alemana construye desde la práctica (*usus modernus pandectarum*) su propio derecho. La aparición posterior del iusnaturalismo permite pensar filosóficamente en un derecho individual, inherente al individuo³¹⁵.

En los siglos XVIII y XIX surge la Escuela Histórica cuyo impulsor fue Savigny, que concebía el derecho como un producto de la historia, es decir, de las costumbres y del espíritu de la gente. El derecho romano jugaba un gran papel en esta teoría, ya que proporcionaba un sistema metódico y de principios básicos. Posteriormente se adoptó un punto de vista más científico de la teoría de Savigny (pandectismo), que reformuló el derecho romano y buscó conceptos abstractos³¹⁶. Estos hechos provocaron que el derecho romano justinianeo influenciara finalmente en el *Bürgerlichen Gesetzbuches* de 1899³¹⁷ (Código Civil alemán, en adelante, BGB). Es a partir de entonces cuando puede observarse una distinción nítida entre derechos reales y personales³¹⁸.

³¹⁵ Ver GAVRILOVICH VINOGRADOV, P. y BÉRARD, A., ob. Cit.: “El principio fundamental del derecho germánico terminaba por reconocer el derecho de cada grupo de ciudadanos de usar las propias ideas consuetudinarias en los asuntos de sus miembros entre sí [...] El derecho germánico como unidad hasta finales de la Edad Media estaba dividido en innumerables costumbres locales, las cuales, por este motivo, no eran aptas para regular los grandes problemas de las relaciones civiles”, p. 92. En cuanto a la evolución del derecho de los pueblos germánicos en este período ver pp. 92 y siguientes del mismo autor; y FERNANDEZ BARREIRO, A., ob. Cit., pp. 46, 47, 51, 82 y 83. En igual sentido se pronuncia VAN CAENEGEM, R. C., ob. Cit., pp. 35 y 69. Ver también, en general, CANDIAN, A., GAMBARO, A. y POZZO, B., ob. Cit., pp. 261 y ss.

³¹⁶ FISHER, Howard D., *The German Legal System and Legal Language*, Fourth Edition, Routledge-Cavendish, London, 2009, pp. 2 a 4.

³¹⁷ BGB1 S. 195.

³¹⁸ De acuerdo con WESENBERG, G. y WESENER, G., ob. Cit.: “De manera que lo normal era también en Alemania que sólo hubiera derechos reales limitados -los estates de la lengua inglesa-. Por eso no pudo formarse un claro contraste de derechos semejante a la distinción del derecho romano entre la propiedad absoluta y derechos reales limitados, más bien se dio una

4.2.2.2. El derecho real a la luz del BGB

4.2.2.2.1. Introducción al Derecho alemán

De forma muy similar al Derecho español, la doctrina alemana configura a los derechos personales como derechos relativos (*Relative Rechte*), y a los derechos reales como **derechos absolutos** (*Absolute Rechte, Absolutheit*). Mientras que los primeros conceden al acreedor una acción personal contra el deudor a que realice una determinada prestación, los segundos otorgan a su titular la protección de un señorío *erga omnes* sobre una cosa (frente a todos). Este carácter también se extiende a los demás derechos reales limitados, que gozan por lo tanto de la misma oponibilidad que la propiedad³¹⁹.

Los derechos reales se rigen en el BGB por los siguientes **principios**:

a) Son *numerus clausus*, es decir, sólo podrán crearse aquellos previstos expresamente por la ley. No hay una formulación expresa de este principio en ningún precepto del BGB, pero puede abstraerse de diversas formulaciones contenidas en él³²⁰.

b) Recaen principalmente sobre cosas, que se clasifican según su

distinción sólo de grado”, ver p. 43. Ver respecto a la etapa más actual pp. 270 y pp. 320 y ss.; y STEIN, P. G., ob. Cit., pp. 163 y ss.

³¹⁹ De acuerdo con BAUR, J. F. y STÜRNER, R., *Sachenrecht*, 18 Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2009: “Mit dem Stichwort “Absolutheit” wird zunächst auf die Eigenart der dinglichen Rechte hingewiesen, daß sie jedermann gegenüber, eben als Auswirkung der absoluten Herrschaftsmacht des Berechtigten wirken. Praktisch bedeutet der Grundsatz einen umfassenden Rechtsschutz, der –gesetzestechisch- für das Eigentum als das Vollrecht vollkommen ausgestaltet ist, so daß dann bei den beschränkten dinglichen Rechten auf diese Regelung verwiesen werden kann”, p. 35. Ver también WILHEM, Jan, *Sachenrecht*, 3 Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2007: “Die beschränkten dinglichen Rechte sind genauso absolute Rechte (dh betreffs des Objekts absolut zuordnende Rechte) wie das eigentum oder das andere dingliche Recht, aus dem sie abgespalten werden”, p. 52; y SCHWAB, Karl Heinz, *Sachenrecht*, Verlag C. H. Bevk, 27 auflage, München, 1997: “Dingliche rechte wirken gegenüber jedermann, sie sind also gekennzeichnet durch eine absolute Herrschaftsmacht des Berechtigten. Damit stehen sie in deutlichem Gegensatz zu den sog. Relativen Rechten, also zu den Befugnissen gegenüber einer bestimmten Person, wie sie üblicherweise im Schuldrecht bestehen”, p. 8. De hecho, el BGB recoge las relaciones obligacionales y las reales en libros separados (libros 2º y 3º respectivamente).

³²⁰ “Das erste prinzip des Sachenrechts, ein die möglichen Arten der Sachenrechte bestimmendes Prinzip, ist der Grundsatz der Geschlossenheit der Kreises der dinglichen Rechte (numerus clausus der Sachenrechte). Er kommt zum Ausdruck in den Normen über die einzelnen Sachenrechte. Die f 1018, 1030 I, 1068 I, 1094 I, 1105 I, 113 I, 1191 I, 1199 I, 1204 I, 1273 I enthalten mit ihren Formulierungen “kann belaste werden”, “Gegenstand kann ... sein” zwei Feststellungen: Zum einen die Definition der in den jeweils folgenden Vorschriften behandelten rechte. Und zum anderen die Aussage, dass diese Rechte anerkannt werden, demgegenüber Rechte aber nicht, die in solchen Vorschriften nicht definiert und damit zugleich anerkannt werden”, ver WILHEM, J., ob. Cit., p. 6.

naturaleza inmueble o mueble. Al primer grupo pertenecen p. e. los fundos o casas³²¹ y, por exclusión, serán bienes muebles todos aquellos que no sean inmuebles.

c) En el régimen alemán de propiedad subyacen los principios de separación (*Trennungsprinzip*) y abstracción (*Abstraktionsprinzip*). En consecuencia, la transmisión de la propiedad operará a través de un acuerdo real (*dinglicher Vertrag*), que puede o no coincidir en el tiempo con el contrato obligacional, con absoluta independencia de la validez del negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*) subyacente (p. e. una compraventa). La regulación del acuerdo real tiene lugar dentro de la regulación general del BGB en materia contractual³²², y simplemente con su firma el adquirente se convertirá en propietario a todos los efectos legales. Si el contrato subyacente resultase nulo, el acuerdo real no debería tener una base jurídica para transmitir o crear el

³²¹ “Eine Grundunterscheidung des Sachenrechts ist die der Sachen in bewegliche und unbewegliche Sachen oder, wie man auch sagt, Mobilien un Immobilien. Die unbeweglichen Sachen sind die Grundstücke. Grundstückseigentum ist auch das Eigentum an einer Wohnung oder einer Gewerbefläche nach dem weg”, ver WILHELM, J., ob. Cit., p. 3.

³²² “Der dingliche Vertrag ist insoweit ein normaler Vertrag, als für ihn die Vorschriften und Grundsätze des Allgemeinen Teils über Rechtsgeschäfte gelten. Insbesondere gelten die Allgemeinen Teils sind nach dem Trennungsprinzip getrennt auf das dingliche und das schuldrechtliche Geschäft anzuwenden. Nach dem Abstraktionsprinzip wirken sich Mängel des schuldrechtlichen Geschäfts nicht als Mängel des dinglichen aus”, ver WILHELM, J., ob. Cit., p. 352: “Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip ist eines derjenigen Prinzipien, die über das Sachenrecht hinausreichen. Es betrifft die Unterscheidung des Verfügungsgeschäfts von der schuldrechtlichen causa der Verfügung, insbesondere von den Schuldverträgen, die die Verpflichtung zu der Verfügung begründen [...] Die Einigung ist von ff 873 I, 929 1 wird dinglicher Vertrag genannt [...] Für die Konsequenzen aus dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip sind zu unterscheiden das Verhältnis zwischen den Partnern eines Zuwendungsgeschäfts und das Verhältnis zu Dritten, dh die Wirksamkeit des Prinzips im Rechtsverkehr. Zwar bedeutet der getrennte und abstrakt wirksame Erwerb zunächst einmal auch, dass der Partner des Zuwendungsgeschäfts selbst ohne Rücksicht auf die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Geschäfts Inhaber des Gegenstands der Zuwendung wird. Dies hat aber die volle Konsequenz nur im Verhältnis zu Dritten. diese können vom Erwerber als Berechtigtem erwerben und bei ihm, weil er Rechtsinhaber ist, in das Recht vollstrecken”, ver WILHELM, J., ob. Cit., pp. 13 a 15; y SCHWAB, K. H., ob. cit., pp. 12 y 13. En este sentido, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, “Breves reflexiones sobre las adquisiciones a non domino de inmuebles en el Ordenamiento alemán”, en ADC, Núm. LIV-4, Octubre, 2001: “Pero la consistencia de los derechos adquiridos sobre inmuebles no radica de una forma directa en la inscripción gracias a la fórmula adoptada por el BGB, en virtud de la cual queda independizado el alcance transmisivo de la inscripción del contrato de finalidad traslativa. Para lograr este objetivo se introduce la figura del acuerdo real y abstracto. Es éste un mecanismo artificioso y refinado, producto de la separación que el BGB ha establecido entre el negocio causal -el fin peculiar perseguido por las partes-y este convenio jurídico-real. El convenio exigido, según el § 873 BGB, se encuentra desligado del negocio causal que lo origina. Esto es lo que comúnmente conocemos como fenómeno de la «abstracción de la causa», siendo su consecuencia más importante que la invalidez del negocio causal no afecta al convenio ya que se encuentra desligado de él”, p. 1562. Ver para una mayor profundidad en este tema, del mismo autor, pp. 1559 y ss.

derecho real desde la perspectiva de los Derechos español o catalán, pero a pesar de ello sus efectos se mantienen. En caso de una ulterior adquisición por parte de un tercero, el propietario original únicamente tiene una acción que tiene su origen en el enriquecimiento injusto. Esta acción no ocasiona retroactivamente la nulidad de la transmisión a no ser que las partes hayan elevado la causa a condición en este acuerdo o contrato real³²³. El enriquecimiento injusto tiene su base en el § 812 BGB.

El derecho de propiedad es el eje central alrededor del cual nacen los derechos reales limitados³²⁴, como la servidumbre (§§ 1018 y siguientes BGB), el usufructo (§§ 1030 y siguientes BGB) y la hipoteca en sus diferentes modalidades (§§ 1103 y siguientes BGB), admitiéndose los derechos reales en cosa propia (el titular del dominio y del derecho real que se constituye son la misma persona, lo que sucede p. e. en la *Grundschild*, § 1196 BGB)³²⁵.

4.2.2.2. Derechos reales sobre bienes inmuebles

Los derechos reales sobre bienes inmuebles se rigen por los siguientes principios:

a) Se sigue de forma general un sistema de inscripción constitutiva. De esta forma, no podrá crearse ni transmitirse la propiedad u otro derecho real sin la debida inscripción en el Registro de la Propiedad (§ 873 BGB). Sin embargo, esta inscripción sólo será necesaria cuando estas modificaciones tengan su origen en un negocio jurídico³²⁶. Así, no serían necesarias estas formalidades en la adquisición de bienes inmuebles por herencia. Además, el BGB no

³²³ WOLFF, Martín, *Derecho de cosas*. Tomo III, Vol I, 3ª Ed. al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1971, pp. 228 y 229.

³²⁴ “Conceptualmente, la propiedad es el derecho más extenso a un acto de dominio real [uso (Benutzung), consumo (Verbrauch)] y legal, enajenación] que el ordenamiento jurídico permite una cosa mueble o inmueble; como concepto formal adicional, la propiedad es invariable e igual para todas las cosas”, ver EIRANOVA ENCINAS, Emilio, *Código Civil Alemán. Comentado*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, p. 291. Así, el propietario puede exigir al poseedor la entrega de la cosa (§ 985 BGB). En el mismo sentido, WOLFF, M. ob. Cit., p. 13. En mayor profundidad vid. *infra* Capítulo 5º, epígrafe 3.

³²⁵ Ver respecto a la *Grundschild*, NASARRE AZNAR, S. y STÖCKER, O., “Models d’hipoteca independent en dret comparat. La regulació d’un dret real de garantia independent a Catalunya”, en *RCDP*, Volum 2, 2003, pp. 156 y ss. Ver también *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 3.

³²⁶ Ver WOLFF, M., ob. Cit., p. 223.

especifica los derechos que pueden tener acceso al Registro de la Propiedad y cuáles no. De acuerdo con la doctrina, este listado se ha de extraer del contenido del § 892 BGB³²⁷, que no realiza ninguna enumeración sino sólo una presunción general de fe pública registral³²⁸.

Los derechos que pueden ser registrados son, principalmente, los que recaen sobre bienes inmuebles y derechos asimilables a ellos (*Rechte am Grundstück und grundstückgleiche Rechte* y los *Dingliche Rechte an Grundstücksrechten*), y las limitaciones a la propiedad (*Verfügungsbeschränkungen und Erwerbsverbote*). Por lo tanto, quedan fuera los derechos reales no reconocidos (*Nicht anerkannte Sachenrechte*), las relaciones meramente personales (*Persönliche Verhältnisse*) y, por último, los derechos de naturaleza obligacional (*Rechte und Verpflichtungen obligatorischer Natur*)³²⁹.

b) Para llevar a cabo esta inscripción en el Registro se necesita simplemente un acuerdo real mediante el cual se transmite o se crea un derecho real. Como ya hemos comentado, este acuerdo tiene una naturaleza abstracta, es decir, no depende para su validez de la existencia de un negocio causal subyacente. Además, no es necesaria la entrega de la cosa (§§ 873 y 925 BGB).

c) La conjunción entre el acuerdo real y la inscripción provoca el cambio de régimen legal (p. e. la creación o transmisión de un derecho real). Además, la inscripción produce dos efectos fundamentales: a) se presume que los derechos inscritos pertenecen a su titular, § 891.1 BGB (*“Presunción legal. Si se inscribe un derecho en el Registro para una persona se presume que está facultada al derecho”*); y b) se aplica el principio de fe pública registral en favor

³²⁷ “1. Los contenidos del Registro se consideran correctos a favor de la persona que mediante negocio jurídico adquiere un derecho a una finca o un derecho sobre dicha finca, a menos que se extienda un asiento de contradicción contra la corrección o a menos que el adquirente conozca la incorrección”.

³²⁸ “Weder das BGB noch die GBO enthalten eine gesetzliche Bestimmung, aus der sich ergibt, welche Rechte und Rechtsverhältnisse eintragbar sind [...] Das Kriterium dafür, “was” eintragbar ist, werden wir dem § 892 entnehmen müssen, denn dort ist der für den redlichen Rechtsverkehr maßgebende Grundbuchinhalt umschreiben”, BAUR, J. F. y STÜRNER, R., ob. Cit., p. 153.

³²⁹ BAUR, J. F. y STÜRNER, R., ob. Cit., pp. 153 a 156; y SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 6, 12 Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Berlin, 1990: “die einigung ist ein dinglicher Vertrag. Sie begründet daher keinen schuldrechtlichen Anspruch auf Eintragung”, p. 113.

del tercer adquirente en base al § 892 BGB (“*El adquirente estará protegido respecto a derechos no inscritos si ha obrado de buena fe confiando en el contenido del registro*”)³³⁰.

d) En cuanto al rango o prioridad de los derechos reales en caso de conflicto, rige el principio *prior in tempore potior in iure* en cuanto a los derechos registrados (§ 879 BGB)³³¹, aunque existan cargas legales tácitas que no acceden al Registro y que gozan de prioridad sobre cualquier derecho registrado³³². La regulación del BGB se complementa con la prevista en la *Grundbuchordnung*³³³. A partir del § 879 BGB surgen dos principios fundamentales:

- Si los derechos están inscritos en la misma sección, la prioridad tiene lugar según el orden las inscripciones (*Locusprinzip*).
- Si los derechos están inscritos en secciones diferentes, el de fecha anterior gozará de prioridad sobre el posterior (*Tempusprinzip*).

e) Los bienes inmuebles pueden usucapirse transcurrido el plazo de 30 años (§ 900 BGB); y también se encuentra presente la prescripción, que provoca la extinción del derecho a exigir un acto u omisión a otra persona, § 194 BGB. El plazo general de prescripción es de 3 años (§ 195 BGB), pero para las pretensiones de restitución de la propiedad y de otros derechos reales es de 30 años (§ 197.1.1 BGB).

f) Respecto a las situaciones de cotitularidad, el Derecho alemán tiene una regulación similar a la comunidad *pro indiviso* del CC y del CCC. Una de las formas admitidas cuando existe una pluralidad de propietarios es la

³³⁰ “Wirkung der Eintragung. Einigung und Eintragung bewirken die Rechtsänderung, nicht die Eintragung für sich allein. Sie bestimmt aber die Rangordnung (§ 879), gibt eine Rechtsvermutung (§ 891) und die Möglichkeit, zugunsten gutgläubiger wirksam zu verfügen. Soll eine Rechtsänderung herbeigeführt werden, so müssen Einigung und Eintragung übereinstimmen”, ver SOERGEL, ob. Cit., p. 119. El sistema es en esencia similar al español, ver SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., ob. Cit., p. 1588.

³³¹ BAUR, J. F. y STÜRNER, R., ob. Cit.: “1. Das Prioritätsprinzip. Die Rangordnung der Grundstücksrechte beruht auf dem Grundsatz des Vorzugs des *zeitlich früher entstandenen Rechts* vor dem später begründeten (“prior in tempore potior in iure”), p. 209. Ver también p. 180. En el mismo sentido, WILHEM, J, ob. Cit., p. 249; y SOERGEL, ob. Cit., p. 97.

³³² Vid. *infra* las cargas legales tácitas presentes tanto en el Derecho español como en el alemán. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 7.2.

³³³ SOERGEL, ob. Cit.: “Bei der Rangbestimmung wirken BGB und GBO zusammen: Nach der GBO bestimmt sich, in welcher Reihenfolge die Rechte einzutragen sind; das BGB sagt, wie sich der Rang bestimmt, wenn die Eintragung erfolgt ist. Maßgebend ist dabei der Gedanke, daß das frühere Recht dem später einzutragenden Recht vorgeht (prior tempore potior iure)”, p. 97.

comunidad por cuotas, en la que la cosa se divide en cuotas ideales. Esta es la forma por defecto en virtud del § 741 BGB³³⁴. En caso de duda, se presume que los comuneros lo son por cuotas iguales (§ 742 BGB), que pueden disponer individualmente (§ 747 BGB). Cualquier comunero puede exigir la disolución de la comunidad (§ 749.1 BGB).

La otra forma admitida por el Derecho alemán es la comunidad en mano común (*Gesamteigentum*). Los casos en los que es posible su constitución están enumerados exhaustivamente por la ley incluyendo p. e. a la comunidad hereditaria. En esta modalidad no existen cuotas ni puede exigirse la división de la cosa común por parte de los comuneros. Éstos no podrán disponer libremente de su cuota ni con el consentimiento de los demás³³⁵.

4.2.2.3. Derechos reales sobre bienes muebles

En el Derecho alemán los derechos reales sobre bienes muebles también son *numerus clausus*, con lo que se restringe la libertad contractual para su creación. En este ámbito sólo existen **dos clases de derechos**: los de goce o usufructo (*Nutzungsrecht*) y los de garantía (*Pfandrecht*)³³⁶.

En este sentido, encontramos el usufructo de cosas muebles en el § 1032 BGB, que puede adquirirse por buena fe y usucapirse. Además, los derechos reales sobre bienes muebles pueden servir de garantía para la satisfacción de un crédito³³⁷. Respecto al derecho real de prenda, su publicidad respecto a terceros es la simple posesión, necesaria para su constitución junto con el negocio abstracto (§ 1205 BGB).

Se admite tanto la prenda como el usufructo sobre derechos, lo que quiere decir que los derechos reales no sólo pueden recaer sobre cosas (cfr. §

³³⁴ “Si un derecho pertenece conjuntamente a varios, en la medida en que de la ley no resulta otra cosa, se aplican las disposiciones de §§ 742 a 758 (comunidad por cuotas)”.

³³⁵ Ver DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., ob. Cit., p. 72.

³³⁶ BAUR, J. F. y STÜRNER, R., ob. Cit.: “Auch im Recht. Der beweglichen Sachen gilt der “numerus clausus der zugelassenen Sachenrechte”, ist also die inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Vertrags eingeschränkt [...] Die Auswahl ist im Vergleich zum Liegenschaftsrecht geringer: das Gesetz kennt als beschränkte dingliche Rechte an beweglichen Sachen nur ein Nutzungsrecht, den Nießbrauch, ein Sicherungsrecht, ein Pfandrecht”, p. 560.

³³⁷ “§ 1204: Una cosa mueble puede ser gravada para seguridad de un crédito de tal manera que el acreedor esté facultado a buscar satisfacción a costa de la cosa (derecho de prenda)”.

1273 BGB: “*un derecho puede ser también objeto del derecho de prenda*”) ³³⁸.

Los derechos reales sobre bienes muebles se rigen por los siguientes principios:

a) La transmisión del dominio también tiene lugar a través del *dinglicher Vertrag* o contrato abstracto, § 929 BGB. De la misma manera que en los bienes inmuebles se transmite la plena propiedad por el mero consentimiento del propietario y el adquirente, pero existen dos diferencias fundamentales:

1) No es requisito esencial su inscripción en el Registro de la Propiedad; y

2) La transmisión de la propiedad será efectiva siempre y cuando vaya acompañada de la entrega de la cosa (*traditio*, § 1205 BGB) ³³⁹.

Además, no se admite la prenda de propietario como en la *Grundschuld* (§§ 1252 BGB: “*El derecho de prenda se extingue junto con el crédito cuya garantía existe*”; y 1256.1 BGB: “*El derecho de prenda se extingue si coincide con la propiedad en la misma persona*”).

b) En el Derecho alemán la prioridad de los derechos reales sobre bienes muebles tiene lugar desde el momento su constitución (así se prevé en la prenda en el § 1209 BGB aunque se trate de una obligación futura o condicional) ³⁴⁰. La razón es que no existe un Registro de la Propiedad específico para los bienes muebles y, por lo tanto, no puede establecerse una prioridad a través de esta institución, con excepción de la prenda sobre cables que nace con su inscripción en el Registro de cables ³⁴¹.

c) La fe pública se recoge en el § 932 BGB, que protege la adquisición de bienes muebles de una persona que no es propietaria en el momento de la

³³⁸ Ver STERMANN, H., WESTERMANN, H. P., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol. 2., ob. Cit., pp. 1567 y ss. respecto a la prenda de derechos y 1606 y ss. en cuanto al usufructo.

³³⁹ BAUR, J. F. y STÜRNER, R., ob. Cit.: “Das Prinzip, nach dem der Gesetzgeber des BGB die Übereignung beweglicher Sachen geregelt hat, kommt in 929 Satz 1 deutlich zum Ausdruck: Gefordert werden ein reales Moment, nämlich die Übergab der Sache durch den Eigentümer und der Erwerber, und ein rechtsgeschäftliches Moment: Eigentümer und Erwerber müssen darüber einig sein, daß das Eigentum übergehen soll”, pp. 567 y 568.

³⁴⁰ ESTERMANN, Harry, WESTERMANN, Harm Peter, GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter, *Derechos reales*, 7ª Ed., Vol. 2, Fundación Cultural del Notario, Madrid, 2007, pp. 1007, 1008 y 1543. En este sentido, el § 1208 BGB recoge la preferencia del acreedor prendario de buena fe que desconoce la existencia de gravámenes anteriores sobre la cosa. En estos casos, el acreedor prendario gozará de preferencia a no ser que actúe de mala fe, es decir, conociendo de la existencia de aquellas cargas, en cuyo caso debe presumirse que se colocará detrás de éstas.

³⁴¹ ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol 2, ob. Cit., p. 1484.

enajenación, siempre que sea por negocio jurídico y exista buena fe.

La adquisición de buena fe por parte del tercero puede dar lugar a la extinción de derechos por partes de terceras personas sobre el bien gravado. El § 936 BGB contempla esta situación, siempre que el adquirente obtenga la posesión y actúe de buena fe (apartados 1 y 2). Sin embargo, el ámbito de aplicación de esta norma es más amplio que el del § 932 BGB, pues el tercer adquirente debe adquirir la propiedad y la condición de propietario, y ello con independencia de que el enajenante tenga o no esa condición. Así, este supuesto no se circunscribe solamente a la adquisición de un propietario³⁴².

d) Los derechos reales sobre bienes muebles tiene una oponibilidad *erga omnes* inherente a su propia naturaleza. No obstante, el BGB no plasma las condiciones de oponibilidad, con lo que el derecho real será oponible desde su constitución pero sujeto al conocimiento de terceros (p. e. en el caso de la prenda).

e) Los bienes muebles pueden usucapirse a través de la posesión, en concepto de dueño, durante 10 años (§ 937 BGB).

f) El régimen de cotitularidad es igual que en los derechos reales sobre bienes inmuebles.

³⁴² BAUR, J. F. y STÜRNER, R., ob. Cit.: "Der Erwerber muß Eigentum erlangen, wobei es gleichgültig ist, ob er von Eigentümer oder vom Nichteigentümer auf Grund der 932 Eigentum erwirbt", ob. Cit., p. 614.

III. Conclusiones

1. Esquema comparativo

A continuación se presentan en la **Tabla 2** las conclusiones sobre las concordancias de los derechos reales en los Derechos inglés, español y alemán.

Características Derecho Real	Clase de Bien	En España	En Inglaterra	En Alemania	¿Concordancia?
Poder pleno / limitado	Inmuebles	Propiedad y derechos reales en cosa ajena.	<i>Estates e Interests</i> de diversa naturaleza, en base a la posesión.	Propiedad y derechos reales en cosa ajena y propia.	SI
	Muebles	Propiedad y derechos reales en cosa ajena.	<i>Interests</i> amplios o limitados en base a la posesión.	Propiedad y derechos reales en cosa ajena.	SI
¿ <i>Numerus clausus</i> ?	-	<i>Numerus apertus</i> (excepto en los derechos reales de garantía).	<i>Numerus clausus</i> (aunque cabe teóricamente crear nuevos derechos en equidad).	<i>Numerus clausus</i> .	NO
Objeto	-	Bienes muebles e inmuebles y derechos.	<i>Land y personal property</i> (bienes corporales – <i>choses in possession</i> - e incorporales – <i>choses in action</i> -) y derechos.	Bienes inmuebles (<i>Grundstücke</i>), muebles y derechos.	SI
Constitución o Nacimiento	Inmuebles	Libertad de forma (en ciertos casos, forma obligatoria, p. e. la hipoteca).	<i>Deed</i> . Inscripción constitutiva en el Registro de las Propiedad.	Acuerdo abstracto. Inscripción en el Registro de la Propiedad.	NO
	Muebles	Libertad de Forma (en ciertos casos, forma obligatoria).	Depende del bien (<i>choses in action</i> o <i>in possession</i>)	Acuerdo abstracto y <i>traditio</i> .	NO
Oponibilidad	Inmuebles	Escritura pública, aunque <i>erga omnes</i> si accede al Registro.	Dependerá de su acceso al Registro y de la naturaleza del derecho.	Presunción de exactitud del registro con efectos <i>erga omnes</i> .	SI
	Muebles	Escritura pública, aunque <i>erga omnes</i> si accede al Registro.	Dependerá de la naturaleza del <i>interest</i> (<i>legal</i> o <i>equitable</i>) y su conocimiento por terceros.	<i>Erga omnes</i> , pero en base al conocimiento por parte del tercero.	SI

Parte I. Proceso y bases para la armonización de los derechos reales en Europa

Conflicto	Inmuebles	<i>Prior in tempore, potior in iure</i> , desde la entrada en el Registro. Cargas legales tácitas.	Prioridad temporal por acceso al Registro, cuando todos los títulos estén registrados. Cargas legales tácitas.	<i>Prior in tempore, potior in iure</i> , desde la entrada en el Registro. Cargas legales tácitas.	NO
	Muebles	<i>Prior in tempore, potior in iure</i> desde su constitución en escritura pública (art. 90.1.1 LC) o desde su acceso al Registro. Cargas legales tácitas.	<i>Prior in tempore, potior in iure</i> . Prioridad según la naturaleza del interest (<i>legal o equitable</i>).	<i>Prior in tempore, potior in iure</i> desde la constitución del derecho. Cargas legales tácitas.	NO
Adquisición a non domino	Inmuebles	Protección del adquirente de buena fe.	Generalmente, protección del 3°. El propietario sólo tiene derecho a exigir <i>damages</i> .	Protección del adquirente de buena fe.	SI
	Muebles	Protección del adquirente de buena fe.	Protección en determinados supuestos (<i>Sale of Goods Act 1979</i>)	Protección del adquirente de buena fe.	SI
Forma	Inmuebles	Libertad de Forma (en ciertos casos, forma obligatoria).	<i>Deed</i> .	Libertad de Forma.	NO
	Muebles	Libertad de Forma (en ciertos casos, forma obligatoria).	Depende del <i>interest</i> que se constituye.	Libertad de Forma.	NO
Ejercicio de la acción real	Inmuebles	30 años bienes inmuebles CC; salvo hipoteca, 20 años. En el CCC 10 años tanto para acciones reales como personales.	Diferencia títulos registrados de los no registrados (p. e. 12 años para recuperar la propiedad en caso de usucapión).	30 años las pretensiones de restitución de la propiedad y de otros derechos reales.	SI
	Muebles	6 años bienes muebles en el CC. En el CCC 10 años tanto para acciones reales como personales.	Por el paso de tiempo (6 años en caso de <i>conversion</i>).	30 años las pretensiones de restitución de la propiedad y de otros derechos reales.	SI
Cotitularidad	Inmuebles	Comunidad romana por cuotas.	<i>Joint-Tenancy -> Trust for Sale; o tenants in common</i> en equidad.	Comunidad romana por cuotas.	NO
	Muebles	Comunidad romana por cuotas.	<i>Joint tenants o tenants in common</i> .	Comunidad romana por cuotas.	NO

Tabla 2. Esquema comparativo de los derechos reales: concordancias en Europa. Fuente: elaboración propia.

2. Aproximación al concepto de derecho real

De las líneas precedentes se pueden extraer diversas conclusiones en torno a la evolución experimentada del derecho real en los Estados miembros.

I. El origen europeo de los *iura in re aliena* se encuentra tanto para los sistemas de derecho civil como para el derecho angloamericano, ya sea directa o indirectamente, en el derecho romano.

En los sistemas de derecho civil, la primera distinción entre el derecho de propiedad y los derechos reales en cosa ajena tiene lugar en la época clásica del derecho romano, gracias a las *actios* que recoge Gayo en sus *Institutiones* y a la estructura de la *formulae*. En particular, la diferenciación tuvo lugar en la estructura de la fórmula que influía además en la comparecencia o no del demandado. El contenido de la fórmula estaba formado por la *intentio in rem*, donde constaba lo que pretendía el demandante y no se hacía ninguna referencia a la persona del demandado, y la *condemnatio* (que permitía al juez condenar o absolver). En la *actio in rem* el demandado únicamente aparecía en la *condemnatio*, ya que podía desentenderse de la cosa, abandonándola, sin intervenir en el proceso, mientras que en la *actio in personam* su incomparecencia provocaba la suspensión del juicio. Así, se evidencia la necesidad de que el demandado (el obligado en la terminología de Gayo) intervenga en el proceso en la acción personal, de tal forma que el ejercicio de la acción real podía llevarse a cabo sin su colaboración, es decir, directamente sobre la cosa. De esta forma, se superaba la concepción de propiedad de la época arcaica que englobaba a todos los posibles derechos que podían recaer sobre una cosa. En esta primera fase, el derecho real adquiere dos características connaturales que van a seguir presentes hasta la actualidad: su especial objeto, esto es, una cosa; y su oponibilidad a terceros. La posterior promulgación del *Corpus Iuris Civilis* supone la consagración de la distinción entre los derechos reales y personales y una primera manifestación de los derechos subjetivos en detrimento de la acción.

En cuanto al derecho angloamericano, la influencia del derecho romano no se produjo tanto por el ideal de propiedad y de “derecho subjetivo”, sino por

la influencia de su sistema de acciones. Las *actios* que nacieron en el seno de los tribunales ingleses en base a la posesión como eje principal de vinculación entre la persona y la tierra fueron el germen de los derechos legales (*estates*) y en equidad (*equitable interests*). Con el paso del tiempo, las acciones dejaron de tener tanta importancia, adquiriendo el derecho real un aspecto subjetivo inherente en sí mismo que permitía a sus titulares ejercitar el derecho contra la cosa.

II. La evolución de los derechos reales fue diferente tanto para los sistemas de derecho civil como para el derecho angloamericano con posterioridad a la caída del Imperio romano.

Los sistemas de derecho civil tienen al derecho romano como uno de los pilares del derecho de propiedad. El redescubrimiento del Digesto y su estudio por parte de los glosadores fue esencial para el nacimiento del *iura in re aliena* y su posterior consolidación en los Derechos español y alemán. Además, el *ius commune* consolidó la división de la propiedad en un dominio directo y otro útil, que sirvió de base para organizar el trabajo de la tierra y, por ende, del régimen feudal. Sin embargo, los glosadores y post-glosadores no basaron sus comentarios y definiciones en el concepto de derecho subjetivo, y tampoco ofrecieron una distinción nítida y sistemática entre el dominio y los derechos reales en cosa ajena. El *ius commune*, pues, fue un período en el que el derecho romano evolucionó de la mano de los glosadores, tanto por lo que respecta al concepto de propiedad como el de *iura in re aliena*, pero hasta Hugo Donellus (siglo XVI) no existe una distinción clara entre el derecho de propiedad y los derechos reales en cosa ajena, que luego se trasladará a las codificaciones europeas de los siglos XIX y XX.

En el Derecho español la recepción del *ius commune* tuvo lugar gracias a las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, cuyas bases han seguido vigentes en los textos posteriores (las Leyes de Toro o la Novísima Recopilación) hasta la redacción actual del CC. Por su parte, la Escuela Histórica fundada por Savigny y la doctrina pandectista posibilitaron la reviviscencia del derecho romano en el BGB.

En cuanto al derecho angloamericano, la distinción entre derechos legales y en equidad perdura hasta el siglo XX con diferentes sistemas de

oponibilidad. En los siglos XX y XXI en el Reino Unido, con las respectivas *Acts* de 1925 y 2002, la distinción entre derechos legales y en equidad tiene una menor relevancia. La inscripción constitutiva de cualquier derecho real en el Registro de la Propiedad (que tendrá lugar por vía electrónica, *e-conveyancing*) concederá automáticamente a su titular el poder de perseguir la cosa. El nuevo adquirente quedará vinculado por lo dispuesto en el Registro. Sin embargo, lo cierto es que la existencia de derechos que no acceden al Registro de la Propiedad, como los *overriding interests*, y de derechos que recaen sobre fincas no registradas, permite actualmente la supervivencia de la distinción entre derechos legales y en equidad.

III. Así las cosas, la cuestión es delimitar un concepto de derecho real a nivel europeo que aglutine los diversos caracteres tomando como punto de partida estos tres ordenamientos, representativos de otras tantas tradiciones jurídicas.

Aquellos elementos que no pueden trasladarse *stricto sensu* a los ordenamientos estudiados son los siguientes:

a) Su constitución. Aunque los Derechos inglés y alemán exijan como formalidad la inscripción de los derechos reales sobre bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, no sucede lo mismo en el Derecho español, cuya inscripción es declarativa excepto en algunos casos (p. e. la constitución de la hipoteca). Además, esta disparidad se incrementa en los derechos reales sobre bienes muebles, ya que no se comparte un denominador común como puede ser un Registro de la Propiedad y, en ocasiones, la creación de cada derecho responde a cánones distintos (p. e. la necesidad de registro sólo afecta a determinados bienes, como en España).

b) El carácter *numerus clausus* o *numerus apertus*, es decir, la posibilidad de que los particulares puedan crear más derechos de los previstos expresamente en la Ley. Los ordenamientos estudiados presentan distintas soluciones: los Derechos inglés y alemán siguen un sistema *numerus clausus* (aunque en el Derecho inglés cabe la posibilidad de crear nuevos derechos en equidad), mientras que en el derecho español las partes tienen plena libertad para crear nuevos derechos reales (salvo los de garantía).

c) El derecho real goza en los tres ordenamientos de prioridad sobre

cualesquiera otros derechos constituidos con posterioridad. La regla *prior in tempore potior in iure* es perfectamente aplicable a los derechos reales sobre bienes inmuebles gracias al Registro de la Propiedad, así como a los bienes muebles, tanto desde su inscripción en el Registro, p. e. en el caso español al amparo de la Ley 7/1998, como desde el momento de su constitución, aunque su vinculación a terceros dependerá en buena medida de la buena o mala fe del adquirente, es decir, del conocimiento o no de las cargas previas sobre la cosa. No obstante, existen ciertas cargas que tienen preferencia a pesar de no estar inscritas (cargas legales tácitas o *overriding interests*), con lo que no existe total concordancia en este principio.

d) La transmisión y forma varía sustancialmente entre los distintos ordenamientos. Así, en los bienes muebles es necesaria la *traditio* en los Derechos español y alemán, mientras que este requisito no se exige en el Derecho inglés, que sigue un sistema consensual igual que el Derecho francés³⁴³.

e) Las situaciones de cotitularidad podrían presentar un punto en común en la comunidad romana y en la *tenancy in common*, en la cual cada comunero tiene una participación y un porcentaje de la propiedad de la cosa. Sin embargo, esta última se instrumenta a través de un *trust* como sucede con la *joint-tenancy* inglesa, por la que se constituye un *trust for sale*, y que podría asimilarse (aunque no en puridad por la existencia de un *trust*) a la comunidad en mano común, presente tanto en el Derecho alemán como en el español.

IV. La disparidad de normas y reglas aplicables a los derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles reduce considerablemente la existencia de posibles elementos comunes. Estas características en relación al derecho real son las siguientes:

a) Aunque el derecho real puede adoptar diferentes terminologías en los distintos ordenamientos (así, derecho real en España, *Sachenrechte* en Alemania, y *estates* o *interests* en Inglaterra), lo que realmente todos reflejan es un poder que corresponde a un titular sobre una cosa determinada. Más adelante se analizará la naturaleza jurídica del derecho que otorga este poder

³⁴³ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado III, epígrafe 3.6.

en el derecho angloamericano y en los sistemas de derecho civil³⁴⁴.

b) El derecho real puede recaer sobre bienes muebles, inmuebles o derechos. Aunque con diferente terminología, los tres ordenamientos estudiados realizan una separación nítida entre los bienes muebles e inmuebles. Los segundos se centran básicamente en los fundos o terrenos y todos los derechos que pueden girar en torno a ellos; mientras que los primeros se clasifican por su movilidad y mayor desgaste. Además, también cabe la posibilidad de gravar derechos, p. e. en Alemania existe la prenda de derechos pero no la subhipoteca, en el Derecho inglés la *sub-mortgage* y en el Derecho español la posibilidad de gravar los derechos reales sobre bienes inmuebles (el art. 1874.2 CC permite que la hipoteca pueda gravar los derechos reales enajenables, como la propia hipoteca, art. 107.4 LH).

c) Por último, tenemos que hablar en términos de oponibilidad. El *case law* se ha referido específicamente a cuándo podemos considerar un derecho como real en *National Provincial Bank Ltd. v Ainsworth*³⁴⁵. Lord Wilberforce consideraba que debía reunir los requisitos de ser “*definable, identifiable by third parties, capable in its nature of assumption by third parties, and have some degree of permanence or stability*”. Uno de los elementos que resalta es la naturaleza *erga omnes* del derecho real.

Sin embargo, cada uno de los países estudiados difiere en cuanto a las condiciones de oponibilidad. Debemos entender que los conceptos de oponibilidad, reipersecutoriedad y publicidad son conceptos íntimamente relacionados. Si el poder que goza una persona sobre una cosa es oponible a un tercero es porque a su vez el derecho persigue a la cosa allá donde vaya independientemente de quien sea su titular; y viceversa, si no es oponible no tendría esa última facultad. La publicidad es un elemento instrumental que coadyuva a ambos³⁴⁶.

V. Sobre estas bases, un derecho real podría conferir un poder pleno o limitado sobre cosa propia o ajena por un período de tiempo limitado o ilimitado (p. e. el derecho de propiedad español o catalán). Este derecho recaería sobre bienes muebles, inmuebles o, en su caso, derechos reales limitados, y gozaría

³⁴⁴ Vid *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.

³⁴⁵ [1965] AC 1175.

³⁴⁶ Ver en mayor profundidad *infra*. Capítulo 3º, apartado I.

Parte I. Proceso y bases para la armonización de los derechos reales en Europa

de efectos *erga omnes* en función de los criterios de oponibilidad previstos en cada ordenamiento jurídico, lo que permitiría a su titular perseguir el bien con independencia de su poseedor (reipersecutoriedad) siempre que no esté protegido en su adquisición. El derecho real tendría este contenido mínimo, sin perjuicio de que en una posible armonización pudiera ampliarse (p. e. su alcance a los bienes incorporales)³⁴⁷.

³⁴⁷ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 2.2.

Capítulo 2º. Situación actual de la armonización de los derechos reales en Europa

CAPÍTULO 2º: Situación actual de la armonización de los derechos reales en Europa

I. Introducción

El objetivo de este segundo capítulo es determinar el estado de armonización de los derechos reales en el Derecho privado europeo, un paso previo que puede ayudar a proponer unas bases comunes. En primer lugar, se analizará la competencia de la UE en esta materia. En segundo lugar, serán objeto de estudio las actuaciones llevadas a cabo por la UE en el ámbito de los derechos reales (p. e. desde la Comisión Europea o el TJCE). La metodología es similar a la utilizada por el grupo *Acquis*. Su investigación consiste en sistematizar y consolidar el Derecho contractual comunitario en busca de normas más coherentes, tomando como base el acervo comunitario vigente. Sus trabajos han cristalizado en la elaboración de los Principios *Acquis*. El resultado nos mostrará si existen bases suficientes para llevar a cabo una posible armonización de los derechos reales en Europa³⁴⁸ y en qué contexto se mueve el modelo de eurohipoteca, que se presenta como una alternativa factible y consolidada a corto plazo³⁴⁹. Este análisis está en consonancia con la postura de FERNÁNDEZ DE BUJÁN³⁵⁰, que defiende que el Derecho comunitario debería construirse en base un sistema mixto que debería tener en cuenta, además de las enseñanzas de la ciencia jurídica continental y las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales del derecho angloamericano, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, las resoluciones y estatutos de los Tribunales Internacionales europeos (p. e. el TJCE), así como los reglamentos, directivas y textos de carácter institucional. Por último, serán objeto de estudio los resultados de los grupos de investigación implicados en la armonización del Derecho privado europeo, que pueden ser de utilidad para un sistema de propiedad común a nivel europeo.

³⁴⁸ Que analizaremos en el Capítulo 3º.

³⁴⁹ Cuya naturaleza jurídica se estudia en el capítulo 4º, si bien en el presente capítulo se hace referencia a su origen, vid. *infra*. Epígrafe 5.2.2.

³⁵⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, "Ciencia jurídica europea y derecho comunitario: ius romanum, ius commune, common law, civil law", en DÍAZ ROMERO, María del Rosario (Coord.), *Derecho privado Europeo: Estado Actual y Perspectivas de Futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Civitas, Navarra, 2008, pp. 213 y 214.

1. La competencia de la UE en materia de derechos reales

Siempre que se hace referencia a la posibilidad de armonizar el Derecho privado europeo se acude en primer lugar al estudio de la **competencia** de la UE. La razón es que sin la competencia necesaria no puede llevarse a cabo ninguna labor legislativa. En primer lugar, analizaremos de forma general la competencia de la UE para alcanzar un mercado común u interior y, en segundo lugar, el contenido del art. 345 TFUE (*“El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”*), que constituye el principal obstáculo para una armonización de los derechos reales en la UE.

1.1. La competencia para alcanzar un mercado común o interior

De acuerdo con el art. 5.1 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE³⁵¹) *“la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución”*, lo que quiere decir que toda competencia no atribuida a la UE en los Tratados corresponde a los Estados miembros (art. 5.2 TUE). Por lo tanto, la UE sólo podrá legislar si éstos le han cedido una determinada competencia a través de los Tratados Constitutivos. El principal problema que existía con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo 1957 (en adelante, TCEE)³⁵² es que no se definían cuáles eran las competencias exclusivas de la Comunidad, sino que este Tratado se limitaba a enumerar los objetivos que debía alcanzar³⁵³. Entre éstos encontrábamos el establecimiento de un **mercado común** y de una unión económica y monetaria, que eran fines de carácter instrumental que ayudaban a la Comunidad a la consecución de sus objetivos fundamentales (p. e. el desarrollo económico o la expansión y la mejora de las condiciones de vida, art. 2 TCEE). Las libertades comunitarias constituían uno de los instrumentos al alcance del legislador europeo para lograr un mercado común (arts. 3.1.c) y 3.1.h) TCEE).

³⁵¹ Tratado de la Unión Europea (consolidado según Tratado de Lisboa), de 13 diciembre 2007. BOE 27 noviembre 2009, núm. 286.

³⁵² BOE 1 enero 1986, núm. 1, [pág. 2].

³⁵³ De esta manera, no quedaba clara la distinción entre las competencias nacionales y comunitarias, de acuerdo con CHICHARRO LÁZARO, Alicia, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 122 y 123.

Por lo tanto, podía interpretarse que una actuación de la Comunidad Económica Europea en el ámbito de los derechos reales estaba legitimada si redundaba en beneficio de las libertades comunitarias y, por ende, del mercado común.

Esta interpretación se ha visto refrendada por el Tratado de Lisboa. Este texto delimita el régimen competencial a nivel comunitario, y considera el mercado interior como una materia en la que existen competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros, es decir, éstos pueden crear las normas que consideren convenientes mientras la UE no lleve a cabo ningún acto legislativo en este ámbito (art. 4.a.a) TFUE). En ese caso, la normativa comunitaria pasaría a tener primacía sobre el derecho interno de los Estados miembros. La definición de mercado interior que ofrece el TFUE sostiene la interpretación de que las libertades comunitarias son la vía necesaria para alcanzar un mercado interior³⁵⁴. El Tratado de Lisboa sigue la estela del art. I-14.2.a del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004³⁵⁵ (iniciativa que acabó decayendo por la negativa de Francia y Holanda).

Por lo tanto, la UE tiene una competencia compartida en el ámbito del mercado interior. Los arts. 114 y 115 TFUE se configuran como el complemento ideal a esta competencia al permitir a la UE, por unanimidad, promulgar directivas u otros actos (p. e. reglamentos) en aras de aproximar las legislaciones de los Estados miembros -en nuestro caso, en materia de propiedad- para alcanzar un mercado común. Sin embargo, la STJCE de 5 de octubre de 2000³⁵⁶ se ha encargado de limitar esta competencia, señalando que el antiguo art. 95 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE³⁵⁷, actual 114 TFUE) no *“atribuye al legislador comunitario una competencia general para regular el mercado interior”* (apartado 83), y que cualquier actuación de la Comunidad debe ir encaminada a la mejora de aquél

³⁵⁴ Art. 26.2 TFUE: “El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”.

³⁵⁵ DOUE nº C 310. 16 diciembre 2004.

³⁵⁶ TJCE 2000\239. Caso República Federal de Alemania contra Parlamento Europeo y otros.

³⁵⁷ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Versión consolidada por el Tratado de Ámsterdam, de 2-10-1997, DOCE 10 noviembre 1997, núm. 340, [pág. 173]).

(apartado 84)³⁵⁸. Además, se necesita la existencia de “*diferencias entre las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros que puedan obstaculizar el ejercicio de las libertades fundamentales y afectar por ello directamente al funcionamiento del mercado interior*”. En el mismo sentido se pronuncia la STJCE de 12 de diciembre de 2006³⁵⁹.

Por lo tanto, la legitimidad de la UE para legislar en el ámbito de los derechos reales estaría condicionada, *a priori*, a que su actuación aproximase las legislaciones de los Estados miembros redundando directamente en beneficio del mercado común u interior. Para calibrar esta repercusión o beneficio tomaremos como punto de partida las **libertades comunitarias**. Si éstas resultan favorecidas por una regulación en materia de derechos reales también lo será indirectamente el mercado interior. Y es que los derechos reales pueden facilitar la consecución de estas libertades, p. e. una garantía inmobiliaria común a toda Europa permitiría a los ciudadanos de cualquier Estado miembro de la UE acceder a una vivienda en otro Estado³⁶⁰, o un derecho de superficie común fomentaría la construcción en suelo ajeno y las inversiones de carácter transfronterizo de prestamistas y promotores. El análisis del beneficio de la actuación comunitaria para el mercado interior se concreta en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que

³⁵⁸ Apartado 84: “Además, un acto adoptado sobre la base del artículo 100 A del Tratado debe tener efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Si la mera comprobación de disparidades entre las regulaciones nacionales y de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades fundamentales o de distorsiones de la competencia que puedan resultar de tales disparidades bastase para justificar la elección del artículo 100 A como base jurídica, el control jurisdiccional del respeto de la base jurídica podría quedar privado de toda eficacia. Se impediría entonces al Tribunal de Justicia ejercer la función, que le incumbe en virtud del artículo 164 del Tratado CE (LCEur 1986, 8) (actualmente artículo 220 CE), de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado”. Anula la Directiva 98/43/CE, de 6 de julio de 1998, apartado 84: “Además, un acto adoptado sobre la base del artículo 100 A del Tratado debe tener efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior. Si la mera comprobación de disparidades entre las regulaciones nacionales y de un riesgo abstracto de aparición de obstáculos a las libertades fundamentales o de distorsiones de la competencia que puedan resultar de tales disparidades bastase para justificar la elección del artículo 100 A como base jurídica, el control jurisdiccional del respeto de la base jurídica podría quedar privado de toda eficacia. Se impediría entonces al Tribunal de Justicia ejercer la función, que le incumbe en virtud del artículo 164 del Tratado CE (LCEur 1986, 8) (actualmente artículo 220 CE), de garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del Tratado”.

³⁵⁹ TJCE 2006\356. Caso Alemania contra Consejo de la Unión Europea y otros.

³⁶⁰ Ver en mayor profundidad *infra*. Capítulo 4º, epígrafe 4.

analizaremos posteriormente³⁶¹.

1.2. Breve referencia a las libertades comunitarias

Si partimos de la base que las **libertades comunitarias** se configuran como el medio a través del cual puede alcanzarse un mercado interior, debe definirse sucintamente su verdadero alcance y significado. Este es un paso previo de vital importancia para poder analizar con posterioridad en qué medida una armonización de los derechos reales en la UE puede influir sobre dichas libertades. El TFUE recoge las siguientes:

a) La libre circulación de mercancías (art. 28 TFUE, antiguo art. 23 TCE), que implica la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países. La definición de mercancía es amplia (*“productos valorables en dinero y susceptibles, como tales, de constituir el objeto de transacciones comerciales”*), e incluye todos aquellos productos que no entran dentro de las restantes libertades³⁶².

b) La libre circulación de trabajadores (art. 45 TFUE, antiguo art. 39 TCE), que consiste principalmente en poder desplazarse a otro Estado miembro con carácter permanente para ejercer un empleo por cuenta ajena. Los trabajadores gozarán de dos derechos fundamentales: uno de tipo instrumental (que incluye los derechos de entrada, residencia, salida y permanencia); y otro de tipo referencial (igualdad de tratamiento a los nacionales de otro Estado miembro, p. e. en el acceso al empleo y sus condiciones, como los salarios)³⁶³.

³⁶¹ Vid. *infra*. Epígrafe 1.4.

³⁶² CARRERA HERNÁNDEZ, Jesús, “La libre circulación de mercancías”, 2008, en *Base de Datos Jurídica Iustel*: Ref: §900394.

³⁶³ Ver ADRIÁN ARNÁIZ, Antonio Javier, “Libre circulación de personas, servicios y capitales”, en CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 93. Ver en este sentido el apartado 36 de la STJCE de 23 de marzo de 2004 [TJCE 2004\73]. Caso Brian Francis Collins contra Secretary of State for Work and Pensions. De acuerdo con la STJCE de 6 de noviembre de 2003 [TJCE 2003\366]. Caso Franca Ninni-Orasche contra Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst: “La característica esencial de la relación laboral radica en la circunstancia de que una persona realice, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución (véanse las sentencias Lawrie-Blum [TJCE 1986, 108], antes citada, apartado 17; de 31 de mayo de 1989 [TJCE 1989, 141],

c) La libertad de establecimiento (arts. 49 a 55 TFUE, antiguos arts. 43 a 48 TCE), que comprende el “*acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades*”³⁶⁴.

d) La libre prestación de servicios (arts. 56 a 62 TFUE, antiguos arts. 49 a 55 TCE), que comprenden básicamente las actividades de carácter industrial, mercantil, artesanal y propias de las profesiones liberales. La diferencia con la anterior libertad radica en que ésta supone una voluntad de permanencia y estabilidad en el Estado receptor, mientras que la prestación de servicios representa un carácter temporal y no estable.

Estas dos últimas libertades se configuran como una única libertad con dos vertientes diferenciadas, una más estricta que la otra³⁶⁵.

e) La libre circulación de capitales (arts. 63 a 67 TFUE, antiguos arts. 56 a 59 TCE), en virtud de la cual “*quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países*” (art. 63 TFUE). La Directiva 88/361 del Consejo, de 24 de junio, para la aplicación del artículo 67 del Tratado³⁶⁶, realiza una clasificación en su Anexo de lo que debemos entender por movimientos de capitales, que no es exhaustiva en ningún caso. En esta clasificación encontramos las inversiones inmobiliarias (apartado II.A), las fianzas y derechos de pignoración (apartado IX).

1.3. El artículo 345 del TFUE

A tenor de lo expuesto, la UE podría legislar en materia de derechos reales siempre y cuando favorezca a las libertades comunitarias e

Betray, 344/1987, Rec. pg. 1621, apartado 12, y Meeusen, antes citada, apartado 13)” (Apartado 24). Ver los apartados 25 y siguientes de esta sentencia que profundiza sobre las nociones de trabajador, duración exigible para quedar incluido en el ámbito de protección de la libertad de trabajadores y los derechos vinculados al trabajador durante su estancia en otro Estado miembro.

³⁶⁴ La doctrina la ha definido como “aquella instalación material, estable y permanente de una persona física o jurídica nacional de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, con el fin de ejercer en él una actividad no asalariada de naturaleza económica”. Puede ejercitarse por personas físicas o jurídicas, y debe realizarse por cuenta propia, quedando excluidas aquellas que carezcan de una dimensión económica, ver, OLESTI RAYO, Andreu, “El derecho de establecimiento”, en *Base de Datos Jurídica Iustel*: Ref: §900397.

³⁶⁵ ADRIÁN ARNÁIZ, A. J., ob. Cit., p. 96.

³⁶⁶ DOCE n° L 8 julio 1988, núm. 178, [pág. 5].

indirectamente al mercado interior. Sin embargo, falta por ver si el TFUE prevé alguna norma específica que limite esta regla competencial.

En los Tratados no se encuentran muchas referencias al derecho de propiedad o a los derechos reales, debido al carácter eminentemente económico del TCEE. La UE se abstiene de intervenir en el derecho real de propiedad de acuerdo con el actual art. 345 TFUE, antiguos arts. 295 TCE y 222 TCEE, que establece que *“el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros”*.

Se trata de un límite específico a la actuación de las instituciones comunitarias o de una **competencia negativa**, es decir, una materia sobre la que la UE carecería apriorísticamente de competencia legislativa³⁶⁷. El problema radica en averiguar el verdadero alcance de este artículo. ¿Qué podemos entender por régimen de propiedad? ¿Significa que la UE no puede adoptar ninguna acción legislativa en relación a este régimen a pesar de la competencia compartida en el ámbito del mercado común? Y a la inversa, ¿pueden los Estados miembros actuar en perjuicio de los objetivos de la UE amparándose en este régimen?

A tenor de VAN ERP el antiguo art. 295 TCE sólo ha tenido importancia en el **case law**, con lo que su alcance vendrá determinado en gran medida por la interpretación del TJCE. En particular, el autor se refiere a la STJCE de 4 de junio de 2002³⁶⁸. En este caso se debatía la privatización de una empresa por parte de Bélgica, reservándose el Gobierno de este país un derecho de veto si la empresa pignoraba o enajenaba acciones que pusieran en peligro el interés nacional en el ámbito de la energía. Como las acciones podían ser objeto de propiedad, fue procedente analizar si el art. 295 TCE permitía al Gobierno Belga mantener ese derecho. El TJCE resolvió que *“dicho artículo no sustrae los regímenes de la propiedad existentes en los Estados miembros a la*

³⁶⁷ LINDE PANIAGUA, Enrique (Coord.), *Políticas comunitarias*, Colex, Madrid, 2001, p. 44; y PÉREZ DE NANCLARES, J. Martín, “La falta de competencia de la UE para elaborar un Código Civil Europeo: sobre los límites a la armonización en materia de Derecho civil”, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Derecho privado europeo*, Codex, Madrid, 2003, p. 144. Este autor considera este artículo como una competencia negativa de la Comunidad pero deja las puertas abiertas a una futura legislación en este ámbito.

³⁶⁸ TJCE 2002\176. Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Bélgica. Ver VAN ERP, Sjeff, “European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?”, en *Walter van Gerven Lectures*, 6, Europa Law Publishing, December, 2006, pp. 12 y 13.

aplicación de las normas fundamentales del Tratado” (apartado 44), en base al art. 56 del TCE (antiguo 73B TCEE), que prohíbe cualquier restricción a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países. Esta doctrina se ha reiterado en resoluciones posteriores que conforman los *golden share cases* (acciones de oro), es decir, casos en los que un Estado se reserva derechos o acciones de veto sobre las decisiones de una empresa a pesar de haberse procedido a su privatización, p. e. en la adquisición de acciones por parte de empresas extranjeras³⁶⁹. En el mismo sentido se pronuncian respecto al art. 295 TCE la STJCE de 13 de mayo de 2003 y la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (en adelante, STPICE) 5 de agosto de 2003³⁷⁰. La doctrina pone de relieve que es difícil distinguir en el antiguo art. 295 TCE la propiedad civil de la constitucional, ya que este derecho desempeña un importante rol en los derechos nacionales de los Estados miembros, siendo el eje a partir del cual giran algunas de sus políticas más representativas (p. e. en torno a los bienes inmuebles se articulan políticas de impuestos, urbanizaciones, demográficas, etc.)³⁷¹. Pero la manifestación por parte del TJCE en los *golden share cases*

³⁶⁹ Ver en mayor profundidad FLEISCHER, Holger, “Case C-367/98, *Commission of the European Communities v. Portuguese Republic* (Golden shares); C-483/99, *Commission of the European Communities v. French Republic* (Golden shares); and C-503/99, *Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium* (Golden shares). Judgments of the Full Court of 4 June 2002”, en *Common Market Law Review*, Nº 40, 2003, pp. 493 y ss.

³⁷⁰ TJCE 2003\136 (Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España) y TJCE 2003\221 (Caso Diputación Foral de Vizcaya y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas), respectivamente, que hacen referencia a otras sentencias con el mismo alcance: “151. Resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, si bien el régimen de la propiedad es competencia de cada uno de los Estados miembros en virtud del artículo 295 CE (RCL 1999, 1205 ter y LCEur 1997, 3695), este artículo no sustrae los regímenes de la propiedad existentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado (véanse, por analogía, las sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 1984, Fearon, 182/1983, Rec. pg. 3677, apartado 7; de 1 de junio de 1999 [TJCE 1999, 111], Konle, C-302/1997, Rec. pg. I-3099, apartado 38; de 4 de junio de 2002, Comisión/Bélgica [TJCE 2002, 176], C-503/1999, Rec. pg. I-4809, apartado 44, y Comisión/Portugal [TJCE 2002, 174], C-367/1998, pg. I-4731, apartado 48)”.

³⁷¹ Ver CARUSO, Daniela, “Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property”, en *European Law Journal*, Vol. 10, Nº 6, November 2004: “In European political discourse, the scholarly distinction between private rules and constitutional definition of ownership remains imperceptible; the harmonisation of *private* property is intuitively associated with a hard core of *public* values, which are not to be swept away as technicalities by Europeanising forces. Property’s exceptionalism in the Constitutional Treaty is due to the fact that the generation of current decision-makers still sees private property as pivotal. It is a generation intellectually fed by the political debates preceding the fall of the Berlin Wall and characterised by a sharp emphasis on the political symbolism of private property. Property law *is* exceptionally meaningful in the negotiation of competences on private law harmonisation, not only because it *is* loaded with governance implications, but also because it is *perceived* as such

responde a la perspectiva más constitucional de este concepto. Efectivamente, el actual 345 TFUE tiene dos vertientes distintas³⁷²: a) una constitucional aceptada en el Derecho comunitario y que forma parte del acervo comunitario, que englobaría tanto a las propias normas de los Tratados Constitutivos como su interpretación por el TJCE; y b) otra civilista, más individual y que se ocuparía de la relación entre la persona y la cosa. En cuanto a esta última vertiente, está por ver qué materias se incluirían dentro del “régimen de propiedad” del art. 345 TFUE y cuáles se reservarían a los Estados miembros³⁷³.

1.3.1. Alcance respecto a los Estados miembros

Por lo tanto, desde una perspectiva constitucional, los Estados miembros no pueden ampararse en su competencia en materia de propiedad para vulnerar normas pertenecientes al derecho primario de la UE. Veamos entonces cuáles son estas normas del TFUE en función de la interpretación del art. 345 TFUE por parte del TJCE:

a) En la STJCE de 6 de noviembre de 1984³⁷⁴ el Gobierno de Irlanda formuló una cuestión prejudicial sobre si podía expropiar determinadas viviendas adquiridas por ciudadanos británicos en base a la *Land Act* de 1965, teniendo en cuenta que esa medida no podía aplicarse a quien hubiera residido en el país por más de un año. El Tribunal entendió que sí sería posible llevar a cabo tal expropiación ya que el art. 222 TCEE no cuestionaba la facultad de los Estados para fijar el régimen de expropiación, siempre y cuando no conllevara una discriminación y, en consecuencia, una violación de la libertad de establecimiento.

b) En la Sentencia de 30 de mayo de 1989³⁷⁵ se discutía la normativa griega que prohibía, bajo pena de nulidad absoluta, la “*adquisición, por*

in political discourse. And in both bargaining and politics, perceptions do matter. For the Union to signal that property rules will not be easily tinkered with is a highly symbolic gesture in the spirit of subsidiarity”, pp. 763 y 764.

³⁷² RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, José Simeón, “Requerimientos del Derecho Comunitario en cuanto al régimen de adquisición y utilización de bienes inmuebles”, en *RCDI*, Núm. 657, Febrero 2000, p. 1115.

³⁷³ Vid. *infra*. Epígrafe 1.3.2.

³⁷⁴ Caso 182/83.

³⁷⁵ Asunto 305/87.

personas físicas o jurídicas que no sean nacionales helénicos, del derecho de propiedad o de otro derecho real, a excepción de derechos de hipoteca, sobre bienes inmuebles situados en las regiones helénicas designadas como "fronterizas" (parágrafo 2º). Este negocio jurídico sí que podía llevarse a cabo por los nacionales griegos sobre estas zonas reservadas, que alcanzaban el 55% de todo el territorio griego.

La nota diferencial respecto a la anterior resolución radica en que se condena a la República Helénica por incumplir y obstaculizar la libre circulación de trabajadores y la libre prestación de servicios, además de la libertad de establecimiento³⁷⁶. El TJCE entiende que *"el derecho a adquirir, a explotar y a enajenar bienes inmuebles en el territorio de otro Estado miembro constituye el complemento necesario de la libertad de establecimiento"* (apartado 22). De acuerdo con el art. 9.1 del Reglamento 1612/68³⁷⁷, cualquier trabajador nacional empleado en el territorio de otro Estado miembro se beneficia de todos los derechos y ventajas concedidos a los trabajadores nacionales en materia de alojamiento, incluyendo el acceso a la propiedad de la vivienda que necesite.

c) En la STJCE de 18 de febrero de 1992³⁷⁸ la Comisión solicitaba al Tribunal que declarase que el Reino Unido había incumplido las disposiciones del art. 30 TCEE³⁷⁹, en la medida en que la *Patents Act* realizaba una distinción entre la fabricación del producto patentado en territorio nacional y la importación de ese producto desde otro Estado miembro. Los requisitos para conceder una licencia obligatoria eran distintos en ambos casos, lo que podía ir en contra del Derecho comunitario y la libre circulación de mercancías. El TJCE resalta que en aquella época la regulación relativa a las patentes aún no había sido objeto de armonización. Por este motivo, correspondía al legislador nacional determinar las condiciones y modalidades de protección conferidas por la patente (apartados 16 y 17), pero el TJCE deja claro que el antiguo art. 222 TCEE no podía interpretarse *"en el sentido de que reservan al legislador*

³⁷⁶ Apartado 29.

³⁷⁷ Reglamento 1968/1612, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DOCE n° L 19 octubre 1968, núm. 257, [pág. 2]).

³⁷⁸ TJCE 1992\27. Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana.

³⁷⁹ "Sin perjuicio de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente".

nacional, en materia de propiedad industrial y comercial, la facultad de adoptar medidas contrarias al principio de la libre circulación de mercancías dentro del mercado común, tal como lo prevé y regula el Tratado” (apartado 18). Las únicas excepciones eran las contempladas en el art. 36 TCEE (p. e. prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales), que no concurrían en el presente caso.

d) La sentencia *Trummer v Mayer* de 16 de marzo de 1999 es un caso de referencia³⁸⁰. El juicio versó sobre los siguientes hechos: el Sr. Mayer, residente en Alemania, realizó una compraventa de una cuota de propiedad con el Sr. Trummer, residente en Austria, de una vivienda situada en este país. El Sr. Trummer tenía hasta el último día del año para pagar el precio de la compraventa, expresada en marcos alemanes. Para garantizar el pago, ambos constituyeron una hipoteca sobre esa cuota de propiedad. El Registrador de la Propiedad austriaco admitió la inscripción de la cuota pero denegó la de la hipoteca por expresarse en marcos alemanes. La legislación austriaca exigía que las hipotecas se constituyesen en *schillings* austriacos o, en su defecto, que la cantidad de dinero por la que respondía el bien inmueble pudiera determinarse por referencia al precio del oro de ley.

Esta operación, en su doble vertiente de inversión inmobiliaria y constitución de garantía hipotecaria, se incardina en el concepto de movimientos de capitales y de pagos³⁸¹. El TJCE interpretó como una restricción a la libre circulación de capitales la obligación de expresar el importe de la obligación en moneda nacional austriaca³⁸². Esta resolución fue de gran

³⁸⁰ TJCE 1999\64. Caso Proceso penal contra Manfred Trummer y otros.

³⁸¹ “22. Pues bien, del punto II del Anexo I de la Directiva 88/361, de la Introducción a la Nomenclatura y de las Notas Explicativas que la siguen se desprende que la liquidación de una inversión inmobiliaria constituye un movimiento de capitales [...] 24. Una hipoteca como la contemplada en el procedimiento principal, que por un lado está indisolublemente vinculada a un movimiento de capitales, en el presente caso a la liquidación de una inversión inmobiliaria, y, por otro lado, está incluida en el punto IX de la Nomenclatura de los movimientos de capitales anexa a la Directiva 88/361, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 73 B del Tratado”.

³⁸² “34. En vista de las consideraciones que preceden, se debe responder al órgano jurisdiccional remitente que el artículo 73 B del Tratado (LCEur 1986, 8) se opone a una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal que obliga a inscribir en

importancia ya que ayudó a la interpretación y definición de la libre circulación de capitales³⁸³, que también fue tratada en la STJCE de 1 de junio de 1999³⁸⁴. En este caso se discutía una norma austriaca que exigía al demandante de nacionalidad alemana (Sr. Konle) un documento administrativo previo para la adquisición final de un bien inmueble en subasta pública, que no era preceptivo para los nacionales de aquel país (Austria). El TJCE consideró este requisito como una restricción a la libre circulación de capitales (apartados 49 a 56).

e) En la Resolución de 13 de julio de 2000³⁸⁵ se discutía la denegación por el encargado del Registro de la Propiedad de Nápoles de la inscripción de una compraventa de dos inmuebles adquiridos por Uwe Rudolf Heller y Rolf Adolf Kraas, ambos de nacionalidad alemana. Esta denegación tenía su base en una ley italiana que exigía a los adquirentes que no tuvieran la nacionalidad italiana una autorización específica para adquirir bienes inmuebles situados en las provincias que lindan con las fronteras terrestres. Esta normativa también se aplicaba a los inmuebles que tuvieran una importancia militar, como sucedía en el presente caso. El órgano judicial que remitió la cuestión prejudicial preguntaba al TJCE sobre la posible vulneración del derecho a la no discriminación por razón de la nacionalidad, de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capitales. El gobierno italiano alegaba que no existía ningún tipo de vulneración, pero el TJCE entendió que *“la adquisición de un inmueble en el territorio de un Estado miembro por un no residente, sean cuales fueren las razones que la hayan motivado, constituye una inversión inmobiliaria comprendida en la categoría de los movimientos de capitales entre los Estados miembros”*, y concluyó finalmente que la normativa italiana no se

moneda nacional una hipoteca destinada a garantizar un crédito pagadero en la moneda nacional de otro Estado miembro.

³⁸³ “In the near future, the Court may not be expected to deal with cases similar to this. The coming into force of the Euro will erase problems stemming from differences in currencies. The case however still remains of considerable importance. First, not every Member State of the European Union participates in the Economic and Monetary Union. Second, because of the fact that the capital provisions expressly address third states, this case will retain a bearing for capital transactions between EU and non-EU states. Third, the case will continue to assist in the determination of whether a given transaction falls within the scope of the EC capital provisions. The Court uses for this qualification Annex 1 of the Directive 88/361”, ver LANDSMEER, Arie, “Capital Movements: On the Interpretation of Article 73b of the EC Treaty: ECJ, Manfred Trummer, Peter Mayer, Case C-222/97, Judgement, 16 March 1999”, en *Legal issues of economic integration*, Vol. 27, N° 2, 2000, p. 200.

³⁸⁴ TJCE 1999\111. Caso Klaus Konle contra Republik Österreich.

³⁸⁵ TJCE 2000\179. Caso Proceso penal contra Alfredo Albore.

adecuaba a las exigencias del TCE con base en su art. 56. En puridad, el TJCE no realizó una referencia expresa al art. 295 TCE porque el Gobierno italiano no se ampara en él para justificar su normativa. Sin embargo, queda claro el hecho de que la adquisición transfronteriza de bienes inmuebles no puede ir en contra de las disposiciones de los Tratados en materia de libre circulación de capitales.

f) La misma problemática del caso *Trummer v Mayer* se vuelve a plantear desde otra vertiente en la STJCE de 11 de enero de 2001³⁸⁶. En esta sentencia se discutió la validez de una hipoteca inscrita en Austria en la que se expresa la obligación garantizada en moneda distinta de la admitida en ese país. En este caso, el demandante quería hacer efectiva esa hipoteca en un procedimiento concursal abierto contra la prestataria. Sin embargo, existía un hecho singular: la hipoteca se había constituido con anterioridad a la adhesión de Austria a la UE el 1 de enero de 1995. Por esta razón, las pretensiones del acreedor no llegan a buen fin: el tribunal mantiene la doctrina iniciada en la sentencia *Trummer v Mayer* sobre la violación de la libre circulación de capitales por parte de la normativa hipotecaria austriaca (apartados 17 y 18), pero entiende que la adhesión a la UE y el respeto al acervo comunitario de cualquier Estado miembro (que incluye las libertades comunitarias y su interpretación por parte del TJCE), no tiene efectos retroactivos. Por lo tanto, el TJCE no pudo pronunciarse sobre la nulidad de una hipoteca constituida conforme al Derecho austriaco en fecha anterior a su adhesión a la UE (apartado 25). A *sensu contrario*, la constitución de esta hipoteca en fecha posterior a la adhesión de Austria debería haber otorgado al acreedor la plena validez de la hipoteca en el procedimiento concursal.

g) En la STJCE de 13 de diciembre de 2001³⁸⁷ se discutió si los contratos de crédito con garantía real (en este caso, una *Grundschild*)³⁸⁸, se incluían o no en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/577, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. El origen de esta situación fue la firma de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por parte del Sr. y la Sra.

³⁸⁶ TJCE 2001\6. Caso Westdeutsche Landesbank Girozentrale contra Friedrich Stefan.

³⁸⁷ TJCE 2001\363. Caso Georg Heininger y Helga Heininger contra und Vereinsbank AG.

³⁸⁸ Ver en cuanto a su naturaleza jurídica *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 3.

Heininger con un agente de la propiedad inmobiliaria, que se presentó en su domicilio sin el conocimiento previo por parte de los propietarios. La Directiva concede a los compradores en esta clase de situaciones un derecho de desistimiento del contrato en los siete días siguientes a su firma (arts. 1 y 5). Si bien el art. 3.2.a) de la Directiva establece que este derecho no se aplicará “*a los contratos relativos a la construcción, venta y alquiler de bienes inmuebles, así como a los contratos referentes a otros derechos relativos a bienes inmuebles*”, el TJCE consideró que no es suficiente que el contrato de crédito esté garantizado para incluirlo *per se* en la última categoría de contratos excluidos. Por lo tanto, los compradores gozaron del derecho de desistimiento de un contrato de crédito que, a todos los efectos, estaba garantizado con garantía real (párrafo 40).

h) Asimismo, en la STJCE de 23 de septiembre de 2003³⁸⁹ se sostuvo que una normativa que establece medidas específicas para las transacciones relativas a los terrenos agrícolas y forestales no puede eludir las reglas fundamentales del Derecho comunitario y, en especial, aquellas que protegen la no discriminación, la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales (apartado 24).

Las anteriores resoluciones demuestran que el TJCE ha resuelto controversias relativas a los derechos reales en casos inconexos entre sí. Sin embargo, lo que sí puede constatarse es que una materia como los derechos reales no se limita, como parecería en una primera impresión, a la libre circulación de capitales³⁹⁰. En efecto, el derecho de propiedad puede verse afectado en su existencia por materias directamente relacionadas (p. e. el derecho de revocación del contrato de préstamo celebrado fuera del establecimiento mercantil), y de forma indirecta por otras libertades comunitarias. Así, los Estados miembros deben respetar:

a) Aquellas operaciones que se incluyan en la libre circulación de

³⁸⁹ TJCE 2003\281. Caso Margarethe Ospelt contra Schlössle Weissenberg Familienstiftung.

³⁹⁰ En un principio, la Directiva 88/361 incluía en su lista de carácter exhaustivo sobre movimientos de capital (ver párrafo 21 de la STJCE *Trummer v Mayer*) a las inversiones inmobiliarias (epígrafe II del Anexo, en donde se incluyen expresamente los derechos de usufructo, las servidumbres rústicas y los derechos de superficie) y a las fianzas, otras garantías (incluida la hipoteca) y derechos de pignoración (epígrafe IX del Anexo).

capitales, como las inversiones inmobiliarias y los derechos reales de prenda e hipoteca³⁹¹.

b) El debido respeto a la libertad de establecimiento en otro Estado miembro, que comprendería el derecho a adquirir, explotar y enajenar bienes inmuebles en el territorio de otro Estado miembro, así como adquirir acciones de otras empresas salvo que concurran las excepciones previstas en los Tratados.

c) La libre prestación de servicios (p. e. cuando la adquisición de un bien inmueble sea condición necesaria para su ejercicio), así como la libre circulación de trabajadores.

d) La libre circulación de mercancías. Así, los Estados miembros no pueden crear normativas en materia de propiedad industrial que afecten a esta libertad comunitaria.

En definitiva, cualquier acto que realice un Estado miembro contrario o que suponga un obstáculo a estas libertades comunitarias (que a la par son objetivos comunitarios a alcanzar) o a otra norma de los Tratados, aún al amparo del art. 345 TFUE, legitimaría a la UE para actuar de forma indirecta a través del TJCE. Este hecho tiene importancia ya que una armonización de los derechos reales debería tener en cuenta la perspectiva constitucional del art. 345 TFUE, es decir, el respeto a las libertades comunitarias como criterio de interpretación por parte del TJCE de las normas que integrarían un sistema de propiedad europeo. Junto con las libertades comunitarias también tendrían importancia la función social de la propiedad o las normas relativas a la expropiación³⁹².

1.3.2. Alcance respecto a la UE

Desde otro punto de vista, falta por ver si la UE puede actuar *per se* sobre el régimen de la propiedad sin que sea necesaria una actuación previa de los Estados miembros, es decir, desde una **perspectiva civilista**. Para ello es necesario delimitar el alcance del art. 345 TFUE.

³⁹¹ Ver también PÉREZ DE NANCLARES, J. M., ob. Cit., p. 145.

³⁹² Respecto al papel del TJCE, vid *infra*. Capítulo 3º, apartado III, epígrafe 1.3; y en cuanto a la función social de la propiedad y la expropiación *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 2.5.

En las resoluciones del TJCE destaca la de 13 de julio de 1996 (*Consten v Grundig*)³⁹³. En este caso la primera empresa, Consten, tenía en exclusiva la distribución de los productos de una marca determinada en Francia, gracias a que el titular original de dicha marca, Grundig, le permitió registrarla en exclusiva en ese territorio. El pacto alcanzado entre ambos impedía que otros productos de Grundig fueran introducidos en Francia desde el exterior. Respecto al derecho de propiedad, el Tribunal puso de manifiesto que el antiguo art. 222 TCEE no excluía la influencia del Derecho comunitario en el ejercicio de los derechos nacionales de propiedad industrial³⁹⁴. Por lo tanto, la alegación de este precepto por ambos no tuvo el resultado esperado, y el TJCE decidió que su actuación iba en contra de la libre competencia dentro de la Comunidad. No obstante, nótese que el TJCE se refirió solamente al **ejercicio** de los derechos de propiedad industrial, no a su regulación sustantiva, que quedaba reservada a los Estados miembros. La misma idea se repite en la resolución de 10 de diciembre de 2002³⁹⁵, que afirmaba en base a la resolución *Consten v Grundig* que el art. 295 TCE “*se limita a conceder a los Estados miembros la facultad de definir el régimen del derecho de propiedad, sin prohibir toda intervención comunitaria que incida en el ejercicio del derecho de propiedad*” (apartado 147). La norma objeto de discusión fue la Directiva 2001/37, de 5 junio³⁹⁶, que exigía incluir en las cajetillas de tabaco determinadas advertencias ajustadas a unos márgenes determinados, en perjuicio del espacio destinado a la marca del productor. De acuerdo con el TJCE el derecho de propiedad “*forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, pero no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad*” (apartado 149). Es por este motivo que la UE puede imponer restricciones al ejercicio del derecho de propiedad siempre que “*respondan efectivamente a*

³⁹³ N° de referencia CELEX: 61964J0056. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>. *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*.

³⁹⁴ Ver también la STJCE de 8 de junio de 1971. Caso 78-70. N° de Referencia CELEX: 61970J0078. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>.

³⁹⁵ TJCE 2002\367. Caso *The Queen* contra *Imperial Tobacco Ltd* y otros.

³⁹⁶ Directiva 2001/37, de 5 junio. Aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco (DOCE n° L 18 julio 2001, núm. 194, [pág. 26]).

objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados” (apartado 149). Esta segunda resolución no realiza ninguna referencia a la propiedad industrial sino que se refiere al ejercicio de la propiedad en general, aunque el caso tiene una conexión evidente con el ejercicio de una marca, es decir, con la propiedad industrial. Además, queda clara la importancia del derecho de propiedad al considerarse un principio general del Derecho comunitario.

En cuanto al **aspecto sustantivo**, la doctrina mayoritaria se posiciona a favor de interpretar el art. 345 TFUE como un mero límite a la actuación de los organismos comunitarios y no como una competencia negativa *stricto sensu*. Las razones que aducen es que una interpretación estricta de este precepto obstaculizaría los objetivos de la UE y que las circunstancias que le vieron nacer ya no están vigentes hoy en día³⁹⁷. Son AKKERMANS y RUTGERS³⁹⁸

³⁹⁷ DÍEZ-PICAZO plantea que el respeto a la libertades comunitarias en el Tratado de Roma de 1957 no era incompatible con que los regímenes económicos de los Estados miembros fueran diferentes entre sí, por ejemplo con una hipotética experiencia de socialismo democrático. Ello le lleva a pensar que la idea de no interferencia de la Comunidad en los sistemas económicos de los Estados miembros es la que quizás podía subyacer en el antiguo art. 222 TCEE. Sin embargo, en la actualidad no podría mantenerse esta interpretación porque “ello sería incompatible con el elevadísimo grado de integración económica alcanzado y, por ende, con la propia idea de mantenimiento íntegro del acervo comunitario recogida en el art. 2 TUE”. Consecuentemente, “debe entenderse, así, que el art. 295 TCE se limita a permitir que haya ciertas diferencias en las legislaciones nacionales relativas a la propiedad, tanto privada como pública; y, aún así, siempre dentro de ciertos límites, ya que la propiedad privada ha sido reconocida como derecho fundamental del ordenamiento comunitario por el Tribunal de Justicia”, ver DÍEZ-PICAZO, Luis María, “La naturaleza de la Unión Europea”, en *Indret*, 4/2008, p. 40. Disponible en <http://www.indret.com/es/>. En el mismo sentido ARROYO AMAYUELAS, E., “Textos básicos de derecho privado europeo, *acquis communautaire* y derecho civil futuro”, en ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni, *Bases de un derecho contractual europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003: “En realidad, lo único que se pretende con semejante afirmación es dejar claro que no es propósito de la Comunidad interferir en el sistema de adquisición de la propiedad y, en definitiva, que la construcción de una Unión Europea no significará su socialización”, p. 649; CASTRONOVO, Carlo y MAZZAMUTO, Salvatore, *Manuale de diritto privato europeo*, Vol. II, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2007: “L’art. 295 contiene, quindi a ben guardare, una regola che, isolatamente considerata, era forse attuale e significativa al tempo in cui fu redatta, ormai mezzo secolo addietro; ma assumere, oggi, che le norme comunitaire vigente non riguardino, direttamente o indirettamente, l’istituto della proprietà e non siano destinate a incidere sul regime della proprietà operante all’interno dei vari ordinamenti nazionali, costituirebbe un’affermazione del tutto avulsa dai processi storici e dagli sviluppi del diritto privato europeo. L’art 295 deve, quindi, essere inteso nel senso che la materia rimane nella competenza esclusiva degli Stati solo se non ricorrono finalità comunitaire che impongono l’adozione in dati settori di normative europee della proprietà”, p. 5, texto extraído de TRIMARCHI, Mario, “Proprietà e diritto europeo”, en *Europa e diritto privato*, N° 3, 2002, pp. 711 y 712; atendiendo a VAN ERP, en

los que desarrollan esta última idea y defienden que el art. 345 TFUE se refiere al régimen de titularidad de las empresas, es decir, o bien de forma privada (a través de acciones) o bien de forma pública. La base de su argumentación es el redactado que precedió al antiguo art. 222 TCEE, que incluía una referencia expresa a las empresas (*“Le présent Traité ne préjuge en rien le régime de propriété des entreprises soumises aux dispositions du Traité”*). Este redactado concordaría con las circunstancias históricas de aquel período, en el que Francia e Italia llevaron a cabo nacionalizaciones de diversas industrias y Alemania estaba en contra de este tipo de actuaciones. Lo que no querían estos países es que la Comunidad Europea les obligara a desnacionalizar o a nacionalizar sus empresas. Atendiendo a la STJCE de 4 de junio de 2002 (una de las que conforman los *golden share cases*)³⁹⁹ podríamos afirmar que este significado originario no ha variado. En esta resolución se discutía una normativa de Portugal que impedía a inversores de otros Estados adquirir acciones en ciertas empresas por encima de una cantidad determinada, que en ocasiones se supeditaba a una autorización previa. El TJCE afirmó que el art.

nada prejuzga el artículo 295 TCE la posible actuación de la UE en este ámbito, ob. Cit., p. 13; en igual sentido AKKERMANS, B., ob. Cit., pp. 523 a 525; fue STÖCKER cuando en la pasada década entendió que el antiguo art. 222 TCEE legitimaba a la Comisión Europea, en base al objetivo de crear un Mercado Interior, a introducir una eurohipoteca, esto es, un derecho real de garantía inmobiliaria a un nivel europeo que pudiera convivir con los restantes modelos de hipoteca previstos en cada Estado miembro, ver STÖCKER, Otmar, “La Eurohipoteca”, traducción de CASERO MEJÍAS, Manuel, en *RCDI*, Enero-Febrero, Núm. 620, 1994, pp. 175 y 176; y COX, Kristof, “Summary of the Discussion at Leiden University”, en DROBNIG, Ulrich, SNIJDERS, Henk. J., ZIPPRO, Erik-Jan (Ed.), *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, Sellier, München, 2006: “Both prof. S. WEATHERILL and prof. P-J SLOT agreed that article 295 EC is not a real limit. Property law has been brought into EU-law in so far as the internal market is considered. The article is close to absurd: it has to be read in an extremely narrow fashion, or the purpose of the EC-Treaty will come under pressure”, p. 237. En contra de que la UE tenga competencia en el ámbito del derecho de propiedad, ver ALPA, Guido, “European Community Resolutions and the Codification of ‘Private Law’”, en *ERPL*, N° 2, 2000: “Areas such as family law, succession and real property law are off limits”, p. 326.

³⁹⁸ AKKERMANS, B. y RAMAEKERS, Eveline, “Article 345 TFUE (ex Article 295 EC), its meanings and interpretations”, en *European Law Journal*, Vol. 16, Issue 3, 2010: “Article 295 EC is therefore concerned with the subjects of the property relationship, namely undertakings. Article 295 EC excludes application of the Treaty to the question whether these undertakings are held in private ownership – by shareholders – or in public ownership – by a Member State government. Given the limitation to undertakings, Article 295 EC is concerned only with legal persons and not natural persons as the subjects of the property relationship, which means that it has no bearing on consumers. Most importantly, the Article does not concern the content of the right of ownership, nor the objects of a right of ownership”, pp. 303 y 304. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1436478>. Ver asimismo RUTGERS, Jacobien W., *European Competence, A European Civil Code, A Common Frame of Reference or An Optional Instrument* (November 19, 2009), pp. 14 y 15. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1509382>.

³⁹⁹ Vid. *supra* en este mismo epígrafe.

222 TCEE “*implica únicamente que cada Estado miembro puede organizar como desee el régimen de propiedad de las empresas, siempre que respeten las libertades fundamentales consagradas por el Tratado*” (apartado 28). El Abogado General Colomer era del mismo parecer en sus conclusiones acumuladas a los *golden share cases* a través de un análisis histórico del art. 295 TCE⁴⁰⁰. Otros autores defienden que este precepto: a) únicamente prevé la prohibición de la UE de privatizar el derecho de propiedad y no conlleva un efecto horizontal, de tal forma que no afecta a las relaciones entre los particulares pero sí a los sistemas de propiedad y sus posibles objetos⁴⁰¹; o b) se refiere a la trascendencia pública del derecho de propiedad, por ejemplo la acción expropiatoria de la administración⁴⁰².

Por lo tanto, el art. 345 TFUE ya no cumple la función que desempeñaba en el momento de aprobarse el TCEE ya que en aquella época se trataba de evitar la socialización de la propiedad, particularmente de las empresas. En consecuencia, podríamos concluir que el derecho sustantivo no queda afectado por el art. 345 TFUE, pero lo cierto es que el TJCE sí que ha hecho referencia al aspecto sustantivo del derecho de propiedad en la sentencia de 10 de diciembre de 2002 (que también se refería al ejercicio del derecho de propiedad), así como en la de 13 de julio de 1995⁴⁰³, que se centraba en la propiedad intelectual. En este último caso el Gobierno de España solicitaba la anulación del Reglamento 1768/92 del Consejo, de 18 de junio, relativo a la

⁴⁰⁰ El Abogado General tiene como función principal emitir un informe no vinculante sobre cómo el TJCE debería resolver un caso determinado. El Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer entendía en sus conclusiones acumuladas presentadas el 3 de julio de 2001 que “la expresión «régimen de la propiedad» del artículo 295 TCE no remite al ordenamiento civil de las relaciones patrimoniales -aspecto, por lo demás, completamente ajeno a los fines de los Tratados-, sino al conjunto ideal de normas de todo tipo, tanto de origen jurídico-privado, como de derecho público, que son capaces de otorgar la titularidad económica de una empresa, es decir, que permiten a quien la ostenta ejercer una influencia decisiva en la definición y en la ejecución de todos o algunos de sus objetivos económicos (apartado 54) [...] En definitiva, el respeto, por parte del Tratado, del régimen de la propiedad en los Estados miembros, consagrado en el artículo 295 CE, debe extenderse a toda medida que, a través de la intervención en el sector público, entendido en sentido económico, permite al Estado contribuir a la configuración de la actividad económica de la nación (apartado 56)”. En sus conclusiones presentadas el 6 de noviembre de 2008 (Asunto C-326/07) en relación a las “acciones de oro” volvió a defender que el art. 295 TCE se refiere al conjunto de normas que regulan la titularidad de un negocio (ver apartado 36).

⁴⁰¹ Ver BALDUS, Christian, “Codification of Private Law in the European Community: The Legal Basis and Subsidiarity”, en *ERA-Forum. Extra Issue. Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, 2002, pp. 95 y 96.

⁴⁰² SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002, p. 207.

⁴⁰³ TJCE 1995\120. Caso España contra Consejo de la Unión Europea.

creación de un certificado complementario de protección para los medicamentos⁴⁰⁴. El principal argumento era la falta de competencia de la Comunidad en materia de propiedad industrial con base en los arts. 222 y 36 TCEE. Dos cuestiones revisten importancia: 1) el Consejo argumentaba que el art. 222 TCEE tenía por objeto garantizar de forma general a los Estados miembros la libertad de organizar el régimen de la propiedad, pero *“no puede prohibir cualquier intervención comunitaria en los derechos subjetivos de propiedad, so pena de paralizar las competencias de la Comunidad”* (apartado 14); y 2) el TJCE hace referencia a la Sentencia de 18 de febrero de 1992 (en la que se defendía que las normas de propiedad industrial de los Estados miembros no podían ser contrarias a la libre circulación de mercancías)⁴⁰⁵, y añade a aquella argumentación que el *“Tribunal de Justicia no ha consagrado la tesis según la cual las normas relacionadas con la propia existencia de los derechos de propiedad industrial son de la exclusiva competencia del legislador nacional”* (apartado 19), con lo que ni el art. 36 ni el 222 TCEE *“reservan al legislador nacional una facultad de regulación del derecho sustantivo de patentes que excluya toda actuación comunitaria en esta materia”*. De hecho, el Tribunal defiende la competencia de la Comunidad en esta materia y su regulación llevada a cabo en ese ámbito hasta la fecha (el Reglamento sobre marca comunitaria)⁴⁰⁶.

Por lo tanto, el art. 345 TFUE afecta a tres ámbitos determinados de acuerdo con el TJCE, que son: a) el régimen de propiedad de las empresas, en el cual la UE no podría intervenir; b) el ejercicio de los derechos de propiedad industrial (el art. 345 TFUE no impide a la UE controlar el ejercicio de estos derechos); y c) el contenido sustantivo de la propiedad industrial (el art. 345 TFUE no prohíbe o impide a la UE promulgar normas en este ámbito). La

⁴⁰⁴ DOCE nº L 2 julio 1992, núm. 182, [pág. 1]. Actualmente derogado por el Reglamento 2009/469, de 6 mayo (DOUE nº 16 junio 2009, núm. 152, [pág. 1]).

⁴⁰⁵ Vid. *supra* en este mismo epígrafe.

⁴⁰⁶ “23. Por otra parte, el Tribunal de Justicia confirmó en el dictamen 1/94, de 15 de noviembre de 1994 (Rec. p. I-5267), apartado 59, que, en el plano legislativo interno, la Comunidad dispone, en materia de propiedad intelectual, de una competencia de armonización de las legislaciones nacionales con arreglo a los artículos 100 y 100 A y puede basarse en el artículo 235 para crear nuevos títulos que se superpongan a los títulos nacionales, como hizo con el Reglamento sobre la marca comunitaria [Reglamento (CE) nº 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993 (LCEur 1994, 25), sobre la marca comunitaria (DO 1994, L 11, p. 1)]”, apartado 23.

normativa en materia de marcas, dibujos y modelos comunitarios son ejemplos que demuestran la aplicación de la doctrina del TJCE por parte de la Comisión Europea: estas normas no sustituyen a la normativa nacional en materia de propiedad industrial, pero permiten que un dibujo o marca nacional adquiera efectos a nivel comunitario⁴⁰⁷. La doctrina sentada en este último apartado por el TJCE no incluye al derecho sustantivo de propiedad en general, con lo que podría plantearse la duda de si esta materia quedaría reservada al legislador nacional. La problemática se plantea, pues, en si la doctrina del TJCE podría ser extrapolable a otras áreas del derecho de propiedad, incluidas las relaciones entre los particulares, en cuyo caso el art. 345 TFUE no constituiría definitivamente un límite a la actuación de la UE para legislar en materia de propiedad. La doctrina se ha posicionado a favor de esta interpretación⁴⁰⁸ y era la opinión del Consejo Europeo en la STJCE de 13 de julio de 1995. De hecho, la Comisión Europea ha promulgado normas relativas al derecho de propiedad a través del derecho secundario en relación al mercado interior⁴⁰⁹, pero el art. 345 TFUE ha sido un condicionante a la hora de regular la extensión de estas normas. Este hecho puede constatarse de las discusiones que precedieron a la Directiva 2000/35, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en la que se prevé la reserva de dominio (art. 4). La circunstancia de que el art. 295 TCE no tuviera un alcance preciso provocó que esta institución no se regulara con un mayor alcance, por miedo a llevar a cabo una interpretación demasiado flexible

⁴⁰⁷ Vid. *infra*. Epígrafe 2.9.

⁴⁰⁸ De acuerdo con BOGUSZ: "Case law would suggest that Article 295 EC is predominantly associated with intellectual property where the European Court of Justice has endeavoured to uphold the supremacy of EC law and balance the right of Member States to regulate certain aspects of intellectual property. Yet there is nothing within the provision to suggest that its scope does not extend to real property and such an interpretation would be entirely logical. This Treaty provision does not exclude all matters relating to property ownership from its scope", ver BOGUSZ, Barbara, "Modernising English Property Law: The Influence of Internal Market Principles", en *European Business Law Review*, Vol. 17, Issue 5, 2006, p. 1407; y PÉREZ DE NANCLARES, J. M., ob. Cit.: "Así, de la misma manera que en el citado asunto no excluyó del ámbito competencial comunitario a los derechos de autor y afines no existe tampoco fundamento para pensar que el artículo 295 excluya del ámbito competencial de la CE medidas de armonización de diversos aspectos del Derecho civil material emprendidas por la Comunidad (o a emprender en el futuro) que afecten al derecho de propiedad, incluidos los derechos reales", p. 145. No obstante, con posterioridad este autor niega que la UE tenga la competencia suficiente para crear un código civil europeo, pp. 153 y 154.

⁴⁰⁹ Vid. *infra*. Epígrafe 2.

de este precepto⁴¹⁰.

Por lo tanto, el principal problema es que el TJCE no aclara en ningún momento hasta dónde llega su competencia⁴¹¹, es decir, con qué alcance y limitaciones puede actuar el legislador europeo: que el art. 345 TFUE pueda ser interpretado de una forma flexible y que el TJCE haya proclamado en alguna ocasión la posibilidad de dictar normas en materia de propiedad industrial no debe llevarnos al error de entender que la UE tiene potestad para legislar cualquier materia relacionada con el derecho de propiedad (esta potestad comprendería tanto el concepto usual del término (el máximo derecho que se puede tener sobre una cosa, cfr. arts. 348 CC y art. 541-1 CCC), los derechos reales inmobiliarios (y, por extensión, los mobiliarios, como la prenda), los bienes inmateriales así como las acciones o los derechos de autor⁴¹²). Una clara advertencia la encontramos en la STJCE de 5 de octubre de 2000, que anuló la Directiva de 6 de julio de 1998 relativa a los productos de tabaco⁴¹³. La finalidad de esta norma era eliminar la publicidad del tabaco en ciertos artículos, no sólo en revistas y periódicos sino también en carteles, parasoles o ceniceros. El TJCE entendió que estas últimas prohibiciones no

⁴¹⁰ De acuerdo con MILO, J. M., "Combating Late Payment in Business Transactions: How a New European Directive Has Failed to Set a Substantial Minimum Standard Regarding National Provisions on Retention of Title", en *ERPL*, 3-2003: "In the EC legislative process the meaning of Article 295 EC also appears to be far from clear, as is illustrated by the discussion on the proposed directive on late payment. The Article was merely mentioned in the internal European discussion (on the level of the Council) on the proposed directive as a possible obstacle for proprietary EC legislation, but this apparently sufficed to prevent serious discussion on how to arrange property law matters". En su opinión el art. 295 TCE ha actuado en este caso como un *deus ex machina*. Así, "Article 295 ECT is thereby being misused. Due to this uncertainty as regards the meaning of 295, a European provision on retention of title in this directive has ended up being far less extensive than it could have been, if the most likely interpretation – protection against nationalizing property rights – would have been followed", p. 385. Ver también AKKERMANS y RAMAEKERS en cuanto a la presencia del art. 295 TCE en otras actuaciones, ob. Cit., pp. 305 y ss.

⁴¹¹ BOGUSZ tampoco llega a una solución clara después de analizar el *case law*, principalmente los *golden shares* ya mencionados: "There is no specific guidance from the Court on this in relation to property ownership, but an insight into a likely judicial approach may be found in the Opinion of Advocate General Colomer in the *Golden Shares* cases [...] Unfortunately, the Court did not comment on the Advocate General's argument in relation to the operation of Article 295 EC in the golden shares, and the exact boundary has yet to be determined no doubt on a case by case basis", ver BOGUSZ, B., ob. Cit., p. 1411.

⁴¹² Ver PÉREZ DE NANCLARES, J. M., ob. Cit., p. 145; y las resoluciones citadas *supra* epígrafe 4.3.1. por parte del TJCE.

⁴¹³ Directiva 98/43 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (DOCE n° L 30 julio 1998, núm. 213, [pág. 9]).

favorecían a las libertades fundamentales (la libre circulación de los soportes publicitarios y la libre prestación de servicios), y sostuvo que la Comisión no tenía base competencial para promulgar esta Directiva. El problema de la legitimación competencial se resume en la siguiente idea: “*The EC enjoys no carte blanche to harmonize laws*”⁴¹⁴.

La competencia que recoge el art. 345 TFUE no queda en ningún momento esclarecida y su indeterminación ha afectado al funcionamiento de las instituciones comunitarias (p. e. en el alcance de la reserva de dominio). Por lo tanto, y sobre la base de que la armonización del derecho de propiedad es indispensable para alcanzar una economía de mercado y que su armonización debería estar en consonancia con el resto de normas fundamentales y objetivos de la UE⁴¹⁵, podemos utilizar las libertades comunitarias como criterio para determinar la actuación de la UE en materia de propiedad. Por lo tanto, la solución consiste en analizar el debido respeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad⁴¹⁶.

1.4. Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad

1.4.1. El principio de subsidiariedad

Cuando se analiza la competencia no exclusiva de la UE para armonizar el Derecho privado europeo, ya sea desde una perspectiva sectorial o global, se acude de forma reiterativa a los principios de subsidiariedad y

⁴¹⁴ WEATHERILL, Stephen, “Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?”, en *ERPL*, N° 5, 2004, p. 644.

⁴¹⁵ De acuerdo con TRIMARCHI, Mario, “I beni e la proprietà”, en TIZZANO, Antonio, *Il Diritto Privato dell’Unione Europea*, Tomo I, G. Giappichelli editore, Torino, 2006, pp. 166 y 167; respecto al mismo autor, ver “Proprietà e diritto europeo”, ob. Cit.: “Al riguardo sembra di poter dire che in sede comunitaria la proprietà non può che essere riconosciuta e regolata se non in funzione degli scopi perseguiti dall’Unione europea e quindi dei valori assunti quali fondamentali dal diritto primario dei Trattati. Gli artt. 1, 2 e 6 del TUE e 2, 3 e 4 delineano, in modo significativo, un ordinamento fondato in campo economico-sociale”, pp. 718 y 719. El autor enuncia entre otros principios el de mercado y libre competencia o la protección cultural y del medio ambiente.

⁴¹⁶ COX, después de resumir y enunciar la idea de que el art. 295 TCE no constituye una barrera para regular el derecho de propiedad, prosigue argumentando que “The real question is whether the EU has a ground of competence to harmonise. As mentioned above, harmonisation must contribute to free movement. There is no competence to harmonise per se. If there is a ground for competence, one should ask the question whether this competence should be used, considering principles of subsidiarity and proportionality”, ver COX, K., “Summary of the...”, ob. Cit., p. 237.

proporcionalidad. Estos principios deben su origen al Protocolo de 2 octubre 1997 y deben cumplirse en cualquier actuación de la UE, aunque su aplicación difiere en algunos aspectos⁴¹⁷. El art. 5.3 TUE recoge el principio de **subsidiariedad**, en virtud del cual la actuación de la UE estaría legitimada siempre que *“los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”*.

¿Es posible una armonización de los derechos reales en base a este principio? Para aclarar esta problemática debemos atender al Protocolo de 2 de octubre de 1997, que marca una serie de directrices más claras que el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que ha incorporado el Tratado de Lisboa⁴¹⁸. Este Tratado crea un procedimiento de control de los proyectos legislativos de la UE. Así, los Parlamentos nacionales podrán realizar un dictamen motivado en el plazo de ocho semanas desde la remisión de un proyecto alegando la vulneración del principio de subsidiariedad (art. 6)⁴¹⁹, lo que constituye un procedimiento de

⁴¹⁷ TRATADO DE AMSTERDAM. Aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (DOCE nº C 10 noviembre 1997, núm. 340, [pág. 105]). Sucintamente, las diferencias son las siguientes: “There are however differences between the two principles. First, subsidiarity comes into play at an earlier stage than proportionality. It defines whether or not action must be taken at Community level. Proportionality, by contrast, comes into play only once it is decided that community action is necessary and seeks to define its scope. The second difference is this. Under Article 5(2), subsidiarity applies only in cases where the competence of the Community is not exclusive whereas, under Article 5(3), proportionality applies also where the Community enjoys exclusive competence”, ver TRIDIMAS, Takis, *The general principles of EU Law*, 2n Ed., Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 175.

⁴¹⁸ Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (Nº 2). Su art. 5 prevé lo siguiente: “Los proyectos de actos legislativos europeos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Todo proyecto de acto legislativo debería incluir una ficha con pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Esta ficha debería incluir elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una ley marco europea, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros, incluida, cuando proceda, la legislación regional. Las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta se sustentarán en indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos. Los proyectos de actos legislativos europeos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar”.

⁴¹⁹ “Todo Parlamento nacional o toda cámara de uno de estos Parlamentos podrá, en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de transmisión de un proyecto de acto legislativo en las lenguas oficiales de la Unión, dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el

control *ex ante* de la validez de la normativa comunitaria. Este proceso se ha denominado como de “alerta rápida”, que garantiza que los Parlamentos puedan pronunciarse sobre si una iniciativa afecta al principio de subsidiariedad⁴²⁰. Las directrices del Protocolo de 1997 coinciden en mayor o menor medida con la doctrina, que defiende que la actuación comunitaria debe superar dos *tests*: uno de necesidad y otro de eficacia. El primero consiste en que la Comunidad únicamente debe actuar cuando la actuación a nivel nacional, regional o local no permita alcanzar el resultado deseado. Como criterio de valoración podemos adoptar los efectos a escala de la acción, el coste de la inacción o la necesidad de mantener una coherencia razonable. El cumplimiento de este *test* no da vía libre a la UE sino que se ha de determinar conforme al segundo test (de eficacia) el “valor añadido” de la acción comunitaria, que se traduce en un análisis comparativo de los costes y beneficios de esta acción⁴²¹. Las directrices del **Protocolo** son las siguientes:

1ª) Que “*el asunto que se considera presenta aspectos transnacionales que no pueden ser regulados satisfactoriamente mediante la actuación de los Estados miembros*”.

En primer lugar, es difícil pensar que los Estados miembros, por iniciativa propia, lleguen a un entendimiento en una materia tan arraigada históricamente a los derechos nacionales como el derecho de propiedad. Una prueba fehaciente de esta disparidad es la respuesta de los Estados al Libro Verde del mercado hipotecario de 2005 en relación con la posible introducción de una eurohipoteca (una hipoteca contractualmente accesoria de la obligación garantizada)⁴²². Esta figura afecta directamente al régimen de propiedad del art. 345 TFUE al ser un derecho real de garantía y se considera positiva en la mayoría de casos, aunque existen países que mantienen una posición

proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas”.

⁴²⁰ Ver al respecto ARANDA, Elvira, “El Tratado de Lisboa y el fortalecimiento democrático de la Unión Europea”, en FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. y DÍAZ BARRADO, Castor M. (Dir.), *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 222 y 223.

⁴²¹ De acuerdo con CHICHARRO LÁZARO, A., ob. Cit., pp. 144 y 145 y 148.

⁴²² Vid. *infra*. Capítulo 4º, que se dedica al análisis de la eurohipoteca y su influencia sobre las libertades comunitarias y el mercado interior.

escéptica (p. e. Austria o Estonia)⁴²³.

En segundo lugar, el derecho de propiedad, por sí solo, no tiene un carácter transnacional sino marcadamente local. La propiedad únicamente adquiere tal carácter en determinadas situaciones, p. e. cuando una persona con residencia en un Estado miembro desea constituir derechos reales limitados sobre bienes muebles o inmuebles situados en otro Estado miembro (con independencia de la finalidad), que podría tener lugar a través de la garantía inmobiliaria prevista en las BG⁴²⁴ o la mobiliaria regulada en el DCFR⁴²⁵, o también cuando se produce una adquisición o transmisión transfronteriza del dominio sobre un bien determinado.

Por lo tanto, una armonización del derecho de propiedad debería llevar aparejada la de los derechos reales limitados que se establecen sobre ella, que abarcarían los distintos derechos que, en abstracto y a falta de una mayor concreción por la diversidad existente en la UE, podrían recaer sobre ella (p. e. el derecho real de usufructo)⁴²⁶.

2º y 3º) “2ª. *Las actuaciones de los Estados miembros únicamente, o la ausencia de actuación comunitaria, entrarían en conflicto con los requisitos del Tratado, o perjudicarían considerablemente, por algún otro cauce, los intereses de los Estados miembros; 3ª. La actuación comunitaria proporcionaría claros beneficios debido a su escala o a sus efectos en comparación con la actuación a nivel de los Estados miembros*”.

Para analizar esta cuestión es necesario constatar si una armonización de los derechos reales aportaría realmente beneficios al mercado interior. La relación coste-beneficio es uno de los criterios que adopta MATTEI⁴²⁷ a la hora

⁴²³ Para un estudio en mayor profundidad ver NASARRE AZNAR, S., “Reacciones al Libro Verde de la Unión Europea sobre el crédito hipotecario en torno a la Eurohipoteca”, en MUÑIZ ESPADA, Esther, SÁNCHEZ JORDÁN, Mª Elena, y NASARRE AZNAR, Sergio, *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy*, Colegio de Registradores de España, Madrid, 2008, pp. 125 y ss.

⁴²⁴ Vid. *infra*. Capítulo 4º, epígrafe 3.1.

⁴²⁵ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 3.2.

⁴²⁶ Para un análisis comparativo de los derechos reales en cosa ajena sobre bienes muebles e inmuebles vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 3.

⁴²⁷ MATTEI, U., “A transaction costs...”, ob. Cit., p. 538. Ver también GAMBARO, A., “Toward a Codification...”, ob. Cit.: “12.1. If one accepts the idea that the focus of any possible European law of property must consist in common rules which appertain to the circulation and protection in the nature of goods, then it immediately comes to mind that the guideline must be based on considerations of economic efficiency, and not on the desire to respect the largest possible number of national legal traditions”, pp. 96 y 97.

de perfilar el principio de subsidiariedad y la conveniencia de un código civil europeo: si éste ayuda a aminorar los costes de transacción, este principio se entendería plenamente cumplido. En caso contrario, esta idea debería rechazarse. La doctrina defiende que tanto una unificación o armonización en el ámbito de las garantías reales⁴²⁸ como cualquier acción en el derecho de propiedad⁴²⁹ no cumplirían con el principio de subsidiariedad. En nuestra opinión, la conveniencia de reglas comunes en el ámbito de las garantías inmobiliarias queda fuera de toda duda:

a) Primero, porque ayudarían a los nacionales a trasladarse libremente entre los Estados miembros fomentando la libre circulación de trabajadores, de servicios y de establecimiento y, a su vez, se fomentaría la movilización de capitales transfronteriza⁴³⁰. Un ejemplo claro lo encontramos en el derecho real de hipoteca, que ayudaría a la libre circulación de capitales transfronteriza (p. e. por la compra de un piso en otro Estado miembro), a la libertad de establecimiento (en el piso adquirido con la garantía), y a la libre circulación de trabajadores (traslado de un Estado miembro a otro, p. e. por movilidad laboral). Además, las sociedades podrían realizar inversiones en otros Estados miembros de diversa índole con la debida seguridad jurídica (p. e. operaciones de préstamo sindicadas)⁴³¹. El ejemplo transcrito podría trasladarse *mutatis*

⁴²⁸ Esta es la opinión de VERSTIJLEN, Frank. M. J., "General aspects of transfer and creation of Property Rights", en DROBNIG, U., SNIJDERS, H. J. y ZIPPRO, E.-J. (Ed.), ob. Cit., pp. 31 y 32.

⁴²⁹ GAMBARO es escéptico en cuanto a la posibilidad de que el derecho de propiedad pueda entenderse y explicarse mejor a través de la intervención de la UE, ver GAMBARO, A. "European aspects of Property Law", en WERRO, F. (Ed.), *New perspectives on European Private Law*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Suiza, 1998: "First of all it is worth nothing than even if article 222 of the ECC Treaty does not raise a complete bar to the disciplining of property at the European level, it is nevertheless true that the principle of subsidiarity makes it most doubtful that real property law could be explicated more effectively or usefully through application of a Europe-wide legislation, as opposed to the nuanced approaches offered by the various nacional laws already covering the subject [...] And, for this reason, it is better left to those local legal tradition which for hundred years have adressed these sigues in the manner most adapted to the locale. To be honest, one must admit that there is little room for any real property rule at the European level", pp. 76 y 77.

⁴³⁰ El art. 50.2.e) TFUE impone a la Comisión y al Consejo, a efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, ejercer sus funciones "haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro". Un derecho real de garantía redundaría en beneficio de esta libertad comunitaria.

⁴³¹ Ver en este sentido *infra* la influencia de una hipoteca común para europea sobre las libertades comunitarias, Capítulo 4º, epígrafe 4; y SIMÓN MORENO, Héctor, "La sindicación del préstamo inmobiliario en el corporate finance. Su posible optimización", en *RCDI*, Núm. 713, Julio-Agosto 2009, pp. 1350 y ss.

mutandi a otros derechos reales que persigan funciones de garantía, como la prenda.

b) Y segundo, porque un informe elaborado por la *London School of Economics* cifra en un aumento del 0,7% del PIB y del 0,5% del consumo privado los beneficios de una armonización en dichos mercados⁴³². Si a este informe le añadimos un instrumento óptimo en el mercado primario (eurohipoteca) y en los mecanismos de refinanciación hipotecaria (operaciones con *eurotrust*)⁴³³, se incrementaría la seguridad jurídica de las inversiones transfronterizas tanto en la vertiente activa como pasiva del mercado hipotecario⁴³⁴. Asimismo, el mercado interior también se beneficiaría de la creación de un derecho real de garantía sobre bienes muebles, aunque no existen estudios que cuantifiquen este beneficio. Por lo tanto, una armonización de los derechos reales de garantía aportaría beneficios para el conjunto de la UE⁴³⁵. El problema que se plantea es la insuficiente iniciativa de los gobiernos de los Estados miembros para llevar a cabo estas reformas, aunque lo cierto es que la prenda ha sido objeto de esfuerzos armonizadores a nivel europeo en el ámbito de las garantías financieras y a nivel doctrinal en el DCFR⁴³⁶, y los grupos de investigación implicados en esta armonización han optado por

⁴³² *The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets*, Agosto de 2005: “Gains for the EU25 overall in 2015. The gains for the EU25 overall in 2015 are shown in the first row. The OEF model predicts integration would raise overall EU25 consumption in 2015 by 0.5% and GDP by 0.7%. The gain in consumption is smaller than that in GDP since some of the increase in GDP reflects additional efforts spent maintaining housing. As section 3.4 explains, the OEF model may slightly overstate the likely gain in EU consumption, since it assumes any increase in profits from mortgage lending in the EU accrues to EU citizens. It is more likely that some of these profits would accrue to US citizens, due to the likely role of US lenders in the development of EU mortgage markets”, pp. 91 y 92. Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/fin services-retail/home-loans/integration_en.htm. Ver también AFFAKI, Georges, “Analysis of Obstacles to the Proper Functioning of the Internal Market”, en DROBNIG, U., SNIJDERS, H. J., ZIPPRO, E. (Ed.), ob. Cit., pp. 196 a 198.

⁴³³ Ver al respecto NASARRE AZNAR, S., “Eurohypothec & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the Integration of EU Mortgage Credit Markets”, en *Zentrum für Europäisches Rechtspolitik*, Universidad de Bremen. Diskussionpapier 7/2008, Bremen, 2008, pp. 9 y 13.

⁴³⁴ Ver en mayor profundidad *infra*. Capítulo 4º, epígrafe 4.

⁴³⁵ Ver FLEISIG, Heywood, “The economics of collateral and of a collateral reform”, en DAHAN, Frederique y SIMPSON, Jon, *Secured Transactions Reform and Access to Credit, European Bank for Reconstruction and Development*, 2008: “A simple economic model of any reform would compare the cost of undertaking a reform with the benefit from the reform. The greater the economic return from the reform, the more quickly the government will move ahead on it. Reforming the law of secured transactions seems to meet this test easily”, p. 92. El autor pone como ejemplo el derecho de garantías rumano, cuya reforma del año 2000 ha supuesto un incremento del 10% del PIB.

⁴³⁶ Vid. *infra*. Epígrafe 2.4 y Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 3.2 respectivamente.

estudiar principalmente el ámbito de las garantías reales⁴³⁷.

La cuestión en discordia es si esta relación coste-beneficio sería extrapolable a otros derechos reales, es decir, si el resto de derechos reales limitados podrían ayudar en la misma proporción que los ejemplos transcritos a la consecución o mejora del mercado interior. En nuestro estudio hemos tomado como punto de partida que sólo podrían ser armonizables aquellos derechos reales que redunden en beneficio de alguna (o todas) las libertades comunitarias. Veamos los siguientes ejemplos:

a) Junto con los de garantía, otro grupo de derechos reales son aquellos que otorgan un uso y goce sobre un bien determinado. Entre ellos podríamos incluir el derecho real de usufructo o disfrute total sobre un bien, el de uso o el de habitación (arts. 467 y siguientes CC y arts. 561-1 y siguientes CCC). Estos derechos también existen en el Derecho inglés (*profit à prendre*) y en el alemán (*Nutzungsrecht*). A primera vista, parecería cuestionable si una regulación europea de estos derechos redundaría en beneficio de las libertades comunitarias. Sin embargo, el usufructo tiene un claro contenido económico gracias a la posibilidad de obtener rendimientos de un grupo de acciones o fondos de inversión, con lo que la libre circulación de capitales y el mercado interior resultarían favorecidos. Por otra parte, los derechos que se centran básicamente en otorgar un uso o goce de la totalidad de una vivienda o parte de ella con carácter real permiten la libre circulación de trabajadores entre los Estados miembros y constituyen una alternativa real al acceso a una vivienda⁴³⁸. El potencial uso de estos derechos viene condicionado en gran medida por la armonización de otras áreas del derecho (p. e. del derecho de sucesiones en el caso del usufructo de los bienes del causante). Por lo tanto, este grupo también tendría cabida en una armonización europea.

b) Un tercer grupo de derechos son aquellas limitaciones de la propiedad que se constituyen en favor de un tercero, p. e. las servidumbres o el derecho

⁴³⁷ Vid. *infra*. Epígrafe 5.

⁴³⁸ Ver en este sentido NASARRE AZNAR, S. y RIVAS NIETO, Estela, "Las nuevas sociedades anónimas cotizadas en el mercado inmobiliario (SOCIMI): ¿solución para el alquiler de vivienda en España?", en *Centro de Estudios Financieros (CEF)*, núm. 105, Octubre 2009. En cuanto al potencial uso de derechos reales para finalidades de vivienda, como el censo enfiteútico, vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafes 3.1.2 y 3.3.

de superficie. La doctrina⁴³⁹ se posiciona a favor de que estos derechos redundan en beneficio de las libertades comunitarias, al posibilitar que un emprendedor con pocos recursos económicos pueda construir sobre un terreno sin tener que hacer frente a su previa adquisición. Así, un derecho de superficie común en la UE promovería el establecimiento de empresas en otros Estados miembros con un coste menor. En nuestra opinión, estos derechos no deberían regularse para atender a las necesidades locales, sino atendiendo a punto de vista estrictamente comercial o empresarial. Su inclusión en una armonización europea dependería de que facilitase el establecimiento eficiente de empresas en otro Estado miembro y la potestad de construir en suelo ajeno a través del desarrollo comercial o empresarial de los terrenos.

c) Un cuarto grupo relacionado con el anterior son las cargas reales. SMITS se ha pronunciado respecto a la posible armonización de la enfiteusis⁴⁴⁰. Es cierto que las cargas reales limitan la propiedad y no tienen un carácter transfronterizo sino que dependen del contexto jurídico y social en el que nacen. No obstante, el censo enfiteutico sí que podría servir para finalidades de vivienda y fomentar la libertad de establecimiento y la libre circulación de trabajadores⁴⁴¹. En cuanto a las relaciones de vecindad,

⁴³⁹ “At first glance it seems that land burdens like servitudes and easements which give the right to use or to prevent the use of an estate have mere regional importance and are not relevant for the basic freedoms in the internal market. But a more exact examination reveals that also servitudes and easements can have influence on the free movement of persons, services and capital as well as on the freedom of establishment. For example, a servitude allows an entrepreneur to build a pipeline. Instead of being forced to buy the land at high costs in order to build a pipeline he can achieve the same result by simply acquiring a servitude at lower costs. The servitude allows him to use the land for the construction of the pipeline without the need to acquire ownership of the land [...] Thus it could make the cross border investment in other Member States much easier and promote the establishment of enterprises throughout the internal market if there would be a unified or at least harmonised law of land burdens. The investment would be encouraged best if the land burdens were flexible enough to satisfy the need of every investor and to survive a change of ownership in the estate”, ver MANFRED, Wolf, “Marketability contra Freedom of Parties in the Law of Land Burdens”, en VAN ERP, S. y AKKERMANS, B. (Eds.) *Towards a Unified System of Land Burdens?*, Intersentia, Oxford, 2006, pp. 11 y 12.

⁴⁴⁰ Este autor está a favor de la teoría de *free movement of legal rules*, es decir, en un mercado interno sin restricciones el Derecho comunitario emergería automáticamente, sin intervención de la UE ni otros sistemas (p. e. nuevos principios como *soft law*): sólo los jueces y partes implicadas. Por lo tanto, no serían necesarias otras figuras que estuvieran fuera de esta finalidad: “The economy, the motor of European integration, is also the motor of legal unification; it is not necessary, for instance, that a uniform law be drafted governing the typically real rights like emphyteusis (hereditary lease of real property) or common property of neighbours”, ver SMITS, Jan, “A European Private Law as a Mixed Legal System”, en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 5, 1998, pp. 337 a 339.

⁴⁴¹ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 3.3.

entendemos que no existen bases competenciales suficientes para sostener su armonización porque es difícil que redunden directamente en beneficio de las libertades comunitarias. En el mismo sentido se posiciona GAMBARO, que defiende que la mejor solución respecto a las relaciones de vecindad sería remitirlas a las legislaciones nacionales (aplicándose la *lex rei sitae*)⁴⁴². Aun así, los Estados miembros deberían facilitar el listado de estas posibles cargas reales que recaen sobre un determinado bien, sobretodo si algunas de ellas tienen un origen legal (p. e. la carga que pesa sobre el adquirente de un bien inmueble de pagar las cuotas del anterior inquilino vencidas y no satisfechas prevista en los art. 9.1.e) de la Ley 41/1960, de propiedad horizontal (en adelante, LPH)⁴⁴³ y 553-5 CCC). Esto podría tener lugar en el contexto de un posible eurorregistro en un sistema de propiedad europeo⁴⁴⁴.

A falta de mayores estudios económicos en torno a estos derechos reales, creemos que su armonización tendría una influencia beneficiosa en el mercado interior aunque no estén al mismo nivel de impacto y relevancia económica que las garantías reales mobiliarias e inmobiliarias.

Por último, debe destacarse que una regulación de los derechos reales también afectaría al **derecho de propiedad**. Con anterioridad hemos discutido qué derechos reales limitados podrían ser armonizados al aportar un beneficio al mercado interior, pero en nuestra opinión no tiene sentido centrarse únicamente en éstos omitiendo los conceptos legales más esenciales y que subyacen en todos los ordenamientos jurídicos. Así, la *mortgage* inglesa y la *Hypothek* alemana son derechos reales de garantía que no son intercambiables entre sí porque su naturaleza jurídica es distinta, aunque ambas persigan una finalidad de garantía⁴⁴⁵. Pero lo más importante es que el derecho gravado más común de cada una de ellas es diferente: el *freehold* no tiene el mismo significado que la *Eigentum* alemana. Como veremos con posterioridad, la conceptualización de este derecho es diferente en los distintos

⁴⁴² "The reality is that the job of a civil code is not to fix the legal rules which define the powers of a property owner. Property rights themselves are none other than a set of limitations, and these limitations are to be found throughout the whole complex of the legal system, and it is better to leave them just where they are, with all their variety and flexibility intact", de acuerdo con GAMBARO, A., "Toward a Codification...", ob. Cit., p. 91.

⁴⁴³ BOE 23 julio 1960, núm. 176, [pág. 10299].

⁴⁴⁴ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado III, epígrafe 2.3.1.

⁴⁴⁵ Ver al respecto *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 3.

Estados miembros (en particular, entre los pertenecientes al derecho angloamericano y a los sistemas de derecho civil)⁴⁴⁶. Por lo tanto, una armonización del derecho de garantías (o de los derechos reales en cosa ajena) debería llevar aparejada el derecho de propiedad. De hecho, cuando la doctrina aborda la cuestión de la armonización de los derechos de garantía sitúa como primer problema a resolver las diferentes nociones del derecho de propiedad en los sistemas de derecho civil y en el derecho angloamericano⁴⁴⁷.

1.4.2. El principio de proporcionalidad

En cuanto al principio de **proporcionalidad**, el art. 5.4 TUE establece que *“el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados”*. En términos jurisprudenciales, se exige que *“los medios que aplica una disposición comunitaria sean aptos para alcanzar el objetivo perseguido y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzarlo”* (STJCE de 10 diciembre de 2002)⁴⁴⁸. Este principio tiene un alcance más general que el principio de subsidiariedad porque se aplica a cualquier actuación comunitaria, y a tenor de la doctrina tiene una mayor importancia que éste. La razón es la dificultad de que una armonización europea pueda llevarse a cabo por iniciativa propia de los Estados miembros en determinadas áreas, como en nuestro caso el derecho de propiedad. Este argumento provocaría un cambio de perspectiva: en lugar de demostrar la eficacia de la intervención comunitaria habría que poner todos los esfuerzos en justificar el respeto al principio de proporcionalidad⁴⁴⁹. Es cierto que el principio de subsidiariedad tiene un peso

⁴⁴⁶ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.

⁴⁴⁷ A continuación enumera las diferencias en el ámbito contractual y finalmente la creación y ejecución de las diversas garantías. Ver RANK, Willem, “Harmonisation of National Security Rights”, en DROBNIG, U., SNIJDERS, H. J., ZIPPRO, E., ob. Cit., pp. 206 y 208.

⁴⁴⁸ Apartados 122 a 141. Ver también la STJCE de 11 de julio de 2002 [TJCE 2002\226]. Caso *Käserei Champignon Hofmeister GmbH and Co. KG contra Jonas* (apartados 59 a 68).

⁴⁴⁹ La doctrina se ha posicionado a favor de la competencia de la UE para elaborar un código civil europeo, no siendo ningún impedimento el principio de subsidiariedad: “No constituye ningún obstáculo el principio de subsidiariedad (del Derecho comunitario) que ordena el art. 5.2 TCE, toda vez que es evidente que esta armonización es una tarea que los Parlamentos nacionales no pueden llevar a cabo y, por lo tanto, que la intervención europea, que el propio art. 5 TCE legitima, es necesaria (vid. también arts. 65 y 308 TCE). Parece que cualquier esfuerzo de armonización implica una lectura en positivo del principio de subsidiariedad”, ver ARROYO i AMAYUELAS, E., “Estudio preliminar...”, ob. Cit., pp. 55 y 56. De acuerdo con

menor que el principio de proporcionalidad, pero las directrices del Protocolo de 1997 no sólo tienen relevancia en la improbable actuación conjunta de los Estados miembros sino también en los posibles beneficios para el mercado interior. Este último requisito tiene la suficiente importancia para considerar al principio de subsidiariedad como un verdadero límite a la actuación de la UE.

El principio de proporcionalidad se compone de tres **tests**: a) el de adecuación, es decir, los medios elegidos por la UE deben ser adecuados para alcanzar el fin perseguido; b) el de necesidad, que consiste en que no exista otra medida menos restrictiva o perjudicial para los ciudadanos al alcance de la UE; y c) el de proporcionalidad *stricto sensu*, que consiste en un balance entre el perjuicio sufrido por los ciudadanos y el lucro obtenido por la sociedad⁴⁵⁰. Este último test también ha recibido el nombre de “*true proportionality*”, que incluiría el debido respeto tanto a los particulares como a las competencias e intereses nacionales (p. e. culturales y vinculados a la tradición). También en este último test podemos vislumbrar una relación coste beneficio, es decir, la actuación de la UE debería ser lo menos gravosa posible y sus inconvenientes no podrían superar cualitativamente a sus beneficios. Entendemos que este enfoque es distinto al del principio de subsidiariedad: en éste el beneficio es para el mercado común u interior; en aquél se valora las propias instituciones de los Estados miembros. Por ejemplo, la armonización de los derechos

SÁNCHEZ LORENZO “la discusión no debe centrarse, a nuestro modo de ver, en un test de eficacia, puesto que la armonización por la vía unilateral de los Estados miembros, salvo que creamos en los milagros, no puede ser en modo alguno una medida de eficacia comparable a la acción institucional. El problema radica en determinar el grado de necesidad de dicha armonización, y en fijar un alcance y un contenido que no contradiga el principio de proporcionalidad”, ver SÁNCHEZ LORENZO, S., “Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea”, en ÀREA DE DRET CIVIL, Universitat de Girona (Coord.), *El Dret civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa. 26 i 27 de setembre de 2002*, Girona, Documenta Universitaria, 2003, p. 73.

⁴⁵⁰ CHICHARRO LÁZARO, A., ob. Cit., pp. 152 a 154. El test de proporcionalidad “*stricto sensu*” también ha recibido el nombre de “*true proportionality*”, que incluiría el debido respeto tanto a los particulares como a las competencias e intereses nacionales (p. e. culturales y vinculados a la tradición). En el mismo sentido DAVIES, Gareth, “Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time”, en *Common Market Law Review*, Nº 43, 2006: “While the legitimate Community goals would be advanced, the cost in Member State interests would be disproportionately large. This is the so called “third element” of proportionality, “true proportionality” as it is sometimes called. While the most commonly used elements of proportionality are the first two parts of the test, which ask whether a measure actually contributes to achieving its stated goal and whether it goes further than is necessary to achieve that goal, the third part asks whether, assuming it passes the first two tests, it is also proportional to that goal”, p. 71. Ver también pp. 81 y ss.

contractual e hipotecario se justificaría en las dificultades de conocer y utilizar la norma extranjera para llevar a cabo de forma eficaz operaciones transnacionales en estos ámbitos. No obstante, ¿reportaría su armonización un beneficio al mercado interior? -*principio de subsidiariedad*-, ¿sería respetuosa esta acción con la cultura y tradición jurídicas de cada Estado miembro? -*principio de proporcionalidad*-.

En definitiva, el debido respeto al principio de proporcionalidad se encuentra en: a) ver si la acción comunitaria es un medio idóneo en abstracto para armonizar los derechos reales -tests de adecuación y de necesidad- (p. e. *soft law* o un código civil europeo); y b) encontrar el debido equilibrio entre ésta y su incidencia en los Estados miembros -“*true proportionality*”-. Este debate se llevará a cabo en el capítulo 3º, en el que se propone un sistema de propiedad europeo⁴⁵¹.

2. Iniciativas de la UE en el derecho secundario

La UE ha promulgado en el ámbito de los derechos reales diversas directivas y reglamentos⁴⁵². Como es sabido, la diferencia esencial entre ambos instrumentos es el grado de armonización que consiguen⁴⁵³. Estas normas comunitarias son analizadas a continuación.

2.1. La restitución de bienes culturales

La protección de los bienes culturales se recoge en la Directiva 93/7, de 15 de marzo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro⁴⁵⁴. La finalidad de esta norma

⁴⁵¹ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado IV.

⁴⁵² Enumeradas en su mayoría por VAN ERP, S. “European and National...”, ob. Cit., pp. 8 y 9; y del mismo autor, “Security Interests: A Secure Start for the Development of European Property Law”, en *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, No. 5, 2008, p. 20. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1297282>.

⁴⁵³ La directiva no se aplica directamente desde su promulgación por la UE sino que los Estados miembros tienen cierta libertad para transponerla en sus respectivos ordenamientos jurídicos, siempre y cuando respeten sus líneas esenciales. Por el contrario, el reglamento es aplicable directamente desde su promulgación, lo que permite que las mismas normas se apliquen por igual en todos los Estados miembros (arts. 115 y 114 TFUE -antiguos arts. 94 y 95 TCE-).

⁴⁵⁴ DOCE nº L 27 marzo 1993, núm. 74, [pág. 74]. Ver respecto a las fuentes y otras normas que inciden de forma indirecta en los bienes culturales, ARROYO i AMAYUELAS, E., BENACCHIO, G.A., PASA, B. y VIÑAS, R. (Coords.), *Repertorio de derecho civil y mercantil*

es que un Estado miembro pueda reclamar aquellos bienes sustraídos de su territorio en dos supuestos: a) cuando la sustracción haya tenido lugar de forma ilegal en contra de la legislación vigente; o b) cuando un bien cedido voluntariamente de forma temporal no fuese devuelto en tiempo y forma.

La Directiva 93/7 se limita a proteger bienes determinados, es decir, únicamente los que formen parte del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional. Estos bienes se encuentran clasificados en el Anexo I atendiendo a su valor cultural, económico o a su antigüedad⁴⁵⁵, aunque los Estados pueden ampliar los bienes protegidos expresamente por la Directiva en sus respectivas legislaciones (art. 14).

Los Estados miembros, en su caso, tendrán a su disposición una **acción de restitución** del bien cultural que prescribirá en el plazo de un año desde que tengan conocimiento del lugar en que se encontraba el bien y de la identidad de su poseedor o tenedor (el poseedor es aquél que tiene la posesión material del bien cultural por cuenta propia, mientras que el tenedor tiene la posesión material por cuenta ajena (arts. 1.6 y 7)). En cualquier caso, la acción precluirá a los treinta años a contar de la fecha en que el bien cultural haya salido de forma ilegal del territorio del Estado miembro requirente (art. 7). El tribunal competente del Estado miembro requerido concederá al poseedor una indemnización que considere equitativa siempre que tenga el convencimiento de que el poseedor ha actuado con la diligencia debida en el momento de la adquisición (art. 9).

Los problemas que plantea esta Directiva en relación al derecho de propiedad son los siguientes:

comunitario: con legislación, jurisprudencia, doctrina y notas de concordancia con el Derecho español, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 83 y ss.

⁴⁵⁵ "Su contenido no puede ser más exhaustivo al utilizar un doble criterio: el del art. 36 del Tratado, los determinados por cada Estado como parte de su "patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional", y el de enumeración, atendiendo a su categoría y valor económico. Tal aptitud es tan vasta que da la primera impresión de que cualquier creación humana va a poder ser un bien cultural siempre que alcance el límite económico establecido. Y ahí es donde se encuentra el contrapeso necesario, en su valor económico, ya que si no tal exhaustividad sería inoperativa. Junto a ello también se emplea el criterio temporal, atendiendo a que tengan 100, 75 ó 50 años de antigüedad los citados bienes descritos (apartados 1.b.A.2ª, 3ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 13ª, 14ª). Por tanto, la normativa europea a la hora de definir los bienes culturales emplea los tres criterios señalados: valor cultural, valor económico y la antigüedad. Si bien el elemento primordial es el del valor cultural declarado por los Estados, proveniente del art. 36 del TCEE", ver ANGUITA VILLANUEVA, Luis A. "La Protección Jurídica de los Bienes Culturales en el Derecho Español", en *Ius et Praxis*, 2004, Vol.10, no.1. Texto disponible en <http://dialnet.unirioja.es/>.

1) La propiedad del bien cultural tras su restitución se regirá por la legislación interna del Estado miembro requirente (art. 12). De esta manera, la Directiva evita regular el régimen de propiedad y sólo recoge la acción de restitución que no tiene originariamente el mismo alcance en todos los Estados. En el Derecho español sí que podría asimilarse a una acción reivindicatoria para recuperar la propiedad perdida (arts. 348 CC y 544-1 CCC), pero en el Derecho inglés esta acción se ubica en el ámbito de la responsabilidad civil con unas consecuencias bien distintas: es posible que el juez no condene al poseedor a la entrega de la cosa sino sólo a una indemnización por daños y perjuicios (no es la situación más común pero existe esta posibilidad)⁴⁵⁶. La s. 6.(1) de la Ley *The Return of Cultural Objects Regulations* de 1994⁴⁵⁷ configura la acción de restitución como un “*right of action against the possessor or, failing him, the holder, for the return of a cultural object which has been unlawfully removed from its territory*”. Esta ley adopta una acción de naturaleza similar a la acción reivindicatoria, ya que la prosperidad de la acción desemboca necesariamente en la restitución del bien.

2) La Directiva 93/7 define la posesión de un bien como una *posesión material*, es decir, como una relación fáctica entre la persona y el objeto. Sin embargo, delega tácitamente a los Estados miembros los efectos de dicha posesión, que en los bienes inmuebles es una situación de hecho en los sistemas de derecho civil pero en el derecho angloamericano da origen a un *property right* transferible a terceros⁴⁵⁸. Un ejemplo es el art. 9 de la Directiva, que concede al poseedor una indemnización equitativa a tenor de las circunstancias de cada caso siempre que haya actuado con la diligencia debida. Este precepto ni define qué debemos entender por diligencia ni enumera qué conceptos pueden incluirse dentro de esta indemnización. Esta tarea corresponderá a las legislaciones y a los tribunales de los distintos Estados miembros. Así, el art. 8.2 de la Ley 36/1994, de 23 de diciembre⁴⁵⁹, que transpone esta Directiva en el Derecho español, establece que también

⁴⁵⁶ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado I, epígrafe 4.1.3.2.

⁴⁵⁷ *Statutory Instrument* 1994, No. 501.

⁴⁵⁸ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.1.

⁴⁵⁹ Incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 marzo 1993 (LCEur 1993, 750), relativa a la restitución de los bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro de la Unión Europea (BOE 24 diciembre 1994, núm. 307, [pág. 38672]).

debe tenerse en cuenta la buena fe del poseedor. En este sentido, el CC prevé que el poseedor de buena fe (aquel que ignora que en su título o modo de adquirir existe un vicio que lo invalida, art. 433.1 CC) hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión (art. 451 CC). La misma previsión se contempla en los arts. 522-1 y 522-3.1 CCC. La SAP de Madrid de 21 de julio de 2008⁴⁶⁰ incluye como indemnización los gastos de conservación del bien reclamado, aunque finalmente no los concedió a su poseedor por serlo de mala fe.

3) En el período comprendido entre 1999 y 2003 sólo se llevaron a cabo 3 acciones de restitución. Los Estados miembros demandan tanto la ampliación del plazo para el ejercicio de la acción hasta los 3 años como mejoras en la cooperación entre ellos⁴⁶¹. De hecho, el plazo de un año es sorprendentemente breve en relación a los Derecho español, catalán, inglés y alemán. En estos ordenamientos los plazos para la recuperación de la propiedad son mucho más amplios. Así, en el Derecho español las acciones reales prescriben a los 30 años si recaen sobre inmuebles y a los 6 años si recaen sobre muebles, a no ser que la persona contra la que se dirige la acción haya adquirido el bien por usucapión⁴⁶²; en el Derecho catalán la acción reivindicatoria no prescribe, sin perjuicio de lo que establezca el CCC en materia de usucapión (art. 544-3 CCC). Lo mismo puede predicarse en los Derechos inglés y alemán, en los que la usucapión extingue el derecho de propiedad llegado el plazo pactado (s. 96.(1) LRA 2002, que exige un acto expreso del usucapiente, y §§ 900 y 197.1.1 BGB).

2.2. La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales

⁴⁶⁰ AC 2008\1598.

⁴⁶¹ Ver los apartados 5.2.2 y 6.2 del Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo - Segundo informe sobre la aplicación de la Directiva 93/7/CEE del Consejo, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (COM/2005/0675 final). En el año 2000 sólo se había ejercitado una pero finalmente no se llevó a cabo por acabar en acuerdo amistoso, Informe COM/325/2000, de 25 mayo. En la actualidad existe una propuesta de directiva del Parlamento europeo y del Consejo que no amplía el plazo para la restitución del bien (COM (2007) 873 final).

⁴⁶² DÍEZ PICAZO, L. M^a y GULLÓN, A., *Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 450.

La Directiva 2000/35, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, tiene un ámbito de aplicación reducido a aquellas operaciones en las que se produzca una entrega de bienes o prestación de servicios entre empresas o entre éstas y los poderes públicos (arts. 1 y 2). Además, su voluntad no es armonizar toda la normativa de morosidad en operaciones comerciales sino sólo determinados aspectos⁴⁶³.

La única repercusión respecto a los derechos reales es la posibilidad de que el vendedor pueda retener la propiedad de la cosa vendida a través de la **reserva de dominio**, siempre que el vendedor y el comprador lo pacten expresamente (art. 4). La Directiva define la reserva de dominio como aquella *“estipulación contractual en virtud de la cual el vendedor conserva la propiedad de los bienes en cuestión hasta el pago total del precio”* (art. 2.3), pero no regula los posibles efectos de esta cláusula. Así, en el caso de que un promotor/vendedor lleve a cabo una compraventa de un bien mueble o inmueble a un comerciante con un pacto de reserva de dominio, el adquirente tiene una expectativa de adquirir la plena propiedad del bien por el pago completo del precio que puede verse frustrada si, por ejemplo, el promotor lleva a cabo una venta posterior del bien a un tercero que desconoce la existencia de dicha cláusula. ¿En qué medida este pacto será oponible a los terceros de buena fe? Otros casos no resueltos por la Directiva son cómo afectaría un embargo del bien inmueble por encontrarse el promotor en deudas con la Hacienda Pública, qué derechos asistirían al promotor en caso de incumplimiento de la obligación de pago por parte del comerciante, qué ocurriría si en este caso el comerciante se niega a devolver el bien o si el uso de esta cláusula es extensible a otros bienes u obligaciones⁴⁶⁴. La solución a

⁴⁶³ Ver el apartado 21 de la STJCE de 3 de abril de 2008 [TJCE 2008\70]. Caso 01051 Telecom GmbH contra Deutsche Telekom AG; en el mismo sentido, STJCE de 26 de octubre de 2006 [TJCE 2006\311]. Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Italia, apartado 23: “Con carácter preliminar, debe subrayarse que la referida Directiva (LCEur 2000, 2084) no lleva a cabo una armonización de todas las normas relativas a la morosidad en las operaciones comerciales, ya que regula tan sólo determinadas normas concretas encaminadas a luchar contra tales morosidades, a saber, los intereses de demora (artículo 3), la reserva de dominio (artículo 4) y los procedimientos de cobro de créditos no impugnados (artículo 5)”.

⁴⁶⁴ Algunos de estos problemas los enumera SALAZAR ROMERO, Juan Antonio, “La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: comentario a la Directiva 2000/35”, en *Revista General de Derecho Europeo*, Nº 4, mayo 2004. Referencia Base de Datos jurídica

estas incógnitas las encontraremos en las normas de Derecho internacional privado. Así es como la STJCE de 26 de octubre de 2006 resolvió las dudas en torno a los requisitos para la validez de la cláusula de reserva de dominio y su oponibilidad a terceros, delegando sus efectos a las legislaciones nacionales (apartados 27 y 30)⁴⁶⁵. Ello también se deduce de la propia Directiva, que a la hora de definir la reserva de dominio comienza disponiendo que “*los Estados miembros dispondrán, de conformidad con la normativa nacional aplicable de conformidad con el Derecho internacional privado, que el vendedor...*”. Esta remisión ha sido criticada expresamente por la doctrina⁴⁶⁶.

Todas estas cuestiones no resueltas por la Directiva afloran en el momento en que las partes se plantean pactar una reserva de dominio, lo que provoca que tengan que dedicar tiempo y recursos en averiguar todas las potenciales normas que podrían resultar de aplicación al contrato de compraventa.

Además, la reserva de dominio tiene a día de hoy un contenido distinto en los diferentes Estados miembros, tanto en su forma (p. e. escrita o verbal), su naturaleza jurídica (p. e. si se trata de una condición suspensiva, resolutoria

IUSTEL: RI §402550. Para este autor “existen no pocos ni desdeñables problemas que sólo podrán ser resueltos, a medio plazo, bien mediante la interpretación del TJCE, bien mediante una futura unificación conceptual de ámbito al menos europeo”. Otros ejemplos los pone de manifiesto MILO, J. M., ob. Cit.: “Furthermore, the provision is still unclear as to the extent of a retention of title: which claims may a clause effectively ensure? “Retains title to goods until they are fully paid for”, does this mean the most simple retention of title? Or should slight extensions be recognized as well? Until the price for other goods delivered to the same buyer is paid? Services rendered on the basis of the same contract?”, p. 392.

⁴⁶⁵ “30. Por lo tanto, las normas que se cuestionan en el presente caso, que se refieren a la oponibilidad de las cláusulas de reserva de dominio a terceros, cuyos derechos no se vean afectados por la Directiva 2000/35, continúan estando reguladas exclusivamente por los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros. 31. En estas circunstancias, la República Italiana no ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/35, al disponer que, para ser oponible a los acreedores del comprador, la cláusula de reserva de dominio debe ser confirmada en cada una de las facturas de entrega sucesivas que tengan fecha cierta anterior al procedimiento de embargo y figuren regularmente registradas en los libros contables”.

⁴⁶⁶ “The fact that Article 4 of the Directive refers to the applicable national law, as determined by international private law, is a major weakness of the Directive [...] It is therefore submitted that the *lex rei sitae* can no longer be applied in relation to retention of title to movable property. This follows from the requirements set out in Article 4 of the Directive according to which Member States should make it easier for the seller to enforce its retention of title across the European Union [...] This result can be achieved if precedence is given to the *lex contractus*, i.e. the law chosen by the parties to the contract or, if no choice-of-law clause exists, to the law of the seller’s home country in accordance with Article 4.2 of the Rome Convention”, ver REINHARD SCHULTE-BRAUCKS, Reinhard, y ONGENA, Steven, “The Late Payment Directive – a step towards an emerging European Private Law?”, en *ERPL*, N° 4, 2003, pp. 535, 537 y 538.

o una forma de garantía real), como en su alcance, ya que la Directiva prevé una reserva de dominio simple que no permite abarcar otros supuestos de mayor complejidad, p. e. las reservas de dominio continuadas, en las que el vendedor permite al comprador volver a vender el objeto reservándose uno de ellos su propiedad o dominio (p. e. el vendedor original), o las ampliadas, en las que la transmisión de la plena propiedad del bien no sólo depende del pago completo de su precio sino que dicha transmisión se hace depender, además, del cumplimiento de otras obligaciones que el comprador tenga contraídas con el vendedor. Estas fórmulas reciben el nombre de reservas de dominio complejas y tienen su origen en Alemania (donde tienen un derecho de satisfacción separada en procesos concursales), y se han extendido a otros países como Gran Bretaña o Austria⁴⁶⁷. Por lo tanto, la Directiva 2000/35 no consigue su objetivo primordial: una armonización completa de la reserva de dominio a nivel europeo. Este hecho provoca que las partes interesadas en pactar reservas de dominio complejas tengan que averiguar su regulación y efectos en otros Estados, que varían en cada uno de ellos. Así, el estudio de las reservas de dominio continuadas llevado a cabo por KIENINGER⁴⁶⁸ muestra que si el comprador no ha procedido aún a la venta del bien y éste entra en situación concursal, el vendedor puede hacer valer sin problemas el pacto de reserva de dominio (esta es la solución que adoptan países como Alemania, Grecia, Austria, Italia o Inglaterra), mientras que si se ha procedido a su venta el vendedor primitivo no tiene ninguna acción contra el tercer adquirente⁴⁶⁹. No obstante, sí que puede hablarse de la obtención de un *common core* a nivel europeo en su forma simple (es decir, de un estándar

⁴⁶⁷ Ver al respecto el análisis comparativo de la reserva de dominio de OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, "La reserva de dominio como instrumento de lucha contra la morosidad en la Directiva 2000/35/CEE y en la Ley 3/2004", en *RDPa*, Año 2006-1, N° 16, pp. 108 y ss. El autor considera que los resultados de la Directiva son más bien modestos, si bien "puede considerarse como una medida que, al menos, resultará positiva para los empresarios europeos dedicados a la exportación intracomunitaria de bienes muebles, la propia incertidumbre que plantea la interpretación de la referencia al Derecho Internacional Privado así como la exclusión de su ámbito de aplicación de las cláusulas de reserva de dominio extendidas y prolongadas", p. 113. En la misma línea ver la obra de KIENINGER, Eva Maria, *Security rights in movable property in European private law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 246 y ss. en cuanto a los resultados; respecto a las reservas de dominio complejas ver MARTÍNEZ ROSADO, Javier, "Consideraciones en torno a modernas figuras de garantía: las reservas de dominio complejas", en *RDP*, Julio, 2003. Id. vLex: VLEX-193697.

⁴⁶⁸ KIENINGER, E. M., ob. Cit., pp. 298 a 300.

⁴⁶⁹ KIENINGER, E. M., ob. Cit., pp. 343 y 344.

mínimo que puede identificarse en la mayoría de Estados miembros de la UE)⁴⁷⁰.

A pesar de que este pacto puede tener una gran trascendencia en el ámbito de los derechos reales al afectar a su modo de transmisión, una parte de la doctrina considera que en el Derecho español esta cláusula (recogida en el art. 15 de la Ley 28/1998) no afecta a la teoría del título y el modo, cuyo cumplimiento es necesario para transmitir la plena propiedad al comprador (art. 609 CC). La doctrina parte de la consideración de la compraventa como un contrato sinalagmático en el cual las prestaciones deben cumplirse simultáneamente salvo pacto en contrario. Por lo tanto, si es lícito pactar que las prestaciones se ejecuten en un momento posterior, también lo es que la propiedad se transmita al comprador cuando éste cumpla finalmente con su prestación⁴⁷¹.

Desde el 8 de abril de 2009 existe una propuesta de Directiva⁴⁷² que pretende actualizar la actual normativa, debido al problema de morosidad que persiste en los pagos de transacciones comerciales entre empresas y entre éstas y los poderes públicos. La reserva de dominio se recoge en el art. 8, que no sufre ninguna variación respecto a su homónimo actual (art. 4 Directiva 2000/35).

2.3. Los procesos y concursos paneuropeos

⁴⁷⁰ KIENINGER, E. M., ob. Cit., p. 658.

⁴⁷¹ Es la tesis de MIQUEL GONZÁLEZ, José María, "La reserva de dominio, referencia al derecho europeo", en DÍAZ ROMERO, María del Rosario (Coord.), *Derecho privado Europeo: Estado Actual y Perspectivas de Futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Civitas, Navarra, 2008: "La reserva de dominio hasta el pago completo del precio es conforme con la causa de un contrato de compraventa en el que se aplaze el pago del precio. El pacto respeta el sinalagma funcional. Desde estas premisas, el pacto de reserva de dominio no altera ninguna regla de transmisión de la propiedad, pues responde a la voluntad de las partes y es conforme con la causa de la compraventa con precio aplazado", p. 355. A favor de considerar la reserva de dominio como una condición suspensiva MONTÁNCHÉZ RAMOS, Manuel, *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 140. En contra, BARRADA ORELLANA, que opina que "la LVP configura una reserva de dominio de naturaleza real, un derecho real sobre cosa ajena, que faculta a su titular, el acreedor, para, vencida y no satisfecha la obligación asegurada, promover frente a cualquiera la realización del valor del bien vendido a plazos, con la finalidad de cobrarse con el precio obtenido, con carácter preferente", ver BARRADA ORELLANA, Reyes, "Aproximación al pacto de reserva de dominio según la Ley 28/1998, de venta a plazos de bienes muebles", en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, N° 82, Enero-Febrero 1999, p. 297.

⁴⁷² COM (2009) 126 final. 2009/0054 (COD).

Desde el punto de vista **procesal**, la Comisión Europea promulgó el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁷³. A partir de la entrada en vigor de este Reglamento, los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se encuentre situado tendrán competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios (art. 22). Esta norma comunitaria evita dar un concepto de derecho real, pero la RDGRN de 23 de febrero de 2004⁴⁷⁴ afirma que *“a efectos comunitarios y especialmente del Reglamento Bruselas, por derecho real inmobiliario debe entenderse cuanto derecho subjetivo o facultad atribuya a su titular un derecho exclusivo o preferente sobre un bien inmueble, ya sea propiedad, disfrute o cualquier otra facultad sobre el mismo susceptibles de ser respetada por los terceros y amparada por el ordenamiento jurídico que debe otorgar su protección”*. En esta definición observamos tres elementos que caracterizarían a un derecho real inmobiliario: a) su objeto (bienes inmuebles); b) el derecho que otorga a su titular (que puede ser de goce o cualquier otra facultad, p. e. la adquisición preferente de un bien); y c) su exclusividad (lo que implica sus efectos *erga omnes* así como su oponibilidad y reipersecutoriedad a terceros).

Desde el punto de vista **concursal**, el Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia⁴⁷⁵, tiene por finalidad armonizar los procesos concursales paneuropeos con independencia de si el deudor es una persona física o jurídica, siempre que tenga sus principales intereses en un Estado miembro. El art. 5 establece con carácter general que la apertura de un proceso concursal *“no afectará al derecho real de un acreedor o de un tercero sobre los bienes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles”*. De esta manera, si se inicia un proceso concursal sobre un bien que se encuentra en el territorio de otro Estado miembro los titulares de derechos reales podrán realizar el bien para el pago de la deuda (p. e. si se trata de una prenda o la hipoteca), reivindicarlo (p. e. si se tiene la propiedad del bien) o percibir sus frutos (art. 5.2).

El art. 5.2 pone como ejemplos de derechos reales a la prenda o la

⁴⁷³ DOCE nº L 16 enero 2001, núm. 12, [pág. 1].

⁴⁷⁴ RJ 2004\5295.

⁴⁷⁵ DOCE nº L 30 junio 2000, núm. 160, [pág. 1].

hipoteca, pero esta enumeración no tiene un carácter *numerus clausus*. De acuerdo con el art. 5.3 “*se asimilará a un derecho real el derecho inscrito en un registro público y oponible frente a terceros*”, y a continuación se exige que este derecho “*permita obtener un derecho real en el sentido del apartado 1*” (derecho sobre un bien mueble o inmueble). Por lo tanto, se deberá acudir a la legislación de cada Estado miembro para averiguar qué derechos tienen una naturaleza real, si bien la doctrina entiende que este Reglamento sólo recoge aquellos derechos reales que tengan dos características esenciales: a) una relación directa e inmediata sobre un bien; y b) un carácter absoluto de la asignación del derecho a su titular⁴⁷⁶; ambas coinciden en mayor o menor medida con el concepto de derecho real que hemos propuesto⁴⁷⁷ y con la definición de derecho real inmobiliario que formula la DGRN a la hora de interpretar el Reglamento 44/2001⁴⁷⁸.

La necesidad de registrar el derecho en conjunción con su objeto cierran las puertas a considerar derechos reales a derechos personales u oponibles a terceros por el mero hecho de su inscripción en el Registro de la Propiedad (p. e. un arrendamiento, art. 2.2 LH).

Las ventajas y los problemas de esta normativa son los siguientes:

1) La efectividad de estos derechos dependerá en buena medida de la ley del Estado miembro en donde se inicie el procedimiento, que finalmente resultará de aplicación (art. 4.1). Por ejemplo, la ejecución de los derechos reales en el Derecho español se paraliza como norma general por el término de un año -art. 56 LC-. Además, el Reglamento remite expresamente a las legislaciones nacionales en determinados supuestos ante la falta de una mayor regulación del derecho de propiedad a nivel europeo, como los efectos del proceso sobre un contrato que otorgue un derecho de uso o de adquisición de un bien inmueble (art. 8), o la protección de terceros adquirentes de determinados bienes del deudor una vez iniciado el proceso (art. 14).

2) El Reglamento también se desentiende de los privilegios, esto es, de

⁴⁷⁶ Ver HEREDIA CERVANTES, Iván, “El artículo 5 del reglamento comunitario 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia: cuestiones relativas a los derechos reales sobre créditos”, en *Anuario de Derecho Internacional Privado*, Nº 3, 2003, pp. 225 y 226. El autor se basa en un informe elaborado por VIRGÓS y SCHMIT. Vid. *supra* en cuanto a la definición de derecho real. Capítulo 1º, apartado III.

⁴⁷⁷ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado III.

⁴⁷⁸ Vid. *supra* en este mismo epígrafe.

la cualidad del crédito que lo hace preferente frente al resto y que dependerá de nuevo de la ley de cada Estado miembro⁴⁷⁹. Ello quiere decir que aunque el art. 5.2.a del Reglamento 1346/2000 proteja “*el derecho a realizar o hacer realizar el bien*” si se trata de una prenda o hipoteca, cada Estado miembro puede determinar que otros créditos tengan preferencia al del acreedor hipotecario o prendario. Por ejemplo, si un súbdito italiano constituye una hipoteca o una prenda sobre bienes muebles o inmuebles situados en España, su crédito es privilegiado en el art. 91.1 LC, pero estará sujeto a las hipotecas legales tácitas que gozan de un privilegio superior⁴⁸⁰.

Por lo tanto, el Reglamento de insolvencia fortalece las posibilidades de hacer valer los derechos reales de terceros en otros Estados miembros, pero no los unifica. Los acreedores seguirán con la necesidad de averiguar la fortaleza de los derechos reales que constituyen en un proceso concursal iniciado en otro Estado miembro.

3) Una nota positiva de este Reglamento es que permite que derechos que tienen una naturaleza real en un Estado miembro puedan acceder a procesos concursales paneuropeos, aunque sean extraños y desconocidos en el Estado miembro en el que se inicia el procedimiento. El principio que subyace bajo el Reglamento 1346/2000 es el de **reconocimiento mutuo**, que posibilita que una situación jurídica creada por una autoridad de un Estado miembro pueda tener validez en los restantes Estados⁴⁸¹. Este principio tuvo su origen en la STJCE de 20 de febrero de 1979⁴⁸², en la que el demandante pretendía introducir en territorio alemán una partida del licor de frutas “*Cassis de Dijon*”. Para llevar a cabo su propósito el demandante pidió permiso a la

⁴⁷⁹ Ver en este sentido VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *Comentario al reglamento de insolvencia*, Thompson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 98 y 99. En el mismo sentido PRIETO ESCUDERO, Miguel, “El concepto de privilegio del crédito”, en *RDP*, núm. 1-2, Enero-Febrero 2006: “En el Reglamento C.E. n.º 1.346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia apenas aparece la palabra privilegio, cediendo el protagonismo que antes tuvo ante los derechos reales. De hecho, sólo se cita al privilegio en dos ocasiones. Una, al referirse a la protección de los derechos de los trabajadores sin especificar nada más, y la otra, a la obligación de los acreedores al presentar los justificantes de sus créditos al concurso, de manifestar si se reivindica o no un carácter privilegiado para los mismos. Con tan exiguas referencias huelga decir que no existe definición sobre el concepto de privilegio”. Id. vLex: VLEX-289866.

⁴⁸⁰ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 7.2.

⁴⁸¹ CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*, Vol. I, 10ª Ed., Comares, Granada, 2009, p. 389.

⁴⁸² Asunto 120/78.

Administración federal del Monopolio de alcoholes de Alemania, que denegó la autorización por la insuficiencia del grado alcohólico de esta bebida (la ley alemana exigía un mínimo de 25°, mientras que el licor francés tenía sólo 15°). El demandante alegaba que esta medida constituía un obstáculo a la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros, es decir, una medida de efecto equivalente (el art 30 TCEE establecía que “*sin perjuicio de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente*”). El TJCE admitió finalmente que los Estados miembros pueden establecer obstáculos a la libre circulación de mercancías atendiendo a exigencias imperativas, p. e. de orden público, pero éstas no concurrían en el presente caso (considerandos 8 y 15). Además, estas medidas habían de ser necesarias para el correcto cumplimiento de estas exigencias. A partir de esta sentencia, la Comisión deduce a *sensu contrario* que “*en ausencia de esta necesidad deberán aceptarse los productos procedentes de otros Estados miembros, y lo único que podrá exigirse es que éstos hayan sido legalmente producidos y comercializados en otros Estados*”⁴⁸³. El principio de reconocimiento mutuo también se aplicó en la STJCE de 9 de marzo de 1999⁴⁸⁴. En este caso se planteó la siguiente problemática: el señor y la señora Bryde, nacionales daneses, constituyeron una sociedad en el Reino Unido (una *private limited company*, denominada Centros) y con posterioridad decidieron operar en Dinamarca a través de una sucursal de dicha sociedad, a pesar de que no habían ejercido en el Reino Unido ninguna actividad con Centros desde su creación. El Registro danés denegó la inscripción de la sucursal por entender, sobre la base de que Centros no había realizado ninguna actividad en aquél país, que en realidad se estaba constituyendo una sociedad cuyo establecimiento principal radicaba en Dinamarca y no en el Reino Unido. La consecuencia jurídica de esta denegación era el desembolso de una cuantía de dinero, necesario para la efectiva constitución de la sociedad en Dinamarca (requisito que no exigía la legislación del Reino Unido). El TJCE concluyó que

⁴⁸³ GARDEÑES SANTIAGO, Miguel, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid, 1999, p. 59.

⁴⁸⁴ TJCE 1999\47. Caso Centros Ltd contra og Selskabsstyrelsen.

“el hecho de que un nacional de un Estado miembro que quiere crear una sociedad elija constituirla en otro Estado miembro cuyas normas de Derecho de sociedades le parezcan las menos rigurosas y abra sucursales en otros Estados miembros no puede constituir por sí solo un uso abusivo del Derecho de establecimiento” (apartado 27), y, por lo tanto, que la actuación del Registro danés vulneraba la libertad de establecimiento.

4) Por último, el Reglamento 1346/2000 prevé en su art. 7.1 que la apertura de un proceso concursal contra el comprador de un bien *“no afectará a los derechos del vendedor basados en una reserva de propiedad cuando dicho bien se encuentre, en el momento de apertura del procedimiento, en el territorio de un Estado miembro distinto del Estado de apertura”*. Por lo tanto, el Reglamento 1346/2000 es coherente con la Directiva 2000/35, al contemplar la reserva de dominio como un derecho ejercitable en sede concursal. La problemática que se plantea es si entran dentro del ámbito del Reglamento 1346/2000 las reservas de dominio complejas, ya que la Directiva 2000/35 sólo recoge la reserva de dominio simple. En cuanto a las reservas de dominio continuadas (en las que el vendedor primitivo se reserva la propiedad y permite al comprador enajenar el bien), el Reglamento 1346/2000 utiliza el término *“reserva de propiedad”* y se refiere al concurso del comprador, sin especificar si este concepto engloba tanto al primer comprador (que revende el bien) como al segundo. La doctrina responde a esta cuestión afirmativamente ya que en estos casos tendríamos la combinación de dos operaciones: a) por un lado, una reserva de dominio con autorización de venta a la que sería de aplicación el art. 7 del Reglamento 1346/2000; y b) por otro, una cesión en garantía y anticipada del crédito resultante de esta venta, a la que sería de aplicación el art. 5 de dicho Reglamento. Por lo tanto, la reserva de dominio sería plenamente efectiva si no se ha procedido a la venta del bien por el comprador, mientras que si ésta se ha llegado a producir tendríamos entonces la cesión en garantía del crédito que surge de esta segunda venta (en favor del vendedor original). Pero lo cierto es que la admisión de las reservas de dominio complejas (incluyendo las continuadas) se encuentra a expensas de la interpretación del art. 7 por parte del TJCE.

Además, el Reglamento 1346/2000 considera como un derecho real a

los efectos del art. 5.1 “*el derecho exclusivo a cobrar un crédito, en particular, el derecho garantizado por una prenda de la que sea objeto el crédito o por la cesión de dicho crédito a título de garantía*”. La duda que se plantea es la posibilidad de incluir en este precepto los supuestos de venta en garantía que recoge la Directiva 2002/47⁴⁸⁵. La respuesta es negativa ya que esta Directiva permite la transmisión en garantía de la plena propiedad de la garantía financiera y no específicamente de los derechos de crédito⁴⁸⁶.

Por lo tanto, y debido a que el Reglamento 1346/2000 no contiene una regla de atribución de derechos sino que simplemente ampara los derechos reales adquiridos preconcursalmente de acuerdo con las legislaciones nacionales⁴⁸⁷, podría darse el caso de que el TJCE amparase en una situación de concurso determinados derechos reales que tienen un alcance mayor en las legislaciones nacionales que los regulados por la normativa comunitaria, p. e. las reservas de dominio ampliadas; o que derechos recogidos por ésta, p. e. la venta en garantía de instrumentos financieros, no sean reconocidos por el Reglamento 1346/2000 en una situación concursal.

2.4. Los acuerdos de garantía financiera

Este ámbito se encuentra regulado en la Directiva 2002/47, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de **garantía financiera**. Esta Directiva pretende facilitar las relaciones entre los operadores jurídicos del mercado financiero (entidades bancarias, aseguradoras...), excluyendo a los particulares de su régimen de garantías. Para conseguir este objetivo se agiliza la constitución de determinadas garantías financieras que no están sujetas a una formalidad expresa (p. e. notarial, art. 3), y se introduce un proceso de ejecución rápido y flexible. En particular, esta normativa recoge dos modalidades de garantía: a) la transmisión de la propiedad en garantía (denominados por la Directiva *acuerdos de garantía financiera con cambio de titularidad*)⁴⁸⁸; y b) la prenda.

⁴⁸⁵ Vid. *infra*. Apartado 2.4.

⁴⁸⁶ Vid. *infra*. Apartado 2.4.

⁴⁸⁷ VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., ob. Cit., p. 111.

⁴⁸⁸ Definidos por el art. 2.1.b) de la Directiva 2002/47 como “un acuerdo, incluidos los pactos de recompra, en virtud del cual un garante transfiere la plena propiedad de la garantía financiera o el pleno derecho de la misma a un beneficiario, a efectos de garantizar o dar otro tipo de cobertura a las obligaciones financieras principales”.

Ambas recaen sobre instrumentos financieros, dinero en efectivo o derechos de crédito⁴⁸⁹.

La Directiva permite al acreedor prendario vender o apropiarse de los instrumentos financieros sin pronunciarse respecto a los casos de propiedad en garantía (art. 4), que delega a los Estados miembros. El art. 4.2 exige para la apropiación de los instrumentos financieros que ésta haya sido pactada entre las partes y que se hayan previsto los instrumentos para su valoración. En el mismo sentido se posiciona el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, que transpone la Directiva 2002/47 al Derecho español⁴⁹⁰, que admite tal apropiación si el acreedor compensa al propietario la diferencia entre el valor de la deuda y el valor de los instrumentos financieros (arts. 11.2 y 13). De esta forma, se admite tanto en la Directiva como en el Derecho español el **pacto marciano**, es decir, la posible venta de los bienes gravados entre acreedor y deudor cuando la deuda resulta vencida. Junto con el pacto marciano existen otras vías en el Derecho español para adquirir la propiedad del bien gravado, como el **pacto ex intervallo**⁴⁹¹. El pacto marciano también está admitido en los Derechos italiano⁴⁹² y francés (art. 2348 *Code Civil* de 1804, en adelante,

⁴⁸⁹ Introducidos por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 98/26, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores [DOCE nº L 11 junio 1998, núm. 166, [pág. 45], y la Directiva 2002/47 sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de crédito [SEC(2008)491], [SEC(2008)492] (presentada por la Comisión).

⁴⁹⁰ Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (BOE 14 marzo 2005, núm. 62, [pág. 8832]).

⁴⁹¹ El pacto marciano es “el acuerdo entre las partes que, en caso de incumplimiento del deudor, la propiedad del bien se transmitirá al acreedor-fiduciario con la condición de que éste se obligue a abonar al deudor-fiduciante una suma igual a la diferencia del valor del bien, calculado de forma objetiva, y la cuantía del débito”, ver CARRASCO PERERA, Angel, *Tratado de los derechos de Garantía*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 1064; y DURÁN RIVACOBBA, Ramón, *La propiedad en Garantía*, Aranzadi, Navarra, 1998, pp. 71 y 72; el pacto *ex intervallo* consiste en admitir el pacto comisorio no en el momento de la concesión del crédito por el acreedor, sino en un momento posterior. Ambos son admitidos por la doctrina, ver FELIU REY, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 88 y ss. Ver también REDONDO TRIGO, Francisco, “El pacto marciano, el pacto *ex intervallo* y la fiducia cum creditore en las garantías financieras del real decreto-ley 5/2005”, en *RCDI*, Núm. 699, Enero-Febrero 2007, pp. 357 y ss. Este autor se pronuncia a favor de considerar la transmisión como simulada y sin cambio en la titularidad de los instrumentos financieros, pero acepta la admisión de los pactos marciano y *ex intervallo*.

⁴⁹² “f) Ancora, è noto come la giurisprudenza – appoggiata sul punto dalla dottrina – non abbia mai dubitato della validità del c.d. patto marciano, cioè di quella convenzione in base alla quale in caso di inadempimento il bene passa in proprietà del creditore, ma previa stima da eseguirsi da un terzo al momento dell’inadempimento e con l’eventuale obbligo, in capo al creditore, di restituire al debitore l’eccedenza tra il valore del bene e l’importo del credito. Tale giudizio positivo è dovuto – secondo i giudici – sia alla mancata predeterminazione del prezzo

*Code*⁴⁹³). El art. 4.3 de la Directiva permite a los Estados miembros evitar la aplicación de esta norma, pero ninguno de ellos acabó por acogerse a esta opción⁴⁹⁴. La Directiva no prevé como tal el pacto comisorio, admitido en algunos países europeos en el ámbito de las garantías reales inmobiliarias, como Inglaterra⁴⁹⁵, Francia y Rumanía (siempre y cuando haya existido un pacto entre las partes), y rechazado en otros, p. e. en el Derecho español en los arts. 1859 y 1884 CC⁴⁹⁶.

Asimismo, la Directiva dotó de efectos reales a la transmisión de la **propiedad en garantía** del garante al acreedor, es decir, a la fiducia *cum creditore*, que ha sido regulada en el Derecho español en el art. 6 del Real Decreto 5/2005⁴⁹⁷, que en el ámbito inmobiliario no crea en favor de su titular ningún derecho a la ejecución del bien en caso de incumplimiento de la deuda

dell'alienazione in funzione dell'importo del credito, sia alla possibilità di controllarne l'equilibrio tra le prestazioni mercé l'obbligo di restituzione del supero al debitore", Ver FIORENTINI, Francesca, *Garanzie Reali Atipiche*. Disponible electrónicamente en <http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/Property/fiorentini1.htm> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁴⁹³ "Il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé. La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite. Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée". Disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/home.jsp>.

⁴⁹⁴ Ver el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo Informe de evaluación de la Directiva sobre acuerdos de garantía financiera (2002/47/CE)*COM/2006/0833 final*/. Punto 4.2.3.

⁴⁹⁵ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 3.1.3.

⁴⁹⁶ Ver al respecto *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 6.5.

⁴⁹⁷ Este precepto prevé lo siguiente: "1. Las operaciones de garantía financiera pueden realizarse mediante la transmisión de la propiedad del bien dado en garantía o mediante la pignoración de dicho bien. 2. Un acuerdo de garantía financiera con cambio de titularidad es aquel por el que el garante transmite la plena propiedad de un bien objeto de una garantía financiera a un beneficiario a los efectos de garantizar o dar otro tipo de cobertura a las obligaciones financieras principales. En particular, se considerarán acuerdos de garantía financiera con cambio de titularidad las operaciones dobles o simultáneas y las operaciones con pacto de recompra, en los mismos términos como se definen en el artículo quinto.2.e.". Ver en este sentido las consideraciones de ZUNZUNEGUI, Fernando, "Una aproximación a las garantías financieras (Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005)", en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Working Paper 2/2006: "en el acuerdo de garantía financiera con cambio de titularidad, el garante transmite la plena propiedad del bien objeto de la garantía a un beneficiario a los efectos de garantizar o dar otro tipo de cobertura a las obligaciones financieras principales. Es una alienación fiduciaria en función de garantía. Tienen esta consideración las operaciones dobles o con pacto de recompra. Se reconoce así, a través de esta modalidad de garantía financiera, una figura típica de alienación fiduciaria en garantía. Es un supuesto de fiducia «cum creditore» en la que se transmite la propiedad al acreedor con carácter temporal", p. 4. Disponible en <http://rdmf.wordpress.com/> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

(únicamente un derecho de retención)⁴⁹⁸.

Esta Directiva no logra uniformizar el régimen de garantías de los Estados miembros porque tiene un ámbito de aplicación reducido. Por otra parte, las posibles situaciones de cesión a terceros de buena fe o la perfección del contrato vuelven a regirse por las normas del Derecho internacional privado⁴⁹⁹.

2.5. El embargo de activos bancarios

Actualmente está en fase de consulta el Libro Verde sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la UE, es decir, sobre **embargo de activos bancarios**⁵⁰⁰. La finalidad de esta iniciativa es agilizar el bloqueo de los fondos de un deudor situados en un Estado miembro para que no pueda trasladarlos a otro distinto. De esta manera, la entidad bancaria tiene la seguridad de que el deudor no actúa en fraude de sus derechos. El Libro Verde únicamente hace referencia a la posibilidad de embargar créditos pecuniarios de forma preventiva, y pregunta abiertamente si esta medida podría tener con posterioridad un carácter ejecutivo (pregunta 23)⁵⁰¹. El Parlamento Europeo presentó un Informe el 22 de abril de 2009 sobre la eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la UE⁵⁰², que proponía la introducción de una medida provisional comunitaria adicional y un procedimiento simple y flexible (apartado 17). Además, esta institución proponía la elaboración de un estudio sobre los enfoques nacionales divergentes en materia de cláusulas de reserva de dominio y otros mecanismos similares, con objeto de garantizar el reconocimiento mutuo, lo que refleja la preocupación del Parlamento europeo en torno a esta figura y constituye otra

⁴⁹⁸ SIMÓN MORENO, H., "El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sus aplicaciones prácticas", en GARRIDO MELERO, Martín y NASARRE AZNAR, S., *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III Congreso de derecho civil catalán*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 177 a 179.

⁴⁹⁹ Ver MASTROPAOLO, "La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/CE del 6 giugno 2002)", en *Rivista diritto commerciale*, I, 2003, pp. 525 y ss.

⁵⁰⁰ COM (2006) 618 final.

⁵⁰¹ La doctrina defiende que en la traducción española debería incorporarse el adjetivo "preventivo" para diferenciarlo del "ejecutivo", ver MARTÍN DIZ, Fernando, "Protección procesal del crédito transfronterizo en la Unión Europea: propuesta de orden de embargo de activos bancarios", en *Revista de Derecho Comunitario*, 2008, Vol. 12, Núm 30, p. 395.

⁵⁰² (2008/2233(INI)).

prueba de la divergencia de su regulación en los diversos Estados miembros.

2.6. El derecho de aprovechamiento por turnos

Este ámbito se regula en la Directiva 2008/122, de 14 enero de 2009, de protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio⁵⁰³, que deroga a la Directiva 94/47, de 26 de octubre⁵⁰⁴. El derecho de aprovechamiento por turnos consiste en la adquisición de un derecho de utilización de un determinado bien en régimen de tiempo compartido, que no necesariamente ha de ser un inmueble (como sucedía en la Directiva de 1994). Este derecho también puede recaer sobre bienes turísticos que puedan utilizarse para satisfacer necesidades de alojamiento (p. e. cruceros)⁵⁰⁵. Este derecho podía adoptar según la Directiva de 1994 tanto un carácter real como personal. La Comisión no buscaba armonizar su naturaleza jurídica sino fijar unas garantías mínimas para los consumidores⁵⁰⁶. Si bien es cierto que este derecho ya se encontraba regulado en otros ordenamientos jurídicos con distinta naturaleza jurídica (p. e. en Portugal como un derecho real y en Reino Unido y Francia como un derecho personal⁵⁰⁷), no era así en los Derechos español y alemán. El primero incorporó la figura mediante la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes

⁵⁰³ DOUE nº L 3 febrero 2009, núm. 33, [pág. 10].

⁵⁰⁴ Relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (DOCE nº L 29 octubre 1994, núm. 280, [pág. 83]).

⁵⁰⁵ La norma comunitaria define el contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico como “un contrato de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación” (art. 1. a).

⁵⁰⁶ Esta Directiva en su art. 2 entendía como “«contrato relativo, directa o indirectamente, a la adquisición de un derecho de utilización de uno o más inmuebles en régimen de tiempo compartido», a “todo contrato o grupo de contratos celebrado para un período mínimo de tres años, por el que, mediante el pago de un determinado precio global, se cree, se transfiera o se establezca compromiso de transferir, directa o indirectamente, un derecho real o cualquier otro derecho relativo a la utilización de uno o más inmuebles, durante un período determinado o determinable del año que no podrá ser inferior a una semana”. En su anexo especificaba algunas cláusulas necesarias en este tipo de contratos, entre las que se encontraba la “naturaleza precisa del derecho objeto del contrato” (b).

⁵⁰⁷ Ver DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, Dolores, “Apuntes sobre la multipropiedad”, en *RCDI*, Núm. 658, Marzo-Abril 2000, pp. 1431 y ss.

inmuebles de uso turístico y normas tributarias⁵⁰⁸, que configura este derecho prioritariamente como un derecho real limitado (art. 1.1), sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6, que permite configurarlo como un arrendamiento de temporada⁵⁰⁹; mientras que el segundo concede aún más posibilidades a las partes (p. e. adoptar un modelo fiduciario o arrendaticio), gracias a la Ley alemana sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido de 20 de diciembre de 1996⁵¹⁰. En el CCC el derecho de aprovechamiento por turnos tiene un carácter real y concede el derecho a usar, con carácter exclusivo, edificios destinados a viviendas unifamiliares, incluidos los barcos y aeronaves comerciales, con la exclusión de los edificios divididos en propiedad horizontal (arts. 554-1.1 y 2 CCC).

La Comisión Europea estimó en un informe previo a la elaboración de la propuesta de lo que hoy es la Directiva 2008/122 que no había encontrado ninguna evidencia “*suggesting that the lack of harmonisation of the legal nature*

⁵⁰⁸ BOE 16 diciembre 1998, núm. 300, [pág. 42076].

⁵⁰⁹ En la Exposición de Motivos de la Ley 42/1998 se aprecia la voluntad del legislador de regular este derecho en estas dos vertientes: “Se ha optado por una vía intermedia, consistente en la detallada regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, permitiendo sin embargo la configuración del derecho como una variante del arrendamiento de temporada, al que resultarán aplicables el conjunto de disposiciones de la Ley en cuanto no contradigan su naturaleza jurídica”.

⁵¹⁰ BOTANA, G., y LEBSANFT, Ch., “La Ley alemana sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido. Estudio comparado con la Directiva europea”, en *ADC*, Núm. LI-3, Julio 1998: “Los modelos contractuales más frecuentes con que aparece este fenómeno, en la práctica alemana, son, fundamentalmente, los siguientes [...] Modelo obligatorio, como derecho de crédito. El adquirente realiza un contrato con el propietario del inmueble o el titular de los derechos de utilización, en virtud del cual adquiere un derecho de utilización del inmueble durante una o varias semanas al año, por un período determinado durante varios años. Adquiere dicho derecho a cambio del pago de un precio. Además, tiene que pagar anualmente, en concepto de administración, reparaciones, etc. Se trata, en definitiva, de un contrato atípico al que se aplican normalmente las normas del arrendamiento por su similitud en sus aspectos esenciales, o las del contrato de viajes o de hospedaje [...] Modelo fiduciario. En este caso, el titular del derecho de utilización es un tercero. El derecho, en cuestión, es un derecho real. La relación entre el transmitente de este derecho y el tercero constituye un contrato de administración fiduciaria. A través del contrato, el transmitente se obliga a transmitir su posición -o parte de su posición- del fideicomitente al adquirente. Éste, además de celebrar el contrato de adquisición de un derecho de utilización con el transmitente, realiza también un contrato fiduciario con el tercero. El adquirente adquiere, en realidad, un derecho de crédito, una participación de la posición del transmitente frente al tercero, por tanto, de la posición de fideicomitente. El problema de este modelo es que, muchas veces, aparece la palabra «real» o «derecho real» en la publicidad o folletos y se da la impresión de que se adquiere un derecho real, mientras el tercero es y sigue siendo el titular del derecho real”, pp. 1331 a 1333.

*of timeshare creates internal market or consumer protection problems*⁵¹¹, pero lo cierto es que se ha producido un descenso del 33% de las operaciones de esta naturaleza en el mercado europeo desde 1998 hasta 2007, perdiendo competitividad la UE tanto con otros países (p. e. Estados Unidos) como con el mercado asiático⁵¹². La Directiva 2008/122 se entiende sin perjuicio de la legislación nacional relativa a la determinación de la naturaleza jurídica de los derechos que son objeto de los contratos cubiertos por ella (art. 1.2.d), con lo que delega a las legislaciones nacionales el carácter real o personal tanto del derecho de aprovechamiento por turnos como de aquellos derechos originados en el contrato de producto vacacional de larga duración⁵¹³. La causa de esta disminución en la contratación de estos productos podría ser la diferente naturaleza del derecho (real o personal). En este sentido, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo en torno a la propuesta de la Directiva 2008/122⁵¹⁴ instaba a la Comisión a que definiera la naturaleza jurídica del derecho, ya sea como un derecho real (nuestra opinión) o como un derecho personal (*“derecho a una prestación de servicios con las consecuencias correspondientes en las normas aplicables del reglamento de Bruselas y del reglamento de Roma I, si se quiere lograr la tan deseada armonización y la confianza de los consumidores y de las empresas”*, parágrafo 3.1.9.1)⁵¹⁵.

Por lo tanto, la Directiva de 1994 tuvo una gran influencia en los

⁵¹¹ De acuerdo con el Informe sobre la aplicación de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994, de 1999 (SEC (1999) 1795 final), la mayor parte de los Estados miembros se había abstenido de atribuir una calificación jurídica al contrato (salvo los comentados, como España). Así, como hemos dicho, en los Derechos inglés y francés el derecho sigue sin tener una naturaleza real, pp. 5 a 8. Esto se ha mantenido hasta 2007 como pone de relieve el *Commission Staff Working Document Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and Council on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday products, resale and exchange. Impact Assessment. 7.6.2007* ({COM (2007) 303 final}{SEC (2007) 744}), pp. 10 y 11. Ver también ALPA, G., PAU PEDRÓN, Antonio, y otros, *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pp. 124 a 126.

⁵¹² *Commission Staff Working Document...*, pp. 10 a 14.

⁵¹³ Parece entonces que se ha tenido en cuenta el Informe elaborado por el Instituto de Derecho extranjero y Derecho internacional privado de la Universidad de Heidelberg, que tenía por objeto estudiar y ofrecer mejoras en torno a la Directiva de 1994 tomando como base los ordenamientos de Italia, Holanda, Reino Unido, Austria, Francia y España. Ver en cuanto al origen de esta iniciativa ARROYO APARICIO, Alicia y GÓMEZ JENÉ, Miguel, “Hacia una modificación de la directiva de Timesharing”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. LVII-2, Julio 2005, pp. 1190 y ss.

⁵¹⁴ DOUE n° C 44, 16/02/2008.

⁵¹⁵ Respecto al Reglamento Roma I, vid. *infra*. Epígrafe 3.

ordenamientos jurídicos de la UE ya que algunos de ellos no tenían una regulación del derecho de aprovechamiento por turnos sobre bienes inmuebles. Sin embargo, los Estados miembros no han acabado de perfilar su verdadera naturaleza jurídica, lo que puede haber afectado a la contratación de estos productos en la UE.

2.7. El Libro Verde de sucesiones y testamentos

En materia de sucesiones se ha discutido el Libro Verde de **sucesiones y testamentos**⁵¹⁶, que intentaba dar solución a los problemas que se plantean en una sucesión transnacional, principalmente la disparidad de normas sustantivas, procesales y de conflicto de leyes. Por lo que respecta al derecho de propiedad, el Libro Verde formulaba interesantes preguntas en este ámbito, tales como si la futura legislación comunitaria debería tratar las modalidades de transmisión a los herederos del patrimonio hereditario o si la norma comunitaria de conflicto debía distinguir entre bienes muebles e inmuebles (cuestión 1ª). Por lo tanto, se sometía a discusión la transmisión *mortis causa* del derecho de propiedad. En algunos sistemas de derecho civil, como el catalán, esta transmisión tiene lugar directamente por la aceptación (arts. 411-5 CCC), mientras que en el derecho angloamericano se nombra a un *representative*, que se hace cargo del pago de las deudas y transmite la herencia a los herederos⁵¹⁷. Además, el Libro Verde planteaba abiertamente la cuestión de si la autoridad competente del procedimiento (p. e. un tribunal francés), podría dictar resoluciones que fueran equivalentes a los documentos necesarios para modificar las inscripciones de los Registros de la Propiedad de otros Estados miembros⁵¹⁸. Esta cuestión no es baladí, en particular después de la discusión

⁵¹⁶ COM/2005/0065 final.

⁵¹⁷ En mayor profundidad, VERBEKE, Alain y LELEU, Yves-Henri, "Harmonisation of the Law of Succession in Europe", en HARTKAMP, A., HESSELINK, M. y otros, ob. Cit., pp. 340 y ss.

⁵¹⁸ "Cuestión 20: ¿Hay que reservar la competencia de las autoridades del lugar de ubicación de los bienes inmuebles que dependen de la sucesión, cuando la competencia principal se atribuye a las autoridades de otro Estado miembro para: - expedir los documentos necesarios para modificar las inscripciones en los Registros de la Propiedad; - realizar actos de administración y de transmisión de la propiedad? Cuestión 21: ¿Pueden elaborarse documentos comunitarios uniformes para su uso en todos los Estados miembros donde haya bienes? En caso afirmativo, ¿qué documentos actualmente existentes podrían uniformizarse? ¿Pueden suprimirse o simplificarse algunos trámites actualmente necesarios en el marco de las sucesiones internacionales? En caso afirmativo, ¿cuáles?".

que se ha originado en torno a la posibilidad de que un título otorgado en Alemania por un notario extranjero pueda tener acceso al Registro de la Propiedad español. Esta problemática se trató en primer lugar en la RDGRN de 7 febrero 2005⁵¹⁹, que denegó tal posibilidad. Posteriormente, el Juzgado de 1ª Instancia de Santa Cruz de Tenerife en resolución de 9 de marzo de 2006 anuló la RDGRN⁵²⁰, y la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 22 de noviembre de 2006⁵²¹ reafirmó la eficacia de la escritura notarial alemana. En la actualidad se está a la espera de la posición que finalmente adopte el TS⁵²².

Después de un período de discusión del Libro Verde, la Comisión Europea elaboró una propuesta de Reglamento relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁵²³. Esta propuesta no pretende armonizar los derechos reales ni su publicidad y tampoco se aplica a la constitución, el funcionamiento y la disolución de *trust* (arts. 1.3.i) y j), pero de su regulación destacan dos aspectos: a) el Reglamento se aplicaría a la adquisición por vía sucesoria de un derecho real sobre un bien, pero no al contenido de dicho derecho⁵²⁴. El Reglamento opta por un sistema unitario en la ley aplicable, que sería en defecto de elección la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento (art. 16). Esta Ley regiría la transmisión de los derechos reales⁵²⁵; y b) prevé el reconocimiento de actos auténticos de otros Estados miembros (art. 34), lo que implica que éstos

⁵¹⁹ RJ 2005\2452.

⁵²⁰ AC 2006\244.

⁵²¹ AC 2007/188.

⁵²² Vid. *infra* en mayor profundidad. Capítulo 3º, apartado III, epígrafe 2.3.1.

⁵²³ Bruselas, 14 de octubre de 2009 (COM (2009) 154 final).

⁵²⁴ “El Reglamento no afecta al *numerus clausus* de derechos reales de los Estados miembros, a la cualificación de los bienes y derechos ni a la determinación de las prerrogativas del titular de tales derechos. Por consiguiente, no es válida, en principio, la constitución de un derecho real no reconocido por el ordenamiento jurídico del lugar de situación del bien. La legislación sucesoria no puede tener como consecuencia la introducción en el Estado del lugar en que está situado un bien de un fraccionamiento o una modalidad de derecho de propiedad no reconocido por dicho Estado. A título de ejemplo, no es posible introducir un usufructo en un Estado que no reconozca esa figura. En cambio, la excepción no se aplica a la transferencia por vía sucesoria de un derecho real reconocido en el Estado miembro en el que está situado el bien”.

⁵²⁵ Art. 19.2.f): “La transmisión de los bienes y derechos que componen la sucesión a los herederos y legatarios, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación de la sucesión o del legado o la renuncia a los mismos”.

tendrían un valor probatorio pleno y completo equivalente a los documentos públicos nacionales en cuanto a su contenido y a los hechos que en ellos constan⁵²⁶.

2.8. La protección del suelo y el mercado interior del gas y la electricidad

La UE también se ha preocupado de regular en materia de derechos reales: a) la protección de suelo, para evitar su degradación por causas humanas o naturales⁵²⁷. El suelo es un recurso natural de interés común que aunque pueda permanecer en manos privadas tiene que ser protegido para las futuras generaciones, con lo que puede obligarse a sus propietarios a tomar las medidas necesarias para evitar su degradación (apartado 12 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2004/35, de 21 de abril, de responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales⁵²⁸). Esta Directiva considera los daños al suelo como un daño medioambiental, que dan lugar a responsabilidad civil en base al principio “quien contamina paga” (art. 1). La Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, que transpone esta Directiva al ordenamiento jurídico español⁵²⁹, mantiene la consideración de los daños al suelo como daños medioambientales (art. 2.1.c)⁵³⁰; b) el mercado interior del gas y de la electricidad⁵³¹; y c) los derechos de emisión gases de efecto invernadero, que

⁵²⁶ Art. 2.h): “«acto auténtico», un documento formalizado o registrado como tal y cuya autenticidad: – se refiere a la firma y al contenido del instrumento, y – ha sido establecido por un poder público u otra”.

⁵²⁷ Propuesta de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para la protección del suelo y se modifica la Directiva 2004/35/CE. Bruselas, 22 de septiembre de 2006. COM (2006) 232 final.

⁵²⁸ DOUE n° L 30 abril 2004, núm. 143, [pág. 56]. Art. 2.1.c): “c) los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo”.

⁵²⁹ BOE 24 octubre 2007, núm. 255, [pág. 43229].

⁵³⁰ Un análisis de la responsabilidad que recoge esta Ley en NASARRE AZNAR, S., “Panorama actual de la responsabilidad civil medioambiental en España. Especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre”, en COMUNITAT DE REGANTS – SINDICAT AGRÍCOLA DE L’EBRE, *Derecho de aguas, protección y conservación del medio ambiente. Jornadas sobre Derecho de aguas, protección y conservación del Medio Ambiente en las Tierras del Ebro. Tortosa, 3 y 4 de abril de 2008*, Tirant lo Blanch, 672, pp. 15 y ss.

⁵³¹ Reglamento 2009/715, de 13 julio, que establece las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y deroga el Reglamento (CE) núm. 1775/2005, de 28-9-2005 (LCEur 2005\2461) (CE) n° 1775/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de septiembre de

son transferibles a terceras personas situadas en la UE o en terceros países⁵³².

2.9. La propiedad intelectual

La Directiva 2004/48, de 29 de abril, regula el respeto a los derechos de **propiedad intelectual**⁵³³, y tiene por objetivo hacer menos complejos y gravosos los recursos y procedimientos para su defensa. No obstante, la Directiva evita entrar en cuestiones de derecho sustantivo que delega a las legislaciones nacionales (art. 2.3.a). La propiedad intelectual también ha estado presente en la jurisprudencia del TJCE, que la incluye expresamente dentro del alcance del art. 17 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE⁵³⁴, en particular a los derechos de autor⁵³⁵. Otra norma en esta materia es el Reglamento 6/2002, de 12 de diciembre de 2001, sobre los **dibujos y modelos comunitarios**⁵³⁶. Su art. 1 permite que estos derechos puedan ser registrados en el Registro de dibujos y modelos comunitarios (art. 72), así como ser cedidos u objeto de renuncia, facultades que se desarrollan en el Título III que lleva por nombre “*del dibujo o modelo comunitario como objeto de propiedad*”. En caso de cesión, nace la obligación de hacer constar en el Registro cualquier cambio en la propiedad si el dibujo está registrado (art. 4.c), aunque realmente la cesión sólo accederá al Registro a instancia de una de las partes. El cesionario no podrá invocar hasta entonces los derechos que le proporciona el Registro (art. 28), p. e. su oponibilidad a terceros en toda la Comunidad (art.

2005, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural (DOUE n° L 14 agosto 2009, núm. 211, [pág. 36]); y Directiva 2009/72, de 13 julio, por la que se establece las normas comunes para el mercado interior de la electricidad y deroga Directiva 2003/54/CE, de 26-6-2003 (LCEur 2003\2133). DOUE n° L 14 agosto 2009, núm. 211, [pág. 55].

⁵³² Art. 12 de la Directiva 2003/87 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo (Texto pertinente a efectos del EEE): “1. Los Estados miembros velarán por que los derechos de emisión puedan transferirse entre: a) personas en la Comunidad; b) personas en la Comunidad y personas en terceros países donde tales derechos de emisión sean reconocidos de conformidad con el procedimiento contemplado en el artículo 25, sin más restricciones que las consideradas en la presente Directiva o las adoptadas de conformidad con ésta”. DOUE n° L 275 de 25/10/2003 p. 0032 – 0046.

⁵³³ DOUE n° L 30 abril 2004, núm. 157 [pág. p. 45].

⁵³⁴ DOUE n° C 14 diciembre 2007, núm. 303, [pág. 1].

⁵³⁵ SSTJCE de 29 de enero de 2008 [TJCE 2008\11]. Caso Productores de Música de España (Promusicae) contra Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal. Apartado 62; y 12 de septiembre de 2006 [TJCE 2006\242]. Caso Laserdisken ApS contra Kulturministeriet. Apartado 42.

⁵³⁶ DOCE n° L 003 de 05/01/2002, [pág 1].

33). La titularidad del derecho en el Registro es una presunción *ius tantum*. Otro aspecto importante es que el art. 29 permite que el dibujo o modelo comunitario puedan darse en garantía o ser objeto de derechos reales, que podrán acceder al Registro a instancia de las partes. Nos encontramos ante los siguientes problemas:

1) El Reglamento 6/2002 contempla la posibilidad de constituir derechos reales pero no lleva a cabo ninguna enumeración o clasificación de éstos. El art. 88 establece que los tribunales aplicarán en primer lugar las reglas previstas en el Reglamento y subsidiariamente la legislación nacional, incluidas las normas de Derecho internacional privado. Por lo tanto, debemos acudir a la ley de cada Estado miembro para ver si es posible o no su constitución *-lex rei sitae-* (p. e. en el Derecho español es posible constituir una hipoteca mobiliaria sobre la propiedad intelectual⁵³⁷). Además, el Reglamento concede la opción de dar el derecho en garantía de forma similar a los instrumentos financieros regulados en la Directiva 2002/47. Sin embargo, el Reglamento 6/2002 no remite en ningún momento a esta Directiva, con lo que el alcance de este negocio jurídico frente a terceros se regirá por la legislación de cada Estado miembro (art. 33.1, p. e. el alcance del pacto marciano).

2) Como ya hemos comentado, no es obligatorio el registro del derecho real que recaer sobre un dibujo o modelo comunitario registrado (art. 29.2). Esta política se aparta del modelo de inscripción constitutiva de derechos reales en algunos Estados (p. e. Alemania o Inglaterra), y de la práctica totalidad de la UE respecto a la inscripción constitutiva de la hipoteca⁵³⁸. Además, se requiere en ocasiones una determinada forma (p. e. escritura pública en el Derecho español).

3) La inscripción del derecho real en el Registro le otorga desde entonces efectos *erga omnes*. Si se han constituido derechos reales y no se han inscrito en el Registro, éstos “*surtirán efectos frente a terceros que hubieran adquirido derechos sobre el dibujo o modelo comunitario registrado antes de la fecha de realización del acto pero que conocieran su existencia en*

⁵³⁷ Art. 12.5 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión (BOE 18 diciembre 1954, núm. 352, [pág. 8303]).

⁵³⁸ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 1.1.

la fecha en que adquirieron tales derechos" (art. 33.2)⁵³⁹. En consecuencia, los derechos reales no registrados serán oponibles siempre que el tercero tenga conocimiento de su existencia. Si no se da esta circunstancia (el tercero actúa entonces de buena fe), o se trata de un caso de doble cesión o constitución de un derecho incompatible con el derecho real anterior no inscrito, debería prevalecer el derecho inscrito en el Registro. El Reglamento no termina de aclarar estos casos ni si el titular del derecho real tendría derecho a una compensación.

4) A tenor del Reglamento 6/2002 el dibujo o modelo comunitario pueden quedar afectados por la apertura de un procedimiento concursal, pero únicamente el que haya sido abierto en el Estado miembro en cuyo territorio estén situados los intereses principales del deudor (art. 31.1), y serán competentes los tribunales de este Estado (arts. 3.1 y 12 del Reglamento 1346/2000). Este último Reglamento prevé que a los derechos reales no les afectará la apertura del procedimiento, ya recaigan sobre bienes materiales o inmateriales (como es el presente caso), estén o no inscritos en el Registro (arts. 1 y 5). Por lo tanto, la regulación del Reglamento 6/2002 está en consonancia con las disposiciones del Reglamento 1346/2000.

En una situación similar se encuentra la **marca comunitaria**, cuya normativa ha sido recogida en el Reglamento 2009/207, de 26 febrero⁵⁴⁰. La marca, en cuanto objeto de propiedad, se considerará en su totalidad y para el conjunto de la UE como una marca nacional registrada en el Estado donde su titular tenga su sede (art. 16). En puridad, no existe una distinción entre la marca nacional y la comunitaria. La marca es la misma pero sus efectos se amplían territorialmente. Su titular tiene un derecho exclusivo frente a terceros que puede ser objeto de cesión, de derechos reales y de una venta en garantía (arts. 9, 19 y 17.1). Por su parte, la **patente** comunitaria aún no ha sido regulada, aunque existe una propuesta de Reglamento de idéntico contenido

⁵³⁹ En la versión inglesa el art. 33.2 presenta el siguiente redactado: "Nevertheless, such an act, before it is so entered, shall have effect vis-à-vis third parties who have acquired rights in the registered Community design after the date of that act but who knew of the act at the date on which the rights were acquired". Nótese que en la traducción inglesa los actos (p. e. derechos reales) afectan a terceros que adquieran derechos *after* (y no antes como en la versión española) de su constitución.

⁵⁴⁰ DOUE n° L 24 marzo 2009, núm. 78, [pág. 1].

con respecto al derecho de propiedad (arts. 14 a 17)⁵⁴¹.

2.10. El Libro Blanco del mercado hipotecario

En diciembre de 2007 vio la luz el Libro Blanco de 2007 sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario, que establece una serie de actuaciones con el objetivo de alcanzar un mercado hipotecario integrado. Este Libro Blanco tiene su origen en el Libro Verde sobre el crédito hipotecario de 2005, que sometía a audiencia pública la posible introducción de una hipoteca común para Europa (la eurohipoteca) para alcanzar un mercado hipotecario común⁵⁴².

En definitiva, la regulación de los derechos reales a nivel de *ius communitatis* es **dispersa y minoritaria** en comparación con otras áreas del Derecho privado, como el derecho contractual⁵⁴³. La actividad de la UE en este ámbito en los últimos años no ha sido muy fructífera, aunque ha mostrado su interés en regular instrumentos comunes que permitan alcanzar un mercado hipotecario europeo⁵⁴⁴. LATHAM⁵⁴⁵ cita como posibles orígenes a esta

⁵⁴¹ COM/2000/0412 final - CNS 2000/0177 - DOCE nº C 337E de 28.11.2000, p. 278/290.

⁵⁴² Ver en mayor profundidad *infra*. Capítulo 4º, epígrafe 1.

⁵⁴³ "Without a doubt, the law of property is the least uniform part of private law in Europe". Ver LATHAM, Melanie, *The law of property*, en TRIDIMAS Takis y NEBBIA, Paolisa (Eds.), *European Union Law for the Twenty-first Century Rethinking the New Legal Order*, Volume 2, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 245 y 246. En el mismo sentido, CHRISTIAN, Peter y GRAFF, Müller, "EC directives as a means of private law unification", en HARTKAMP, A., HESSELINK, M. y otros, ob. Cit.: "Property law has been part of directives only in the indirect way that conditions of the use of private property are embodied in legal rules in general and in provisions concerning industrial and commercial property in particular", p. 81; WERRO, F., "Towards denationalization of Private Law in Europe", en WERRO, F. (Ed.), ob. Cit.: "The europeanization of property law is less advanced than that of the other fields of private law we have examined. No directive directly deals with the law of property, yet several directives contain rules that affect certain aspects of property law. Some define the conditions under which industrial or commercial property may be used. Another, on the restitution of cultural property, regulates an important aspect of movable property", p. 34; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho privado...*, que considera que la incidencia del Derecho comunitario en el ámbito de los derechos reales es puramente tangencial, ob. Cit., p. 52. A pesar de su antigüedad, esta doctrina se mantiene en la actualidad como hemos tenido ocasión de comprobar; y VAN ERP, S., "European and National...", ob. Cit., p. 9.

⁵⁴⁴ Ello puede comprobarse en las diversas crónicas sobre el progreso de armonización de los derechos reales en Europa por parte de NASARRE AZNAR, S., en el *ADC*, siguientes números: Núm. LIX-1, enero-marzo 2006, pp. 271 a 273; Núm. LIX-3, Julio-Septiembre 2006, pp. 1358 a 1360; Núm. LX-I, enero-marzo 2007, pp. 232 a 233; Núm. LX-3, Julio-Septiembre 2007, pp. 1353 a 1357; Núm. LXI-1, Enero 2008, pp. 266 a 267; Núm. LXI-3, Julio-Septiembre 2008, pp. 1528 a 1531; y Núm. LXII-3, Julio 2009, pp. 1189 a 1192.

⁵⁴⁵ LATHAM, M., ob. Cit., pp. 245 y 246.

situación la aplicabilidad general de la *lex rei sitae*, es decir, de la ley del lugar donde se encuentra el bien. Esta ley es una de las más antiguas del Derecho internacional privado y otorga facilidad de precisión de la ley aplicable (sólo hace falta averiguar donde está situado el bien) y una armonía de soluciones en el ámbito internacional⁵⁴⁶. Además, los bienes inmuebles son cruciales para el establecimiento de los humanos y no son tratados como un bien ordinario, por lo que el Estado interviene en su regulación⁵⁴⁷.

Las actuaciones de la UE en el ámbito de los derechos reales no gozan de coherencia interna, limitándose a satisfacer necesidades puntuales del tráfico jurídico sin lograr una uniformidad en los derechos que regulan (p. e. la naturaleza jurídica del derecho aprovechamiento por turnos o de las garantías financieras), con lo que se constata la necesidad de una nueva regulación uniforme que de coherencia a todas estas normas. A pesar de estos problemas, la normativa relativa a la propiedad intelectual es la que tiene un mayor grado de armonización en la UE. Los derechos de explotación exclusiva, de cesión y de gravamen constituyen facultades de los titulares de esta clase de derechos que no difieren del contenido del derecho de propiedad en cada Estado miembro⁵⁴⁸. Además, en la normativa europea se contemplan los bienes inmateriales como el gas y la electricidad. Esta regulación podría servir de guía para una armonización del derecho de propiedad en la UE.

3. Los derechos reales en el Derecho internacional

En el Derecho internacional encontramos diversos textos que tienen dos finalidades principales: a) ayudar a los Estados que lo deseen a reformar y modernizar sus legislaciones nacionales (leyes modelo); o b) crear una disciplina uniforme en un área determinada que evite la incertidumbre sobre la ley aplicable a un determinado contrato. De esta forma, tenemos:

⁵⁴⁶ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., ob. cit., Vol. II, pp. 719 y 720. En cuanto a la influencia de los derechos reales en el Derecho internacional, vid. *infra*. Epígrafe 3.

⁵⁴⁷ De acuerdo con PERREAU-SAUSSINE, Louis, *L'Immeuble et le droit international privé: étude des méthodes*, Defrénois, Paris, 2006: "En droit international privé, ce contrôle s'exerce principalement par le biais de lois de police, qui constituent l'instrument privilégié d'intervention de l'État en droit privé. C'est en effet cette méthode qui est la plus à même de concilier la volonté de laisser le marché fonctionner, et le rôle légitime des États dans l'organisation de leur économie", p. 326.

⁵⁴⁸ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 2.

a) Las leyes modelo creadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional -**UNCITRAL**-⁵⁴⁹. En esta organización destacan los grupos de Trabajo V y VI, dedicados al régimen de insolvencia y a las garantías reales respectivamente.

En cuanto al primer grupo, el 25 de junio de 2004 fue aprobada una guía legislativa con el propósito de ayudar a establecer un marco jurídico eficiente y eficaz para resolver las dificultades financieras de los deudores comerciales. Esta guía va dirigida especialmente a las autoridades y a los órganos legislativos de aquellos países que tengan previsto incorporar alguna nueva norma legal o reglamentaria en esta materia o revisar la que está en vigor. Esta normativa también hace referencia a las normas de prelación de crédito con garantía real⁵⁵⁰.

Por su parte, el Grupo VI ha elaborado una guía legislativa para el derecho mercantil internacional sobre las operaciones garantizadas, cuya finalidad es prestar asistencia a los Estados en la elaboración de un régimen moderno aplicable a las operaciones por las que se constituya una garantía real sobre bienes muebles, a fin de promover la oferta de crédito garantizado. Esta guía regula entre otras cuestiones la oponibilidad de la garantía real a terceros, su registro, su prelación y sus efectos en sede de ejecución e insolvencia, todo ello en base a criterios de eficacia y eficiencia. Es decir, la garantía debería permitir la existencia simultánea de garantías reales con mayor o menor preferencia sobre un mismo bien, así como su oponibilidad a terceros mediante su simple inscripción en un registro público de forma rápida y poco costosa. De esta manera, se lograría seguridad jurídica respecto al grado de prelación de los derechos de los acreedores. Además, el régimen de las operaciones garantizadas debería permitir a las empresas obtener crédito

⁵⁴⁹ <http://www.uncitral.org/>. UNCITRAL es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas con el mandato general de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional.

⁵⁵⁰ La guía recomienda lo siguiente: "188. El régimen debería especificar que un crédito garantizado deberá reembolsarse con cargo al bien gravado en una liquidación, o con arreglo a lo dispuesto en un plan de reorganización, subordinándolo a los créditos que tengan eventualmente mayor prelación. El régimen debería reducir al mínimo y enunciar claramente los créditos que tengan un mayor grado de prelación que los créditos garantizados. Cuando el valor del bien gravado sea insuficiente para satisfacer el crédito del acreedor garantizado, éste podrá participar en el procedimiento como si fuera un acreedor ordinario sin garantía", p. 324. Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html (consultado el día 1 de mayo de 2010).

sacando el máximo provecho del valor de sus bienes muebles. La idea de una garantía eficaz y eficiente también la encontramos en el modelo de eurohipoteca, que como esta guía busca ser un instrumento óptimo en lugar de una garantía lo más parecida a la regulación de los Estados miembros⁵⁵¹.

b) Los Principios elaborados por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado –**UNIDROIT**–, que abarcan tanto una vertiente contractual, p. e. los contratos comerciales internacionales⁵⁵², como real, p. e. a través del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil de 2001⁵⁵³ (p. e. aeronaves y helicópteros). Este Convenio establece un Registro de las garantías internacionales que se constituyan (art. 16), que tendrán prioridad sobre las garantías registradas posteriormente y las no registradas. El Convenio define el *security interest* como aquél derecho creado por un contrato de garantía (*security agreement*), art. 1.jj. Este contrato es aquél por el cual “*a chargor grants or agrees to grant to a chargee an interest (including an ownership interest) in or over an object to secure the performance of an existing or future obligation of the chargor or a third person*” (art. 1.ii). Por lo tanto, este Convenio no define la naturaleza, extensión o forma de constitución de la garantía, que además puede ser desconocida para el Estado donde se encuentra el bien⁵⁵⁴. Este Convenio exige la libre disposición de los bienes objeto de garantía (art. 7), y la propiedad puede darse en garantía atendiendo a la definición del *security agreement*. El Convenio no define que debemos entender por propiedad, con lo que se ha de acudir subsidiariamente a los Derechos nacionales.

c) Los **INCOTERMS** (términos de comercio internacional), que nacieron en 1936 en el seno de la Cámara de Comercio Internacional. Su finalidad es especificar la interpretación de los principales términos utilizados en los contratos de compraventa internacional. Estos términos tienen un carácter

⁵⁵¹ Vid. *infra*. Capítulo 4º, epígrafe 4.

⁵⁵² <http://www.unidroit.org/>. Ver el propósito de los principios UNIDROIT en PERALES VISCASILLAS, Pilar, “Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales”, en BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Contractual Europeo...*, ob. Cit., pp. 183 y ss.

⁵⁵³ Que puede consultarse en DAVIES, Iwan (Ed.), *Security interests in mobile equipment*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, 2002, pp. 465 y ss.

⁵⁵⁴ Ver al respecto las consideraciones de CUMING, Donald, “Security interests in Mobile Equipment”, en DAVIES, I. (Ed.), ob. Cit., pp. 383 a 385.

facultativo y eliminan la incertidumbre en la contratación comercial, al delimitar las obligaciones y responsabilidades de las partes⁵⁵⁵ (de hecho, intentan ser un producto de la costumbre internacional en este ámbito). La última versión de los INCOTERMS entró en vigor el 1 de enero de 2000⁵⁵⁶. Estos términos no pretenden sustituir la normativa aplicable al contrato en materia de transmisión de la propiedad, la ley de aplicación en caso de litigio o la competencia de jurisdicción⁵⁵⁷.

d) Las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional relativas a las **garantías a primer requerimiento** de 1992⁵⁵⁸, que adoptan dos formas: la documentaria y la no documentaria. En la primera la reclamación debe ir acompañada de ciertos documentos que evidencien que se ha producido el evento previsto en el contrato, mientras que en la segunda el acreedor, con la simple reclamación escrita, puede exigir al garante el cumplimiento de la obligación.

e) La **Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias**, aprobada el 4 de febrero 2002 en la primera sesión plenaria de la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VI)⁵⁵⁹. La garantía mobiliaria que recoge puede garantizar obligaciones de diversa naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables (art. 1), y recaer sobre bienes muebles específicos o sobre la totalidad de los bienes muebles del deudor garante, ya sean presentes o futuros, corporales o incorporales (art. 2). La oponibilidad a terceros depende de su acceso al Registro (art. 10).

Por lo tanto, encontramos normas en el Derecho internacional tanto en el

⁵⁵⁵ De acuerdo con JEREZ RIESCO, José Luis, *Comercio internacional*, ESIC, Madrid, 2007, pp. 72 y ss.

⁵⁵⁶ <http://www.iccwbo.org/>.

⁵⁵⁷ "Although Incoterms are extremely important for the implementation of the contract of sale, a great number of problems which may occur in such a contract are not dealt with at all, like transfer of ownership and other property rights, breaches of contract and the consequences following from such breaches as well as exemptions from liability in certain situations. It should be stressed that Incoterms are not intended to replace such contract terms that are needed for a complete contract of sale either by the incorporation of standard terms or by individually negotiated terms". Ver la introducción a los ICOTERMS que puede encontrarse en <http://www.incoterms.tk/>.

⁵⁵⁸ Publicación núm. 524.

⁵⁵⁹ Disponibles en <http://www.oas.org/DIL/esp/CIDIP-VI-garantiasmobiliarias.htm> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

ámbito de las garantías reales mobiliarias, que buscan mejorar las regulaciones de los Estados miembros, como en el de las garantías personales, que buscan favorecer el comercio internacional.

4. Los derechos reales en el Derecho internacional privado

En el Derecho internacional privado destaca el Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las **obligaciones contractuales** (en adelante, RRI)⁵⁶⁰, que ha derogado al Convenio de Roma de 1980 (en adelante, CR, art. 1)⁵⁶¹. El RRI se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes (art. 1), y las partes tienen libertad para elegir la ley aplicable al contrato (art. 3). En ausencia de pacto al respecto, el art. 4.1.c) RRI prevé que el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté situado. Además, este Reglamento contempla la intervención de un consumidor en el contrato, que se regirá entonces por la ley del país en el cual el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que se cumplan los requisitos del art. 6⁵⁶². Sin embargo, están expresamente excluidos los “*contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un bien inmueble*”, a no ser que sean aquellos en los que se acuerde la constitución de un derecho de aprovechamiento por turnos (art. 6.4.c RRI)⁵⁶³. Esta exclusión es frecuente en el Derecho de consumo⁵⁶⁴. El art. 25.1 RRI permite la aplicación de aquellos Convenios internacionales de los que son parte los Estados miembros en el momento de la adopción del RRI, y siempre y cuando regulen conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales. No obstante, el RRI primará sobre los Convenios concluidos entre Estados miembros (art. 25.2 RRI). De esta manera, el art. 25 RRI preserva la aplicabilidad:

⁵⁶⁰ DOUE nº L 4 julio 2008, núm. 177, [pág. 1].

⁵⁶¹ “El presente Reglamento se aplicará a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes”.

⁵⁶² Ver en mayor profundidad *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe. 2.4.

⁵⁶³ Vid. *supra*. Epígrafe 1.6.

⁵⁶⁴ De acuerdo con GUZMÁN ZAPATER, Mónica, “El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, en *Aranzadi Civil*, num. 12/2009. BIB 2009\167.

a) Del Convenio de La Haya de 15 de junio de 1955 sobre Ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales⁵⁶⁵, del cual España no es parte. De acuerdo con el art. 2, estas ventas se regirán por la ley interna del país designado por las partes contratantes, y el art. 5.3 prevé que el Convenio no se aplique a la transmisión de la propiedad, entendiéndose en todo caso que las diversas obligaciones de las partes, y especialmente las relativas a los riesgos, se regirán por la ley aplicable a la venta en virtud de este Convenio.

b) De la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (conocido por sus siglas en inglés, CISG), hecho en Viena el 11 de abril de 1980⁵⁶⁶, del cual España es parte. Este Convenio se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes (cuando estos Estados sean Estados Contratantes o cuando las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado, art. 1). No obstante, el art. 4 especifica que este Convenio regula “*exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato*”. Por lo tanto, los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas quedan fuera de su ámbito de aplicación (art. 4.b).

c) Del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación⁵⁶⁷, del cual España tampoco es parte, que se aplica a las relaciones de carácter internacional que se crean cuando una persona, el intermediario, tiene el poder de actuar, actúa o pretende actuar en sus relaciones con un tercero por cuenta de otra persona, el representado (art. 1).

Por lo tanto, los derechos reales no tienen un desarrollo normativo en el Derecho internacional privado, aplicándose subsidiariamente la *lex rei sitae* como sucede en las directivas y reglamentos comunitarios que regulan los

⁵⁶⁵ Disponible http://www.hcch.net/index_es.php.

⁵⁶⁶ España se adhirió a este Convenio en 1991. BOE 30 enero 1991, núm. 26, [pág. 3170].

⁵⁶⁷ Disponible http://www.hcch.net/index_es.php.

derechos reales⁵⁶⁸. En el Derecho español esta regla se encuentra recogida en el art. 10.1 CC⁵⁶⁹. Esta ley también se aplica en otros ordenamientos. Así, en el Derecho italiano se recoge en el art. 51.1 de la *L. 31 maggio 1995*⁵⁷⁰; en el Derecho alemán en el art. 43 de la Ley de Introducción al BGB (“*Los derechos sobre una cosa se rigen por el derecho del estado en el que se encuentra la cosa*”); en el Derecho francés la regla general se encuentra recogida en el art. 3.2 *Code* respecto a los bienes inmuebles⁵⁷¹, aunque para los bienes muebles la jurisprudencia francesa ha establecido que sólo es aplicable la regla a los bienes situados en Francia (“*La Loi française a-t-elle énoncé, est seule applicable aux droits réels don sont l’objet les biens mobiliers situés en France*”)⁵⁷²; y en el Derecho inglés ya se sostuvo en el caso *Earl Nelson v Lord Bridport* de 1846⁵⁷³ que “*the incidents to real estate, the right of alienating or limiting it, and the course of succession to it, depend entirely on the law of the country where the estate is situated*”.

5. El estudio de la armonización de los derechos reales por la doctrina científica

5.1. El marco común de referencia. La preeminencia del derecho de contratos en la armonización del Derecho privado europeo

Hemos constatado que la política de la UE no se ha centrado en los derechos reales. Otros ámbitos del Derecho privado han tenido un mayor protagonismo en la última década debido a una opción de política legislativa.

El Parlamento europeo, en sus resoluciones de 1989, sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros, y de 1994, sobre la armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados

⁵⁶⁸ Vid. *supra*. Epígrafes 1 y ss.

⁵⁶⁹ “La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles”.

⁵⁷⁰ N. 218 (1). *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*. Art. 51.1: “Il possesso, la proprietà e gli altri diritti reali sui beni mobili ed immobili sono regolati dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano”. Ver GALGANO, F., *Diritto Privato*, 14ª Ed., CEDAM, Padova, 2008, pp. 59 y 61.

⁵⁷¹ “Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française”.

⁵⁷² MONÉGER, Françoise, *Droit international privé*, Litec, Paris, 2001, p. 168.

⁵⁷³ 8 Beav 547.

miembros, planteó la idea de crear un código europeo común de Derecho privado. Años más tarde, el Consejo europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 reafirmó la “*necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles*”. Estas declaraciones tenían un carácter general sin especificarse ninguna materia concreta del Derecho privado europeo. Fue en 2001 cuando la Comisión Europea aclaró la política a seguir a través una Comunicación⁵⁷⁴.

En efecto, en ese año se abrió un período de consultas a los operadores jurídico-económicos sobre las diversas posibilidades de armonizar el Derecho privado europeo, tomando como punto de partida el **derecho contractual**. Esta focalización por parte de la Comisión fue criticada en su momento por el Parlamento Europeo⁵⁷⁵. En el ámbito contractual se habían llevado a cabo diversos trabajos a cargo de grupos de investigación paneuropeos, entre los cuales encontramos⁵⁷⁶:

⁵⁷⁴ Ver para una mayor profundidad respecto a la evolución de la armonización en materia de Derecho privado europeo desde estas resoluciones, incluyendo los grupos de investigación implicados, MASIDE MIRANDA, Enrique, “El futuro Código Civil Europeo de Contratos”, en *RCDI*, Núm. 684, Julio–Agosto 2004. Id. vLex: VLEX-328755; y RÖTTINGER, Moritz, “Towards a European Code Napoléon/ABGB/BGB? Recent EC Activities for a European Contract Law”, en *European Law Journal*, Vol. 12, Nº 6, November 2006, pp. 807 y ss.

⁵⁷⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual Europeo, de 11 de julio de 2001 (COM (2001) 398 final): “3. Además, en su Resolución de 16 de marzo de 2000 sobre el programa de trabajo de la Comisión para el año 2000, el Parlamento Europeo afirmó que, en el mercado interior, era esencial lograr una mayor armonización en el ámbito del Derecho civil, y solicitó a la Comisión que elaborase un estudio en dicho ámbito. En su respuesta al Parlamento Europeo de 25 de julio de 2000, la Comisión declaró que presentaría una comunicación a las demás instituciones comunitarias y al público con el objetivo de entablar una discusión en profundidad tan amplia como fuera posible, respetando la fecha de 2001 fijada por el Consejo Europeo de Tampere”, p. 4. El objetivo se centró en “(10) ...recopilar información sobre la necesidad de una acción comunitaria de mayor alcance en el ámbito del Derecho contractual, en la medida en que el planteamiento individualizado (caso por caso) podría no resolver todos los problemas que pudieran surgir”. En la siguiente página web pueden consultarse todos los documentos relativos al derecho contractual europeo citados en el presente trabajo: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_en.htm. El Parlamento Europeo en su resolución sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros (COM(2001) 398 - C5-0471/2001 - 2001/2187(COS)) lamenta en el apartado 9 “que la Comisión haya limitado sorprendentemente su comunicación al Derecho contractual privado, si bien el mandato otorgado por el Consejo Europeo de Tampere brindaba mayores posibilidades”.

⁵⁷⁶ Para un estudio general respecto a los grupos citados a continuación, ver dentro de la obra de CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003; los artículos de GARCÍA CANTERO, Gabriel, “El anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía)”, en pp. 205 y ss.; MARTÍNEZ SANZ, Fernando, “Principios de Derecho europeo de los Contratos (Comisión Lando)”, pp. 193 y ss.; y ROCA

a) El Grupo de Pavía, creado en 1992 y cuyo coordinador e impulsor fue Giuseppe GANDOLFI. Estos juristas se propusieron como objetivo primordial la unificación del derecho contractual en la UE y el resultado fue el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, sin valor oficial pero esencial en este ámbito junto con el proyecto Lando y el marco común de referencia⁵⁷⁷. A diferencia de estos últimos, el Grupo de Pavía buscaba crear una serie de reglas directamente vinculantes y no meramente optativas para los Estados miembros, es decir, un Código en base al código civil italiano, huyendo de la inseguridad jurídica y de la arbitrariedad judicial que provocarían unos principios europeos o *soft law*⁵⁷⁸.

b) La *Commission on European contract law* (más conocida como la Comisión Lando por su presidente el Profesor Olé LANDO), que está en funcionamiento desde 1982 y también se ha centrado en el derecho de contratos. Este grupo ha publicado en tres volúmenes el resultado de su investigación (en 1995, 1999 y 2003): los Principios de Derecho Europeo de Contratos (*Principles of European Contract Law*, en adelante, PECL)⁵⁷⁹. Sus integrantes, que eran casi en su totalidad académicos o prácticos del derecho sin vinculación alguna con la UE, intentaron elaborar principios no vinculantes en materia contractual en la línea de los *restatements* americanos. Sin embargo, la meta principal de esta Comisión era que estos principios se convirtieran en Derecho y no en meras normas optativas, es decir, la finalidad primordial era crear una base sólida para una futura armonización del derecho contractual a través de un código europeo de contratos⁵⁸⁰. Además, existen

TRÍAS, Encarna, "El "Study Group a European Civil Code" (Proyecto Von Bar)", pp. 199 y ss. Ver también SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a Paz, "Las tendencias unificadoras del derecho contractual europeo", en *RDP*, Núm. 06, Noviembre 2003. Id. vLex: VLEX-20595.

⁵⁷⁷ Vid. *infra* este mismo epígrafe.

⁵⁷⁸ Respecto a las líneas esenciales de este grupo, ver, por todos, la obra de su actual presidente DE LOS MOZOS, José Luís, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005, pp. 173 y ss. y pp. 285 y ss. El texto puede consultarse en versión original en GANDOLFI, Giuseppe (Coord.), *Code europeen des contrats: avant-projet*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 3 y ss.

⁵⁷⁹ Actualmente puede consultarse el trabajo completo en LANDO, Ole, CLIVE, Eric, PRUM, Andre y ZIMMERMANN, Reinhard, *Principles of European Contract Law - Parts I, II and III*, Kluwer International, 2003.

⁵⁸⁰ En el año 2000 vio la luz la obra de los dos primeros principios en la que el grupo se posicionaba en torno al rol que deberían desempeñar en el Derecho privado europeo: "One objective of the Principles of European Contract Law is to serve as a basis for any future European Code of Contracts. They could form the first step [...] Thus the principles have both immediate and longer-term objectives. They are available for immediate use by parties making

diferencias con los *restatements*⁵⁸¹.

c) Y el SGECC (cuyo investigador principal es el Profesor Christian VON BAR). Este grupo respondió a la Comunicación de la Comisión Europea de forma conjunta con la Comisión Lando, de tal forma que el SGECC se erigió en continuador de sus trabajos⁵⁸².

Las respuestas de los diversos operadores jurídicos fueron recogidas en el año 2003 en un plan de acción relativo a un derecho contractual europeo más coherente, en el que se dio un paso adelante en este ámbito⁵⁸³. Los

contracts, by courts and arbitrators in deciding contract disputes and by legislators in drafting contract rules whether at the European or the national level. Their longer-term objective is to help bring about the harmonisation of general contract law within the European Union”, ver LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law. Prepared by the Commission on European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. xxiii y xiv. Una traducción al español puede encontrarse en su página web: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/index.html.

⁵⁸¹ Ver para un análisis en profundidad DÍEZ PICAZO, L., ROCA TRIAS, E. y MORALES, M.A., *Los Principios de derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 73 y ss. De esta manera, aparte del menor número de integrantes de los grupos europeos que elaboran principios, el enfoque es distinto en los *restatements*, de acuerdo con MARTÍN CASALS, Miquel, “Els principis de dret patrimonial europeu i la codificació del dret català”, *La Notaría*, núm. 11, noviembre 2001: “d) En teoria, els Restatements han de recollir i fixar el dret nordamericà vigent. Si bé és cert que la majoria de les vegades reflecteixen el dret que s’ aplica a la majoria de jurisdiccions, es discuteix sovint si poden adoptar opcions minoritàries o que es consideren més avançades o, en general, innovar. A la pràctica s’adopten opcions més creatives quan els precedents son contradictoris. Els redactors de Principis, en canvi, no poden reflectir unes regles comunes, atesa l’existència d’una pluralitat d’ordenaments jurídics a la UE. Apliquen les tècniques del dret comparat per a la redacció de regles uniformes bàsiques, els Principis, les quals es fonamenten en una acurada anàlisi dels avantatges i inconvenients de les solucions en conflicte que ofereixen els diversos ordenaments jurídics nacionals i altres materials rellevants, com ara Convencions Internacionals o normes de Dret Uniforme”. Id. vLex: VLEX-242005.

⁵⁸² *Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code*: “This Response is a joint statement from the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code (referred to in the following as ‘the Groups’). Approximately two thirds of the members of the Commission on European Contract Law also belong to the Study Group on a European Civil Code”, parágrafo 2, p. 8. “At present the Study Group represents the largest - and in this form a unique - network of European experts in the field of private law. It is building on the work of the Commission on European Contract Law, taking on the role of its successor organisation, and is compiling on the basis of that foundation the further material in the sphere of patrimonial law enumerated above. On the basis of research into the legislation, judicial decisions and legal commentaries of the various jurisdictions in the Community and taking into account international conventions and uniform rules and practices, the Study Group is formulating common principles of private law and suggesting ways of overcoming the existing substantive and terminological differences in the individual laws of the Member States”, parágrafo 6º, p. 4.

⁵⁸³ “La Comunicación de la Comisión sobre el Derecho contractual europeo, de julio de 2001, inició un proceso de consulta y debate sobre los medios para resolver, a nivel europeo, los problemas derivados de las divergencias entre los diferentes Derechos contractuales nacionales de la Unión Europea. El presente plan de acción mantiene el carácter consultivo de dicho proceso y presenta las conclusiones de la Comisión, confirmando los resultados de ese proceso, a saber, que no hay necesidad de abandonar el enfoque sectorial actual; resume también los problemas identificados en el proceso de consulta, que tienen que ver con la

objetivos marcados por la Comisión fueron los siguientes:

a) Aumentar la coherencia del acervo comunitario en el ámbito del Derecho contractual.

b) Promover la elaboración de cláusulas contractuales de carácter general a nivel comunitario.

c) Analizar si otros problemas relativos al Derecho contractual europeo pueden exigir soluciones no sectoriales, tales como un instrumento facultativo.

En este sentido, se concretó la voluntad de crear el llamado marco común de referencia, es decir, una serie principios y terminologías comunes que permitieran crear un conjunto de normas uniformes en materia de contratos, disponibles para todos los Estados miembros. No obstante, el carácter consultivo se mantenía en este plan de acción. Finalmente, en octubre de 2004 vio la luz otra Comunicación de la Comisión Europea, cuyo principal objetivo era indicar cómo debía elaborarse el marco común de referencia, así como financiar estudios a lo largo de tres años de duración con cargo al sexto programa marco⁵⁸⁴.

Fue en este programa cuando la vorágine en la armonización del Derecho privado europeo de contratos concluyó en la concentración de diversos grupos de investigación en el denominado *Joint Network on European Private Law -EU Sixth Framework Programme "Network of Excellence"*⁵⁸⁵. La finalidad de esta red era buscar los principios comunes del Derecho contractual europeo.

Los primeros resultados del sexto programa marco se publicaron en

necesidad de una aplicación uniforme del Derecho contractual europeo y el buen funcionamiento del mercado interior", p. 2.

⁵⁸⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro, de 11 de octubre de 2004 (COM (2004) 651 final), pp. 3 y 10. Para una mayor profundidad sobre esta evolución desde la Comunicación de 2001 ver McENDRICK, Ewan, "Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In", en VOGENAUER, Stefan y WEATHERILL, Stephen, *The harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 7 y ss.

⁵⁸⁵ Esta red está integrada por los siguientes grupos: *The Study Group on a European Civil Code*; *The Research Group on the Existing EC Private Law*, o "Acquis Group"; *The Project Group on a Restatement of European Insurance Contract Law*, o "Insurance Group"; *The Association Henri Capitant together with the Société de Législation Comparée and the Conseil Supérieur du Notariat*; *The Common Core Group*; *The Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules*, o "Economic Impact Group" (TILEC - Tilburg Law and Economics Center); *The "Database Group"*; y *The Academy of European Law (ERA)*.

enero de 2008⁵⁸⁶ a cargo del SGECC, que toman principalmente como base los PECL de la Comisión Lando y los trabajos del grupo *Acquis*⁵⁸⁷. La versión final del borrador estaba prevista para finales de 2008 y vio la luz finalmente a principios de 2009⁵⁸⁸. Aunque la voluntad última de este grupo sea la de alcanzar un código civil europeo, VON BAR descarta atribuir a esos principios esta denominación, estando el DCFR a disposición de la UE para que lleve a cabo la política legislativa que considere conveniente⁵⁸⁹. Este texto académico ya ha sido objeto de análisis doctrinal, que ha puesto de relieve sus carencias, p. e. la vaguedad de algunos de sus conceptos⁵⁹⁰.

En cuanto a los derechos reales se refiere, la Comunicación de 2003 hacía referencia a la dificultad de conceder préstamos transfronterizos debido a la disparidad de garantías en los distintos Estados miembros⁵⁹¹. No obstante, la Comisión decidió priorizar el “*obtener un acervo en materia de Derecho contractual europeo que presente un alto grado de coherencia*” (párrafo 56). En la Comunicación de 2004 se excluyeron definitivamente los derechos reales del marco común de referencia debido a la complejidad de su armonización⁵⁹².

⁵⁸⁶ Bajo el nombre “*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*”.

⁵⁸⁷ Ver pp. 24 y 28, párrafos 50 y 58 respectivamente.

⁵⁸⁸ Ver pp. 38 y 39 párrafo 80. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition*, Sellier European law Publishers, 2009.

⁵⁸⁹ Ver VON BAR, Christian, “A Common Frame of Reference for European Private Law - Academic Efforts and Political Realities”, en *EJCL*, Vol. 12.1, Mayo 2008: “But I have learned my lesson: if we want to achieve something, if we wish to convince lawyers that a common basis for private law in whatever legal format is a good idea, we must avoid the notion of a “European Civil Code” at nearly any cost; it raises emotions and fears which for the time being are impossible to overcome. That is another reason why the concept of a “Common Frame of Reference” is not that bad. It is worth pursuing; it has the charm of the unknown and, at least on the face of it, the politically innocent”, pp. 3 y 4. Disponible en <http://www.ejcl.org>.

⁵⁹⁰ EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRIGOLEIT, Hans Christoph; JANSEN, Nils; WAGNER, Gerhard; ZIMMERMANN, Reinhard, “Le cadre commun de référence pour le droit privé européen. Les questions de son évaluation et les problèmes de codification”, en *Revue de Droit Européen*, Núm 4, 2008, pp. 761 y ss.

⁵⁹¹ Párrafo 44: “Se han mencionado problemas semejantes en el sector de los servicios financieros, donde la concesión de créditos transfronterizos sólo es posible si se ofrecen las garantías correspondientes. Se ha indicado que el análisis de la validez de la transferencia transfronteriza de garantías requiere dictámenes jurídicos detallados, que son costosos. Esto disuade de realizar dichas transacciones transfronterizas o las hace imposibles. Además, se menciona que un análisis de esta índole requiere mucho tiempo, lo que, en casos de transacciones transfronterizas con las que debe financiarse la recapitalización para evitar la insolvencia, puede ser un factor crítico que haga fracasar toda la operación”.

⁵⁹² “La Comisión considera que las diferencias en la interacción entre el Derecho contractual y el Derecho de responsabilidad civil de los diferentes Estados miembros no suscitan problemas significativos. Más problemas parecen plantear las diferentes interacciones entre el Derecho

En consecuencia, el DCFR no tiene como objetivo su aplicación, entre otros ámbitos, a la propiedad y a los derechos reales de garantía sobre bienes inmuebles (art. I:101.(2).b DCFR)⁵⁹³. Sin embargo, el DCFR sí que regula determinados aspectos del derecho de propiedad en los bienes muebles:

a) El Libro VIII del DCFR regula la adquisición y pérdida de la propiedad de cosas muebles corporales, aunque no se aplica a los bienes inmuebles y a las situaciones ocupación, abandono o expropiación. Todos los bienes bajo el ámbito de aplicación del DCFR son disponibles conforme a las leyes (arts. I:101, 102 y 301 DCFR).

b) El Libro IX del DCFR recoge hasta tres clases de garantías sobre bienes muebles. La primera es el derecho real de prenda, aunque es posible constituir otras posibles garantías análogas (arts. I:102.(1) y (2) DCFR); la segunda es la posibilidad de transferir la propiedad en garantía siempre y cuando exista específicamente esa intención (arts. I:102.(3) DCFR); y la última es la retención de la propiedad para asegurar el cumplimiento de una obligación, p. e. por el vendedor en un contrato de compraventa a plazos o por el propietario en un contrato de *leasing* (arts. I:101 y 102 DCFR). El DCFR utiliza una noción amplia de *ownership* incluyendo tanto a los bienes corporales como a los incorporeales (art. I:201.(9) DCFR). Si comparamos la regulación europea actual con la propuesta académica del DCFR, observamos lo siguiente: a) el DCFR permite al acreedor apropiarse de los bienes objeto de garantía con independencia de su naturaleza a través del pacto marciano (arts. 7:207.(1).c) y 7:216 DCFR)⁵⁹⁴, lo que en la Directiva 2002/47 sólo es posible en

contractual y el Derecho de propiedad de los Estados miembros. Durante la preparación del MCR será necesario analizar cómo resolver dichos problemas en la medida en que resulte necesario para mejorar el acervo actual y futuro”, pp. 12 y 13.

⁵⁹³ Book I, art. I:101: “They are not intended to be used...: (f) the ownership of, or rights in security over, immovable property”.

⁵⁹⁴ La existencia del pacto marciano puede extraerse de los requisitos exigidos en el art. IX.-7:216 DCFR: “The secured creditor may accept the encumbered assets in total or partial satisfaction of the secured right under the following conditions: (a) the secured creditor must give advance notice of the intention to acquire all or parts of the encumbered assets in total or partial satisfaction of the secured right, specifying the relevant details; (b) the proposal must be sent to the persons specified in IX. – 7:209 (Addressees of the notice); (c) the conditions of IX. – 7:210 (Time and contents of notice) paragraphs (1), (2) (b) and (d) and (3) and IX. – 7:212 (Commercially reasonable price) paragraph (1), applied with appropriate adaptations, must be fulfilled; (d) the proposal must indicate the secured amount owed as of the end of business on the day before the proposal is sent and the amount of the right that is proposed to be satisfied by accepting the encumbered asset; and (e) no addressee objects to this proposal in writing within ten days after the proposal has been received by every addressee”.

determinados instrumentos financieros (art. 4, p. e. dinero); y b) el DCFR amplía el ámbito objetivo de la reserva de dominio limitado en la Directiva 2000/35 a las compraventas (art. 4).

c) El Libro X del DCFR regula la institución del *trust*, que resulta definido como aquella “*legal relationship in which a trustee is obliged to administer or dispose of one or more assets (the trust fund) in accordance with the terms governing the relationship (trust terms) to benefit a beneficiary or advance public benefit purposes*” (art. 1:201 DCFR). Los bienes transmitidos formarán un patrimonio distinto del patrimonio personal del fiduciario. Así, los acreedores del fiduciario no podrán atacar el patrimonio fiduciario, sólo su patrimonio personal (art. 1:202 DCFR).

El Parlamento Europeo expresó su satisfacción por la conclusión del DCFR e instó a la Comisión a que en su aprobación definitiva se tenga en cuenta el derecho contractual en general y no únicamente la normativa relacionada con los consumidores y usuarios⁵⁹⁵. Además, el Parlamento tiene en cuenta el DCFR en sus diversas actividades, p. e. en el Informe de 22 de abril de 2009 relativo a la eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la UE, en el cual insta a la Comisión a “*examinar exhaustivamente todas las medidas precontractuales y contractuales que podrían asociarse al desarrollo del MCR y todos los instrumentos optativos derivados del mismo*” (apartado 20). Por su parte, el Consejo Europeo se posiciona favor de que el DCFR sea un instrumento optativo para inspirar a los legisladores nacionales en su labor de creación del derecho⁵⁹⁶.

Finalmente, la Comisión Europea realizó una Comunicación el 10 de junio de 2009 que pretendía ofrecer una visión general de los instrumentos y plazos previstos en el plan de acción en las áreas de justicia, libertad y

⁵⁹⁵ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2007, sobre el Derecho contractual europeo. B6-0513/2007. Puntos 7º y 8º. Ver también la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo. B6-0374/2008.

⁵⁹⁶ PRESS RELEASE. 2863rd Council meeting Justice and Home Affairs. 8397/08 (Presse 96). 18.IV.2008: “The Council endorsed a report setting up a Common Frame of Reference for European contract law. That report defines the Council’s position on four fundamental aspects of the Common Frame of Reference “a set of non-binding guidelines to be used by lawmakers at Community level on a voluntary basis as a common source of inspiration or reference in the lawmaking process””, p. 18.

seguridad⁵⁹⁷. La Comisión da como alcanzado el objetivo de crear el DCFR, que ha servido tanto para la elaboración del Libro Verde para la revisión del derecho de consumo en 2007 como para la propuesta posterior de una Directiva en este ámbito en 2008⁵⁹⁸. Sin embargo, el objetivo propuesto de que en 2009 se adopte el DCFR en el ámbito del derecho contractual se ha pospuesto hasta 2010.

Por lo tanto, el DCFR es un producto académico y optativo hasta el momento, que ofrece un abanico de posibilidades muchísimo más amplio y más coherente que la normativa de la UE. Sin lugar a dudas, y a la espera de su aplicación final en el ámbito de la UE, el DCFR constituye una regulación de referencia en la armonización del Derecho privado europeo.

5.2. Los grupos de investigación europeos en materia de derechos reales

La política de la UE en el ámbito del derecho contractual afecta indudablemente a los grupos de investigación paneuropeos en materia de derechos reales, que son tratados a continuación.

5.2.1. El grupo de Trento

5.2.1.1. Descripción y metodología

El grupo de Trento también forma parte de la “*Network of Excellence*”⁵⁹⁹. El *Common Core of European Private Law* nació en 1994 y sus líneas básicas de actuación se fijaron en el primer *meeting* de 6 de julio 1995 a cargo de sus dos máximos responsables: Mauro Bussani y Ugo Mattei. En la actualidad, forman parte del grupo más de 100 profesores pertenecientes a los distintos Estados miembros de la UE.

Su metodología consiste en la adopción de una aproximación fáctica en

⁵⁹⁷ *General overview of instruments and deadlines provided in the Hague Programme and Action Plan in the fields of justice, freedom and security. Institutional Scoreboard.* {COM(2009) 263 final}.

⁵⁹⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores. Bruselas, 8 de octubre de 2008. COM (2008) 614 final.

⁵⁹⁹ Su página web es la siguiente: <http://www.common-core.org> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

el método comparativista, a través de diversos casos prácticos tras los cuales se profundiza en los problemas que afectan a una determinada institución jurídica⁶⁰⁰. De acuerdo con el discurso inaugural⁶⁰¹, el *common core* no busca conseguir unos *restatements* a imagen y semejanza de la Comisión Lando o del actual DCFR, ni tampoco crear un cuerpo de normas que sean la base para un código civil europeo vinculante como busca el grupo de Pavía, sino realizar un mapa descriptivo o cartográfico del “corazón de Europa” resaltando los rasgos convergentes y divergentes de los distintos ordenamientos jurídicos de la UE. Para reflejar esta idea, se utiliza el siguiente símil: un abogado transnacional se encuentra como un viajero a la hora de abordar los derechos de los distintos Estados miembros, es decir, con una serie de mapas locales que pueden inducir a confusión. La misión del comparativista es crear un mapa lo más fidedigno posible a la realidad.

En definitiva, el *common core* busca realizar una descripción detallada de los derechos (o mapas) de los Estados miembros. Por lo tanto, no se busca crear un nuevo derecho sino analizar el ya existente. En puridad, lo único que une la metodología de este grupo con el resto es la utilización de métodos comparativos⁶⁰².

⁶⁰⁰ Esta metodología tiene su origen en los trabajos de Rudolf B. SCHLESINGER en la Universidad de Cornell y de Rodolfo SACCO.

⁶⁰¹ Disponible en su página web: <http://www.common-core.org/theproject.html> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁶⁰² En el discurso inaugural puede observarse este objetivo: “What was possibly the result of the Cornell project can be today assumed as a point of departure of our path: “At least in terms of actual results, as distinguished from the semantics used in reaching and stating such results, the areas of agreement among legal systems are larger than those of disagreement” nt 1. This statement conveys us a double teaching. First, it shows how common core research is a very promising hunt for analogies hidden by formal differences. Such common core should be unearthed in order to obtain at least the main lines of one reliable geographical map of the law of Europe. What the use of this map will be is not concern for the cartographers that are drafting it, although we may all agree that this kind of research should be very useful for and deserve more attention from official institutions that are encharged to draft European legislation (directives, regulations ecc.). For the transnational lawyer the present situation is like that of a traveller compelled to use a number of different local maps each one containing misleading information. We wish to correct this misleading information; we do not wish to force the actual diverse reality of the law within a map to reach uniformity. We are not drafting a city plan for something that will develop in the future and that we wish to affect. We are neutral in front of future developmments. This project only seeks to describe the present complex situation in a reliable way”. Ver también en este sentido BUSSANI, Mauro, “En busca de un Derecho privado europeo”, en *ADC*, Núm. LV-3, Julio 2002: “Este tipo de investigación parece necesaria para obtener, como mínimo, los principales trazos de un mapa geográfico fiable sobre el Derecho europeo [...] Así, si tuviéramos que resumir en una palabra las diferencias entre el Common Core y los enfoques sobre «principios comunes», ésta sería «escepticismo»”, pp. 943 y 944; y

En particular, el *common core* se centra en las siguientes materias, sin ser en ningún caso compartimentos estancos: contratos, propiedad y responsabilidad civil⁶⁰³. Los casos prácticos empleados tomaron la forma de cuestionarios en los que cobra gran importancia no sólo el análisis del derecho de un Estado miembro, es decir, del propio derecho positivo y sus interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, sino que engloba también aspectos sociales y culturales (*metalegal formants*)⁶⁰⁴. En consecuencia, los cuestionarios se responden en tres fases o niveles: un primer nivel, en el que se resuelve el caso acudiendo al derecho vigente del Estado miembro interpretado por la jurisprudencia (*operative rules*); y unos segundo y tercer niveles en los que se inciden en aspectos colaterales respecto a la solución dada en el nivel I, como los aspectos sociales, culturales, la intervención de organismos ajenos al Derecho privado, coherencia de la resolución con las normas y principios (civiles o constitucionales) del derecho positivo, etc. (*descriptive and legalegal formants*).

Las comisiones del *common core* estudian en la actualidad distintos aspectos de los derechos reales, que son: a) las garantías reales inmobiliarias (*Security Rights in Immovable Property*, comisión dirigida por Fiorentini/Watt/Van der Merwe), cuyo cuestionario data de marzo de 2008; b) los límites a la información de la propiedad (*Boundaries to Information Property*, comisión dirigida por Godt/van Overwalle/Guibault/Beyleveld), cuyo cuestionario data de junio de 2006; c) los deberes de asistencia y de carácter

CÁMARA LA PUENTE, S., "El "Núcleo Común del Derecho Privado Europeo" (Proyecto de Trento)", en CÁMARA LAPUENTE, S., *Derecho Privado...*, ob. Cit., pp. 227 y ss.

⁶⁰³ De acuerdo con su discurso inaugural: "Anyhow, Contract Tort and Property may be used in this project as legalegal containers of problems that on operational grounds are rather easy to locate. They are not used in any positive legal meaning but they are models that have the only function to detect the areas of general expertise of the contributors".

⁶⁰⁴ "This is the lesson that Rodolfo Sacco took and developed. The core of his comparative law methodology is by now well known translated as it has been in many languages. To sum up Sacco's theory, a list, even exhaustive, of all the reasons given for the decisions made by the courts is not the entire law. The statutes are not the entire law. Neither are the definitions of legal doctrines given by scholars. In order to know what the law is, it is necessary to analyze the entire complex relationship between what Sacco calls the "legal formants" of a system". El propio Sacco define los "*legal formants*": "Thus even the jurist who seeks a single legal rule, indeed who proceeds from the axiom that there can be only one rule in force, recognizes implicitly that living law contains many different elements such as statutory rules, the formulations of scholars, and the decisions of judges-elements that he keeps separate in his own thinking. In this essay, we will call them, borrowing from phonetics, the "legal formants", ver SACCO, R., ob. Cit., p. 22.

monetario en el Derecho de familia (*Duties of Care and Duties of Cash in Family Law*, comisión dirigida por Panforti/Miranda/Roy/Dadomo); d) los derechos reales limitados temporales sobre la propiedad inmueble (*Time-Limited Interests in Land*, comisión dirigida por Van der Merwe/Caterina/Verbeke), cuyo cuestionario data de abril de 2005; y e) la transmisión de la propiedad inmobiliaria (*Transfer of Immoveable Property*, comisión dirigida por Cooke/Martínez), cuyo cuestionario data de noviembre de 2006.

5.2.1.2. Estado actual. Conclusiones

El *common core* ha publicado hasta la fecha once publicaciones⁶⁰⁵. En el ámbito de las garantías reales mobiliarias destaca el estudio elaborado por KIENINGER, que llega a las siguientes conclusiones⁶⁰⁶:

- Respecto a las similitudes entre los Estados miembros, destacar las siguientes:

a) Ninguno de los Estados miembros ha llevado a cabo una regulación global y funcional del régimen de las garantías mobiliarias, y su regulación no se encuentra en los códigos civiles nacionales sino fuera de ellos (p. e. el *leasing*). Además, las legislaciones nacionales prevén instrumentos de garantía que difieren entre ellos.

b) Existe una tendencia a ampliar las modalidades de garantías reales disponibles, p. e. la idea de la *floating charge* inglesa ha sido acogida en los sistemas de derecho civil⁶⁰⁷.

c) La posesión, que ha sido el instrumento tradicional de publicidad de los derechos reales para terceros (p. e. en la prenda), tiene cada vez una menor importancia. La razón es la admisión de garantías reales no posesorias por parte de las legislaciones nacionales, que no han compensado la falta de

⁶⁰⁵ Por ejemplo, en el ámbito contractual, Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law*, "The Common Core of European Private Law", Cambridge University Press; y Ruth Sefton-Green, *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law*, "The Common Core of European Private Law", Cambridge University Press; en el ámbito de responsabilidad civil, Mauro Bussani and Vernon V. Palmer, *Pure Economic Loss in Europe*, "The Common Core of European Private Law", Cambridge University Press. Ver <http://www.common-core.org/books.html#1> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁶⁰⁶ KIENINGER, E. M., ob. Cit., pp. 647 y ss.

⁶⁰⁷ Ver al respecto *infra*. Capítulo 3º, apartado III, epígrafe 2.2

transmisión posesoria por otro instrumento de publicidad.

d) La reserva de dominio y el *leasing* (ambos en su forma simple)⁶⁰⁸ son dos instituciones en las que existe una fuerte convergencia a nivel europeo.

- En cuanto a las diferencias, éstas se centran en las siguientes cuestiones:

a) La publicidad del derecho real, que puede tener lugar a través de la posesión o a través de un Registro si es una garantía no posesoria.

b) El principio del pacto comisorio, que se ha utilizado por algunos Estados miembros para denegar la transmisión de la propiedad en garantía (p. e. en Portugal), mientras que en otros países, como Alemania, esta figura puede encontrarse regulada en el BGB junto con la prenda.

c) La cesión de la obligación a un tercero, que puede requerir la notificación al deudor o incluso su consentimiento.

d) Los ámbitos en los que existen algunos elementos de convergencia pero aún persisten diferencias relevantes son las cargas que pueden gravar todo el patrimonio empresarial⁶⁰⁹, la cesión de créditos en garantía o las garantías reales no posesorias.

Este estudio concluye que los ámbitos en los que puede alcanzarse una armonización son la reserva de dominio simple y el *leasing*.

Por lo tanto, el *common core* va cumpliendo poco a poco los objetivos que se marcaron en su nacimiento, aunque recientemente se ha puesto en tela de juicio la viabilidad de alcanzar su objetivo final, es decir, elaborar un mapa cartográfico del Derecho privado europeo. Los problemas detectados son los siguientes: a) el tiempo que se tarda en publicar un libro (de 6 a 8 años); b) la imposibilidad de abarcar todas las áreas del Derecho privado; c) la focalización de algunos de sus libros en países determinados, obviando países del este de Europa; y d) la dificultad a la hora de analizar la compleja y amplia información de los cuestionarios de cada Estado miembro. Estas cuestiones suponen los obstáculos más importantes en el devenir del grupo, el cual sigue su curso en

⁶⁰⁸ El *leasing* en su forma simple supone que el propietario de un bien (*lessor*) lo arrienda a un tercero (*lessee*), a cambio del pago de un precio. En todas las jurisdicciones objeto de estudio el *lessor* sigue siendo el propietario del bien, p. e. un ordenador, y puede ejercitar su derecho si el *lessee* se declara insolvente u otro acreedor decide ejecutar el ordenador por el pago de una deuda. Ver KIENINGER, E. M., ob. Cit., p. 619.

⁶⁰⁹ Ver al respecto *infra*. Capítulo 3º, apartado III, epígrafe 2.2.

el análisis del Derecho privado europeo⁶¹⁰.

5.2.2. El grupo de investigación de la eurohipoteca

5.2.2.1. Descripción y metodología

El grupo de investigación de la eurohipoteca⁶¹¹ nació en el año 2004 con la voluntad de continuar con los trabajos doctrinales que desde el año 1960 se habían llevado a cabo en torno a la creación de una garantía inmobiliaria común para Europa, de la mano del Profesor Claudio Segré. Este grupo fue constituido por un total de 10 miembros, pertenecientes a diversas universidades e instituciones europeas. El primer borrador de la eurohipoteca fue elaborado por el doctor Hans Wolfsteiner y el doctor Otmar Stöcker⁶¹², con la colaboración de otros expertos juristas alemanes, que quedó reelaborado en Valladolid en junio de 2004 y en Tarragona en 2005, momento en el que se añadieron propuestas de los prácticos del derecho (registradores y notarios). Este documento fue finalmente objeto de discusión en Berlín en 2005, y cristalizó un año después en las BG, que giran en torno a un derecho real de naturaleza “contractualmente dependiente” del crédito⁶¹³. En diciembre de 2007 vio la luz el Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE. Este documento supone la continuación del Libro Verde sobre el crédito hipotecario de 2005, que proponía la posible creación de un

⁶¹⁰ Ver al respecto las reflexiones de REIMANN, Mathias, “Of products and process. The first six tiento volumes and their making”, en MATTEI, U. y BUSSANI, M., *Opening Up European Law: The Common Core Project Towards Eastern and South Eastern Europe*, Berne, Switzerland: Stampfli Publishers, 2007, pp. 92 y ss. En particular, expone lo siguiente: “At the same time, the project should acknowledge the impossibility or reaching its original objective of eventually providing a general map of European private law; it should thus abandon this goal. Instead, the project should openly focus on what it has proven to perform well, i. e., on the investigation of the texture of European private law in select areas”, p. 99.

⁶¹¹ [Http://www.eurohypotheq.com/](http://www.eurohypotheq.com/).

⁶¹² Cuyo texto puede consultarse en WOLFSTEINER, Hans y STÖCKER, Otmar, “A non-accessory Security Right over Real Property for Central Europe”, en *Notarius International*, Vol. 8, 1-2/2003: “The objective of the present discussion paper is to put forward a proposal for a non-accessory security right over real property that can also be used to secure debts”, pp. 118 y ss. La traducción al español puede consultarse en NASARRE AZNAR, S. y STÖCKER, O., “Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de Europa central”, en *RCDI*, Núm. 671, Mayo-Junio 2002, pp. 930 y ss.

⁶¹³ Pueden consultarse los resultados de este primer plenario en GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE LA EUROHIPOTECA, “Proyecto de investigación europeo Eurohipoteca: puntos para la discusión”, en *RCDI*, Núm. 685, Septiembre-Octubre 2004. Id. vLex: VLEX-328802. Para más información histórica sobre la eurohipoteca y el análisis del contenido de las BG en relación con el Derecho español, vid. *infra*. Capítulo 4º, epígrafe 3.

instrumento común para Europa (la bautizada como “eurohipoteca”), citando como un posible modelo las BG elaboradas por el grupo de investigación de la eurohipoteca. Sin embargo, el Libro Blanco consideró que otras materias eran prioritarias en los mercados de crédito hipotecario (p. e. los mecanismos de amortización anticipada), aunque la idea de una garantía común para toda la UE no se ha descartado completamente sino que son necesarios mayores estudios en este ámbito⁶¹⁴.

Este grupo adoptó inicialmente la siguiente metodología para elaborar las BG⁶¹⁵:

a) En primer lugar, se trataron de identificar las dificultades, costes y problemas de las transacciones transfronterizas, así como el régimen jurídico de la hipoteca en cada Estado miembro.

b) De esta manera, se pudieron comprobar las necesidades actuales del mercado hipotecario a nivel paneuropeo y el nivel de estudio doctrinal sobre esta temática.

c) Proponer un modelo de eurohipoteca en base a las consideraciones anteriores que sirva de modelo para una futura Directiva.

El resultado fueron las BG, que recogen un modelo de eurohipoteca que ha cumplido hasta la fecha un objetivo (a) y que puede servir para cumplir otros dos en un futuro (b y c)⁶¹⁶.

5.2.2.2. Estado actual. Conclusiones

Una vez se ha conseguido el objetivo primario del grupo, es decir, proponer un modelo óptimo, seguro y paneuropeo de hipoteca, el siguiente

⁶¹⁴ El Libro Blanco de 2007 no hace una referencia expresa a la eurohipoteca pero sí en los documentos que lo acompañan. En este sentido se pronuncia NASARRE AZNAR, S., “Eurohypothech & Eurotrust...”, ob. Cit.: “h. The Eurohypothech expressly appears in two Annexes of the White Paper: Annex 2 Process (Commission Staff Working Document-Accompanying the White Paper on the Integration of EU Mortgage Credits Markets-Impact assessment), just for saying that the Eurohypothech (“Euromortgage”, they call it) is a matter of study after the Green paper 2005 release. Annex 3: Impact assessment on specific issues (Commission Staff Working Document-Accompanying the White Paper on the Integration of EU Mortgage Credits Markets-Impact assessment, pp. 168 y 169), in the field of transfer of mortgage portfolios, a solution would be “to issue a recommendation to Member States [...], to issue legislation or to create an **‘Eurohypothech’**, as an alternative instrument for securing loans on property to existing national concepts of collateral (bold is mine) and recommends further research”, p. 10.

⁶¹⁵ NASARRE AZNAR, S., “The Eurohypothech: a Common...”, ob. Cit., pp. 50 y 51.

⁶¹⁶ Vid. *infra*. Capítulo 4º, epígrafes 3, 4 y 5.

paso es animar a los Estados miembros a que reformen sus legislaciones hipotecarias en busca de modelos más flexibles en base al modelo propuesto. Una vez los Estados miembros hayan optimizado sus legislaciones, el siguiente paso sería introducir la eurohipoteca a nivel europeo⁶¹⁷. En el presente trabajo se estudia la naturaleza jurídica de la eurohipoteca, su posible funcionamiento en el Derecho español y sus repercusiones respecto a las libertades comunitarias⁶¹⁸.

5.2.3. El instituto universitario de Florencia

5.2.3.1. Descripción y metodología

El *European University Institute* (en adelante, EUI) tiene su sede en Florencia y fue creado en 1972, de acuerdo con un tratado firmado por los seis creadores de la antigua Comunidad Económica Europea (1957). Su razón de ser se encuentra en el desarrollo cultural y científico de Europa, sobre la base de la enseñanza e investigación que se imparte en su sede (art. 2 de la *Convention setting up the European University Institute*)⁶¹⁹. Para llevar a cabo sus funciones, el EUI se divide en diversos departamentos, de los cuales existen 4 que tienen la calidad de consagrados y, por lo tanto, destinados desde un inicio a la investigación de una determinada rama jurídica. Uno de estos departamentos se dedica exclusivamente a las ciencias jurídicas (arts. 10 y 11.1 de la *Convention*), y entre una de sus líneas de investigación encontramos la “*Europeanisation of Private Law*”⁶²⁰. Este grupo ha llevado a cabo un estudio del derecho de arrendamientos a nivel europeo (*tenancy law*) y del derecho de propiedad inmobiliaria (*real property and procedure in the*

⁶¹⁷ De acuerdo con NASARRE AZNAR, S., “Eurohypothech & Eurotrust...”, ob. Cit., pp. 2 y 3.

⁶¹⁸ Vid. *infra*. Capítulos 4º a 6º.

⁶¹⁹ Versión consolidada y revisada en 1992: “1. The aim of the Institute shall be to contribute, by its activities in the fields of higher education and research, to the development of the cultural and scientific heritage of Europe, as a whole and in its constituent parts. Its work shall also be concerned with the great movements and institutions which characterize the history and development of Europe. It shall take into account Europe’s cultural and linguistic pluralism and relations with cultures outside Europe. This aim shall be pursued through teaching and research at the highest university level”. Información disponible en su página web: <http://www.iue.it/About/> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁶²⁰ Sus responsables son los profesores Fabrizio Cafaggi, Marie-Ange Moreau, y Jacques Ziller.

European Union)⁶²¹. Por lo tanto, el EUI tiene un proyecto específico que investiga la armonización comunitaria en materia de derechos reales, en el cual ha manifestado que la atención de la UE en este ámbito ha sido escasa en los últimos años⁶²².

El EUI utiliza un método similar al *common core*⁶²³. Los miembros de este grupo de investigación deben cumplimentar un cuestionario para la consecución de los siguientes objetivos:

- a) Ofrecer una panorámica general del derecho inmobiliario en los Estados que integran la UE.
- b) Servir de base para la posible inclusión de la adquisición de bienes inmuebles en una hipotética armonización del Derecho europeo de contratos.
- c) Examinar la posible introducción de un instrumento hipotecario común en Europa como un régimen 26 (actualmente 28, debido a la incorporación de Rumanía y Bulgaria en 2007).

Respecto a su contenido material, el cuestionario abarca diferentes áreas de la propiedad inmobiliaria: concepto, funcionamiento del sistema registral, compraventa y adquisición, hipotecas y aspectos de Derecho internacional privado⁶²⁴.

5.2.3.2. Estado actual. Conclusiones

Las investigaciones del EUI en este ámbito cristalizaron en un *General Report*⁶²⁵ que aglutinó y esquematizó los diferentes *reports* nacionales. Las conclusiones generales que pueden extraerse son las siguientes:

- a) El equivalente legal y económico del *freehold* angloamericano en los

⁶²¹ El coordinador específico de estos dos estudios es el Dr. Christoph Schmid.

⁶²² "Outline: In the wake of the establishment of the internal market and the common area of freedom, security, and justice, European citizens, businesses and capital have become ever more mobile. Real estate transactions with cross border elements have, therefore, become increasingly frequent, with immovables being acquired both for personal use or investment purposes. That notwithstanding, real property law is to date one of the few legal branches which have remained essentially national, and in which differences among national laws remain greatest. Thus, real property and real securities (mortgages) are defined differently; the registration of real property serves different purposes and requires different forms and procedures [...] Apart from the economically marginal Directive No. 94/47 on time sharing rights in immovables, the European Union has to date never become active in real property law".

⁶²³ Vid. *supra*. Epígrafe 5.2.1.

⁶²⁴

Disponibles

en

<http://www.iue.it/LAW/ResearchTeaching/EuropeanPrivateLaw/ProjectRealPropertyLaw.shtml>.

⁶²⁵ *Real Property Law and Procedure in the European Union, Final version*, 31.05.2005.

sistemas continentales es el derecho de propiedad.

b) El principio *superficies solo cedit* (el derecho de propiedad se extiende no sólo al suelo sino también a las construcciones que se realicen sobre éste), se aplica en todas las legislaciones objeto de estudio (está previsto en los arts. 350 CC y 542-3 CCC, a salvo en ambos casos del derecho de superficie, arts. 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 junio, del suelo⁶²⁶ y 564-1 CCC).

c) El sistema *numerus clausus* está presente en la mayoría de países europeos, p. e. en Francia, Grecia, Italia, Portugal y Alemania, salvo en España, en el que existe un *numerus clausus de facto* ante la dificultad de crear nuevos derechos reales.

d) La principal diferencia entre las hipotecas europeas radica en su accesoriedad respecto a la obligación garantizada, que provoca que en algunos países puedan nacer sin necesidad de garantizar una obligación determinada o determinable⁶²⁷.

e) La propiedad horizontal se regula de forma distinta en varios ordenamientos, si bien comparten características comunes, como el documento de constitución.

f) Existen básicamente dos clases de Registros de la Propiedad: por un lado, los que registran derechos y los que registran documentos; y, por otro, los que tienen una inscripción constitutiva (en cuyo caso existe normalmente la protección del tercer adquirente de buena fe, p. e. Alemania) o declarativa (que en ocasiones no establecen dicha protección para el tercero, p. e. Francia).

g) La transmisión de la propiedad puede tener lugar sólo con un contrato (Francia), ser necesaria además la entrega de la cosa (España) o la inscripción en el Registro de la Propiedad (Alemania); y la validez del contrato puede requerir o no la existencia de una causa.

5.2.4. EULIS

5.2.4.1. Descripción y metodología

⁶²⁶ BOE 26 junio 2008, núm. 154, [pág. 28482].

⁶²⁷ Por eso le otorgamos tal importancia en nuestro estudio de la eurohipoteca, vid. *infra*. Capítulo 5º, epígrafes 2 a 5 (que tratan la accesoriedad en el Derecho español, en el comparado y en la eurohipoteca).

En el año 2002 se puso en marcha EULIS (la *European Land Information Service*)⁶²⁸, dentro del programa *e-Content* 2001-2004⁶²⁹. Su objetivo inicial era crear un único portal desde donde fuera posible el acceso electrónico al Registro de la Propiedad de cualquier Estado miembro de la UE. Por lo tanto, no se buscaba crear un único Registro de la Propiedad europeo, sino un **portal** que sirviese de enlace entre los posibles interesados en saber la información registral de una finca situada en un Estado miembro y el Registro de la Propiedad de dicho Estado. Además, en nada afecta EULIS a los sistemas de adquisición e inscripción registral propios de cada Estado miembro.

En el inicio de este proyecto sólo formaban parte ocho países de la UE: Holanda, Austria, Inglaterra y Gales, Suecia, Finlandia, Noruega, Escocia y Lituania⁶³⁰. Los miembros del grupo se reúnen con una frecuencia anual.

En 2005 este proyecto fue expresamente citado por el Libro Verde del mercado hipotecario de la UE, que abrió un período público de consultas en diferentes ámbitos del mercado hipotecario. La Comisión Europea entendió que una información fiable sobre los derechos reales inmobiliarios a nivel europeo era fundamental para los préstamos hipotecarios transfronterizos y alabó los trabajos del proyecto EULIS⁶³¹. Las respuestas al Libro Verde por parte de los organismos jurídicos europeos fueron positivas⁶³².

Este proyecto fue sustituido por el Programa *eContentplus* (2005-2008),

⁶²⁸ <http://www.eulis.org> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁶²⁹ Decisión del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, por la que se adopta un programa plurianual comunitario de estímulo al desarrollo y el uso de contenidos digitales europeos en las redes mundiales y de fomento de la diversidad lingüística en la sociedad de la información (DOCE nº L 14 de 18.1.2001).

⁶³⁰ Ver al respecto VAN LOENEN, Bastiaan y PLOEGER, Hendrik, "EULIS – At the Beginning of the Road to Harmonization of Land Registry in Europe", en *ERPL*, Nº 3, 2004, pp. 382 y ss.

⁶³¹ "(44) En los registros de la propiedad se inscriben y, en cierta forma, se determinan los derechos legales de propiedad. Preocupa que estos registros no siempre reflejan con exactitud todas las cargas que pueden afectar a los derechos de propiedad. Comprender su contenido y funcionamiento y tener fácil acceso a los mismos resulta crucial para la actividad transfronteriza sobre créditos hipotecarios de cualquier tipo (incluida la financiación). (45) Esto ya lo ha reconocido la Comisión al financiar la fase experimental del proyecto EULIS, que ya ha concluido, que trató de reforzar la cooperación entre propietarios y supervisores de registros y facilitar el acceso transfronterizo a los mismos".

⁶³² De acuerdo con el Informe *Feedback on the consultation on Green Paper* de 23 de mayo de 2006: "Financial institutions and intermediaries as well as consumers and users unanimously supported the EULIS project. A majority of Members States and Other stakeholders also supported the project on 91% and 82% respectively. In general, EULIS was seen to be efficient and quick. At the same time however, stakeholders offered comments and suggestions about its functioning", p. 42. Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/home-loans/feedback_gp-en.pdf (consultado el día 1 de mayo de 2010).

que nacía con la voluntad de continuar el trabajo realizado en el anterior programa⁶³³. Bajo el programa *eContent* el grupo EULIS estaba organizado en diez áreas de trabajo que abarcaban diferentes funciones⁶³⁴. En *EULISPlus* se dividieron en cuatro subgrupos de trabajo (*work packages*) con diferentes funciones: el primero se encargaba de la gestión, la preparación de informes y de las reuniones de los miembros del grupo; el segundo de la página web, de las conferencias y de los seminarios o *workshops*; el tercero de la predisposición del mercado hacia el proyecto EULIS desde una triple perspectiva: su entorno jurídico; su servicio y su posible adaptación y comprobación del servicio piloto; por último, el cuarto subgrupo tenía la tarea de realizar el despliegue del plan (*deployment planning*), incluyendo un análisis del mercado y casos comerciales nacionales. De forma general, se buscaba analizar si los ordenamientos jurídicos objeto de estudio cumplían con los estándares necesarios para su incorporación a EULIS.

En abril de 2006 se puso en funcionamiento en el mismo grupo el denominado *European Land Information Service Plus* en el marco del Proyecto *eTen*⁶³⁵, con la finalidad de hacer extensible el Proyecto EULIS en los países de Europa central, como Polonia, Letonia, Lituania, República Checa y Eslovenia. De acuerdo con el plan de trabajo establecido, para finales de 2007 debía estar terminada la versión final del servicio piloto y un plan de recomendaciones para los Estados miembros objeto de estudio⁶³⁶. Desde 2007 los Registros de la Propiedad de Austria, Inglaterra y Gales, Irlanda, Lituania, Holanda y Suecia están conectados a la plataforma EULIS, de tal forma que es posible el acceso electrónico a estos Registros.

Finalmente, la Comisión Europea estableció como una de sus prioridades el acceso al contenido de los Registros de la Propiedad en el Libro Blanco del crédito hipotecario de 2007, animando a los Estados miembros a

⁶³³ Decisión N° 456/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2005, por la que se establece un programa plurianual comunitario de incremento de las posibilidades de acceso, utilización y explotación de los contenidos digitales en Europa.

⁶³⁴ Ver en mayor profundidad NASARRE AZNAR, S., "La reforma del...", ob. Cit., p. 13.

⁶³⁵ [Http://ec.europa.eu/information_society/activities/eten/index_en.htm](http://ec.europa.eu/information_society/activities/eten/index_en.htm).

⁶³⁶ De acuerdo con el Proyecto, el plan de trabajo era el siguiente: "1. Analysis of existing land information. 2. Validation of the conformity of national conditions, i.e. Legal viability; Identification of the core information; Adaptations and customisations to national requirements; 3. Analysis and validation of the user's needs and wants. 4. National business cases for participation in EULIS; y 5. Deployment plan".

adherirse a EULIS⁶³⁷. De hecho, tanto los consumidores, prestamistas como los Estados miembros están a favor de esta iniciativa⁶³⁸. La Comisión descarta las opciones más extremas en un futuro, estas son, permanecer inactivo o legislar en este ámbito; y adopta una postura intermedia a través de un marcador o tabla informativa (*scoreboard*) y recomendaciones⁶³⁹.

Las posibilidades que ofrece EULIS no se agotan en dar acceso electrónico al Registro de la Propiedad, sino que además ofrece una panorámica del proceso registral de cada Estado miembro. De esta manera, el usuario de EULIS conocerá en qué momento una compraventa o la constitución de una hipoteca se han inscrito en el Registro de la Propiedad, así como las posibles tasas, documentos notariales o normas de protección al consumidor que podrían resultar de aplicación⁶⁴⁰. De esta manera, se suple la carencia de los posibles usuarios de EULIS de la terminología y procesos administrativos propios de cada Estado miembro en relación con la propiedad inmobiliaria.

5.2.4.2. Estado actual. Conclusiones

La culminación del proyecto EULIS tuvo lugar con la puesta en marcha oficial de la plataforma *live service*. Por lo tanto, ya es posible el acceso

⁶³⁷ “La Comisión considera que los Estados miembros deberían hacer más eficientes sus procedimientos de enajenación forzosa y registro de la propiedad. Estos factores encarecen la actividad de los prestamistas hipotecarios, aumentan la incertidumbre de los inversores sobre la calidad de la garantía y elevan los costes de refinanciación, lo que reduce la eficiencia de los proveedores ya existentes y disuade a posibles nuevos operadores [...] En 2008, la Comisión presentará una recomendación, previa elaboración de una adecuada evaluación de impacto. La recomendación, entre otras cosas: - alentará a los Estados miembros a adherirse al proyecto EULIS, patrocinado por la Comisión a través del programa eContent (contenidos digitales)”, p. 10.

⁶³⁸ Ver en este sentido el *Commission Staff Working Document. Accompanying the White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets. Impact Assessment. Annex 3: Impact assessment on specific issues* {COM(2007) 807 final}{SEC(2007) 1684}: “7.3.1. Consumers. Consumers support the EULIS project as such [...] 7.3.2. Mortgage lenders. Mortgage lenders support the EULIS project and argue that substantial efforts should be undertaken to encourage more countries to join [...] 7.3.3. Member States. The majority of Member States support the EULIS project”, pp. 129 y 130.

⁶³⁹ Ver páginas 131 y siguientes del Anexo 3 del Libro Blanco de 2007.

⁶⁴⁰ En el propio portal se describe la información que se incluye además del propio acceso a la información registral de cada Estado miembro: “On-line Reference Information from each participating country giving details of: The registration process; The land transaction process; The mortgage process; Common Terminology; The roles and responsibilities of authorities in the land transaction process; Translation of terminology into the languages of the participating countries”.

electrónico al Registro de la Propiedad de los Estados participantes. El grupo se encuentra en fase de expansión a otros Estados miembros.

5.2.5. El *Study Group on European Civil Code*

5.2.5.1. Descripción y metodología

Este grupo de investigación no sólo se ha centrado en el ámbito contractual sino que abarca otras materias del Derecho privado europeo. Este grupo se divide en diferentes áreas o *working teams*, entre los cuales destacan los siguientes:

a) El *working group Transfer of Moveable Property*, que desarrolla su investigación en Graz/Salzburg bajo la dirección de Brigitta LURGER⁶⁴¹. Este grupo nació en 2001 y presentó un primer borrador en 2002. Sus líneas de investigación se centran en la transmisión y protección de los derechos de propiedad sobre bienes muebles y, en particular, en las siguientes materias: la búsqueda de una noción común de propiedad, el sistema de transmisión de la propiedad (consensual o por *traditio*, método causal o abstracto...), los efectos de vicios contractuales en la adquisición de la propiedad (anulabilidad, resolución o invalidez de un contrato), la buena fe y la venta múltiple.

Desde 2005 también dedica su atención a otras materias, como la protección de la posesión, la usucapión y la consolidación. En su página web puede consultarse un Borrador de sus principios⁶⁴².

b) El *working team on Credit Securities* en el *Max-Planck-Institut für Ausländisches u. Internationales Privatrecht*, que está formado por alrededor de 30 juristas bajo la dirección del Profesor Ulrich DROBNIG⁶⁴³. Este grupo se dedica desde el año 2000 al estudio tanto de las garantías personales, p. e. la fianza, como reales sobre bienes muebles.

Sin embargo, ambos subgrupos no se ocupan de los derechos reales

⁶⁴¹ <http://www.uni-graz.at/bre1www/tom/> (consultado el día 10 de abril de 2010).

⁶⁴² Respecto a la finalidad del proyecto ver LURGER, Brigitta, "Introduction to the Project 'Transfer of Movables': Organisational Framework, Basic Issues and Goals", en FABER, Wolfgang y LURGER, Brigitta, *Rules for the Transfer for Movables. A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, Sellier, Munich, 2008, pp. 1 y ss.

⁶⁴³ <http://www.mpipriv.de/ww/en/pub/research.cfm> (consultado el día 10 de abril de 2010).

sobre bienes inmuebles en consonancia con las directrices generales⁶⁴⁴. Si bien es cierto que tratan aspectos íntimamente relacionados, son materias más propias del derecho de contratos que tienen una relación colateral con la propiedad inmobiliaria. En cuanto a la metodología, el SGECC adopta como base un método o estudio comparativista del derecho de cada Estado miembro, con la finalidad de crear una serie de principios o reglas comunes uniformes. Ésta también puede predicarse específicamente de sus *working teams*.

5.2.5.2. Estado actual. Conclusiones

Los resultados de los trabajos del *working team on credit securities* vieron la luz en 2007⁶⁴⁵, y los principios elaborados por el *working team on transfer of moveable property* se han incluido, con las debidas modificaciones, en el libro VIII del DCFR⁶⁴⁶, hecho que puede constatarse de una comparación del articulado de ambas normas (p. e. el art. VIII.-1:101 que trata sobre su ámbito de aplicación es idéntico en ambos textos).

5.2.6. Los *ius commune casebooks*

Otro grupo de investigación es el denominado “*Casebook Project*”, cuyo nombre completo es el de “*Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*”⁶⁴⁷. Este grupo nació en 1994 y es coordinado por el Profesor Walter VAN GERVEN. Su objetivo primordial es producir una colección de **casebooks** en los diferentes ámbitos del derecho, con la participación de académicos de las diversas familias europeas (p. e. del derecho angloamericano y de los sistemas de derecho civil). En el ámbito de la responsabilidad civil y del enriquecimiento injusto ya se han publicado los resultados del grupo⁶⁴⁸. Estos estudios no pretenden crear unos principios comunes ni un código civil

⁶⁴⁴ Vid. *supra*. Epígrafe 5.1.

⁶⁴⁵ Consultar la obra DROBNIG, Ulrich, *Principles of European Law on Personal Security*, Sellier Publishers, Munich, 2007.

⁶⁴⁶ Respecto al DCFR, vid. *infra*. Epígrafe 4.1.

⁶⁴⁷ <http://www.casebooks.eu/property> (consultado el día 10 de abril de 2010). Ver LAROUCHE, Pierre, “Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe: Presentation, Progress, Rationale”, en *ERPL*, N° 1, 2000, pp. 101 y ss.; y VAN GERVEN, W., “Casebooks for the common law of Europe: Presentation of the project”, en *ERPL*, N° 4, 1996, p. 67.

⁶⁴⁸ Los títulos son los siguientes: H. Beale / H. Kötz / A. Hartkamp / D. Tallon, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002; y J. Beatson / E. Schrage, *Cases, Materials and Text on Unjustified Enrichment*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

Europeo, sino poner de manifiesto las similitudes y divergencias entre los diversos ordenamientos jurídicos en base a las decisiones de los tribunales, la doctrina científica y las leyes. Por lo tanto, se sigue una metodología muy similar al grupo del *common core*. No obstante, existen diferencias entre ambos: a) los *casebooks* son elaborados para fines docentes mientras que el *common core* está destinado para estudiosos o académicos; y b) los *casebooks* se concentran en los ordenamientos jurídicos alemán, inglés y francés, mientras que el *common core* tiene un alcance más amplio⁶⁴⁹.

El grupo está dispuesto a colaborar activamente con el resto de grupos que forman la *network of excellence*, y en el área del derecho de propiedad está en fase de publicación un *casebook*⁶⁵⁰.

5.2.7. *Flexibilität der Grundpfandrechte in Mitteleuropa*

Este grupo de investigación ha llevado a cabo un estudio comparativo del derecho real de **hipoteca** en 22 legislaciones europeas (más Japón), cuyos resultados ya han visto la luz⁶⁵¹. La metodología que se ha utilizado es la siguiente⁶⁵²:

a) En primer lugar, se elaboraron unos cuestionarios amplios en los que se trataban diversos aspectos del derecho real de hipoteca, como su accesoriadad, sus requisitos de publicidad, la protección del propietario en caso de ejecución y su comportamiento en diversos negocios hipotecarios usuales en la práctica bancaria.

b) En segundo lugar, se elaboró un cuestionario más reducido, de 89 preguntas claves sobre 7 apartados (tipos de hipotecas, requisitos de publicidad y protección del tercero, accesoriadad, protección del propietario,

⁶⁴⁹ De acuerdo con BUSSANI, Mauro, "The Driving Forces Behind a European Civil Code" (December 31, 2002). *Zbornig Pravnog fakulteta Sveucilita u Rijeci. Supplement*, Broj 3, p. 133 f., 2002, pp. 4 y 5. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1322074>.

⁶⁵⁰ Cuyo título será el siguiente: JHM van Erp (ed.) with the collaboration of B Akkermans, A Braun, M Hinteregger, C Lebon, JM Milo, V Sagaert, W Swadling and L van Vliet, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Property Law* (Oxford, Hart Publishing, 2010). Ver respecto a los objetivos del grupo DEVROE, W. y DROSHOUT, D., "The *Ius Commune Casebook Project*", en *ERA Forum, Scripta Iuris Europaei*, 2003-2, pp. 114 y ss.

⁶⁵¹ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights Over Real Property in Europe*, Vol. III, Band 39, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2009.

⁶⁵² Ver NASARRE AZNAR, S., "Crónica de la armonización de los derechos reales en Europa", en *ADC*, Núm. LXII-3, Julio 2009, pp. 1189 a 1192.

ejecución, insolvencia y cuestiones de utilidad práctica), para analizar así el grado de seguridad, flexibilidad, eficiencia y utilidad que tienen dichos derechos reales de garantía inmobiliaria en las diversas jurisdicciones. Estas preguntas fueron contestadas por parte de cada uno de los 22 representantes de los países miembros del grupo, todos ellos académicos especialistas en derecho hipotecario o participantes activamente en el mercado hipotecario.

c) Estos cuestionarios se debatieron en distintos *workshops* desde 2005 hasta 2009 (*Runden Tisches*). El resultado es un libro que refleja la situación de la hipoteca en diversas jurisdicciones a través de unos mapas intuitivos que siguen un código de colores. Asimismo, también han sido publicadas las respuestas de los representantes de los Estados miembros y se han elaborado gráficas que determinan la eficiencia de la hipoteca de cada ordenamiento⁶⁵³.

Los resultados de este grupo serán una de las fuentes para el estudio de la regulación de la hipoteca en Europa⁶⁵⁴ en la Parte II del presente trabajo.

II. Conclusiones

I. La presencia de los derechos reales en el Derecho comunitario es dispersa, minoritaria y fragmentada. Las directivas y reglamentos comunitarios han conseguido cierta uniformización en determinadas áreas, pero también han creado desajustes en otras. Así, tenemos básicamente:

a) La Directiva 93/7, de 15 de marzo de 1993, que introdujo una acción similar a la acción reivindicatoria para el caso en que un bien cultural haya sido sustraído de forma ilegítima de un Estado Miembro. En este caso es posible llevar a cabo una acción de restitución que tiene como resultado la recuperación de su posesión. Este resultado es el que se consigue también en los sistemas de derecho civil, pero no siempre tiene lugar en el Derecho inglés cuando la acción tiene por objeto bienes muebles, ya que el juez puede decidir en base a la *Torts (interference with goods) Act* de 1977 que la persona que se ha apropiado indebidamente del bien no deba devolver su posesión sino satisfacer únicamente una cuantía por daños y perjuicios.

⁶⁵³ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, Band III, Ergebnisse der workshops des runden tisches „Grundpfandrechte“ in Berlin 2009. 2. erweiterte Auflage. Band 43, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2010.

⁶⁵⁴ Vid. *infra*. Capítulos 5º y 6º.

b) La Directiva 2000/35, de 29 de junio de 2000, reguló la reserva de dominio simple a nivel europeo, es decir, únicamente aquella en la que el vendedor retiene la propiedad del bien hasta el pago completo del precio de compra. Por lo tanto, no se incluyen las reservas de dominio complejas (las ampliadas o continuadas) admitidas en algunos Estados miembros, p. e. Alemania, y rechazadas en otros, p. e. en España. Esta Directiva ha posibilitado la existencia de un *common core* de esta cláusula a nivel europeo, pero deja no obstante algunos aspectos sin regular como su forma o las situaciones de doble venta de un bien con cláusula de reserva de dominio, que son cuestiones que se delegan a las legislaciones nacionales y que provocan que las partes deban destinar tiempo y recursos a averiguar las potenciales normas que podrían resultar de aplicación al contrato.

c) El Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo, que armoniza los procesos concursales paneuropeos y tiene su base en el principio de reconocimiento mutuo. Esta norma no prevé una definición de derecho real, aunque tanto la doctrina como la DGRN han intentado elaborar de su regulación una definición similar a la propuesta en el capítulo 1º basada en su objeto y en su inmediatividad, y tampoco determina el privilegio de una determinada obligación garantizada con un derecho real de otro país. Ello podría dar lugar a situaciones en las que un crédito garantizado con un derecho real constituido en otro país tenga un privilegio menor que otros créditos (p. e. cargas legales tacitas), o en las que la ejecución del derecho real esté sujeto a determinadas condiciones (p. e. paralización de garantías reales, art. 56 LC). Este Reglamento protege tanto a los derechos derivados de una reserva de dominio como a los nacidos de una venta en garantía. En cuanto al primero, este Reglamento no determina si entran dentro de su ámbito de aplicación las reservas de dominio complejas, por ejemplo las que permiten que el comprador pueda vender de nuevo el bien con un pacto de reserva de dominio en su favor, en cuyo caso esta norma tendría un alcance mayor que la Directiva 2000/35; y respecto al segundo, el Reglamento no permite incluir en su ámbito de aplicación a la venta en garantía de instrumentos financieros recogida en la Directiva 44/2002.

d) La Directiva 2002/47, de 6 de junio de 2002, de garantías financieras,

que admite el denominado pacto marciano en esta clase de garantías, es decir, el acuerdo entre las partes que permite al acreedor adquirir la propiedad de la cosa y evitar la interdicción del pacto comisorio en caso de incumplimiento del deudor. Pero esta Directiva no realiza ninguna alusión a la venta en garantía que prevé el Reglamento 6/2002 sobre los dibujos y modelos comunitarios.

e) El Libro Verde sobre embargo de activos bancarios, que únicamente hace referencia a la posibilidad de embargar créditos pecuniarios de forma preventiva.

f) La Directiva 2008/122, de 14 de enero de 2009, que no introduce más novedades en cuanto a la naturaleza real o personal del derecho de aprovechamiento por turnos. La Directiva 94/47, que reguló por primera vez este derecho, tuvo una gran influencia en los Estados miembros ya que algunos de ellos no tenían un derecho de esta naturaleza, como España, pero no todos lo configuran como un derecho real (por ejemplo, en Francia es un derecho personal y en Alemania es posible adoptar además de un modelo arrendaticio un contrato de administración fiduciaria). El descenso en la contratación de estos productos en Europa podría ser un indicador de la necesidad de concretar la naturaleza jurídica de este derecho.

g) El Reglamento 6/2002, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios, y el Reglamento 207/2009, de 26 de febrero de 2009, de marca comunitaria (así como la propuesta de Directiva en materia de patentes), permiten que estos derechos de propiedad intelectual tengan efectos a nivel comunitario, y prevén títulos específicos dedicados a la propiedad de esta clase de bienes con la posibilidad de constituir sobre ellos derechos reales. Estas normas no concretan cuáles son estos derechos reales, con lo que se deberá acudir a la normativa nacional de cada Estado miembro.

h) El Libro Verde de sucesiones y testamentos y la propuesta de Reglamento en esta materia, que regula la transmisión *mortis causa* de los derechos reales y el reconocimiento de actos auténticos en otros Estados miembros.

i) Por último, encontramos una propuesta de Directiva de 2006 en materia de protección del suelo, el Reglamento 2009/715 sobre condiciones de acceso a las redes de transporte de gas, la Directiva 2009/72 por la que se

establece las normas comunes para el mercado interior de la electricidad y la Directiva 2003/87, que prevé la régimen del comercio de los derechos de emisión gases de efecto invernadero. Estas últimas normas permiten observar que es posible hablar a nivel europeo de la propiedad sobre bienes incorporeales, ya que, por ejemplo, las empresas pueden comprar y vender derechos a emitir a la atmósfera una determinada cantidad de dióxido de carbono.

La ausencia de una regulación global y coherente en materia de derechos reales provoca que se haya de recurrir a las normas de Derecho internacional privado para dar una respuesta a los problemas que se plantean en torno a las diversas directivas y reglamentos europeos, p. e. la adquisición por terceros de buena fe de bienes sujetos a reserva de dominio, el privilegio de un determinado crédito con garantía real mobiliaria o inmobiliaria en un proceso concursal iniciado en otro Estado miembro, qué derechos reales se van a poder constituir sobre una marca comunitaria, para determinar la naturaleza real o personal del derecho de aprovechamiento por turnos, o en qué medida el poseedor de un bien cultural que ha sido sustraído ilegalmente de un Estado miembro tiene derecho a una indemnización por su devolución al Estado requirente. Lo mismo sucede con el principio de reconocimiento mutuo, que provoca la admisión de derechos reales creados en otros ordenamientos jurídicos a través del Reglamento 1346/2000. Por lo tanto, se evidencia la necesidad de ofrecer una regulación a nivel europeo que evite acudir a las legislaciones nacionales o reconocer los derechos reales de otros ordenamientos.

II. Para solucionar parte de esta problemática existen hoy en día las propuestas doctrinales del DCFR, que se centra primordialmente en el Derecho contractual y regula ciertos aspectos de los derechos reales (en particular, la propiedad, la posesión, las garantías reales mobiliarias y el *trust*), así como la eurohipoteca, un derecho contractualmente accesorio de la obligación que garantiza. Por lo tanto, el estudio del derecho contractual y de las garantías reales es el que prevalece en el Derecho privado europeo. Estos dos instrumentos son los que están más desarrollados a nivel doctrinal, aunque otros grupos de investigación han llevado a cabo estudios relevantes en este

ámbito, como el *common core* en el ámbito de las garantías mobiliarias y la *Verband Deutscher Pfandbriefbanken* y el grupo de investigación de la eurohipoteca en las garantías inmobiliarias. El primero resalta que la reserva de dominio simple y el *leasing* son los ámbitos en los que se ha conseguido un mayor grado de armonización, mientras que existen divergencias por ejemplo en las garantías reales no posesorias. Por su parte, la *Verband Deutscher Pfandbriefbanken* ha constatado las divergencias entre los sistemas hipotecarios europeos en diversos ámbitos (por ejemplo, la constitución, cesión y ejecución del derecho real de hipoteca), que podrían solucionarse en parte con un instrumento común, como por ejemplo una eurohipoteca. El DCFR está a la espera de la decisión por parte de la Comisión Europea sobre su futuro inmediato, pero constituye un marco de referencia para conseguir un mercado interior junto con los derechos reales, que los regula en parte de manera óptima, por ejemplo al prever garantías reales no posesorias, al atribuir al derecho de retención una naturaleza real o al exigir una causa para la transmisión de la propiedad. El grupo *ius commune casebooks* publicará en breve un *casebook* respecto al derecho de propiedad, pero es significativo que sólo el EUI de Florencia haya publicado un estudio en el que se analicen otros aspectos que los derechos reales de garantía (por ejemplo, la transmisión del dominio).

III. El Consejo Europeo y el Parlamento coinciden en que el DCFR sea un instrumento opcional para los operadores jurídicos comunitarios y así lo recomiendan a la Comisión Europea, quien tiene que decidir finalmente el devenir de este instrumento. A pesar de que el Libro Blanco sobre el crédito hipotecario de 2007 no haga una referencia expresa a la eurohipoteca, ésta podría ser un instrumento paneuropeo seguro, útil, flexible y de carácter optativo en una primera fase, de la misma manera que el DCFR⁶⁵⁵.

IV. El derecho contractual y el de garantías son los ámbitos que también han sido objeto de regulación y estudio en el Derecho internacional. Como ejemplos tenemos la compraventa internacional de mercancías o las garantías internacionales en equipos móviles. En cuanto al ámbito de los derechos reales, la preferencia por las garantías reales tanto a un nivel europeo como

⁶⁵⁵ Un análisis de la eurohipoteca y su incidencia en el mercado interior *infra*. Capítulo 4º.

internacional puede tener su origen en que estos derechos son los que favorecen la concesión de préstamos transfronterizos y, por lo tanto, los que dinamizan la economía global. Ello significa que las garantías reales, como la prenda o la hipoteca, son las que podrían redundar en beneficio las libertades comunitarias y del mercado interior de una forma más directa. En efecto, si bien es cierto que el derecho contractual ayuda a la consecución de las libertades comunitarias (p. e. a través de la libre transmisión de bienes y servicios transfronteriza), no lo es menos que los derechos reales cumplen una análoga función en el mercado interior. Así, una hipoteca común favorecería los préstamos hipotecarios transfronterizos y la libre circulación de capitales, así como la posibilidad de adquirir un bien inmueble en otro Estado miembro con una finalidad empresarial o residencial (afectando positivamente a cada una de las libertades comunitarias). De hecho, la *London School of Economics* ha demostrado que una integración de los mercados de crédito hipotecario ayudaría a conseguir un mercado interior, que podría tener lugar a través de la eurohipoteca⁶⁵⁶. Los otros derechos reales en cosa ajena, como la servidumbre y el usufructo, también podrían ayudar al establecimiento de personas físicas o jurídicas en otros Estados miembros, al facilitar la construcción de viviendas o su explotación económica, aunque faltan estudios económicos que acrediten este beneficio para el mercado interior.

V. El TJCE ha resuelto casos relacionados con los derechos reales y con el art. 345 TFUE. Desde una perspectiva constitucional, este precepto conlleva que los Estados miembros no puedan ampararse en el derecho de propiedad para actuar en contra del derecho primario de la UE, principalmente de las libertades comunitarias, p. e. obstaculizando la adquisición transfronteriza de bienes inmuebles o la creación de garantías inmobiliarias. El TJCE se configura así como un legislador negativo, es decir, como un órgano que puede declarar la nulidad de las normas que promulga la Comisión sin tener competencia para ello, como sucedió con la Directiva de 6 de julio de 1998 relativa a los productos de tabaco, así como declarar contrarias a los Tratados aquellas normas de las legislaciones nacionales que no respeten los principios comunitarios. Desde una perspectiva civil, el TJCE ha interpretado que en

⁶⁵⁶ Vid. *infra*. Capítulo 4º, epígrafe 4.

virtud del art. 345 TFUE la UE: a) no puede incidir en el régimen de titularidad de las empresas (ya tenga lugar de forma pública o privada –acciones–), tal y como se desprende de los casos de las acciones de oro (*golden share cases*). Ésta sería la principal limitación de la UE en su actuación; b) puede llevar a cabo una regulación sustantiva del derecho de propiedad industrial; y c) tiene la potestad de control del ejercicio de los derechos de propiedad. El TJCE no ha aclarado si la potestad legislativa de la UE también abarca el resto de derechos reales.

VI. La UE tiene competencia para legislar en materia de derechos reales siempre que se respeten los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El cumplimiento de estos principios provoca que la actuación comunitaria deba conllevar tanto un beneficio de las libertades comunitarias, una relación coste-beneficio así como la adopción de un instrumento cuyo contenido respete los intereses sociales y culturales de los distintos Estados. Sin embargo, no hay que valorar únicamente el principio de proporcionalidad y pensar que cualquier actuación de la UE, al ser inviable la de los Estados miembros en esta materia, cumpliría el principio de subsidiariedad. Éste parte de un punto de vista más económico, es decir, la UE tendría competencia si la acción comunitaria redundaba en beneficio de las libertades comunitarias e indirectamente en el mercado interior. Estas repercusiones se configuran como un límite real a la competencia de la UE. El principio de subsidiariedad resulta cumplido en los derechos reales de garantía (por ejemplo, en una eurohipoteca), pero son necesarios mayores estudios económicos en el resto para determinar su incidencia a un nivel transfronterizo (incluyendo a las garantías mobiliarias). El principio de proporcionalidad será tratado en otro lugar ya que afecta directamente a la viabilidad de un posible sistema de propiedad europeo⁶⁵⁷.

VII. EULIS puede ser un instrumento útil para llevar a cabo de forma eficiente transacciones inmobiliarias transfronterizas en el mercado interior. En la actualidad ya ofrece la posibilidad de acceder electrónicamente a los Registros de la Propiedad de Austria, Inglaterra y Gales, Irlanda, Lituania, Holanda y Suecia, lo que puede constituir el primer paso para la adopción en

⁶⁵⁷ Ver al respecto *infra*. Capítulo 3º, apartado IV.

Capítulo 2º. Situación actual de la armonización de los derechos reales en Europa

un futuro de un eurorregistro en el que se inscriban la creación, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales en Europa⁶⁵⁸.

⁶⁵⁸ Vid. *infra*. Capítulo 3º, apartado III, epígrafe 2.3.1.

CAPÍTULO 3º. Bases para una armonización de los derechos reales en Europa

I. El denominado “sistema de propiedad”

La armonización de los derechos reales en Europa podría partir de lo que VAN ERP⁶⁵⁹ denomina “**sistema de propiedad**”, que está formado por una serie de principios que regulan el funcionamiento de los derechos reales. Este autor defiende que de la Revolución francesa del siglo XIX nació el sistema de propiedad clásico sobre el que se asientan los sistemas de derechos civil, que estaba integrado por los siguientes principios: a) la previsión expresa de los derechos reales por el legislador, sin que los particulares tuvieran la posibilidad de crear nuevos derechos de esta naturaleza -principio de *numerus clausus*-; y b) la sujeción de los derechos reales al principio de transparencia, que englobaba los principios de especialidad y publicidad. Mientras que el primer principio facilitaba información a terceros sobre el objeto del derecho real, el de publicidad les informaba sobre su existencia. El carácter *erga omnes* de los derechos reales obligaba a los terceros a respetarlos, luego era lógico que éstos tuvieran la oportunidad de conocer su existencia⁶⁶⁰. Estos tres principios (*numerus clausus*, especialidad y publicidad) son lo que otorgan a los derechos reales su certeza y predicibilidad, requisitos necesarios para que puedan ser oponibles a cualquier persona⁶⁶¹.

Una vez podíamos considerar a un derecho como real de acuerdo con las anteriores premisas, existían otras reglas básicas del sistema de propiedad

⁶⁵⁹ Sobre este régimen ver VAN ERP, S., *From 'Classical' to Modern European Property Law?* (April 2, 2009). Collection of Essays, Forthcoming, pp. 7 y ss. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1372166>; y del mismo autor, “European and national...”, ob. Cit., pp. 13 y ss. En su opinión: “This classical model of property law is most clearly visible in the civil law tradition, but its basic characteristics as described above can also be seen in the common law tradition”, en *From 'Classical' to Modern...*, ob. Cit., p. 19.

⁶⁶⁰ “The transparency principle has two aspects: publicity and specificity. If third parties are to be bound by a right the creation of which happened without their consent, they must at least be able to gather information on such a right (requirement of publicity). If it were unknown what the object is of a proprietary right, third parties would still be insufficiently informed about such a right. Consequently, this object has to be clearly defined (requirement of specificity). Non-fulfillment of the transparency principle would violate the ideals of freedom and equality and would therefore be unacceptable”, ver VAN ERP, S., *From 'Classical' to Modern...*, ob. Cit., p. 10. CLARKE y KOHLER también afirman que la especialidad del bien es una característica fundamental de los *property rights*, ob. Cit., p. 156.

⁶⁶¹ En este sentido, ver MILO, J. M., “Property and real rights”, en SMITS, Jan M. (Ed.), *Elgar encyclopedia of comparative law*, Edward Elgar, Northampton, Massachusetts, 2006, p. 587.

clásico: a) la regla *nemo dat quod non habet*, es decir, nadie puede dar más de lo que tiene; b) el principio *prior in tempore potior in iure*; c) el hecho de que los derechos reales limitados tienen preferencia sobre los derechos plenos; y d) la especial protección que reciben los derechos reales⁶⁶².

VAN ERP defiende que las características de este sistema de propiedad clásico también están presentes en mayor o menor medida en el derecho angloamericano, aunque lo cierto es que existen desviaciones tanto en los propios sistemas de derecho civil (p. e. el Derecho español sigue un sistema *numerus apertus* excepto para los derechos reales de garantía) como en el derecho angloamericano (que admite excepciones al principio de especialidad a través de la *floating charge*)⁶⁶³. Por lo tanto, lo realmente importante es que cualquier sistema de propiedad ha de tomar una decisión en torno a si los particulares pueden o no crear nuevos derechos reales aparte de los reconocidos por las leyes, si todos ellos han de recaer sobre un objeto determinado o cuáles son los mejores instrumentos de publicidad (su posesión, su Registro, etc.). De esta manera, la creación de un sistema de propiedad europeo podría inspirarse en los principios anteriores que conforman todo sistema de propiedad, pero hay que decidir en cada caso cuál es la opción idónea en un contexto europeo⁶⁶⁴. La separación del derecho contractual del derecho de propiedad o los sistemas de adquisición y pérdida de los derechos reales son aspectos que también deberían estar presentes en un sistema de propiedad europeo.

Este sistema de propiedad debería tener en cuenta, además, los elementos o **criterios** que permiten reconocer e identificar a los derechos reales en la UE. La razón es que los principios que integran este sistema se aplican a los derechos reales y, por lo tanto, es necesario establecer

⁶⁶² La doctrina también defiende que estos principios se aplican a los derechos reales y da ejemplos de su aplicación en algunos Estados miembros, ver CASHIN RITAINE, Eleanor, "Obligatory and Proprietary Rights: Where to Draw the Dividing Line – If at all?", en FABER, W. y LURGER, B. ob. Cit., pp. 181 a 185.

⁶⁶³ Ver al respecto *infra*. Apartado III, epígrafe 2.2.

⁶⁶⁴ En este sentido, VAN ERP defiende una relajación de algunos de los postulados clásicos del sistema de propiedad: "This trend towards relaxation and flexibility is a *conditio sine qua non* for the development of property law in an era characterised by regional and global economic integration, with its resulting osmosis between national, European and global property law", VAN ERP, S., *From 'Classical' to Modern...*, ob. Cit., p. 21. Este autor propugna p. e. un *quasi-numerus clausus*, vid. *infra*. Epígrafe 4.2.2.

previamente una clasificación de aquéllos derechos reales que podrían p. e. crearse o transmitirse por los particulares (p. e. los derechos reales de propiedad, usufructo, tanteo y retracto, prenda...). Todos estos derechos reales tendrían como características comunes su objeto y la reipersecutoriedad (el *common core* de los derechos reales que ya hemos comentado en el capítulo 1º)⁶⁶⁵.

En definitiva, la armonización de los derechos reales en la UE debería tener su base en dos pilares:

1) Los criterios de **identificación** y reconocimiento de la propiedad y de los derechos reales, que tendrían en común las características que conforman el *common core* de los derechos reales en la UE, que es el siguiente:

a) El derecho real recae sobre bienes muebles, inmuebles o derechos, cuya titularidad puede corresponder a una o varias personas. La primera cuestión que podemos plantearnos es qué derechos otorgan a su titular una esfera de poder sobre estos bienes. En el capítulo primero ya hemos comentado que en el derecho angloamericano rige el sistema de los *estates*, cuyo máximo exponente es el *freehold*, mientras que en los sistemas de derecho civil existe un concepto absoluto de propiedad. El primer paso hacia un sistema de propiedad europeo es tratar de encontrar un punto en común entre ambos conceptos. Para ello nos centraremos en los conceptos de propiedad y posesión, cuyas diferencias son notables entre ambas tradiciones jurídicas. La doctrina se muestra contundente en este sentido: “*There is no other field of comparative legal study in which the historical, theoretical, and, to a lesser extent, the practical differences between the common law and civil law are so profound*”⁶⁶⁶. Por este motivo, intentaremos constatar que las divergencias entre el derecho angloamericano y los sistemas de derecho civil van aproximándose paulatinamente en este ámbito hacia unas bases comunes.

Además de la especial relación entre el titular del derecho (la persona) y el objeto del derecho (un bien), existen otras cuestiones de importancia en este ámbito, como los criterios de identificación de los derechos reales, la

⁶⁶⁵ Vid. *supra*. capítulo 1º, apartado III.

⁶⁶⁶ MERRYMAN, John Henry, “Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson)”, en MERRYMAN, J. H., *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law*, Kluwer Law International, 1999, p. 340.

posibilidad de armonizar la *equity* inglesa con los postulados de los sistemas de derecho civil y la concreción de las facultades del propietario sobre un bien determinado.

b) Sus efectos *erga omnes* respecto a terceros, que tienen un deber de respetar su existencia y contenido⁶⁶⁷. El hecho de que un derecho real afecte a terceros depende en buena medida de los sistemas de oponibilidad de cada Estado miembro (p. e. a través del Registro de la Propiedad). En otras palabras, los sistemas de publicidad de los derechos reales (uno de los elementos esenciales del sistema de propiedad) son los que realmente permiten que sus efectos *erga omnes* alcancen a todos aquellos que deben respetarlos, y posibilitan a su titular perseguir el bien sobre el cual recae con independencia de quien sea su titular⁶⁶⁸. Hablamos, por lo tanto, de la reipersecutoriedad del derecho real, que es el elemento que permite distinguir con mayor claridad los derechos reales de los personales.

El motivo es que existen varias situaciones en las cuales los contratos pueden ser en ocasiones oponibles a terceros, p. e. el arrendamiento de bienes inmuebles en el Derecho español cuando tiene acceso al Registro de la Propiedad (art. 2.2 LH), con lo que la oponibilidad pasa a ser un criterio difuso

⁶⁶⁷ Esta es una característica común que se ha detectado entre los países de Austria, Inglaterra, Francia, Alemania y España, ver VON BAR, C. y DROBNIG, U., ob. Cit.: “475. Universal effects or proprietary rights. A basic and specific feature of proprietary rights is their universal effect. While contractual rights are borne by agreement between two (or more) persons and exist only between the contracting parties, proprietary rights typically are effective against all the world (*erga omnes*)”, p. 322; en el mismo sentido MILO, J. M., “Property and real...”, ob. Cit.: “There is one important distinguishing characteristic of property rights, which may be seen in many jurisdictions: property rights are exigible against an indefinite number of people or have an *erga omnes* effect, and are as such opposed to personal rights”, p. 587.

⁶⁶⁸ VON BAR, C. y DROBNIG, U., ob. Cit.: “In many cases the universal effect of proprietary rights is subject to compliance with prescribed methods of publicity, especially for real rights in immovables, but also certain rights (especially security rights) in movables. The central significance of a proprietary right’s universal effects is illustrated by the very important practical consequences which can be derived from it: The person entitled to a proprietary right may enforce this against any person who presently holds the asset without being entitled to such detention vis-à-vis the legitimate holder”, p. 322. En el sentido de reipersecutoriedad, ver BRIGHT, S., ob. Cit.: “The defining feature of property rights, however, is not that they are enforceable against ‘persons generally’ but that they are enforceable against the successor in title to the burdened (servient) land. This right of property ‘does not actually bind everybody: the only person actually bound is the person in whose hand the property currently is’. Some of these rights might also give claims ‘against the world’, the holder of an easement of way can prevent the landowner and all other person from interfering with the right of way. But what tells us whether these rights are property is whether the same package of ‘rights, privileges, etc’ that the right-holder possesses can continue to be enforced when there is a new owner of the burdened land”, p. 539.

para distinguir un derecho real de uno personal⁶⁶⁹. A pesar del principio de relatividad del contrato (“*los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos*”, arts. 1257.1 y 2 CC), lo cierto es que cualquier tercero tiene el deber de respetarlo. De hecho, podemos observar en la jurisprudencia del TS una postura proclive a admitir la existencia de una eficacia mediata del contrato, cuyo conocimiento impone a los terceros el deber de abstenerse de realizar actuaciones que interfieran en su cumplimiento (en base al principio *neminem laedere* -deber general de no causar daño a otra persona- y a la buena fe)⁶⁷⁰. Además, es posible que los contratos tengan efectos sobre terceros, p. e. aquel en cuya virtud una persona -A- contrata con otra -B-, pero el derecho que surge del contrato sólo puede ser ejecutable por C, una persona totalmente ajena al contrato primitivo. Ello es posible en el Derecho español como excepción al principio de relatividad del contrato, así como en los Derechos francés (arts. 1165 y 1121 *Code*), alemán (§ 328 BGB), italiano (arts. 1411 a 1413 *Codice Civile* de 1942, en adelante, *Codi*)⁶⁷¹ y holandés (arts. 7:253-256 del *Burgerlijk Wetboek*, en adelante, BW)⁶⁷². El Derecho inglés había sido muy reticente a aceptar esta clase de contratos, pero actualmente se prevén en la *Contracts (Rights of Third Parties) Act* de 1999⁶⁷³ con la condición de que conceda al tercero un beneficio y se pacte expresamente (s. 1). Este ejemplo supone la introducción en el Derecho inglés

⁶⁶⁹ HANSMANN y KRAAKMAN está a favor de la reipersecutoriedad del derecho real, porque el hecho de que tenga un carácter *erga omnes* “does not, however, distinguish between contract rights and property rights as the law treats them. In general, contract rights, like property rights, are “good against all the world” inasmuch as any third party who intentionally interferes with a contractual right commonly faces liability for tortious conduct to the holder of the right”, ver HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier, “Property, contract and verification: the numerus clausus problem and the divisibility of rights”, p. 34. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=323301>.

⁶⁷⁰ De acuerdo con el estudio realizado por BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, “La eficacia de los derechos patrimoniales”, en *ADC*, Núm. LXI-.3, Julio 2008, pp. 1231 y ss. Un ejemplo es “el reconocimiento de legitimación para ejercitar la acción contractual por vicios en la construcción a los sucesivos adquirentes de vivienda contra los constructores, contratistas y promotores, aun no habiendo contratado con ellos”, p. 1239.

⁶⁷¹ R. D. 16 marzo 1942, n. 262. *Approvazione del testo del Codice Civile*. (Pubblicato nella edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, n. 79 del 4 aprile 1942).

⁶⁷² Ver HARTKAMP, A. S., “Chapter 8. Law of obligation”, en CHORUS, Jeoren, GERVER, Piet-Hein, HONDIUS, Ewoud y KOEKKOEK, Alis (Ed.), *Introduction to Dutch Law*, Third revised edition, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 148 y 149.

⁶⁷³ *Chapter 31*.

de una estructura basada en los sistemas de derecho civil⁶⁷⁴. Otra excepción tiene lugar cuando una persona contrata en calidad de *trustee* en nombre de otra persona (el beneficiario)⁶⁷⁵.

De esta manera, el signo distintivo del derecho real es su reipersecutoriedad, que es la concreción de su oponibilidad a terceros que tienen en mayor o menor medida tanto los derechos reales como los personales.

2) Los principios que caracterizan el **sistema de propiedad** tal y como los apuntaba VAN ERP, que se aplicarán al dominio y a los derechos reales ya identificados (que tendrán como característica común su objeto y su reipersecutoriedad).

Lo primero lo vemos en el punto siguiente y lo segundo lo reservamos para el apartado III.

II. La identificación de la propiedad y de los derechos reales en clave europea

1. La propiedad absoluta civilista y la posesión angloamericana relativa. *Building bridges*

1.1. La relación del individuo con la cosa: la propiedad y la posesión en los bienes inmuebles

El primer elemento a determinar en un sistema de propiedad europeo es la identificación de los **derechos reales** que lo podrían integrar. En primer lugar, analizaremos la relación de la persona con la cosa, es decir, el tratamiento de la propiedad en los sistemas de derecho civil y en el Derecho inglés, para luego centrarnos en los criterios de identificación de los derechos reales en cosa ajena. La finalidad es encontrar los criterios o elementos que

⁶⁷⁴ Es la conclusión a la que llega tras analizar el contrato en favor de terceros en los Derechos francés, alemán e inglés YOUNGS, Raymond, *English, French & German Comparative Law*, 2nd Edition, Roudledge-Cavendish, London, 2007, pp. 551 a 555. Ver también para un análisis más profundo de las estipulaciones a favor de tercero la obra de LÓPEZ RICHART, Julián, *Los contratos a favor de tercero*, Dykinson, 2003. Disponible electrónicamente en VLEX: en cuanto al Derecho alemán (Id. vLex: VLEX-176460), el italiano (Id. vLex: VLEX-176461), el inglés (Id. vLex: VLEX-176462) y el francés (Id. vLex: VLEX-176459).

⁶⁷⁵ Respecto al *trust*, vid. *infra*. Epígrafe 1.4.

permiten identificar a cada uno de los derechos reales en la UE y que pueden servir de base para una armonización. En otras palabras, tal y como defendía FERNÁNDEZ DE BUJÁN⁶⁷⁶, hemos de tener en cuenta en un sistema de propiedad europeo tanto la ciencia jurídica de los sistemas de derecho civil como la del derecho angloamericano.

1.1.1. En los sistemas de derecho civil

En la época premedieval los conceptos de propiedad y posesión quedaron mejor perfilados en el derecho romano que en el derecho germánico. La razón es que en Roma se llevó a cabo una sistematización del derecho obra de Justiniano, mientras que los pueblos germánicos se regían por costumbres. Además, la propiedad en Roma tenía un carácter individual mientras que en los pueblos germánicos era comunitaria, es decir, quien se consideraba como propietario era el clan o la familia y no los sujetos que la integraban.

En cuanto a la posesión, Roma distinguió entre posesión natural y jurídica. Ésta última requería un interés o intención que era necesario para usucapir y poder ejercer las acciones de defensa del derecho, que no tenía el mero detentador. El derecho germánico, por el contrario, no distinguió entre estos dos conceptos posesorios⁶⁷⁷. La posesión en los pueblos germánicos recibió el nombre de *Gewere*, que podía tener lugar tanto sobre derechos como sobre cosas desde el siglo XVIII. Esta posesión podía ser defendida a través de acciones posesorias como en el derecho romano, pero el derecho consuetudinario germánico no segregó por completo los conceptos de propiedad y posesión (no permitiéndose, por ejemplo, la usucapión), con lo que la acción servía para ambos a la vez⁶⁷⁸.

El sentido actual de la propiedad y posesión en los sistemas de derecho civil se debe a múltiples factores. Por un lado, no puede negarse que la Revolución francesa y la oposición al régimen feudal influyeron sustancialmente en la noción de propiedad. Así, la *Déclaraton des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 la definió como aquel "*droit inviolable et sacré*"

⁶⁷⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., ob. Cit., pp. 213 y 214.

⁶⁷⁷ GLYN WATKIN, Thomas, *An historical introduction to modern civil law*, Ashgate, 1999, pp. 225, 230 y 272.

⁶⁷⁸ GLYN WATKIN, T., ob. Cit., pp. 231 y 232.

(art. 17). La animadversión hacia el antiguo régimen feudal exaltó la propiedad individual que se vio reflejada en su versión más liberal en el Código Civil de Napoleón de 1804, cuyas raíces se encuentran directamente en el *Corpus Iuris Civilis* y su posterior redescubrimiento por los glosadores. Una prueba de ello es que las divisiones que realizó el derecho romano en torno a la posesión, el dominio, el usufructo y la servidumbre son adoptadas por este Código⁶⁷⁹ (cfr. además la influencia del postglosador Bartolo sobre la definición de propiedad del *Code*, que la define en su art. 544 como “*le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”)⁶⁸⁰. El CC estuvo influenciado por el *Code* y reguló la propiedad como aquel derecho a usar y disponer sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348 CC). El CCC también ha seguido estas premisas (art. 541-1 CCC). En ambos códigos la posesión es la mera tenencia o un poder de hecho de una cosa (art. 430 CC y 521-1 CCC). Este *poder* es oponible a terceras personas y las legislaciones prevén acciones de protección específicas para su recuperación (cfr. arts. 448 CC, 522-7 CCC y 250.1.4 LEC), pero esta especial protección no permite considerar a la posesión como un derecho real.

Por su parte, en Alemania tuvo gran influencia la doctrina pandectista de los siglos XVIII y XIX. Savigny estuvo a favor de la escuela histórica del derecho, y posteriormente se adoptó un punto de vista más científico de su teoría (pandectismo). Esta corriente entendió la posesión como la única forma de tenencia que tenía su base en el control de una cosa corporal, excluyendo la posesión sobre un derecho⁶⁸¹. La propiedad también se configuró entonces como un derecho absoluto. Es indudable que los debates entre Savigny, que propugnaba que la posesión era un derecho del propietario y que el poseedor sólo podía defenderse en casos muy concretos (p. e. el uso de la fuerza porque el derecho protege la paz y el orden público), y otros autores, que entendían que debía protegerse al poseedor de cualquier interferencia, tuvieron también

⁶⁷⁹ BELL, John, BOYRON, Sophie y WHITTAKER, Simon, *Principles of French law*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 277.

⁶⁸⁰ De acuerdo con VAN ERP, S., *From 'Classical' to Modern...*, ob. Cit., pp. 5 y ss.

⁶⁸¹ Vid. *infra* epígrafe 2.6 en cuanto a los debates entre Savigny e Ihering en torno a la posesión.

una importante repercusión⁶⁸².

En el BGB la propiedad se distingue claramente de la posesión. Respecto a la primera, el BGB no se refiere propiamente a su contenido pero sí a la facultad de exclusión, proclamando que el propietario, mientras no contravenga la ley o derechos de terceros, “*puede proceder con la cosa según su voluntad y excluir a otros de toda intromisión en ella*” (§ 903 BGB). Por el contrario, el poseedor tiene una relación fáctica con la cosa⁶⁸³. La posesión se adquiere mediante la obtención del poder de hecho sobre ésta (§ 854 BGB). Al igual que en el Derecho español, este poder de hecho es oponible a terceras personas y se prevén acciones de protección específicas para su recuperación (§ 985 BGB).

A raíz de estos hechos históricos, el derecho de propiedad se configura en los Derechos alemán, español y catalán con un carácter absoluto y unitario. En otras palabras, se parte de la base de que la propiedad, como sigue sucediendo actualmente en el *Code*: a) engloba todos los derechos que pueden recaer sobre un bien determinado; b) no es susceptible de ser dividida; y c) tiene un carácter perpetuo⁶⁸⁴. De esta manera, rige en estos sistemas un sistema **unititular**, cuya principal característica es que no puede existir otro derecho de igual contenido que el derecho de propiedad. La posesión es una situación de hecho que puede conllevar determinados efectos jurídicos, pero tiene una menor entidad que este derecho. Esta concepción unitaria del derecho de propiedad también la encontramos en los Derechos italiano⁶⁸⁵ y holandés, que con la nueva regulación huye de cualquier tipo de fragmentación

⁶⁸² Ver también GORDLEY, James y MATTEI, U., “Protecting possession”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, No. 2, 1996, pp. 294 y ss. Estos autores entienden que realmente la noción de propiedad se debe más a las discusiones entre Savigny y Thibaut y a la codificación más que por la historia de estas figuras, aunque esta premisa es inexacta de forma absoluta. Ver también GAMBARO, A., “Western Property Law”, en BUSSANI, Mauro y WERRO, Franz (Ed.), *European Private Law: a Handbook*, Vol I, Carolina Academic Press, Durham, 2009, pp. 70 a 72.

⁶⁸³ De acuerdo con HONORÉ, A. M., “Ownership”, en GUEST, A. G. (Ed.), *Oxford essays in jurisprudence, A collaborative work*, Oxford University Press, Oxford, 1961, pp. 136 y ss.

⁶⁸⁴ Ver DADOMO, Christian y FARRAN, Susan, *French substantive law. Key elements*, Sweet & Maxwell, Londres, 1997, p. 64.

⁶⁸⁵ “Italian law and lawyers traditionally take a unitary approach to ownership. Unlike their common law colleagues, they do not differentiate in theory between land (and other immovables) and chattels. Both of these very different kinds of property are approached within the single framework of ownership, the definition of which, as usual rather empty, is contained in art. 832 CC”, ver GAMBARO, A., “Property Law”, en LENA, Jeffrey S. y MATTEI, Ugo, *Introduction to Italian Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, p. 284.

de la propiedad adoptando un sistema *numerus clausus* de derechos reales⁶⁸⁶.

El hecho de que en los sistemas de derecho civil la propiedad sea un derecho absoluto conlleva la existencia una acción específica para la recuperación del bien, la denominada *rei vindicatio*. La existencia de esta acción permite hablar de una regulación específica del derecho de cosas, cuyo objetivo principal es la protección del derecho de propiedad. Este hecho tiene repercusión en la responsabilidad civil, que tiende a proteger en estos ordenamientos a los derechos absolutos, como la propiedad⁶⁸⁷. Un ejemplo lo encontramos en las relaciones de vecindad, que tradicionalmente se han ubicado en el derecho de propiedad (el derecho de daños sólo actúa cuando ha existido un daño contra esa propiedad que debe ser compensado)⁶⁸⁸.

Sin embargo, este carácter absoluto no impide, en ocasiones, la posibilidad de aceptar la concurrencia de **varios títulos de propiedad** sobre un bien determinado. Ejemplos de esta situación son:

a) El censo enfiteúutico, que tiene lugar cuando una persona, el censalista, cede a otra, el censatario, el dominio útil de una finca (*dominium utile*), reservándose el cedente el dominio directo sobre ésta (*dominium directum*) y el derecho a percibir una pensión anual del censatario por el inmueble recibido (art. 1605 CC). Esta distinción resurgió en la época de los glosadores y ha estado presente en los sistemas de derecho civil⁶⁸⁹. Esta institución tuvo un gran protagonismo en la época medieval ya que facilitó el desarrollo del sistema feudal, al suponer un desdoblamiento de la propiedad

⁶⁸⁶ De acuerdo con VAN ERP, S., "Globalisation or isolation in new Dutch property law? The New Civil Code of the Netherlands and the New Civil Codes of the Netherlands Antilles and Aruba Compared", en *EJCL*, Vol. 7.5, Diciembre 2003, pp. 2 y ss. Disponible en <http://www.ejcl.org/> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁶⁸⁷ De acuerdo con VON BAR, C., *The Common European Law of Torts. The Core Areas of tort Law. Its approximation in Europe, and its accomodation in the Legal system*, Vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 547 y 548.

⁶⁸⁸ De acuerdo con VON BAR "this is because property law has been the most concerned to demarcate two equally valid 'absolute' subjective rights so that each is allowed to develop to its fullest potential despite the inherent conflict between them. This is why rules have been drawn up which prescribe what an owner may not do with his property relative to his neighbour", ver VON BAR, C., *The Common European...*, ob. Cit., p. 551.

⁶⁸⁹ Es la conclusión a la que habíamos llegado en el capítulo 1º, vid. *infra*. Capítulo 1º, apartado III. Ver también FUENTESECA DEGENEFFE, M., ob. Cit., pp. 148, 149 y 164. Este derecho, el *ius emphyteuticum* cumplió, según la autora, "la función histórica de ordenación de un modelo social basado en una economía eminentemente agrícola y su especial configuración jurídica posibilitó el paso desde una antigua estructura social medieval hacia una más moderna estructuración social basada en la economía de mercado", p. 159.

inmueble entre quien la cultivaba y trabajaba (p. e. un campesino) y quien mantenía su propiedad residual (p. e. un caballero). Hoy en día existen diversas teorías respecto a su naturaleza jurídica en el Derecho español, pero hay doctrina a favor de considerar el censo enfiteúutico como un derecho real de propiedad con dos cotitulares, cada uno ellos con facultades dominicales sobre la finca⁶⁹⁰. Por lo tanto, el censo enfiteúutico español supone la división del dominio sobre la finca, al contrario que en el Derecho catalán que lo configura como un derecho real en cosa ajena⁶⁹¹. Tal y como trataremos con posterioridad, esta figura está presente en otros ordenamientos aparte del español⁶⁹².

b) Los casos de transmisión de la propiedad con fines fiduciarios. En el Derecho español existe la denominada fiducia *cum creditore* o venta en garantía, en la que el fiduciante transmite el bien al fiduciario en garantía del pago de una determinada obligación. El TS mantuvo expresamente la existencia de dos titularidades distintas en esta institución: una material, del fiduciante; y otra formal, del fiduciario. Esta estructura supone un desdoblamiento de la propiedad⁶⁹³. Como luego veremos, países como Francia, Italia y Alemania también regulan instituciones fiduciarias que constituyen desviaciones al carácter absoluto de la propiedad⁶⁹⁴. Además, encontramos el hecho de que la propia normativa europea ha regulado las fiducia *cum creditore* en el ámbito de las garantías financieras⁶⁹⁵.

c) Además, es posible que varias personas sean titulares a la vez de un mismo derecho de propiedad en comunidad⁶⁹⁶. No obstante, la esencia de esta comunidad *pro indiviso* en los Derechos español y catalán es su carácter temporal y transitorio a la espera de la división entre los distintos comuneros, que adquirirán propiedades privadas e individualizadas proporcionalmente al

⁶⁹⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, "Artículos 1604 a 1664 del Código Civil", en DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, *Comentarios al Código Civil*, Tomo XX, Vol. 3º, Edersa, 2005, Id. VLEX: VLEX-232487. Este autor sigue la postura de ALBADALEJO y desecha otras teorías, como la consideración de la enfiteusis como un derecho real en cosa ajena.

⁶⁹¹ Vid. *infra*. Epígrafe 1.4.

⁶⁹² Vid. *infra*. Epígrafe 1.4.

⁶⁹³ De forma ejemplificadora, SSTS de 15 de julio 2003 [RJ 2003\4462], 8 de marzo 1988 [RJ 1988\1607], 2 de junio 1982 [RJ 1982\3402], 19 de mayo 1982 [RJ 1982\2580], 8 de marzo 1965 [RJ 1628] y 14 de marzo 1964 [RJ 1422].

⁶⁹⁴ Vid. *infra*. Epígrafe 1.4.

⁶⁹⁵ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 2.4.

⁶⁹⁶ Es una característica del derecho real, vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado III, epígrafe 2.

valor de sus cuotas⁶⁹⁷. Ello es un fiel reflejo de la concepción absoluta de la propiedad presente en Roma y la preferencia hacia una propiedad individual. Los arts. 552-10.1 CCC y 400 CC conceden a cualquier cotitular la posibilidad de exigir, en cualquier momento y sin expresar sus motivos, la división del objeto de la comunidad.

En definitiva, el carácter unititular de la propiedad es la regla general en los sistemas de derecho civil, pero en ningún caso puede considerarse como un principio absoluto.

1.1.2. En el derecho angloamericano

1.1.2.1. La doctrina del *seisin*

La instauración del feudalismo en el Derecho inglés tuvo lugar a partir de la conquista Normanda del año 1066, momento en que el Rey se convirtió en titular de toda la propiedad inmueble⁶⁹⁸. Esta propiedad se denomina *demesne land* (definida actualmente en la s. 132 LRA de 2002, con lo que ya avanzamos que esta situación continúa vigente)⁶⁹⁹. Por lo tanto, los súbditos no podían tener ninguna clase de propiedad: únicamente algún tipo de **relación posesoria** sobre la tierra. Ello dio lugar al nacimiento del feudalismo entre la Corona y sus súbditos (*lords* y *tenants*). Aquellos *lords* que ostentaban la tierra directamente de la Corona eran los *tenant-in-chief*, que podían a su vez delegar la posesión de las tierras a cambio de bienes y servicios. Esta relación de

⁶⁹⁷ Ver al respecto la STS de 4 de abril de 1997 [RJ 1997\2637]: “La acción de división de cosa común responde a la idea proveniente del Derecho romano de que nadie, contra su voluntad, puede ser forzado a la comunidad («nemo invitus compellitur ad communionem»), cuya mentalidad ha sido expresada claramente en la jurisprudencia: la Sentencia de 9 octubre 1986 (RJ 1986\5505) dice que el «concepto legal y doctrinal de la copropiedad, en cuanto es tenida como un estado transitorio mirado con disfavor por la ley que, frente a ella, concede una acción que está viva mientras la comunidad subsista»; reitera la de 5 junio 1989 (RJ 1989\4295) que «los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse que corresponde a cualquiera de ellos»; añade la de 19 octubre 1992 (RJ 1992\8085); «al actualizarse el aforismo de la jurisprudencia romana “communio est mater discordiarum”, por lo que la transformación del derecho por cuota de condominio en propiedades privadas e individualizadas, viene, a ser la regla normal»; la de 12 julio 1993 (RJ 1993\6009) insiste en que «el derecho a pedir la división de la cosa común es una de las características del condominio»; lo que reiteran las posteriores Sentencias de 2 julio 1994 (RJ 1994\6421) y 23 febrero 1995 (RJ 1995\2773)».

⁶⁹⁸ Tal y como hemos señalado en el Capítulo 1º, apartado I, epígrafe 4.1.2.

⁶⁹⁹ ““Demesne land” means land belonging to Her Majesty in right of the Crown which is not held for an estate in fee simple absolute in possession”.

vasallaje recibió el nombre de *tenure*⁷⁰⁰ y originaba diversas obligaciones para los *tenants*, p. e. servicios militares (si el *lord* era un caballero) o relacionados con el cultivo de la tierra (*socage tenure*). Antes del 1290 no existía un límite a la hora de crear nuevas tenencias feudales, es decir, el *lord* podía crear infinitamente nuevas *tenancies* que no tenían su origen en la Corona. GRAY y GRAY utilizan el siguiente símil: se trataba de una escalera feudal en donde podían existir infinitos peldaños. Esta práctica se denominaba *subinfeudation*⁷⁰¹. La Corona decidió poner fin a esta situación en 1290 a través del estatuto *Quia Tempores*, y desde ese momento sólo la Corona podía crear nuevas *tenures* o relaciones feudales. De esta forma, todas las nuevas *conveyance* provocaban la negociación por períodos de tiempo entre el *lord* y el *tenant*, de manera que el adquirente no se convertía en un nuevo *tenant* (con el consiguiente nacimiento de un nuevo peldaño con nuevas obligaciones y deberes) sino que adquiría los mismos derechos y obligaciones que su transmitente. Las *tenancies* determinaban las obligaciones de los *tenants*, pero no la extensión del *proprietary interest* que tenían. La vinculación de los *lords* y *tenants* con respecto a la propiedad inmueble tuvo lugar a través de la posesión, ya que no era posible tener su propiedad. Esta posesión recibió el nombre de *seisin* durante los siglos XIII y XIV y fue la que determinó el alcance y extensión del derecho respecto a la tierra. Este concepto fue un punto de inflexión en la evolución del derecho inmobiliario inglés. Efectivamente, así lo enuncian POLLOCK y MAITLAND: “*In the history of our land there is no idea more cardinal than that of seisin*”⁷⁰².

El *seisin* consistía en una posesión que servía de base para cualquier título que pudiera nacer sobre la propiedad inmueble. De esta manera, en ausencia de conceptos abstractos de la propiedad o del derecho, la posesión de un bien proporcionaba, en un principio, un mejor derecho respecto a cualquier tercero, a no ser que éste demostrase que poseía con base en un mejor título. La prioridad era clara: una posesión anterior tenía preferencia sobre una posesión posterior. Además, el *seisin* permitía al adquirente saber que la persona poseedora tenía facultades de transmisión (*nemo dat quod non*

⁷⁰⁰ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado II, epígrafe 4.1.2.

⁷⁰¹ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., pp. 66 y 67.

⁷⁰² POLLOCK, F., y MAITLAND, F., ob. Cit., p. 29.

habet). Esta institución se protegía a través de acciones reales posesorias (*assize of novel disseisin*), que vinculaban a terceros y se ejercitaban no contra la propiedad perdida sino contra su poseedor. No obstante, no debemos caer en la equivocación de considerar la posesión propiamente como un *proprietary right*. Estos derechos tenían su propia acción o, en aquella época, *writ of right*, que no era muy utilizada porque la *assize of novel disseisin* era más efectiva⁷⁰³. Aunque podría argumentarse que la posesión y la propiedad romanas tuvieron una gran influencia en la *possession* y los *proprietary rights* ingleses (p. e. en su protección por vía interdictal), la doctrina discute este hecho⁷⁰⁴.

1.1.2.2. La doctrina de los *estates*

Esta idea del *seisin*, que estaba relacionado con la idea de goce y disfrute de la tierra y de cualquier otro tipo de derecho, fue el germen a partir del cual se crearon los diversos *estates* que subsistieron desde el siglo XV

⁷⁰³ “When we say that *seisin* is possession, we use the latter term in the sense in which lawyers use it, a sense in which possession is quite distinct from, and may be sharply opposed to, proprietary right [...] The person who has right may not be seised, the person who is seised may not be seised of right”, ver POLLOCK F. y MAITLAND, F., ob. Cit., pp. 34 y 35. Ver también pp. 46 y 55. De acuerdo con SIMPSON, A.W.B., ob. Cit.: “*Seisin* is the conception which connects the person who has an estate with the land itself”, ver, p. 88. Respecto al mismo autor: “Now the first point which must be grasped is this—in a real action what is recovered is not the ownership of land, nor the possession of land, but the *seisin* of land. Whatever the real action, the end of the product is the same [...] Once the law has accepted the doctrine that any *seisin* counts as a good root of title, it must clearly devise some guiding principle which enables one to say how conflicting claims to *seisin* are to be resolved. The simple rule is that the oldest title is the best, or, to put in another way, the person who can base his title upon the earliest *seisin* is best entitled to recover *seisin*”, pp. 37 y 38 respectivamente; ver también BAZQUIERDO, F. ob. Cit.: “Título y posesión devienen, así, prácticamente inescindibles: la expresión de esta unidad es la «posesión feudal de inmuebles»”, p. 984. Respecto a su origen y a la historia de “*assize of novel disseisin*”, tuvo lugar bajo el reinado de Henry II y se consideró obsoleta en el 1650, ver al respecto SUTHERLAND, Donald W., *The assize of novel disseisin*, Oxford University Press, Oxford, 1973, pp. 1 y ss.; para ver las diferencias entre las acciones disponibles en el *common law* (*seisin*) y en el derecho romano (*vindicatio*), ver LIGHTWOOD, John M., *A treatise on possession of land*, Stevens and Sons, London, 1894, pp. 71 y ss. La evolución puede verse en MERRYMAN, J. H., ob. Cit., pp. 341 y ss.

⁷⁰⁴ De acuerdo con TATE, Joshua C., “Ownership and Possession in the Early Common Law”, en *American Journal of Legal History*, Vol. 48: “The resemblances between the *assizes of novel disseisin* and *darrein presentment* and the Roman interdicts are too strong to be ignored. Even so, the common law did not “receive” Roman ideas in the same the way its sister legal systems did on the Continent. English right and *seisin* were not interchangeable with Roman ownership and possession. In the end, the question of whether Roman and canon law influenced the early common law of property depends on how one defines influence. If influence means borrowing the specific tools of another legal system and transplanting them into a different context, then it is unlikely that sort of influence occurred here. On the other hand, if influence can mean drawing on a concept from one system and building a new framework that departed in significant ways from the original system, then it is entirely possible that some such influence occurred in this context”, p. 313.

hasta la legislación de 1925⁷⁰⁵. Cuando hablamos de *estates* no debemos pensar en derechos de propiedad al estilo civilista sino en una relación con la tierra que trasciende lo meramente físico. En realidad, quien tiene la titularidad de un *estate* no tiene un derecho directo e inmediato sobre la propiedad inmueble, como lo tendría una persona bajo los Derechos alemán, español o catalán, sino una vinculación de carácter abstracto que se mide en función de su duración, del poder de disposición y de su uso⁷⁰⁶. El *estate* estaba subordinado a la propiedad de la Corona, que en el siglo XVII se identificó como el máximo derecho que se podía tener respecto a una cosa. La Corona era la única que podía disfrutar de una “*full lordship*” sobre la tierra (tanto su propiedad como su uso)⁷⁰⁷. Por lo tanto, la naturaleza de la *demesne land* no sufría variaciones antes de la LPA. Los *estates* que existían en el derecho angloamericano antes de la aprobación de esta norma eran los siguientes⁷⁰⁸:

a) El *fee simple*, que reunía las tres facultades enunciadas (duración, disposición y uso). Por lo tanto, este *estate* tenía una duración indeterminada, no estaba sujeto a ningún tipo de condición y se transmitía a los herederos en caso de muerte de su titular. No obstante, era un derecho que podía fragmentarse fácilmente. De esta manera, del *fee simple* podían nacer:

1) el *conditional fee simple*, cuando quien adquiría un *fee simple* lo hacía sujeto a una condición, p. e. no caer en bancarrota, en cuyo caso el *fee* podía pasar a un tercero de acuerdo con las instrucciones del transmitente. El adquirente no podía alinear su derecho;

2) el *determinable fee simple*, si el *fee simple* se transmitía de tal

⁷⁰⁵ De acuerdo con SIMPSON, A.W.B., ob. Cit.: “By the second half of the fifteenth century, when Littleton wrote his Tenures, the common law estates had on the whole assumed the form which they were to retain until the 1925 legislation”, p. 89.

⁷⁰⁶ GAMBARO, A., “Western Property...”, ob. Cit., pp. 57 y 58.

⁷⁰⁷ La definición original es obra de John Cowell’s y es la siguiente, extraída de REEVE, Andrew: “The meaning and definition of “property” in seventeenth-century England”, en *Past and Present*, Nº 86, 1980: “*Propertie* signifieth the highest right that a man hath or can have to any thing; which is in no way depending upon any other mans courtesie. And this none in our kingdom can be said to have in any lands, or tenements, but onely the king in the right of his Crowne. Because all the lands through the realme, are in the nature of fee, and doe hould either mediately or immediately of the Crowne. See *Fee*. This word neuertheless is in our common law, used for that right in lands and tenements, that common persons have, because it importeth as much as *utile dominium*) though not (*directum*)”, p. 89.

⁷⁰⁸ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., pp. 59 y 60; RIDALL, J. G., *Land Law*, 7th Edition, Lexis Nexis UK, London, 2003, pp. 24 y ss. pp. 70 y ss. y pp. 107 y 108; y BLACKSTONE, William, *Commentaries on the laws of England*, editado por CAREY JONES, William, Vol I, Claitor’s Publishing Division, 1976, pp. 853 y ss.

manera que las palabras utilizadas marcaban su duración, p. e. hasta que el adquirente entrara en bancarrota o abandonara un determinado puesto público. El titular del *determinable fee* sí que podía transmitirlo. La diferencia entre el *conditional* y el *determinable fee* tenía lugar básicamente por las palabras utilizadas⁷⁰⁹;

3) el *fee tail*, cuya duración estaba limitada a la vida de su titular o sus descendientes y no podía transmitirse *inter vivos*. Cuando finalizaba la cadena sucesoria, el *fee simple* revertía al cedente o, en su caso, a la Corona⁷¹⁰;

4) el *life interest*, que estaba limitado a la vida de su titular. Cuando éste moría, el *fee simple* revertía al cedente;

5) si por ejemplo A transmitía un *fee for life* a B, A estaba a la expectativa de poder volver a tener la posesión del *fee*. En ese caso teníamos un *fee absolute in reversion*;

6) si A transmitía a B un *fee for life* y a C un *fee in tail*, C estaba a la espera de que se le transmitiera el *fee* a la muerte de B. En este caso, C tenía un *fee simple in remainder*, que podía transmitirse a terceras personas;

b) Y el segundo *estate* era el *term of years (leasehold)*.

Con la regulación anterior a la LPA de 1925 era perfectamente posible crear diversos derechos de igual fuerza y contenido sobre un bien inmueble, es decir, **fragmentar la propiedad** en diversos períodos de tiempo. Por ejemplo, A, titular de un *fee simple*, podía constituir un *fee tail* en favor de B, es decir, hasta su muerte y la de sus descendientes, y añadir que una vez se acabara la cadena sucesoria el *fee simple* pasase a C *for life*, y que una vez C muriera el *fee simple* pasara definitivamente a D, que sería titular de un *fee simple in remainder*. Una vez pasado el *fee* a B, C y D no sólo tenían una expectativa de adquirir el *fee*, sino unos *estates* que podían disponer en favor de E y F respectivamente. Incluso A podía disponer de su expectativa de reversión del *fee*. Este ejemplo demuestra que el concepto de *estate* otorgaba una gran flexibilidad de la que carecía la propiedad continental.

⁷⁰⁹ Así, las expresiones *until*, *while* y *as long as* se utilizaban en el *determinable*, mientras que en el *conditional* se utilizaban por el contrario *provided that* o *if it happens that*.

⁷¹⁰ Ver respecto al rol de la Corona en la sucesión *infra*. Epígrafe 1.1.2.5.

Todos estos *fee* eran *estates* y vinculantes a cualquier tercero *per se*⁷¹¹. Con la entrada en vigor de la LPA sólo el *fee simple* y el *term of years* podían tener la cualidad de *legal estates* (s. 1 LPA). De esta manera:

a) La posibilidad de constituir desde entonces *interests* sucesivos sobre la tierra (p. e. los *fee for life* o *in tail*) sólo podía tener lugar a través de dos vías: 1) la *Settled Land Act* de 1925⁷¹², que buscaba mantener la propiedad de la tierra en la estructura familiar (así, el *tenant for life* o descendiente se convertía en titular legal del *fee simple*, que lo administraba hasta que pasara a los beneficiarios o sucesores *-remainders-*); y 2) el *trust for sale*, en el cual los titulares legales debían vender los bienes y mantener el producto para su disfrute por los beneficiarios (s. 205.(1).(xxix) LPA). Desde la entrada en vigor de la *Trust of Land and Appointment of Trustees Act* de 1996 ya no es posible crear más estructuras bajo la *Settled Land Act* (s. 2.(1)), de tal forma que el *life interest* sólo puede existir bajo la forma de *trust*, y el *fee tail* ya no puede crearse como tal sino que el *fee* se transmite completamente en forma de *trust*.

b) Respecto al *determinable fee*, el *Schedule 1* LPA determina que sólo tendrán efectos en equidad a salvo del *fee simple on condition subsequent* (asimilable a nuestras condiciones resolutorias)⁷¹³, que cesa cuando se cumple la condición y otorga un derecho a reentrar al fundo (s. 7.(1) LPA). Este *fee* tiene una naturaleza legal⁷¹⁴.

Por lo tanto, el *fee simple* es el *estate* más importante en la actualidad en el Derecho inglés, que convive con el *commonhold* desde 2002 y el *leasehold*⁷¹⁵. La posibilidad en el Derecho inglés de crear más títulos sobre un mismo bien tiene lugar a través de la equidad, es decir, a través de un *trust*. Esta figura consiste en que una persona, el fiduciante, transmite la propiedad de los bienes a otra, el fiduciario o *trustee*, para que los administre en favor de unos beneficiarios determinados o indeterminados, p. e. si el *trust* tiene fines fundacionales *-charitable purpose-*. La propiedad de los bienes es del *trustee*, quien tiene una propiedad legal, mientras que los beneficiarios tienen una

⁷¹¹ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado II, epígrafe 4.1.2.

⁷¹² *Chapter 18*.

⁷¹³ Las *fee simple on condition precedent* se asimilan a nuestras condiciones suspensivas.

⁷¹⁴ RIDALL, P., ob. Cit.: "the effect of this provision is that the fee simple subject to a right of entry is to be deemed to be absolute for the purposes of the Act", p. 109.

⁷¹⁵ Ambos derechos serán analizados posteriormente. Vid. *infra*. Apartado II, epígrafes 3.1.1 y 3.1.2 respectivamente.

propiedad en *equidad*. Este derecho en equidad es vinculante a cualquier tercero siempre que se cumplan las reglas de oponibilidad⁷¹⁶.

1.1.2.3. El rol de la posesión en el Derecho inglés

Hemos visto que el *seisin* fue de vital importancia para la creación de los *estates*. La doctrina del *seisin* llegó a su fin cuando de forma paulatina se fue instaurando en el siglo XVII una clase de acción, la *ejectment*, que también permitía recuperar la finca en base a la simple posesión. La *assize of novel disseisin* quedó entonces obsoleta. La *Common Law Procedure Act* de 1852⁷¹⁷ supuso la abolición del sistema de acciones vigente hasta esa fecha, lo que provocó que la creación casuística de normas se enfrentara a problemas de supervivencia⁷¹⁸. La estructura de la *ejectment* fue modificada y desde la *Judicature Act* de 1873 existen las bases de la *ejectment* tal y como se conoce en la actualidad⁷¹⁹. Sin embargo, la idea de **posesión como fuente de título** ha seguido presente desde entonces en el Derecho inglés⁷²⁰. Efectivamente, en la actualidad sigue hablándose en términos posesorios ya que aún podemos hablar de la existencia una estructura feudal en el Derecho inmobiliario inglés⁷²¹. Por este motivo, no tiene sentido hablar de una propiedad ni de la posible existencia de una *rei vindicatio* como en los sistemas de derecho civil. La posesión puede derivar en diversas situaciones⁷²²:

a) La “*physical possession*”, cuando existe una relación fáctica entre el

⁷¹⁶ HAYTON, David y MITCHELL, Charles, *Commentary and Cases on The Law of Trusts and Equitable Remedies*, 12th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2005, pp. 1 y ss.

⁷¹⁷ Chapter 76.

⁷¹⁸ Vid. *infra*. Apartado IV, epígrafe 1.1.

⁷¹⁹ “I have said “to the end”, that is to say until 1833. As we have seen the action of ejectment, with all its fictions, was spared from the wholesale abolition of real and mixed actions made by the Real Property Limitation Act of 1833, and it was reformed by the Common Law Procedure Act of 1852 [15 and 16 Vic. c. 76, sec. 168ff]. The fictitious procedure was abolished, the real claimant was to sue in his own name, John Doe disappeared. The action thus remodelled was in use until 1875. Since that time we have had in the old sense no forms of action---an action for the recovery of land, an action, *i.e.* to obtain possession of land, can be brought by any person entitled to possession, no matter the nature of his title, be it freehold, leasehold, copyhold”, MAITLAND, F. W., *The Forms of Action at Common Law*, 1909. Disponible en <http://www.fordham.edu/halsall/basis/maitland-formsofaction.html> (Fecha de consulta: 13 de abril de 2010).

⁷²⁰ MEGARRY, R. y WADE, W., *ob. Cit.*, pp. 80 y 90.

⁷²¹ La Corona sigue teniendo un papel relevante, vid. *infra*. Epígrafe 1.1.2.5.

⁷²² De acuerdo con HILL, Jonathan, “The proprietary character of possession”, en COOKE, E., *ob. Cit.*, Vol 1, 2001, p. 25; y *JA Pye (Oxford) Ltd and another v Graham and another* [[2003] 1 AC 419].

poseedor y la cosa.

b) La “*legal possession*”, si junto con la posesión física de la cosa se tiene el ánimo de excluir a otras personas. El Derecho inglés exige poseer “*on one’s own behalf and for one’s own benefit (“intention to possess”)*”. En este caso, el poseedor está sujeto a las pretensiones de otra persona con un mejor *title*.

c) Y la “*exclusive possession*”, cuando el poseedor tiene la posesión oponible frente a todos incluido el propietario, y suele ser derivativa de otra persona con un mejor derecho a poseer.

De esta manera, el poseedor que tiene una posesión física y legal (a y b) se encuentra a expensas de la acción de otra persona que tenga un mejor título posesorio, pero hasta ese momento su posesión va a ser oponible a cualquier tercero. Un ejemplo es el usucapiente de un *freehold*, cuyo título posesorio está sujeto a la reclamación por parte del *freeholder*. Éste ganará la disputa porque tiene un mejor derecho a poseer (no porque podamos considerarle propietario). En ocasiones, el poseedor puede tener una posesión física y la *exclusive possession* (a y c), que es oponible incluso a quien tiene un mejor título posesorio, p. e. la posesión del *tenant* (arrendatario) respecto al *landlord* (arrendador)⁷²³. Estas posesiones nos muestran una reminiscencia de la posesión feudal que queda reflejada en la doctrina del *relative title*, es decir, el poseedor pacífico de una cosa tiene derecho a no ser perturbado en su posesión siempre y cuando otra persona no alegue un mejor derecho a poseer. En otras palabras, la posesión otorga un título que nunca es absoluto y siempre es vulnerable a una reclamación de un poseedor con un mejor derecho. Así lo ilustran CLARKE y KOHLER⁷²⁴: “*once a person has acquired possession, by any means whether lawful or unlawful, they thereby become entitled to possession as against everyone except a person with a better right to possession*”⁷²⁵. De esta manera, posesión y título siguen siendo conceptos

⁷²³ “Although possession confers a right in the nature of property (rather than simply personal right to be protected against wrongdoers), it is not enforceable against either the owner or the owner’s successors in title unless it is coupled with the right to exclusive possession”, ver HILL, J., ob. Cit., p. 40.

⁷²⁴ CLARKE, A.y KOHLER, P., ob. Cit., p. 260.

⁷²⁵ RIDALL opina en el mismo sentido: “It is true that it is common to speak of an ‘owner’ of land but, since all titles are relative, ‘owner’ can mean no more than ‘the person with the best ascertained right of possession’”, ob. Cit., p. 581.

inescindibles en el Derecho inglés⁷²⁶. Por ejemplo, si el usucapiente A es desposeído por el usucapiente B, A tiene un mejor título que B y podrá hacerlo valer ante los tribunales, pero B, que es el poseedor actual, podrá alegar un mejor título contra la interferencia de cualquier tercero. Sin embargo, ambos títulos no tendrán la fuerza suficiente en juicio ante la pretensión del titular del *fee simple*. En todas estas disputas no se aplica el principio *Jus tertii*, que significa que un poseedor ha de basar su defensa en su propio derecho, no en base al derecho de otra persona. En el ejemplo expuesto, B ha desposeído a A, y puede suceder que posteriormente C desposea a B. En la lucha entre B y C por la posesión del bien, C no puede alegar en juicio que B había desposeído a A, sino que C debe alegar su propio título (que no tendrá la fuerza suficiente ante B).

En consecuencia, el Derecho inglés se basa en un sistema de títulos que reflejan un *interest* sobre el bien inmueble cuyo mayor exponente es el *estate in fee simple*, prevaleciendo el mejor frente al resto. Esta doctrina sigue en vigor desde la promulgación de la LRA de 2002, como lo demuestra el caso *London Borough Council v Qazi*⁷²⁷.

⁷²⁶ “There is an intimate connection between possession and title. To say that someone has a right to possess a freehold estate is to say that he or she has a title to it, the better the right to possession, the better the title”, WONNACOTT, Mark, *Possession of land*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 163; en el mismo sentido PANESAR, Sukhninder, “The importance of Possession of Land”, en *Hong Kong Law Journal*, Vol. 33, 2003: “Today, possession and ownership usually go hand in hand since possession is one of the fundamental incidents of ownership. In the early law the English courts were not concerned with abstract notions of title and ownership; instead, possession or seisin was indicative of whether a person should remain as owner or should lose his ownership to another who had exercised better possession of a thing”, p. 570. En el mismo sentido SMITS, J., *The making of European private law. Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp Intersentia, 2002: “Typically, continental jurists say that the owner has the right to possession while the mere possessor does not. Then they try to explain why the law protects someone who is acting without right. In contrast, Anglo-American jurists-and particularly the English-say that the common law ‘never bothered much with the idea of ownership’, ‘never applied the conception of ownership to land’, ‘never really disentangled [the concept of ownership] from that possession’. In the common law, supposedly, ownership or title to land is based on the fact of the best right to possession. Title is therefore relative. The person with possession has title against anyone who does not have a better right. A ‘better right’ is a right base on still earlier possession”, pp. 50 y 51.

⁷²⁷ [2003] UKHL 43, [2004] 1 AC 983. Lord Millet defiende lo siguiente en relación al *squatter* (párrafo 87): “The common law protects possession as well as title. A person who is in actual possession of land is entitled to remain in peaceful enjoyment of the property without disturbance by anyone except a person with a better right to possession. It does not matter that he has no title. A squatter can maintain a claim of trespass. His want of title does not justify the authorities in searching his premises without a search warrant. He cannot be evicted save at the

La preeminencia de la posesión en la relación del individuo con la cosa provoca que en los tribunales de justicia raramente se resuelvan los casos en base a la propiedad, sino que los tribunales lo hacen en términos posesorios. Así lo evidencian los diversos **remedies** que se otorgan a las partes en caso de conflicto, que están basados en la posesión⁷²⁸. De esta manera, los tres **remedies** más importantes en el derecho común son:

a) La *ejectment*, que permite recuperar un *freehold*, un *lease* o un *profit à prendre*, y en la que el demandante deberá probar tanto un título superior como un derecho inmediato a la posesión. De forma gráfica lo enuncia la *Civil Procedure (Amendment) Rules* de 2001, que modifica a la *Civil Procedure Rules* de 1998, Part 55.1⁷²⁹. Esta norma prevé, además, una acción para defenderse de intromisiones físicas injustas (*trespass to land*). Asimismo, también es posible entablar una acción para obtener compensación por una interferencia externa que no suponga una intromisión física (*action of nuisance*). Estas dos últimas acciones no tienen su base en el derecho de propiedad sino en la responsabilidad civil por daños⁷³⁰. Como puede observarse, la posesión posibilita el ejercicio de la *ejectment*, lo que significa que la posesión (y el título que representa) tiene una particularidad respecto a los sistemas de derecho civil (donde es un poder de hecho): es un *property right* y, por lo tanto, enajenable a terceros⁷³¹.

suit of someone with a better right to possession, and even then that person must rely on the strength of his own title and not the weakness of the squatter's".

⁷²⁸ En igual sentido CLARKE, A. y KOHLEN, P., ob. Cit.: "The first point to make is that, procedurally, English law is more concerned with possession than with ownership. The law protects possession, in the sense that anyone who is in possession is entitled to redress from the courts if that possession is unlawfully threatened or invaded", p. 26; y THUNIS, Xavier y VAN DER MENSBRUGGHE, François, "A la recherche de la «possession» en droit anglais", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1-2000: "Bien plus, pour juristes anglais, il n'est pas souhaitable de définir en quoi consiste l'*ownership*, l'essentiel étant de départager les parties en litige à partir des actions (*remedies*) qui leur sont reconnues et non de procéder à l'affirmation dogmatique de droits déaux", p. 80.

⁷²⁹ No. 256 L.7 y No. 3132 L.17, respectivamente.

⁷³⁰ WONNACOTT, M., ob. Cit., pp. 19 y ss. Ver en mayor profundidad ELVIN Q. C., David y KARAS, Jonathan, *Unlawful interference with land*, Sweet & Maxwell, London, 2nd Ed., 2002, pp. 300 y ss. y pp. 347 y ss.

⁷³¹ HILL, J., ob. Cit.: "The basic principle is that "[a] person in peaceable possession of land has, as against every one but the true owner, an interest capable of being inherited, devised or conveyed. This state of affairs is "merely the product of the relative character of title to land in English law", p. 29. El autor parte de la siguiente idea con la que llega a la conclusión de que la posesión es un *proprietary right*: "(i) a personal right is one which neither benefits from trespassory protection nor is capable of binding a transferee, (ii) a right in relation to property which benefits from trespassory protection is a property interest; (iii) an interest which benefits

Definida en estos términos la posesión, parece que el sistema civilista de propiedad absoluta poco o nada tenga que ver con el Derecho inglés. Pero veamos la afirmación de CLARKE y KOHLEN: “*Consequently, in our system at least, the basic principle that has evolved is that possession is prima facie proof of title: if you can show that you are in possession of a thing you will be assumed by law to be the owner of it, in the absence of evidence to the contrary*”⁷³². Estas reglas posesorias se asemejan a las previstas en los sistemas continentales. Así, el art. 2276 *Code* establece que la posesión de bienes muebles equivale a título, debido a que este tipo de propiedad es fácilmente transmisible⁷³³. De hecho, el art. 2278 del mismo código establece que el poseedor tiene derecho a proteger su situación sin necesidad de justificar su derecho⁷³⁴. El art. 1153 *Codi* también prevé una protección del adquirente de buena fe. En el Derecho español el art. 464 CC prevé que “*la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título*”, que el art. 522-8.1 CCC reproduce con dos particularidades: a) el adquirente ha de ser a título oneroso (no se protege por lo tanto al adquirente a título gratuito); y b) no importa si el transmitente no tenía poder de disposición⁷³⁵. Pero tanto el *Code* (art. 2276.2), el CC (art. 464.1) como el CCC (art. 522-8.3) protegen al propietario que perdió la cosa o hubiese sido privado ilegalmente de ella. En el mismo sentido, §§ 931 y 936 BGB. No obstante, esta no es la regla general en

from trespassory protection is also capable of binding transferees, though only to the extent that it can be enforced against the transferor”, p. 23. En palabras de GRAY, K y GRAY, S. F., citando a Bracton: “everyone who is in possession, though he has no right, has a greater right [than] one who is out of possession and has no right”. Además, la posesión puede ser enajenable a terceros o heredarse por los sucesores, ob. Cit., pp. 212 y 213.

⁷³² CLARKE, A. y KOHLEN, P., ob. Cit., p. 260.

⁷³³ BELL, J., BOYRON, S. y WHITTAKER, S., ob. Cit., p. 284.

⁷³⁴ “La possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace”.

⁷³⁵ ESPIAU ESPIAU, Santiago, “La adquisición de buena fe de bienes muebles en la regulación del Código Civil de Cataluña”, en *ADC*, Núm. LX-1, Enero 2007: “En este sentido, el precepto no sólo atribuye eficacia real a un título adquisitivo ineficaz, sino que también confirma el título adquisitivo impugnado, impidiendo que pueda ser atacado, aún cuando sea anulable, resoluble o rescindible, e, incluso, que la adquisición pueda enervarse cuando el título se impugne efectivamente. El artículo 522-8 CCCat protege a todo adquirente de bienes muebles, siempre que lo sea a título oneroso y de buena fe, cuando su adquisición se produzca en virtud de un negocio transmisor que no es susceptible de producir efectos reales o que los produce con carácter provisional o claudicante: si se trata de un negocio ineficaz, la ley -el art. 522-8 CCCat- subsana la falta de titularidad o de poder de disposición del transmitente y convierte al adquirente en titular; mientras que si se trata de un negocio impugnado, la ley -el art. 522-8 CCCat- convierte en inatacable la adquisición y atribuye firmeza al derecho del que ya era titular el adquirente. De este modo, pues, el artículo 522-8 CCCat no es tanto una norma de protección de terceros, como una norma de protección de adquirentes”, p. 22.

otros sistemas, p. e. en Holanda. En este ordenamiento el adquirente por un contrato de compraventa que es nulo no se convierte en propietario, tenga o no conocimiento de esta circunstancia (art. 3:86 BW). La necesidad de una *traditio* y de una causa en la transmisión permanece sin reservas, sin que puedan ser reemplazadas por la buena fe⁷³⁶.

Por lo tanto, en algunos sistemas continentales también es posible defender la existencia de una posesión (de buena fe) que equivale a título (de propiedad), lo que podría ser un denominador común en una armonización europea⁷³⁷.

Las **ideas principales** que podemos extraer hasta el momento del Derecho inglés son: a) rige el sistema del *relative title* en base a la posesión. La posesión equivale a título (lo que también sucede en los sistemas civilistas en la adquisición de buena fe de bienes muebles). El concepto de *ownership* queda relegado a un segundo plano; b) la doctrina de los *estates* sigue vigente y tiene una connotación feudal, lo que implica que toda la propiedad inmueble de Inglaterra y Gales pertenece a la Corona (*demesne land*). La ausencia de una propiedad absoluta similar a los sistemas de derecho civil conlleva la inexistencia de una regulación específica del derecho de cosas, de tal forma que el derecho de propiedad también contiene elementos del derecho de daños. Un ejemplo son las intromisiones ilegítimas en la propiedad de una finca (*trespass*). En Derecho inglés la responsabilidad civil aparece cuando existe un daño a una persona o a una cosa, aunque cabe la posibilidad de pedir una compensación (*damages*) sin que exista propiamente un daño sobre la propiedad, p. e. en los casos de intromisiones de terceros en la propiedad⁷³⁸; c) la posesión (el título que crea) es transmisible a terceros; y d) el Derecho inglés se basa en un sistema de *remedies* que protege tanto la recuperación de la posesión como su defensa frente a intromisiones ilegítimas.

⁷³⁶ KLEIJN, W. M., JORDAANS, J. P., KRANS, H. D., PLOEGER, H. D. y STEKETEE, F. A. P., "Chapter 7. Property Law", en CHORUS, J., GERVER, P., HONDIUS, E. y KOEKKOEK, A. (Ed.), ob. Cit., pp. 110 y 111.

⁷³⁷ Vid. *infra*. Epígrafe 2.5.

⁷³⁸ VON BAR, C., *The Common European...*, ob. Cit., pp. 547 y 548.

1.1.2.4. La doctrina del *relative title* tras la promulgación de la LRA 2002

La doctrina del *relative title* (donde la posesión es esencial para dirimir cualquier conflicto relacionado con la propiedad inmueble) ha perdido importancia con la LRA de 2002. Efectivamente, antes de la LPA de 1925 la posesión permitía visualizar a quien pertenecía un *estate*, ya que la posesión era sinónimo de título. Esta función quedó restringida con la promulgación de la LPA ya que los derechos sobre la propiedad inmueble podían o no acceder al Registro de la Propiedad. La LRA de 2002 impone la inscripción en el Registro de cualesquiera derechos reales que pretendan crearse o transmitirse, con lo que la publicidad de los *property rights* sobre bienes inmuebles se ha traspasado completamente al Registro. Por lo tanto, la tradicional equivalencia de la posesión a título también se ha visto modificada con esta norma. En palabras de la *Law Commission*⁷³⁹: “*Where title is registered, the basis of title is primarily the fact of registration rather than possession*”. En efecto, el titular de un *freehold* que accede por primera vez al Registro de la Propiedad puede adquirir desde ese momento un *absolute title*⁷⁴⁰, que no permite a otra persona con una posesión anterior y mejor título (*prior possession*) alegar ninguna clase de derecho, al quedar éste extinguido. De esta manera, si una persona inscribe un *estate* en el Registro de la Propiedad y existe otra persona que no ha inscrito un *interest*, p. e. un *easement*, ésta última no podrá alegar nada, ya que el adquirente queda libre de aquellos derechos no registrados a no ser que estén protegidos por una *notice* o tengan la naturaleza de *overriding interests* (ss. 29.(1) y (2) LRA 2002).

No obstante, hay que tener en cuenta que aún conviven títulos registrados y no registrados. Por este motivo, la LRA 2002 gradúa los títulos que acceden por primera vez al Registro. El título absoluto del *freeholder* tendrá tal condición cuando se acredite debidamente ante el registrador (s. 9.(2) LRA 2002), y tendrá el carácter de *possessory title* si quien pide la inscripción está en la posesión de la tierra o recibe sus frutos pero no puede

⁷³⁹ *Law Commission Report* No 254, para 10.11.

⁷⁴⁰ Aunque hay que tener en cuenta que como aún deben de inscribirse más títulos, la LRA 2002 gradúa los títulos que acceden por primera vez al registro. Vid. *infra* en este mismo epígrafe.

probar un título mejor, p. e. un usucapiente o *squatter* (s. 9.(5) LRA 2002). De esta manera, si el *squatter* está en posesión de una finca no registrada podrá pedir la inscripción de su derecho incluso antes del cumplimiento del plazo exigido por la LRA de 2002. Este derecho no será absoluto sino de menor entidad, aunque no dejará en ningún momento de ser un *freehold*. El encargado del Registro únicamente ha de constatar si la persona que pretende la inscripción del *freehold* está en la posesión actual del bien, aunque el *squatter* estará sujeto a todos aquellos derechos posesorios anteriores con un mejor *title*⁷⁴¹. Si por el contrario el bien inmueble está registrado en el Registro de la Propiedad, el *squatter* no dejará de tener un título oponible a cualquier tercero menos al titular registral de la finca, porque éste gozará de un título mejor gracias a la inscripción de su derecho. Estos ejemplos demuestran que aún existe la posibilidad en el Derecho inglés de que existan *interests* equivalentes sobre un mismo bien⁷⁴². No obstante, es presumible que con el paso de los años los títulos en el Registro de la Propiedad se vayan convirtiendo gradualmente en absolutos, bien porque accede un *freeholder* con un derecho absoluto que se consolida con los años (= menos posibilidades de rectificaciones en el Registro)⁷⁴³; o bien porque el *squatter* ha usucapido la finca y ha convertido su título posesorio en absoluto.

El cambio experimentado en la noción de la posesión se observa también en que la LRA de 2002 reduce el impacto de la *adverse possession* sobre la adquisición de la propiedad, de tal forma que el propietario sólo perderá esta condición cuando el usucapiente pretenda hacer valer su derecho transcurridos diez años de posesión. Una vez se ha notificado al propietario de este hecho, éste puede enervar la usucapición en el plazo de dos años⁷⁴⁴. Por lo tanto, la protección que la LA de 1980 ofrecía al usucapiente en base a la posesión (que devenía automáticamente el propietario transcurridos 12 años, s.

⁷⁴¹ S. 11.(7) LRA 2002: "Registration with possessory title has the same effect as registration with absolute title, except that it does not affect the enforcement of any estate, right or interest adverse to, or in derogation of, the proprietor's title subsisting at the time of registration or then capable of arising".

⁷⁴² De acuerdo FOX, que relativiza la opinión apuntada de GRAY y GRAY sobre la aproximación al concepto de *ownership*, ver FOX, David, "Relativity of Title at Law and in Equity", en *Cambridge Law Journal*, N° 65, 2006, ob. Cit., p. 336.

⁷⁴³ Respecto a las posibilidades de rectificar el contenido del Registro, vid. *infra* en este mismo epígrafe.

⁷⁴⁴ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado II, epígrafe 4.1.2.

17 LA), ya no tiene lugar con la LRA de 2002. Los derechos registrados pasan a tener una mayor protección que la posesión del usucapiente y, por lo tanto, que la posesión como fuente de título⁷⁴⁵.

Lo anterior nos lleva a concluir que el **Registro de la Propiedad** será el que en la mayoría de ocasiones mostrará quien tiene un mejor título o derecho real sobre la tierra (con excepción p. e. de los *overriding interests*, ciertamente disminuidos con la LRA de 2002), puesto que todos ellos estarán registrados. En palabras de DIXON: “*Under the LRA 2002, the aim is to ensure that ownership of land in England and Wales takes the form of ‘title by registration’ instead of ‘registration of title’*”⁷⁴⁶. Este hecho ha provocado que, de acuerdo con GRAY y GRAY: “*Registration has now replaced possession as the authentic source of title*”⁷⁴⁷. El nuevo sistema previsto en la LRA de 2002 acerca el *freehold* angloamericano hacia el modelo unititular acogido en los sistemas de derecho civil, en los que la propiedad es un derecho absoluto⁷⁴⁸.

El Registro de la Propiedad inglés pretende ser un reflejo real de las cargas que pesan sobre una determinada finca (lo que se conoce como *mirror*

⁷⁴⁵ De acuerdo con NASARRE AZNAR, S., “La reforma del...”, ob. Cit.: “Por primera vez en Inglaterra se da mayor protección a los derechos registrados ante posibles usucapientes; se evidencia que el Registro es más fuerte que la posesión y que no es lo mismo usucapir contra el Registro que sin el Registro”, p. 1301.

⁷⁴⁶ DIXON, Martin, *Modern Land Law*, 5th Ed., Cavendish Publishing Limited, London, 2005, p. 37.

⁷⁴⁷ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 182. Ver también NIXON, M., *Modern Land...*, ob. Cit.: “Absolute title is the highest grade of title possible and amounts to full recognition of the rights of the proprietor. It is available for freeholds and leaseholds, although only rarely for the latter because the Registrar is not usually in a position to validate the lessor’s title to grant the lease (as required by s 10(2) LRA 2002) as well as that of the leaseholder who actually applies for registration. Registration with absolute title to a freehold on a first registration has the effect ascribed by s 11 LRA 2002. This invest the proprietor with the full fee simple together with all the benefits subsisting fo the estate”, p. 45. Respecto al mismo autor: “Although it remains the case under the Land Registration Act (LRA) 2002 that a person is still registered with an estate –not with the land itself- registration as proprietor under the 2002 Act is a more absolute guarantee of ownership than anything that has gone before”, p. 405; y BOGUSZ, B., “Bringing Land Registration into the Twenty-First Century – The Land Registration Act 2002”, en *Modern Law Review*, Vol. 65: “From a legal perspective, the Act reflects the true position that the basis of title to registered land is the fact of registration and is not based (as is the case in unregistered land) on the concept of possession”, p. 563.

⁷⁴⁸ En este sentido, ver PANESAR, S., ob. Cit.: “The very objective of making land titles indefeasible has the effect of moving the concept of ownership in English Law towards the absolute concept of ownership recognised in Roman law. Furthermore, the very idea of property in land as seen to be based, inter alia, on fact, as explained by leading land lawyers, seems difficult to justify in this 21st Century of indefeasibility of title”, p. 584; y GRAY y GRAY, que defienden lo siguiente: “The titles maintained by Land Registry are beginning to evince a more ‘absolute’ quality than they have ever previously enjoyed, thereby demonstrating, in effect, an inexorable drift towards the hitherto alien continental concept of dominium”, ver GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 183.

*principle*⁷⁴⁹). Sin embargo, el titular registral está sujeto a los derechos no registrados (*overriding interests*) y a las posibles modificaciones que pueden alterar el contenido del Registro, que de acuerdo con el *Schedule 4.(2)* de la LRA de 2002 pueden tener lugar de dos formas: a) por alteración, que no modifica el Registro sino que sólo corrige errores, actualiza su contenido o da efectos a un *estate* o *interests* en contra del titular registral (p. e. el titular de un *possessory title* en el registro es vencido por el *freeholder* que aún no había registrado su derecho); y b) por rectificación, en cuyo caso se altera el título del titular registral. En determinados casos se tiene derecho a una indemnización, ya que se asegura el contenido del Registro (es lo que se denomina *insurance principle*)⁷⁵⁰. Un dato relevante es que el adquirente de un *freehold* que no ha cometido ningún fraude puede estar sujeto a posibles modificaciones del Registro (*Schedule 8.2.(b)* LRA 2002)⁷⁵¹.

En definitiva, a pesar de que aún existe esta graduación de títulos en el Derecho inglés en base a la posesión (*relative title*), lo cierto es que nos encontramos históricamente ante la mayor garantía otorgada al titular de un *estate*. De hecho, el Estado garantiza los títulos que acceden al Registro de la Propiedad. En el caso de que se hayan cometido errores a la hora de inscribir un *title* en el Registro, el perjudicado tiene derecho a una compensación económica (*Schedule 8* LRA 2002).

1.1.2.5. La titularidad de la Corona tras la LRA 2002

Aunque podamos mantener que el *freehold* se acerca a bases continentales gracias a su acceso al Registro de la Propiedad como un título absoluto, no cabe la menor duda de que aún sigue vigente la doctrina de los *estates* tras la entrada en vigor de la LRA de 2002, debido a que: a) por un lado, esta norma permite el acceso al Registro de cualquier *estate in land* (s. 2.(a).(i) LRA 2002)⁷⁵²; y b) por otro, todos aquellos *freeholds* que se extinguen

⁷⁴⁹ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 190.

⁷⁵⁰ Ver DIXON, M., *Modern land...*, ob. Cit., p. 41; y GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 190.

⁷⁵¹ RIDALL, J. G., ob. Cit., pp. 567 a 569.

⁷⁵² En palabras de GRAY y GRAY, "Modern property legislation thus faithfully maintains the ancient theory that land ownership of or dominium over the land itself, but rather the distribution

revierten directamente en la propiedad de la Corona o en los Ducados de Lancaster o Cornualles *bona vacantia*. La extinción del *freehold* puede tener lugar por la ausencia de descendientes de acuerdo con la *Administration of Estates Act* de 1925⁷⁵³, o cuando se produce una renuncia por su titular en el caso de liquidación de una sociedad⁷⁵⁴. De esta forma, la **Corona** continúa siendo el *landlord* que está por encima de todos los demás, lo que quiere decir que el *freeholder* no podría asimilarse, por el momento, a lo que sería un propietario en el sentido civilista del término. En definitiva, la concepción del *estate* como un período de tiempo (*ownership for a slice of time*) no ha variado tras la LRA de 2002⁷⁵⁵. Sin embargo, esta norma ha introducido importantes novedades en este ámbito:

a) En primer lugar, permite que la Corona pueda otorgar un *fee simple in possession* de la *demesne land* hacia ella misma, siempre y cuando tenga acceso al Registro de la Propiedad (ss. 79.(1) y (3) LRA 2002). Ello sólo se ha conseguido a través de la LRA de 2002⁷⁵⁶. En consecuencia, es simplemente un cambio en los términos posesorios que convierten la *demesne land* en *registered land* bajo el régimen de un *fee simple*, aunque no deja de ser contradictorio que la Corona pueda tener un *fee simple* poseyendo feudalmente para ella misma. El hecho de que la Corona pueda ser titular de un *fee simple* puede interpretarse como un paso más hacia la total equiparación de la *demesne land* hacia el *fee simple*, que se convertiría en un *estate* desligado de cualquier relación con el sistema feudal⁷⁵⁷. La *demesne land* no puede acceder

of intangible jurial entitlements which are interposed between persons and land”, ver GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 62.

⁷⁵³ Chapter 23. S. 46.(1).vi: “In default of any person taking an absolute interest under the foregoing provisions, the residuary estate of the intestate shall belong to the Crown or to the Duchy of Lancaster or to the Duke of Cornwall for the time being, as the case may be, as bona vacantia, and in lieu of any right to escheat”.

⁷⁵⁴ Aunque la Corona en ocasiones no acepta el *fee simple* por las deudas que recaen sobre la finca, ver NASARRE AZNAR, S., “La reforma del...”, ob. Cit., p. 1290.

⁷⁵⁵ DIXON, M., *Modern Land...*, ob. Cit., p. 7.

⁷⁵⁶ De acuerdo con NASARRE AZNAR, S., “La reforma del...”, ob. Cit., p. 1291.

⁷⁵⁷ “Would it not have been simpler to amend, not the form in which Her Majesty holds land, but the forms of landholding that can be registered? The idea of her holding land feudally from herself is a little bizarre. The answer may be that if all land comes on to the register, and all registered land is held for an estate in fee simple or for a leasehold estate, it is then extremely simple to abolish the feudal system, once arrangements are in place for escheat and bankruptcy, etc, which do not depend upon feudal concepts. All that is needed is a provision that the fee simple is transformed into ownership, just as corresponding Scots provision has already done. And this may be the intention”, ver COOKE, E., *The New Law of Land Registration*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003, p. 166

al Registro de la Propiedad porque no hay un *estate* o relación feudal que registrar, con lo que la *Law Commission* considera que estas propiedades obstaculizan el propósito de la reforma de 2002 de registrar toda la propiedad inmueble de Inglaterra y Gales⁷⁵⁸. La LRA de 2002 no opta por la abolición de este sistema como ya ha sucedido en Escocia a través de la *Abolition of Feudal Tenure etc. (Scotland) Act* de 2000 (s. (1))⁷⁵⁹. Por su parte, en Irlanda del Norte la *Law Commission Report* elaboró el *Report on modernisation of land law and conveyancing law*⁷⁶⁰, en el que se recomienda la abolición del sistema feudal.

No obstante, en la Edad Media había existido algún estado inferior de vasallaje junto con la propiedad omnicomprendiva de la Corona, como por ejemplo la tenencia del *Lord of the Manor* (traducido literalmente como amo de la casa)⁷⁶¹. Esta forma de tenencia estaba fuera de la estructura feudal y consistía en el poder del *manor* sobre una zona geográfica determinada y los ciudadanos que vivían en ella. Los integrantes tenían deberes parecidos a los derivados de una relación feudal y se denominaban *villeins*. Con el tiempo la tenencia de los *villeins* se transformó en *copyhold tenure*, que fue eliminada en 1902 convirtiéndose en *freehold tenure* (que es la que subsiste hoy en día tras la LPA de 1925). Pero la abolición del *copyhold tenure* no supuso la eliminación total de los derechos que aún retenía el *Lord of the Manor*. Así, una persona con tal condición reclamó en 1999 el pago de un canon por la utilización de una zona común de paso de un pueblo, ya que el territorio entraba dentro de su ámbito territorial⁷⁶². Desde la LRA de 2002 no es posible registrar este derecho que pasa a considerarse como un *overriding interest*, si bien este carácter privilegiado dejará de tener lugar a los 10 años de la entrada en vigor de la LRA de 2002 (*Schedule 1.11*, s. 117.(1) LRA 2002, y parágrafo 8.41 *Law Commission Report*).

b) En segundo lugar, la reversión de un *freehold* a la Corona cuando no existen descendientes puede no tener lugar *ipso facto*. El s. 82 LRA de 2002 permite que el *freehold* permanezca en el Registro de la Propiedad sin que

⁷⁵⁸ Ver *Law Commission Report* No 271, p. 246.

⁷⁵⁹ Asp 5: "The feudal system of land tenure, that is to say the entire system whereby land is held by a vassal on perpetual tenure from a superior is, on the appointed day, abolished".

⁷⁶⁰ El *Report* fue publicado el 1 de Julio de 2005, p. 38. (LRC 74 – 2005).

⁷⁶¹ BRAY, Judith, "Feudal Law: The Case for Reform", en DIXON, M. (Ed.), *Modern Studies in Property Law*, Volume 5, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 108 y ss.

⁷⁶² Sólo la intervención del Parlamento consiguió salvar la situación.

revierta directamente a la Corona, de tal forma que ésta no tiene que crear un nuevo *estate* en favor de un nuevo titular.

c) Por último, es cierto que todos los titulares de un *fee simple* son en realidad *freehold tenures*, que son los únicos que pueden existir en la actualidad. Sin embargo, los *freeholders* no tienen la obligación de realizar ningún servicio a la Corona, con lo que a efectos prácticos no se aprecia la existencia de ninguna relación feudal a salvo de la reversión del *fee* cuando se produce su extinción⁷⁶³.

1.2. La propiedad y la posesión en los bienes muebles

Las anteriores consideraciones respecto a la posesión y la propiedad se han realizado respecto a los bienes inmuebles, aunque también resultan aplicables a los derechos reales sobre bienes muebles con las algunas particularidades:

a) La singularidad más llamativa es que no está presente la doctrina de los *estates*, de tal forma que puede distinguirse una *general property* y una *personal property*. Así, la primera correspondería al propietario y la segunda al acreedor pignoraticio o a cualquier otro poseedor a través de un *bailment*, que permite la disociación entre la propiedad y la posesión de la cosa⁷⁶⁴.

b) Existen situaciones en las que B, que tiene un título menor que otra persona (A), p. e. porque ha encontrado el bien sin un poseedor y se lo ha apropiado, puede reclamar contra el tercero que ha interferido en su posesión (C). A su vez, C puede reclamar la intervención en juicio del verdadero titular (A), de tal forma que el título de B, aunque con más fuerza que el de C, queda extinguido. Un ejemplo lo encontramos en el s. 8 de la *Torts (interference with goods) Act* de 1977. De esta manera, es posible en la *personal property* el *Jus tertii*, es decir, que el demandado pueda alegar el mejor título de otra persona en lugar del suyo exclusivamente.

c) El *title* del poseedor es más vulnerable que en la *real property*. Así, si en el ejemplo anterior B se ve desposeído del bien en favor de C, este último

⁷⁶³ "But holding land by freehold tenure is identical in effect to owing it: the tenure holder does not have to perform any services to the Crown, and is fully entitled to full ownership-type rights in land", ver CLARKE, A. y KOHLER, P., ob. Cit., p. 309.

⁷⁶⁴ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado I, epígrafe 4.1.3.2.

puede transmitir la posesión de la cosa a un tercero (D). En un primer momento, B tendría acción contra C gracias a su mejor título, pero perecería posteriormente ante D quedando su *title* extinguido. Por su parte, A (el propietario de la cosa) sí que tendría acción directa contra cualquiera de los posibles terceros que pudieran intervenir (B, C o D), pero únicamente a través de una acción personal por *trespass* o *conversion* incardinable en la *Torts Interference With Goods Act*⁷⁶⁵. Y es que la interferencia de terceros en la posesión de bienes muebles no implica necesariamente que la acción de recuperación por su antiguo poseedor desemboque en la restitución del bien⁷⁶⁶.

La ausencia de la doctrina de los *estates* en la *personal property* permite hablar en el Derecho inglés de un sistema unititular similar al previsto en los sistemas de derecho civil. El problema en este apartado se centra en los recursos disponibles para el propietario. En el ejemplo expuesto cabe la posibilidad de que el propietario (A) no pueda recuperar el bien o de que el tercer poseedor (B) pierda su *title* en beneficio de un tercero cuando se ve desposeído. En puridad, el derecho de A no deja de ser un derecho análogo aunque con menor intensidad que el previsto en los sistemas de derecho civil. Si se dotase a A con el derecho a recuperar la posesión de la cosa, ejercitable *erga omnes*, se protegería al propietario de interferencias externas de una forma similar a los sistemas continentales.

1.3. El rol de la equidad

1.3.1. Historia y concepto

La equidad es una institución fundamental para entender el sistema inmobiliario inglés, que surgió de los defectos y abusos del derecho común y la rigidez de las acciones disponibles en forma de *writs*⁷⁶⁷. Esta situación provocó que los ciudadanos buscaran justicia en el *Chancellor* como delegado del Rey. Las primeras manifestaciones de la equidad tuvieron lugar a través del *Eyre*,

⁷⁶⁵ De acuerdo con FOX, D., ob. Cit., pp. 340 y ss.

⁷⁶⁶ Vid *supra*. Capítulo 1º, apartado II, epígrafe 4.1.3.2.

⁷⁶⁷ De esta manera, sólo a través del *writ* podía accederse a los tribunales del derecho común. En palabras de la doctrina, "These writs provided the only procedural routes to bring a case to court, and the writs indicated the relief with an aggrieved party might be entitled in different circumstances. If there was no permitted form of writ, then there was no Common Law remedy", ver WORTHINGTON, S., *Equity*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 9 y 59.

una costumbre de la Corte Real que consistía en enviar emisarios a las ciudades para resolver temas de diversa índole, p. e. fiscales. De esta manera, la *Eyre* permitió inicialmente al Rey impartir justicia⁷⁶⁸. No obstante, la equidad surgió específicamente en la época medieval⁷⁶⁹. Debido a la estructura feudal entre el señor feudal y el *tenant*, no era posible que sus hijos pudieran heredar las tierras. Una solución que encontraron los *tenants* fue vender las tierras a personas de confianza con el pacto de que las administrasen en favor de su mujer e hijos, a quienes les correspondería el derecho de uso. La persona de confianza del *tenant* tenía la propiedad legal y, por lo tanto, su familia no tenía ningún tipo de derecho a los ojos del derecho común. La Corte del Canciller acabó por crear derechos en equidad en favor de quienes disfrutaban realmente de las tierras. En ese momento nació la institución del *trust*.

Aparte del *trust*, los *equitable interest* se agruparon básicamente en los “*failed formality interests*”, que nacían cuando las partes no cumplían con las formalidades previstas para la transmisión de la propiedad. Este hecho provocaba automáticamente el nacimiento de un derecho en equidad a favor del adquirente en función del *interest* en cuestión, con base en una de las máximas de la equidad “*equity looks on that as done which ought to be done*”⁷⁷⁰ (la equidad se rige en su aplicación por una serie de máximas sin influencia de

⁷⁶⁸ De acuerdo con CARTER, A. T., *A history of the English courts*, 7ª Ed., Butterworth & Co, London, 1944, pp. 36 a 39.

⁷⁶⁹ Desde el año 1066 hasta el 1307 existió el “King’s Writ”, que eran los mandamientos del Rey en busca de la justicia para el damnificado por el Derecho común y con posterioridad se convirtieron en autos o mandamientos de los jueces. Ver FALCÓN TELLA, María José, “La equidad en el espacio. El tratamiento de la equidad en los distintos sistemas y ordenamientos jurídicos”, en *Equidad, Derecho y Justicia*, 2005: “De 1307 a 1485, segunda etapa, es la época de pleno esplendor del “*common law*”, en la que aparece la “*equity*” en la escena jurídica inglesa, bajo su primitiva acepción de la “*conciencia*”. Ante la imposibilidad de crear nuevos “*writs*”, como mecanismo de expansión y de *creación* jurídica, la Cancillería iba a encontrar en el siglo XIV una nueva vía de desarrollo a través de la jurisdicción de “*equity*” -o más bien de la jurisdicción de “*conciencia*” impartida por el Canciller (“*Chancellor*”), jurisdicción convertida posteriormente en Tribunal de la Cancillería (“*Court of Chancery*”) [...] De 1485 a 1672, hay un período de gran importancia en lo que a nuestro tema se refiere, pues en él se produce la rivalidad y el conflicto entre la jurisdicción especial de la “*equity*” y los Tribunales comunes o “*Common Law Courts*” [...] De 1673 -fecha de comienzo del mandato de Lord NOTTINGHAM al frente de la Cancillería- a 1683 -momento de inicio de las grandes reformas llevadas a cabo en la Administración de Justicia-, es la cuarta etapa, en la que se produce la sistematización de las reglas de la “*equity*”. Lord NOTTINGHAM elaboró el primer tratado sistemático de la “*equity*”, al que tituló *Prolegomena* [...] De 1873-1875 -fecha de las “*Judicature Acts*” mediante las que se reorganiza el régimen de Tribunales- a nuestros días se produce la última etapa de la “*equity*” inglesa”, pp. 92 y ss. Ver también NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., p. 733.

⁷⁷⁰ Otro grupo eran los *novel interests*, que no tenían una contrapartida en el derecho común CLARKE, A. y KOHLER, P., ob. Cit., pp. 312 y 313.

los estatutos o del derecho común *-common law-*⁷⁷¹).

La idea principal que subyace en la *equity* es que ciertas obligaciones que recaen sobre la propiedad pueden desembocar en el nacimiento de derechos en equidad en favor del titular, quien puede exigir su cumplimiento⁷⁷². Además, tenemos otras características:

a) La equidad representa un cuerpo de normas separado del derecho común. Ello no significa que el juez pueda decidir un caso en base a criterios de justicia tal y como considere, sino que analizando los postulados del derecho común y encontrándolos insatisfactorios por una razón u otra, elegirá otra solución bajo las reglas de la equidad. Es más, en caso de conflicto entre un derecho legal y uno en equidad prevalece este último desde 1873.

b) En el derecho común los recursos (*remedies*) son esencialmente monetarios, mientras que en la equidad no lo son. Esta distinción puede ayudar a establecer una diferenciación en el comportamiento de ambos derechos:

1) En cuanto al derecho común o *common law*, en la *real property* (derechos relacionados con la tierra) los tres *remedies* más importantes son la *ejectment*, que permite al titular de un *estate* la recuperación de su posesión, y las *actions of nuisance* y *trespass*, cuando existe una intromisión ilegítima en la finca⁷⁷³. Estas dos últimas acciones se ubican en el ámbito de la responsabilidad civil y, por lo tanto, dan lugar a una compensación por daños. En cuanto a la *personal property*, una intromisión ilegítima también da lugar a una compensación por daños y, en su caso, a la restitución del bien⁷⁷⁴. Por lo tanto, la principal vía de compensación para la parte damnificada en el ámbito de la propiedad es un resarcimiento por los daños sufridos (*damages*). En el ámbito contractual, el incumplimiento de un contrato de compraventa puede dar lugar a la reclamación de un daño emergente (la pérdida sufrida) y del lucro

⁷⁷¹ Ver EDWARDS, Richard y STOCKWELL, Nigel, *Trusts and equity*, 8th Ed., Pearson Education Limited, Harlow, 2007, pp. 1 y ss.

⁷⁷² "Equity's core idea is that an obligation (however generated) to deal with underlying property in certain ways can, of itself, create interests in that property in favour of the party to whom the personal obligation is owed. This idea underpins all of equity's proprietary intervention. It is the basis of express trust and equitable charges, as well as constructive trusts, resulting trusts, and equitable liens", de acuerdo WORTHINGTON, S., "Equity", en CANE, Peter y TUSHNET, Mark (Eds.), *The Oxford handbook of legal studies*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 84.

⁷⁷³ Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.1.2.3.

⁷⁷⁴ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado I, epígrafe 4.1.3.2.

cesante (la ganancia dejada de percibir)⁷⁷⁵.

2) Por su parte, la equidad actúa en aquellas situaciones en las cuales los *remedies* del derecho común son insuficientes para compensar el daño sufrido. Así, la equidad actúa directamente sobre la persona para que realice o no un determinado acto, y el que pide la intervención de la equidad debe acudir a ella con las manos limpias (“*with clean hands*”), p. e. un *tenant* no podría pedir en equidad el cumplimiento de un contrato -*specific performance*- si él tampoco ha cumplido con sus obligaciones⁷⁷⁶.

En cuanto a las vías de compensación de la equidad (*equitable remedies*), son básicamente las siguientes⁷⁷⁷:

- Las *injunctions*, que son mandamientos judiciales para que el demandado realice o no un determinado acto, aunque las prohibitivas son las más usuales. Este *remedy* tiene lugar cuando la compensación por daños de acuerdo con el derecho común es insuficiente, bien porque no es posible su cuantificación o bien porque el acto dañoso es repetitivo, lo que aconseja adoptar otro tipo de acto. Así, una intromisión ilegítima repetitiva en la propiedad de una finca permite a su titular entablar las acciones de defensa pertinentes disponibles en el derecho común (*nuisance* o *trespass*). Estas acciones darán lugar a una compensación por daños y, si el tribunal lo considera oportuno, a la prohibición en base a la equidad de que el perturbador lleve a cabo de nuevo el acto dañoso.

En el Derecho español existen casos en los que la propia ley o la jurisprudencia han admitido las *injunctions*⁷⁷⁸, p. e. el art. 53 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias⁷⁷⁹, permite a las asociaciones de consumidores y usuarios ejercitar la acción de cesación, que “*se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. base al abuso de derecho*”, y la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, de protección civil de derechos al honor, intimidad personal

⁷⁷⁵ SHEARS, P. & STEPHENSON, G., ob. Cit., pp. 274 y ss.

⁷⁷⁶ Vid. *infra* en este mismo epígrafe.

⁷⁷⁷ MARTIN, Jill E., *Modern Equity*, 15th Ed., Sweet & Maxwell Ltd, London, 1997, pp. 693 y ss.

⁷⁷⁸ Más ejemplos en NASARRE AZNAR, S., *Tort Law-Spain*, International Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008, pp. 240 y 241.

⁷⁷⁹ BOE 30 noviembre 2007, núm. 287, [pág. 49181].

y propia imagen⁷⁸⁰, prevé en su art. 9.2.2 que el perjudicado por una intromisión ilegítima en estos derechos pueda prevenir o impedir intromisiones ulteriores. En estos casos las *injunctio*ns se asimilarían a las obligaciones de no hacer (art. 1099 CC).

- La *specific performance*, que consiste en una orden a disposición de una de las partes contratantes que ha cumplido sus obligaciones frente a la otra, que no lo ha hecho, y tendrá lugar p. e. en el caso de que una compensación por daños no sea suficiente por el incumplimiento del contrato. Así, en un contrato de compraventa de una finca es posible que el vendedor se niegue a transmitirla una vez firmado el contrato. El tribunal puede considerar en este caso que una compensación por daños es insuficiente si el comprador ha empleado cierto tiempo en buscar una casa de esas características. Por este motivo, la equidad puede otorgar al comprador el derecho a exigir del vendedor la transmisión del bien.

En el Derecho español el comprador de un bien puede exigir del vendedor el cumplimiento de la prestación (ejecución “*in natura*”). Esta facultad se recoge en las obligaciones de dar en el art. 1096 CC, en las de hacer en el art. 1098 CC y en las de no hacer en el art. 1099 CC. Si el cumplimiento de la obligación “*in natura*” no es posible, el acreedor puede pedir de forma subsidiaria el cumplimiento por equivalencia y, en su caso, una indemnización por daños y perjuicios. Esta indemnización comprende no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, que se denomina daño emergente, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, que constituye el lucro cesante y deberá ser probado (art. 1106 CC). Por su parte, la regulación del BGB es similar al Derecho español. El acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la prestación en base al § 241 BGB⁷⁸¹, que tiene su origen en el principio *pacta sunt servanda* (los acuerdos deben ser cumplidos). Si no es posible el cumplimiento forzoso de la obligación, el acreedor puede pedir el resarcimiento del daño producido de acuerdo con los §§ 280.1 y 281.1 BGB.

De esta forma, lo que permite el Derecho inglés tanto en el derecho

⁷⁸⁰ BOE 14 mayo 1982, núm. 115, [pág. 12546].

⁷⁸¹ § 241.1 BGB: “En virtud de la relación obligatoria el acreedor está legitimado para reclamar una prestación del deudor. La prestación puede consistir también en una omisión”. De acuerdo con MARKESINIS, Basil, UNBERATH, Hannes y JOHNSTON, Angus, *The German law of contract: a comparative treatise*, 2nd Edition, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 398 y 399.

común (indemnización) como en equidad (cumplimiento específico) se regula en sede contractual en los Derechos español y alemán. De forma excepcional, el art. 1124 CC concede al acreedor la facultad de optar en caso de incumplimiento de las obligaciones recíprocas por su cumplimiento forzoso “*in natura*” o por resolver el contrato y obtener una indemnización por daños y perjuicios.

- La rescission, que consiste en el derecho a dejar de formar parte en el contrato si existe algún error, una declaración falsa o inexacta que induce a error, o una influencia externa (p. e. intimidación) que haga el contrato nulo conforme a la equidad.

En el Derecho español es posible que un contrato sea anulable a los cuatro años siguientes a su formalización si existió violencia o intimidación (cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible o se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, art. 1265.1 CC), dolo o engaño por una de las partes (art. 1269 CC), o error en la persona o en las cualidades del objeto (p. e. se procedió a la venta de un cuadro de Goya sin que el vendedor supiera que tuviera tal condición, art. 1266.1 CC); y es nulo de pleno derecho cuando la voluntad declarada externamente en el contrato no coincide con la voluntad interna (la realmente querida), que se expresa inconscientemente de forma errónea (p. e. una persona pone como precio en la compraventa de un bien inmueble 10.000€ cuando lo que quería poner era en realidad 100.000€, cantidad que así habían pactado previamente las partes). En el BGB la declaración de voluntad realizada por error puede dar lugar a la impugnación del contrato y la declaración de nulidad con efectos *ex tunc* (desde su firma, §§ 119, 120 y 142.1 BGB). La misma solución se adopta cuando ha existido un engaño doloso o una intimidación para forzar la declaración de voluntad de otra persona (§ 123.1 BGB).

- La rectification, que es el poder de modificar un documento para que refleje el verdadero contenido del contrato entre las partes, p. e. cuando ambas han plasmado por equivocación una cláusula errónea. Se exige que el error haya sido de ambas partes en el momento de la firma del contrato.

En el Derecho español las partes son libres de modificar el contenido del

contrato en base al art. 1255 CC (siempre que el cambio p. e. no sea contrario al orden público) y, además, si los términos de un contrato no dejan lugar a dudas sobre la intención de las partes contratantes se estará lo dispuesto en ellos (art. 1281.1 CC). Sin embargo, si el tribunal deduce que las partes querían otra cosa que la expuesta en el contrato, prevalecerá entonces la intención de las partes (art. 1281.2 CC). En el BGB prevalece en primer lugar lo que las partes hayan declarado en el contrato, aunque si su intención real se desvía de lo pactado prevalece aquella⁷⁸².

- La subrogation, que tiene lugar cuando un tercero ajeno a la obligación primitiva paga la deuda al acreedor. Este tercero puede subrogarse en la posición del acreedor y exigir el pago al deudor⁷⁸³.

En el Derecho español el pago de la obligación por un tercero conlleva la novación de la obligación y la subrogación del tercero en la posición jurídica del acreedor, con todos los derechos accesorios (p. e. garantías) que éste tuviera en el momento del pago (arts. 1204.3, 1210 y 1212 CC). La misma consecuencia jurídica existe en el Derecho alemán (§§ 267, 268.3 y 401 BGB).

c) En otras ocasiones, la intervención de la equidad tiene lugar cuando se intenta proteger a aquellas personas que están en una situación de inferioridad o vulnerabilidad, como es el caso de los menores y de la mujer casada, cuando la necesidad de protección surge de la desprotección de una de las partes en un contrato o en casos de fraude o *estoppel*⁷⁸⁴.

El *estoppel* es semejante a la doctrina de los actos propios, que *“impone la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma, tal y como puede ser entendido por los demás, impidiendo un comportamiento contradictorio. La doctrina de los actos propios tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena*

⁷⁸² “An objective approach to interpretation (*Auslegung*) is presupposed by the rules as to mistake contained in § 142 and §§ 119 *et seq* BGB [...] The contract, as derived from the objective meaning of the declaration of the parties’ intentions, is valid unless rescinded on the basis of a deviation of the objective meaning from the subjective intention. In addition, § 122 BGB entitles the other party, who relied on the contract as construed objectively, to claim the loss flowing from rescission. Accordingly, the courts have from the very outset applied to this matter an objective test”, ver MARKESINIS, B., UNBERATH, H. y JOHNSTON, A., ob. Cit., p. 134.

⁷⁸³ Ver EDWARDS, R. y STOCKWELL, N., ob. Cit, pp. 517 y ss; WATT, Gary, *Trusts and equity*, 3rd Ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 548 y ss.

⁷⁸⁴ Ver MCGHEE, John, *Snell’s equity*, 13th Ed., *Property and conveyancing library*, Sweet & Maxwell, London, 2000, pp. 587 y ss.

fe, que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables” (STS de 28 de noviembre de 2000⁷⁸⁵). Así, el reconocimiento de una representación y de las facultades a ella anejas no puede ser desconocido ni negado por la persona o personas que lo prestaron, máxime si tuvo lugar en documento público (STS de 20 de junio de 1932⁷⁸⁶). Los actos propios no crean un derecho de naturaleza real como el *estoppel* pero comparten la misma esencia en sede contractual: dotar de algún efecto a las legítimas expectativas de una de las partes a la hora de constituir un derecho. En el Derecho alemán la no conclusión de un contrato también puede originar daños y perjuicios en favor de la parte que confiaba en su celebración. Es necesario que haya existido algún gasto por la parte perjudicada y que la parte que desista de la celebración del contrato lo haya hecho sin una buena razón⁷⁸⁷.

1.3.2. Alcance de la equidad en los bienes inmuebles

La LPA redujo los *estates* a dos, y con la LRA de 2002 todos los derechos nacidos en el seno del derecho común acabarán por acceder al Registro de la Propiedad. Así, la distinción entre los derechos legales y en equidad tiene menor relevancia práctica. No obstante, esta distinción se mantiene en la LRA de 2002 respecto a aquellos derechos no registrados. Así, las *options*⁷⁸⁸ son derechos en equidad que necesitan estar inscritas en el *land charges register* para ser oponibles a terceros (a este Registro acceden una serie de derechos recogidos en la LCA que recaen sobre la propiedad inmueble no registrada, cuya inscripción tiene los mismos efectos que una *notice* en la LRA de 2002 para los terceros adquirentes)⁷⁸⁹, aunque la doctrina mantiene la posible inscripción en el Registro de la Propiedad de una *notice* que de publicidad a este derecho⁷⁹⁰. Un cambio de gran consideración respecto a la

⁷⁸⁵ RJ 2000\9244.

⁷⁸⁶ RJ 1932\1119.

⁷⁸⁷ MARKESINIS, B., UNBERATH, H. y JOHNSTON, A., ob. Cit., pp. 100 y 101.

⁷⁸⁸ Ver en mayor profundidad *infra*. Epígrafe 3.1.7.

⁷⁸⁹ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado II, epígrafe 4.1.2.2.

⁷⁹⁰ HOWELL, Jean, “Land Land in a E-conveyancing World”, en *The Conveyancer and Property Lawyer*, Vol. 70, 2006, “Although these are sometimes difficult to recognise, s. 32 provides that a notice may be registered in respect of a “burden”. This very un-English Word is not defined but seems to mean things such as restrictive covenants and option [but not beneficial interests:

propiedad inmueble ha sido la eliminación de cualquier *failed formality interests*, es decir, el hecho de que al realizar un contrato ya nacía para el adquirente un derecho en equidad si no se seguían las formalidades previstas en el derecho común para la transmisión del derecho. De esta forma, el *e-conveyancing*⁷⁹¹ reduce la trascendencia de la equidad considerablemente⁷⁹², pero aún subsisten algunos *equitable interests*, como los *overriding interests* (que tienen preferencia sobre derechos no registrados)⁷⁹³; la *equity of redemption* del hipotecante⁷⁹⁴; el derecho del beneficiario de un *trust* cuando el *trustee* enaneja o constituye una hipoteca sobre los bienes administrados⁷⁹⁵; o el *estoppel*, que vincula a terceros gracias a su naturaleza real (s. 116 LRA 2002)⁷⁹⁶.

1.3.3. Alcance de la equidad en los bienes muebles

Los *equitable interests* tienen una mayor presencia en los bienes muebles. La regla de los *failed formality interests* está plenamente vigente. Por lo tanto, cada derecho real que se intente crear sin seguir las formalidades previstas tendrá no obstante efectos en equidad. Además, la ausencia de un Registro de la Propiedad permite nacer *equitable interests*, como las *equitable charges* o las *equitable liens*⁷⁹⁷. Por lo tanto, la *equity* presenta mayores problemas en los bienes muebles que en los bienes inmuebles⁷⁹⁸.

these are excluded under s.33(a)" [...] "In an e-conveyancing world, the centuries old categorisation of legal and equitable interests in land will have no meaning. As in Scotland, property will be classified as "personal" or "real". Only property which is "land" will have the potencial to become "real" and the transforming act will be registration", pp. 563 y 574.

⁷⁹¹ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado II, epígrafe 4.1.2.3.

⁷⁹² En el mismo sentido, NASARRE AZNAR, S., "La reforma del...", ob. Cit.: "Como vemos, este nuevo sistema de transmisión y creación de títulos sobre inmuebles (*land*) impuesto por la LRA 2002 rompe con la tradición jurídica inglesa que consideraba que con el contrato (o declaración de voluntad, si es unilateral) se creaba ya un *property interest* en equidad en favor del adquirente. Por lo tanto, la *equity*, como moderadora de las rigidices formales de los derechos legales (creados según el *common law*) en base al principio de *equity looks on that as done which ought to have been done*, pierde terreno, de momento, en la constitución y transmisión de derechos reales sobre inmuebles", pp. 1293 y 1294.

⁷⁹³ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado II, epígrafes 4.1.2.2 y 4.1.2.3.

⁷⁹⁴ Vid. *infra*. Apartado II, epígrafe 3.1.3.

⁷⁹⁵ Ver en cuanto al *trust infra*. Epígrafe 1.4.

⁷⁹⁶ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado II, epígrafe 4.1.2.3.

⁷⁹⁷ Vid. *infra*. Apartado II, epígrafe 3.2.

⁷⁹⁸ Su impacto es considerable tal y como resume la doctrina: "It defines certain proprietary interests (such as equitable ownership and security interests) and allows parties confer such interests on each other; it creates proprietary interests by operation of law, accelerating or counteracting the parties' own intentions; it provides a tracing process to protect existing

La cuestión a responder es cómo integrar la equidad en una posible armonización europea. Desde la perspectiva de su conservación o no en el propio Derecho inglés, la doctrina se ha posicionado a favor de la posibilidad de una integración con el derecho común. En este sentido, la doctrina resalta que la *equity* no debería ser tratada como una categoría que la convierta en un cuerpo de reglas alejado del derecho de propiedad, contratos y responsabilidad civil. Si entendemos que la equidad es un cuerpo de normas que puede asimilarse dentro de las anteriores categorías, la fusión entre el derecho común y la *equity* sería posible y no debería conllevar que el derecho tuviera que escoger entre una u otra variante de *property rights* (legales o en equidad), pues lo importante es que queden claramente definidos⁷⁹⁹. En esta línea, una posibilidad para integrar la equidad en un sistema de propiedad europeo podría ser a través de su inclusión dentro de un mismo cuerpo legal. Este conjunto de normas debería recoger la esencia de las acciones y de los derechos que integran la equidad angloamericana. Ello daría como resultado un sistema eficiente, simple y beneficioso para el entendimiento del derecho⁸⁰⁰.

1.4. El *trust*

Estamos de acuerdo con SPARKES⁸⁰¹ en que si hay que buscar lo mejor

interests; it modifies the impact of common law rules of contract and expands the list of circumstances which will found a claim in unjust enrichment (recipient liability), ver WORTHINGTON, S., *Personal Property...*, ob. Cit., p. 638.

⁷⁹⁹ "The problem is that equity is invariably treated unreflectively as if it were a justificatory category, as where it is contrasted which contract as a body of rules generating a certain type of claim, or a claim is said to lie in equity but not in contract or tort [...] In other words, as suggested in chapter I, insofar as equity is treated as a justificatory category, it is a spurious justificatory category, which should be broken down and assimilated into the genuine justificatory categories of contract, tort and property. I will say that any argument based on the assumption that equity is a category of more than historical significance, or in particular that it is a justificatory category rather than a purely conventional category, commits the 'anti-fusion fallacy' [...] But substantive fusion would not require the law to choose between one or other variant of a certain type of property rights. This is the 'crude fusion' fallacy mentioned above. In the end what is required is that the law specifies what types of property rights are possible, what their precise content is, when they can arise and when they are extinguished", ver JAFFEY, Peter, *Private law and property claims*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007, pp. 120 y 127.

⁸⁰⁰ Un sistema de acciones es una de las maneras de conseguir lo que propugna SPARKES: "We need the simplicity of continental codes to be brought across the Channel and transplanted into our property legislation; it is time to excise the lingering law/equity divide which is the main source of unnecessary complexity" ver SPARKES, Peter, *European Land Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 523.

⁸⁰¹ SPARKES, P., ob. Cit., p. 523.

de cada sistema (del continental o del angloamericano), el *trust* se erige como una institución indispensable en este último; y con VAN ERP⁸⁰² en el hecho de que un sistema moderno de propiedad debería incorporar la institución del *trust* y posibilitar la fragmentación de la propiedad, lo que ya ha tenido lugar, como veremos a continuación, en los sistemas de derecho civil gracias a instituciones de fiducia atrustadas⁸⁰³ o parafiduciarias⁸⁰⁴ o *trusts* civilizados o adaptados. Una armonización de esta figura permitiría llevar a cabo una gran variedad de negocios jurídicos de una forma flexible (p. e. operaciones de refinanciación hipotecaria)⁸⁰⁵.

1.4.1. Introducción

El *trust* es la máxima expresión de la equidad en el Derecho inglés. Así lo atestigua MAITLAND⁸⁰⁶: *“If I were asked what is the greatest and most distinctive achievement performed by Englishmen in the field of jurisprudence I cannot think that we should have any better answer to give than this, namely the development from century to century of the trust idea”*.

Las características del *trust* angloamericano son las siguientes⁸⁰⁷:

a) Es una relación jurídica que tiene su origen en un acto unilateral del fiduciante (*settlor*), que transmite los bienes a un tercero (el fiduciario, *trustee*), quien los administra en beneficio de uno o varios sujetos.

b) Los bienes, por lo tanto, se transmiten al fiduciario, que se convierte en titular legal (*common law*), mientras que el beneficiario tiene una titularidad en equidad (*equity*).

c) Los bienes no se confunden con el patrimonio personal del *trustee*,

⁸⁰² VAN ERP., S., “Security interests...”, ob. Cit., pp. 24 a 29.

⁸⁰³ Denominación que adopta CÁMARA LAPUENTE, S., “El trust y la Fiducia: Posibilidades para una Armonización Europea”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Coord.), *Derecho privado...*, ob. Cit., p. 1124.

⁸⁰⁴ Denominación que adopta NASARRE AZNAR en NASARRE AZNAR, S. y RIVAS NIETO, E., “Patrimonios financieros sin personalidad. Naturaleza jurídica y régimen tributario”, en *Centro de Estudios Financieros (CEF)*, núm. 261, diciembre 2004, p. 66.

⁸⁰⁵ Vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 5.

⁸⁰⁶ Definición extraída de NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., p. 733.

⁸⁰⁷ Ver CÁMARA LAPUENTE, S., “El trust y...”, ob. Cit., pp. 1119 y ss.; ARROYO i AMAYUELAS, E., ¿Por qué el *trust* en Catalunya?, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 526 y ss.; y MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, *El instituto del «Trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del «civil law»*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 35 y 36.

dado que nace un ente sin personalidad jurídica. Este ente no puede ser agredido por los acreedores personales ni del *settlor* ni del *trustee*.

Por lo tanto, puede observarse que el *trust* angloamericano crea dos clases de propiedades y derechos de distinto alcance y contenido, que no tienen su paralelismo en los sistemas de derecho civil y se configuran, de este modo, como los principales obstáculos a superar. La influencia de esta polifacética institución del *trust* angloamericano ha sido patente en Inglaterra, donde los *trusts* más numerosos son aquellos gestionados para la garantía de bonos, la estructuración de préstamos sindicados y para fines de titulización (81%), mientras que los *trusts* que más beneficiarios agrupan son los *pensions trusts* (fondos de pensiones)⁸⁰⁸. Por lo tanto, queda evidenciada su importancia a nivel comercial y empresarial.

Desde una perspectiva europea, los Estados miembros difieren en cuanto a su caracterización:

a) El Derecho español no tiene regulación legal del *trust*. En su lugar, la **fiducia romana** queda configurada jurisprudencialmente como una transmisión de la propiedad para fines de garantía o administración, la cual no tiene lugar en realidad (cfr. STS de 26 de julio de 2004⁸⁰⁹). Esta nueva doctrina del TS deja atrás la teoría del doble efecto real u obligacional de principios del siglo XX que atribuía al fiduciario la plena propiedad de los bienes fideicomitidos (la fiducia romana en su versión pura)⁸¹⁰, y la tesis que atribuía una propiedad formal al fiduciario y otra material al fiduciante (que seguía conservando la titularidad de los bienes). La fiducia más común es la *cum creditore*, que no otorga ningún derecho real al fiduciario siendo aconsejable utilizar otros derechos para esas finalidades, como la hipoteca⁸¹¹. Sin embargo, sí que existen en el Derecho español patrimonios sin titular desde un punto de vista mercantil, civil y administrativo. Dentro del primero se incluyen los fondos inversión, de pensiones, de titulización (hipotecaria y de activos) o las uniones

⁸⁰⁸ Datos extraídos de NASARRE AZNAR, S. y RIVAS NIETO, E., "Patrimonios financieros...", ob. Cit., p. 79.

⁸⁰⁹ RJ 2004\6633.

⁸¹⁰ La doctrina mayoritaria sostiene que la *mancipatio fiduciae causa* implicaba la transmisión de la propiedad del fiduciante al fiduciario, ver en este sentido GÓMEZ BUENDÍA, M^a Carmen, "La fiducia en el Derecho romano y su posterior evolución", en NASARRE AZNAR, S. y GARRIDO MELERO, M., ob. Cit., p. 169.

⁸¹¹ SIMÓN MORENO, H., "El negocio fiduciario...", ob. Cit., p. 183.

temporales de empresas; en el segundo, instituciones como la herencia yacente o la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; y en el tercero, el patrimonio del suelo o las juntas de compensación⁸¹².

En el Derecho francés se recogió la *fiducie* a través de la *Loi n° 2007-211 du 19 février*⁸¹³. En este ordenamiento se otorga al fiduciario la propiedad de los bienes aunque no se confunden con su patrimonio personal. Estos bienes son “*transferidos no al fiduciario mismo, sino al patrimonio fiduciario, que es un patrimonio separado del patrimonio personal del fiduciario, inatacable por los acreedores de este último*”⁸¹⁴. Esta ley soluciona los problemas de la fiducia originaria⁸¹⁵. El acreedor de una fiducia constituida con fines de garantía (*fiducie-sûreté*) tiene un tratamiento beneficioso en sede concursal, pero no se aclara en el *Code* los derechos que asisten a los beneficiarios⁸¹⁶. En Luxemburgo la propiedad de los bienes fideicomitidos también corresponde al fiduciario según la *Loi du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires*⁸¹⁷. En el Derecho alemán encontramos otras figuras que guardan similitud con la fiducia romana, como la institución de la *Treuhand*, donde el fiduciario es el propietario legal de los bienes que no forman parte de su patrimonio personal. Esta institución puede obedecer a los intereses del

⁸¹² Ver BOSCH CARRERA, Antoni, “La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust y los fideicomisos)”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M., ob. Cit., pp. 586 y ss. Ver también NASARRE AZNAR, S. y RIVAS NIETO, E., “Patrimonios financieros...”, ob. Cit., pp. 57 a 106; y BADOSA COLL, Fernando, “Examen de tres “esquemas fiduciarios” en el derecho español: la venta en garantía, la legitimización dispositiva sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (Coord.), *Estudios jurídicos homenaje al profesor Díez-Picazo*, Tomo I, Thompson-Aranzadi, Madrid, 2003, pp. 229 y ss.

⁸¹³ JORF n°44 de 21-2-2007. “Art. 2011.- La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires”.

⁸¹⁴ LYCKOWSKA, Karolina, “El nuevo régimen de fiducia en el Derecho francés a la luz de las últimas reformas”, en *Indret*, 1.10, p. 10. Disponible en <http://www.indret.com/es/> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁸¹⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., “El trust y...”, ob. Cit., p. 1154.

⁸¹⁶ LYCKOWSKA, K., ob. Cit.: “La formulación francesa es descriptiva del proceso de la fiducia, sin comprometerse conceptualmente con el tipo de propiedad que se transfiere al fiduciario ni con la cualidad de derecho que adquiere el beneficiario, cuya posición se reseña simplemente como la de un sujeto cuyos intereses gestiona y cuyo provecho persigue el fiduciario en su actuación sobre el patrimonio fiduciario”, p. 6. Ver también p. 14.

⁸¹⁷ *Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg* A-n°124, de 3.9.2003, p. 2620: “Art. 5. Définition. Un contrat fiduciaire au sens du présent titre est un contrat par lequel une personne, le fiduciaire, convient avec une autre personne, le fiduciant, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire”.

fiduciario, p. e. transmitiendo un bien en garantía de una obligación, o del fiduciante, p. e. la relación entre un fondo de inversión y los inversores⁸¹⁸. No obstante, esta figura era insuficiente para las modernas necesidades de refinanciación. Por este motivo, en Alemania, aparte de la *Treuhand*, existe un reconocimiento legal de una estructura similar al *trust* en la *Gesetz zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters* de 2005⁸¹⁹, que busca ser un mecanismo óptimo de refinanciación hipotecaria. El ámbito especial de su aplicación provoca que esté sujeto a determinadas limitaciones, p. e. en su aspecto subjetivo, ya que sólo están legitimados para su uso, entre otros, las entidades de crédito⁸²⁰.

b) En algunos de los anteriores ordenamientos es posible que los bienes formen un **patrimonio separado** del patrimonio personal del fiduciario (p. e. en Francia). Esta estructura también está presente a nivel internacional en el Convenio de La Haya, de 1 de julio de 1985, sobre ley aplicable al *trust* y su reconocimiento⁸²¹. En este caso, los bienes forman parte de un patrimonio que no se confunde con el patrimonio personal del fiduciario, pero el Convenio no termina de aclarar si realmente se crea un patrimonio separado de éste (art. 2). Pocos países pertenecientes a la UE han suscrito este Convenio⁸²², entre ellos Italia. Desde entonces, existe una orientación favorable de la jurisprudencia italiana a la admisión de *trusts* internos⁸²³. En el Derecho italiano la fiducia está presente primordialmente en el derecho de la persona y la familia, p. e. en la

⁸¹⁸ LEHMANN, Matthias, "El trust y el derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?", en ARROYO i AMAYUELAS, Esther (Dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 39 y ss.

⁸¹⁹ BGBl. 27-9-2005, parte I, pp. 2809 a 2819. Ver también NASARRE AZNAR, S., "La regulación de la fiducia como instrumento de utilidad financiera", en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M., ob. Cit., pp. 670 y ss.

⁸²⁰ Ver en mayor profundidad NASARRE AZNAR, S., "El patrimonio fiduciario y el trust. La experiencia internacional aplicada a Cataluña. El III Congreso de Derecho Civil Catalán 2005", en NASARRE AZNAR, S. y GARRIDO MELERO, M., ob. Cit., pp. 744 a 750.

⁸²¹ Disponible en http://hcch.e-vision.nl/index_es.php (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁸²² Únicamente Francia, Italia y Suiza, consultar http://hcch.e-vision.nl/index_en.php (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁸²³ Ver BRAUN, Alexandra, "El *Trust* en Italia: aplicaciones en el ámbito del derecho de la persona y de la familia", en ARROYO i AMAYUELAS, E. (Dir.), *El Trust en...*, ob. Cit., pp. 133 y ss; y LUPOI, Maurizio, *Trusts*, 2ª Ed., Giuffrè Editore, Milán, 2001, pp. 551 y ss; y SANTIESTEBAN MARTÍN, S., ob. Cit.: "Con estas excepciones, criticadas por la doctrina mayoritaria, existe una clara orientación jurisprudencial en favor de la validez y eficacia del trust interno, es decir de la figura en virtud de la cual un sujeto, de nacionalidad italiana, decide transmitir determinados bienes situados en Italia a una persona física o jurídica, con nacionalidad y residencia italianas, que se obliga a administrarlos y gestionarlos en Italia, en calidad de trustee, en beneficio de ciudadanos italianos", p. 230.

protección del patrimonio de las personas discapacitadas. La relación entre el fiduciante y el fiduciario es puramente obligacional, de tal forma que si el fiduciario vende los bienes a un tercero el fiduciante no tiene ninguna acción real. A nivel europeo, los *Principles of European Trust Law* (en adelante, PETL)⁸²⁴ vieron la luz en 1999 e intentaron crear un modelo que pudiera adaptarse a las exigencias civilistas especificando, ahora sí, que los bienes objeto de fiducia forman parte de un patrimonio separado del fiduciario (art. 1). El DCFR también sigue la línea de estos principios (art. X.-1:202.(1) DCFR).

c) En el Derecho holandés el BW prohíbe la cesión fiduciaria en aras de preservar el sistema *numerus clausus*. Aunque se interpretan sus principios dogmáticos de forma flexible, son casos aislados en los cuales se reconoce algún tipo de *trust*. En Holanda la condición de propietario recae en el **beneficiario**⁸²⁵.

d) Otro modelo que puede identificarse es aquél en el cual nadie es propietario de los bienes fideicomitidos, que se configuran como un “**patrimonio de afectación**”. Esta estructura está presente en el Anteproyecto de Ley de regulación de los patrimonios fiduciarios en Cataluña (art. 514-2 CCC)⁸²⁶, que toma como base la regulación quebequesa del *trust*. Este patrimonio de afectación consiste en “*admitir la existencia de patrimonios sin titular, cuya unidad se mantiene por su adscripción a un fin determinado*”⁸²⁷. Por lo tanto, este patrimonio no tiene un titular determinado, sino que el fiduciario es un mero administrador.

e) Por último, la doctrina ha defendido la existencia de un patrimonio separado e independiente **propiedad de sí mismo**⁸²⁸. Un ejemplo lo encontramos en los fondos de titulización hipotecaria que responden ellos mismo por las deudas y están formados por participaciones hipotecarias (art. 15 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, del Mercado Hipotecario, en adelante,

⁸²⁴ Recogidos en HAYTON, David J. y KORTMANN, S.C.J.J. y VERHAGEN, H.L.E., *Principles of European Trust Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1999.

⁸²⁵ MILO, J. M., “La recepción del trust en los países bajos”, en ARROYO i AMAYUELAS, E. (Dir.), *El Trust en...*, ob. Cit., pp. 203 y ss.

⁸²⁶ El texto está fechado el 28-9-2006 y fue realizado por un grupo de trabajo *ad hoc* constituido por Resolución del *Conseller de Justícia* de 29-6-2006.

⁸²⁷ ARROYO i AMAYUELAS, E., “La regulación quebequesa del trust”, en *La Notaría*, Núm. 11/2001, Noviembre 2001. Id. vLex: VLEX-242007.

⁸²⁸ NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., p. 912

LMH⁸²⁹), las cuales forman un patrimonio separado de la entidad emisora, de la sociedad gestora y de los bonistas. Esta asunción de responsabilidad “*se adecua perfectamente al esquema del art. 1911 CC, donde se adivina que lo que realmente responde por las deudas contraídas con cualquier acreedor es siempre un patrimonio, no la persona del deudor*”, y es que “*lo importante para un acreedor es la existencia de un patrimonio que responda por su crédito*”⁸³⁰. Esta opción conlleva una cierta personificación del fondo⁸³¹.

1.4.2. La competencia de la UE en relación al *trust*

El primer aspecto a analizar es si la UE tendría **competencia** para regular la institución del *trust*. La respuesta es afirmativa desde el momento en el que cualquier persona, física o jurídica, podría transmitir determinados bienes (muebles o inmuebles) a terceras personas situadas en cualquier Estado miembro para la consecución de una determinada finalidad. Los posibles usos del *trust* podrían ser variados. Así, en el derecho angloamericano puede cumplir finalidades familiares, sucesorias, comerciales o con fines no lucrativos⁸³². La creación de un *trust* en base a estos usos redundaría en beneficio de las libertades comunitarias (la libre circulación de mercancías y capitales, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento) y, por lo tanto, ayudaría a alcanzar un mercado interior⁸³³. Además, sería de gran utilidad la posible creación de un *eurotrust* que permitiera llevar a cabo de forma eficiente estructuras de refinanciación hipotecaria en base a un derecho real de garantía común a toda Europa, como la eurohipoteca⁸³⁴.

1.4.3. La estructura del *trust*

Las principales dificultades para implementar el *trust* angloamericano y que hacen inviable su transposición a los sistemas de derecho civil son las

⁸²⁹ BOE 15 abril 1981, núm. 90, [pág. 8148]. Ver al respecto *infra*. Epígrafe 4.3.3.1.

⁸³⁰ NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., p. 913.

⁸³¹ NASARRE AZNAR, S. y RIVAS NIETO, E., ob. Cit., p. 89.

⁸³² Ver CÁMARA LAPUENTE, S., “El trust y...”, ob. Cit., pp. 1114 y ss.

⁸³³ En el mismo sentido CÁMARA LAPUENTE, S., “El trust y...”, ob. Cit., p. 1105. El *trust* cumpliría con el principio de subsidiariedad. En cuanto al principio de proporcionalidad, vid. *infra*. Apartado IV.

⁸³⁴ Vid. *infra*. Capítulo 4º, epígrafe 4.2.

siguientes⁸³⁵:

a) La doble propiedad (legal y en equidad). Desde un punto de vista económico, es un hecho que la desdoblación de la propiedad angloamericana y la asignación con sendos derechos de propiedad al fiduciario y al beneficiario es la alternativa más eficiente de asignación de recursos⁸³⁶, pero ello no significa que no pueda alcanzarse *mutatis mutandi* un resultado más o menos equivalente en los sistemas de derecho civil. Tenemos tres posibilidades:

1) Que la condición de propietario recaiga sobre el fiduciario (o el beneficiario), quedando los beneficiarios con un derecho a real o personal frente al patrimonio fiduciario (es la estructura adoptada por los PETL, el DCFR y algunos Estados miembros).

2) Adoptar el modelo quebequés o del Anteproyecto catalán de patrimonio de afectación, donde los bienes fideicomitidos forman un fondo que no tiene personalidad jurídica, del cual el fiduciario es un administrador con facultades dominicales.

3) La tercera opción es que el fondo esté en cierto modo personificado como sujeto de derechos y obligaciones, administrado por un fiduciario.

Uno de los principios dogmáticos presentes en los sistemas de derecho civil es la imposibilidad de que una persona pueda tener dos patrimonios sin interferencias recíprocas entre ellos: el suyo propio y el patrimonio fiduciario. Es la estructura adoptada por los PETL y una de las características sobre las que pivota cualquier *trust*: el aislamiento del patrimonio fiduciario de las acciones de terceros acreedores. La concepción unitaria del patrimonio nació en Francia a raíz del Código de Napoleón y fue debatida por la doctrina pandectística alemana. Actualmente ya existen excepciones a este principio en España y como hemos constatado en otros países, como Francia, con lo que la cuestión

⁸³⁵ BANAKAS, Stathis, "Understanding Trusts: A Comparative View of Property Rights in Europe", en *Indret*, 1/2006, pp. 4 y ss. Disponible en <http://www.indret.com/es/> (consultado el día 1 de mayo de 2010); ver también GRAZIADEI, Michele, MATTEI, Ugo y SMITH, Lionel (Eds.), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 17 y ss.

⁸³⁶ Ver en este sentido GRAZIADEI, M., MATTEI, U. y SMITH, L. (Eds.), ob. Cit.: "It must be recognised, however, that from an economic perspective, such a division of labour is efficient. By granting proprietary protection to the beneficiary the law reduces agency costs. By granting proprietary powers to the trustee the law facilitates transfers to more efficient uses", p. 41.

se centra en determinar si debe existir o no un titular más que poner en duda este principio⁸³⁷.

En nuestra opinión, una armonización del *trust* a nivel europeo debería tener su base en las dos últimas opciones apuntadas. La razón es que el *trust* cumpliría en un contexto europeo básicamente una **utilidad financiera** tal y como sucede en Inglaterra (p. e. a través de un *eurotrust*), y desde este punto de vista la creación de patrimonios sin personalidad es más flexible que asignando la propiedad a algunos de los participantes en el *trust*⁸³⁸. Sin embargo, si partimos de la base de un sistema unititular en un sistema de propiedad europeo⁸³⁹, este esquema podría exigir que a una de las partes intervinientes en el *trust* se le asignase el rol de propietario.

Por lo tanto, en una primera fase podría regularse que los bienes fideicomitidos formasen parte de un patrimonio separado del fiduciario, y en una segunda fase se podría prescindir de la titularidad del fiduciario. No obstante, lo verdaderamente importante con independencia del modelo que finalmente fuera adoptado es el aislamiento del patrimonio fiduciario de las acciones de terceros acreedores, tanto del fiduciante como del fiduciario.

⁸³⁷ Francia supera este dogma en la nueva regulación y en España existen casos de patrimonios autónomos sin personalidad jurídica (p. e. herencia yacente o fondos de titulización hipotecaria) y patrimonios separados como la aceptación a beneficio de inventario en el Derecho catalán. Ver en cuanto la concepción unitaria del patrimonio y el derecho español ARROYO i AMAYUELAS, E., “Los patrimonios financieros y el trust”, en *RCDI*, Núm. 693, Enero-Febrero 2006. Id. vLex: VLEX-330004.

⁸³⁸ En este sentido la doctrina destaca que “si hacemos que la propiedad de los bienes dados en fiducia sea del fiduciario, estamos haciendo de la titularidad de los bienes por parte del fiduciario un elemento esencial, requisito *sine qua non*, sin el que la fiducia no puede existir. De hecho, la traslación del dominio de los bienes al fiduciario será el momento de la perfección del contrato de fiducia (art. 609.2 CC). De manera que éste no podrá enajenar dichos bienes sin destruir la fiducia [...] Pero cuando interese (p. ej. en las fiducias de inversión colectiva o en las fiducias tituladoras) que la titularidad de los bienes, mejor dicho, la cotitularidad de los bienes, pase a los beneficiarios, el fiduciario dejará de serlo (ha perdido la propiedad fiduciaria de los bienes y, por lo tanto, ya no tiene ningún título que lo legitime a gestionarlos”; un patrimonio que no tuviera ningún propietario permitiría que “si el fiduciario quiere distribuir una multitud de certificados de cotitularidad sobre el fondo (p. ej. fiducia de inversión) podrá hacerlo sin poner en peligro la existencia de la estructura fiduciaria”, ver NASARRE AZNAR, S. y RIVAS NIETO, E., “Patrimonios financieros...”, ob. Cit., pp. 88 y 89. El patrimonio sin titular otorgaría beneficios en sede de titulización: “(e) But accepting that the trust is the owner of itself, mortgage securitisation structures (ownership and debt) may be done quietly in civil law jurisdictions: in the pass-throughs, the trustee (as manager and consicnt of the trust) may sell pieces or percentages of the pool to the investors, who will be co-owners of the trust. In the debt system, the SPV would issue securities that represent a debt to the pool and appoint a fiduciary to hold a charge on the pool for the benefit of the investors, who will be the beneficiaries and the (secured) creditors of the pool”, ver NASARRE AZNAR, S., *Securitisation & mortgage...*, ob. Cit., pp. 98 y 99.

⁸³⁹ Vid. *infra*. Epígrafe 1.5.

b) El principio de **publicidad**. La cualidad de propietario del fiduciario se debería poder inscribir en el Registro de la Propiedad (o en un posible eurorregistro)⁸⁴⁰ en el caso de bienes inmuebles y debería detallarse su afección al *trust*. Este requisito plantea problemas en los Estados miembros. Así, toda inscripción en el Registro de la Propiedad español debe contener “*la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción*” (art. 9.4 LH), mientras que el art. 11 RH dispone que “*no serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica*”. El Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario⁸⁴¹, introdujo 3 apartados más al art. 11 que modifican esta regla general⁸⁴². Sin embargo, estos apartados fueron declarados nulos⁸⁴³. En cuanto a los bienes muebles, también podría crearse un registro de propiedades fiduciarias. En ambos casos, debido al ámbito específico de armonización, sería conveniente regular quién puede tener la condición de fiduciario, p. e. en el ámbito de la eurohipoteca sería deseable que el fiduciario fuera en un primer estadio una entidad de crédito⁸⁴⁴.

c) El papel de la equidad. En este apartado tiene importancia el **tracing** angloamericano. Esta acción corresponde al beneficiario de un *trust* cuando el *trustee*, en contra de las disposiciones pactadas, enajena los bienes a un tercero que desconoce o no ha podido conocer la existencia del *trust*. Los derechos del beneficiario se encuentran protegidos ante esta actuación del

⁸⁴⁰ Vid. *infra*. Apartado III, epígrafe 2.3.1.

⁸⁴¹ BOE 29 septiembre 1998, núm. 233, [pág. 32416].

⁸⁴² “Los bienes inmuebles y derechos reales de las uniones temporales de empresas serán inscribibles en el Registro de la Propiedad siempre que se acredite, conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886), la composición de las mismas y el régimen de administración y disposición sobre tales bienes, practicándose la inscripción a favor de los socios o miembros que las integran con sujeción al régimen de administración y disposición antes referido. Podrán inscribirse cesiones y adjudicaciones de bienes inmuebles y derechos reales a favor de las comisiones de acreedores, sin necesidad de expresar su composición, acordadas en convenios que pongan fin a suspensiones de pagos, concursos o quiebras, identificándose en el asiento el auto judicial de homologación del convenio. Tales inscripciones no serán oponibles a los acreedores que acrediten haber ejercitado su derecho de abstención mediante certificación judicial. Serán susceptibles de inscripción los bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a fondos, sean fondos de pensiones, de inversión interior o exterior, de titulización hipotecaria, o de titulización de activos. El acta de inscripción se practicará a favor de dichos fondos como bienes del patrimonio de los mismos. También podrán practicarse anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal”.

⁸⁴³ Vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 6.3.

⁸⁴⁴ Vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 6.3.

fiduciario a través de la creación de un *constructive trust*: el tercer adquirente de mala fe o a título gratuito deberá actuar sobre los bienes como si fuera un nuevo *trustee*⁸⁴⁵. Si el tercer adquirente lo es de buena fe, el derecho del beneficiario se proyectará entonces sobre la cosa que el fiduciario ha recibido a cambio por la venta de los bienes del patrimonio fiduciario⁸⁴⁶. La protección adecuada de los beneficiarios es importante para el éxito de una armonización del *trust*. Esta finalidad podría alcanzarse adoptando el modelo previsto en los PETL, es decir, otorgando derechos reales a los beneficiarios que les permitan perseguir los bienes indebidamente administrados por el fiduciario (por el contrario, la solución del Anteproyecto catalán es que los beneficiarios tienen un *interés protegible*, que equivale a un derecho personal, art. 514-9)⁸⁴⁷. El DCFR prevé que la transferencia de un bien por el *trustee* incumpliendo la finalidad del *trust* sólo puede ser revocada en dos situaciones (art. X.-10:401 DCFR): a) cuando sea gratuito; o b) cuando el adquirente conozca o razonablemente hubiera podido conocer que la transmisión ha tenido lugar de un *trustee*. La constancia registral del derecho real del beneficiario podría facilitar la oponibilidad de su derecho a terceros adquirentes, además de impedir la inscripción de derechos contradictorios de terceros⁸⁴⁸. En el caso de que el tercer adquirente sea de buena fe, una solución sería acudir al mecanismo de la subrogación real, ya que las *tracing rules* no son ajenas a los mecanismos presentes en los sistemas de derecho civil. Así, en el Derecho catalán el derecho real “*subsiste en los casos de subrogación real sobre otros bienes, sobre determinadas indemnizaciones derivadas de seguros o de expropiación forzosa o sobre otras indemnizaciones análogas*” (art. 532-2.3.3 CCC). El principio de subrogación real está presente p. e. en la prenda (art. 569-18 CCC)⁸⁴⁹ o en el usufructo (arts. 561-16.1.d) y e) CCC)⁸⁵⁰ y es un

⁸⁴⁵ CÁMARA LAPUENTE, S., ob. Cit., p. 1134.

⁸⁴⁶ BARRADA ORELLANA, R., “La responsabilidad del *trustee* en el *trust* inglés. En particular, las llamadas *tracing rules*”, en NASARRE AZNAR, S. y GARRIDO MELERO, M., ob. Cit., pp. 88 y 89.

⁸⁴⁷ De acuerdo con ARROYO i AMAYUELAS, E., “¿Por qué el *trust* en Catalunya?”, en NASARRE AZNAR, S. y GARRIDO MELERO, M., ob. Cit., pp. 742 y 743.

⁸⁴⁸ De acuerdo con PAU PEDRÓN, A. “El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral”, en NASARRE AZNAR, S. y GARRIDO MELERO, M., ob. Cit., p. 684.

⁸⁴⁹ “La garantía, si el objeto de la prenda es un derecho de crédito y éste se paga antes de que venza el crédito garantizado por la prenda, recae sobre el objeto recibido como consecuencia del pago”.

principio “*inherent to the administration of patrimonios*”⁸⁵¹.

1.5. Conclusiones

I. La propiedad unititular en los sistemas civilistas ha evolucionado admitiendo excepciones a este carácter, como sucede con todas las fiducias y parafiducias o criptofiducias. Asimismo, el carácter plurititular que ha caracterizado al Derecho inglés desde la época medieval ha ido aproximándose hacia un carácter unititular en los derechos reales inmobiliarios, especialmente desde la LRA de 2002. Por lo tanto, tanto el sistema feudal inglés como el previsto en la *personal property* guardan en la actualidad relevantes similitudes con el sistema civilista. El Registro de la Propiedad ha provocado en el Derecho inmobiliario inglés un profundo cambio de concepción, que se concreta en los siguientes elementos:

a) La posesión ha sido hasta la LRA de 2002 el epicentro sobre el que se ha asentado el *estate*, al menos en la propiedad aún no registrada. Su entrada en vigor ha desplazado a la posesión para identificar el título que une a la persona con la propiedad inmueble, de manera que el título es ahora la inscripción registral. El declive de la posesión y del título que origina (*relative title*) supone un auge del carácter absoluto del *freehold*.

b) Unida a la relativa importancia actual del *relative title* en la tierra se da la circunstancia de que se han reducido, a su vez, las posibilidades de fragmentación de la propiedad, p. e. mediante la creación de *fee tails* o *for life*. El nuevo Registro de la Propiedad inglés, paradójicamente, juega en contra de su sistema ancestral de pluritítulos al reducir las posibilidades de fragmentación de la propiedad, acercándose en consecuencia a un sistema unititular⁸⁵².

⁸⁵⁰ Para ver casos de subrogación en el Derecho catalán con anterioridad al CCC, ver BARRADA ORELLANA, R., “La responsabilidad...”, ob. Cit., p. 91.

⁸⁵¹ ARROYO i AMAYUELAS, E., “¿Por qué el trust...”, ob. Cit., p. 584. Este principio también regiría los patrimonios fiduciarios regulados por el Anteproyecto catalán.

⁸⁵² “Land registration is, generally, inimical to fragmentation. That is not to say that it prevents it – neither this nor any of the factors is allowed to shape ownership by itself. But the existence of a system of land registration (whether of deeds or title) tends to make fragmentation less easy. Registration is, ideally, supposed to be the mirror of ownership [...] The Land Registration Act 2002 may be particularly dramatic of the tendency of a registration system to work against fragmentation. I would like to suggest that, while the common law at present is an active, multititular system, the Land Registration Act 2002 makes it a conservative, unititular one”, ver COOKE, E., “The Land Registration Act 2002 and the nature of ownership”, en HUDSON, Alastair (Ed.), *New perspectives on property law, obligations and restitution*, Cavendish

c) El hecho de que el *freehold* tenga un carácter absoluto y que la doctrina del *relative title* se aplique fuera del Registro de la Propiedad permiten pensar en el Derecho inglés en un concepto asimilable al de propietario (inscrito) diferente del poseedor, cuya posesión equivale a título como sucede en algunos sistemas civilistas en la adquisición de buena fe de bienes muebles. Además, en estos países la posesión también está defendida contra cualquier intromisión o sustracción ilegítima⁸⁵³.

d) La titularidad de la Corona sobre los inmuebles ingleses encuentra cada vez mayores excepciones, como la conversión de la *demesne land* en *freehold* y la posibilidad de evitar la reversión directa del *freehold* sin heredero a la Corona, gracias a que la s. 82 LRA de 2002 que permite que el *freehold* permanezca en el Registro de la Propiedad, de tal forma que la Corona no tiene que crear un nuevo *estate* en favor de un nuevo titular.

En cuanto a los derechos reales sobre bienes muebles, la estructura propiedad/posesión se identifica con mayor claridad que en los bienes inmuebles. La posibilidad de dissociar la propiedad de la posesión se consigue a través del *bailment*, que crea en la mayoría de ocasiones derechos personales salvo aquéllos que persigan funciones de garantía, como la prenda.

Por lo tanto, una convergencia europea en materia de derechos reales (tanto sobre bienes muebles como inmuebles) podría partir de la adopción de un sistema en el que la relación con la propiedad tenga su origen en un único título y no pudiera ser fragmentada. Ello no significa, empero, que no deban admitirse excepciones, ya que éstas ya existen en los ordenamientos de derecho civil, p. e. en las instituciones fiduciarias o parafiduciarias.

II. La institución del *trust* otorgaría la flexibilidad necesaria a este sistema unititular, combinando la mayor simplicidad del sistema unititular civilista con la flexibilidad del *trust* angloamericano. Su importancia queda demostrada por su papel fundamental en la realización de negocios a nivel internacional como la sindicación sobrevenida, la titulización o la cesión masiva de valores hipotecarios de carácter transfronterizo que se explican en el capítulo 5^{o854}. Es

Publishing Limited, London, 2004, pp. 120 y 121. Ver también pp. 123 y ss. en cuanto a la relación entre sistema de títulos, propiedad y sistema registral.

⁸⁵³ Vid. *infra*. Apartado II, epígrafe 3.5.

⁸⁵⁴ Vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 4.3.

discutible cual sería el mejor modelo en una armonización europea, aunque el modelo en el cual el fiduciario es propietario de los bienes fideicomitidos sin que se confundan con su bienes propios es el que más respetaría los principios del derecho de propiedad presentes en los Estados miembros. No obstante, la introducción del *trust* podría tener lugar satisfactoriamente en un primer momento adoptando la estructura de un patrimonio separado, para posteriormente regularse el *trust* como un patrimonio sin un titular, estructura esencial para llevar a cabo de forma eficiente operaciones financieras como las fiducias con fines de titulización. Con independencia del modelo que se escoja, los bienes del *trust* deberían quedar aislados de las acciones de terceros (con excepción, naturalmente, de los que contraten directamente con el patrimonio fiduciario), y los beneficiarios deberían tener derechos reales que permitieran perseguir los bienes en caso de su enajenación indebida por parte del fiduciario.

III. El análisis que hemos efectuado sobre los derechos en equidad presentes en el Derecho inglés avala parcialmente la posibilidad de que se integren, en una armonización europea, en un único cuerpo normativo, sin distinción entre derechos legales o en equidad: a) los *equitable interest* sobre la tierra se han visto reducidos desde la LRA de 2002. A parte de la institución del *trust*, los *overriding interests* deberían reducirse a supuestos muy determinados, siguiendo los postulados del Libro Blanco del Mercado Hipotecario de diciembre de 2007⁸⁵⁵. El resto de posibles derechos en equidad sobre la tierra podrían verse refrendados en el listado de acciones disponibles para los particulares como p. e. la extinción del gravamen que grava una finca en lugar de la *equity of redemption*⁸⁵⁶; b) los *equitable remedies* tienen su ámbito de aplicación principalmente en el derecho contractual. Por lo tanto, es en este ámbito donde debería actuarse para ofrecer a las partes las acciones oportunas y no el ámbito de los derechos reales. De hecho, los sistemas de derecho civil regulan estos *remedies* en sede contractual con un alcance similar al Derecho inglés en la mayoría de ocasiones (con la excepción p. e. del

⁸⁵⁵ En su página 10 anuncia que en 2008 realizará la siguiente recomendación, entre otras: “– exhortará a los Estados miembros a hacer más transparentes y fiables sus registros de la propiedad inmobiliaria, en particular por lo que atañe a los costes ocultos”.

⁸⁵⁶ Vid. *infra*. Epígrafe 3.1.3.

estoppel); y c) en cuanto a los bienes muebles, la equidad tiene una presencia más amplia en el derecho de propiedad, con lo que sólo podría armonizarse sustituyendo los derechos que crea por remedios contractuales de difícil asimilación en los sistemas de derecho civil. Así, por ejemplo, el derecho en equidad que nace cuando no se han seguido las formalidades previstas no daría lugar al nacimiento del derecho en los sistemas de derecho civil, aunque podría regularse una acción para exigir el cumplimiento de dicha formalidad; y en cuanto a los *equitable liens*, que nacen por efecto de la ley por ejemplo si un adquirente no desembolsa el dinero para la adquisición de una propiedad, en lugar de crear un *proprietary interest* en favor del vendedor el derecho en equidad podría asimilarse a una acción contractual similar al cumplimiento forzoso (*specific performance*).

2. El contenido de la propiedad y de la posesión en una armonización europea

En el apartado anterior hemos visto como una armonización de los derechos reales podría partir de un modelo unititular corregido, flexibilizado, lo que significa que el epicentro de esta regulación estaría en el **derecho de propiedad**. Por lo tanto, es necesario determinar el posible contenido de este derecho en una armonización europea, así como el posible rol de la posesión y la propiedad horizontal y sus características principales. Para ello tomaremos como punto de partida los textos europeos e internacionales y la regulación de la propiedad en los distintos Estados miembros.

2.1. La Convención Europea de Derechos Humanos

En primer lugar, es preciso ver si puede resultar útil en una futura armonización la definición del **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales** de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH)⁸⁵⁷. El nacimiento de este texto respondió a unos cánones diferentes de los actuales. El concepto de propiedad se configuraba después de la Segunda Guerra Mundial como una ideología en contraposición

⁸⁵⁷ BOE 10 octubre 1979, núm. 243, [pág. 23564].

al comunismo, y su regulación fue objeto de muchas controversias. Por este motivo, la propiedad se recogió en un protocolo posterior separado del texto de la Convención⁸⁵⁸. Este contexto histórico también influyó en la regulación de los regímenes de propiedad en el TCEE⁸⁵⁹.

El art. 1 del Protocolo de la CEDH define la propiedad en los siguientes términos:

“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”

Por lo tanto, el CEDH recoge la protección del derecho de propiedad de los bienes. En la versión original no se utiliza el concepto de propiedad sino el de *possessions*⁸⁶⁰, aunque también se podía llegar a la misma conclusión porque en el contexto su significado se asemeja a las propiedades o a aquellos bienes que la persona tiene en propiedad. De hecho, la propiedad es lo que resulta garantizado por este precepto según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)⁸⁶¹.

⁸⁵⁸ Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. París, 20 de marzo de 1952. BOE núm. 11, 12 de enero de 1991. Ver esta evolución en ALLEN, Tom, “The autonomous meaning of ‘Possession’ under the ECHR”, en COOKE, E., ob. Cit., Vol. II, 2003, pp. 17 y ss.

⁸⁵⁹ Vid. *supra*. Capítulo 2º, epígrafe 1.3.2.

⁸⁶⁰ “Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties”.

⁸⁶¹ En Sentencia de 13 de junio de 1979 [TEDH 1979\29], Caso Marckx contra Bélgica, el TEDH se pronunciaba en ese sentido: “Proclamando el derecho de cada uno al disfrute pacífico de sus bienes, el artículo 1 está sustancialmente garantizando el derecho de propiedad. Ello se deduce claramente de expresiones tales como “disfrute de sus bienes” o “ejercicio del derecho de propiedad”. Los trabajos preparatorios, por su parte, lo confirman definitivamente: los redactores del proyecto se referían constantemente al “derecho de propiedad” o al “derecho a la propiedad” para describir la materia de los borradores que constituyeron la base del actual artículo 1. En definitiva, el derecho a disponer de los propios bienes constituye un, aspecto fundamental del derecho de propiedad” (Sentencia Handyside de 7 diciembre 1976 [TEDH 1976, 6] serie A, núm. 24, pg. 29, ap. 62). Apartado 63.

El precepto se divide en tres partes claramente diferenciadas: a) la primera frase tiene un carácter general, enunciando el principio del respeto a la propiedad; b) la segunda trata de la privación de propiedad y la somete a ciertas condiciones, p. e. en caso de expropiación tiene que existir el pago de una suma razonable y proporcionada⁸⁶²; y c) la tercera reconoce a los Estados contratantes la facultad de reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general, siempre que exista una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Las dos últimas normas deben interpretarse a la luz del principio general consagrado por la primera (por todas, STEDH de 30 de agosto de 2007⁸⁶³).

La STEDH de 25 de marzo de 1999⁸⁶⁴ dejó claro que el art. 1.1 del Protocolo “*no se limita en absoluto a la propiedad de bienes corporales; algunos otros derechos e intereses que constituyen activos pueden también pasar como «derechos de propiedad» y como «bienes» con los fines de esta disposición*”. De esta manera, las SSTEDH de 13 de noviembre⁸⁶⁵ y 30 de agosto de 2007 especificaron que la noción de bienes engloba “*tanto los «bienes actuales» como los valores patrimoniales, inclusive, en ciertas situaciones bien definidas, las reclamaciones*”. Entre los valores patrimoniales se incluyen los créditos, en virtud de los cuales el demandante puede pretender tener al menos una “*expectativa legítima de obtener el disfrute efectivo de un derecho de propiedad*”. Las resoluciones de 22 de septiembre de 2005 y 27 de mayo de 2004⁸⁶⁶ aclararon que “*un «crédito» puede constituir un «bien» con la*

⁸⁶² La misma previsión encontramos en la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 (BOE 17 diciembre 1954, núm. 351, [pág. 8261]). Esta Ley exige la expropiación por causa de utilidad pública o interés social (art. 1), y la Administración expropiante ha de indemnizar al expropiado con un precio justo de acuerdo con las reglas previstas en los arts. 24 y ss.

⁸⁶³ JUR 2007\252568. Caso J.A. Pye (Oxford) Ltd y J.A. Pye (Oxford) Land Ltd contra Reino Unido. En esta última Sentencia se volvió a resolver el conflicto entre unos campesinos que adquirieron la finca gracias a la LA de 1980 y las sociedades demandantes, que alegaban que existía una privación de bienes sin una indemnización justa. La Sección 4ª del TEDH en Sentencia de 15 de noviembre de 2005 [TEDH 2005\126], dio la razón a los demandantes al entender que no era una medida proporcionada porque no existía ningún tipo de compensación para los propietarios por la pérdida de la propiedad de la finca (apartado 75). En otras palabras, la usucapción en base a LA de 1980 sin una compensación justa vulneraba el derecho a la propiedad recogido en la ECHR. No obstante, la Sala Plenaria del TEDH finalmente dio la razón a los usucapientes (apartado 79).

⁸⁶⁴ TEDH 1999\13. Caso Iatridis contra Grecia.

⁸⁶⁵ TEDH 2007\79. Caso Ramadhi y otros 5 contra Albania. Apartado 67.

⁸⁶⁶ TEDH 2005\98. Caso Mavroudis contra Grecia. Apartado 42, y JUR 2004\185244. Caso Metaxas contra Grecia. Apartado 29.

condición de que esté suficientemente probado para ser exigible”, siempre y cuando esté constatado por una decisión judicial con fuerza de cosa juzgada (SSTEDH de 17 de mayo de 2004 y de 9 de diciembre de 1994)⁸⁶⁷.

La jurisprudencia ha sido la encargada de ir perfilando el alcance y significado de la propiedad previsto en la CEDH. El principal motivo es que cada Estado miembro tiene su propia concepción de tales términos, con lo que el TEDH tuvo que elaborar un significado propio. El alcance del derecho de propiedad excede de lo previsto para los sistemas de derecho civil o para el derecho angloamericano, siendo indiferente su forma de creación y si puede asimilarse o no a otro derecho real del Estado miembro afectado. De esta manera, se incluyen de forma general los derechos de propiedad ya recaigan sobre cosas corporales o incorpóreas, muebles o inmuebles, así como los derechos de la propiedad intelectual e incluso los derechos nacidos de una relación contractual⁸⁶⁸.

Una convergencia europea no debería adoptar como modelo la definición de *property* de la CEDH ya que su significado es demasiado amplio al abarcar p. e. los derechos de crédito, lo que no casa con la necesidad de separar los derechos de naturaleza obligacional de los derechos de propiedad⁸⁶⁹.

2.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE

El art. 6.2 del antiguo TCE establecía que se respetarían como principios

⁸⁶⁷ JUR 2004\164119. Caso Hourmidis contra Grecia. Apartado 24; y TEDH 1994\47. Refinerías Griegas Stran y Stratis Andreadis contra Grecia. Apartados 58 a 62.

⁸⁶⁸ Ver la opinión de RIZA ÇOBAN, Ali, *Protection of property rights within the european convention on human rights*, Ashgate, 2004: “There is no common concept of property in Europe which the Convention organs could rely on to determine the scope of protection provided by P1-1. Therefore, there has been a need to interpret the concept of property autonomously, so the Court and the Comission have interpreted the concept of possession autonomously and they have adopted an expansive definition which is not confined to traditional concept- *rights in rem*, but comprises all vested or acquired pecuniary interests arising from both private and public law relations”, p. 161. En general, ver pp. 144 y ss. En el mismo sentido ALLEN, Tom, *Property and the human rights Act 1998*, Hart Publishing, Oxford, 2005: “No constitutional or human rights instrument can guarantee a right to property that is both absolute and extensive. Either the right must be hemmed in by limitations and exceptions or it must be very narrowly drawn. As chapter 2 shows, Article 1 of Protocol No 1 (P1(1) is not narrowly drawn: it can apply to void ‘contracts’, social welfare entitlements, indirect and de facto interferences, and it even extends to the positive obligation to protect property against others”, p. 101.

⁸⁶⁹ Vid. *infra*. Apartado III, epígrafe 3.1.

generales del Derecho comunitario los derechos fundamentales garantizados en la CEDH, tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. La UE dio un paso adelante en la protección de los derechos fundamentales mediante la aprobación de la **Carta de Derechos Fundamentales**, cuyo texto se aprobó en Niza en el año 2000 y recoge los derechos civiles, económicos y sociales de cualquier ciudadano de la UE. El derecho de propiedad se regula en el art. 17:

“1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general. 2. Se protege la propiedad intelectual”.

El contenido del derecho de propiedad coincide sustancialmente con el que preveía el art. II-77 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004. Además, se recogen los casos de privación de la propiedad por utilidad pública (expropiación) de forma similar al CEDH. La última alusión al interés general podemos entenderla realizada a la función social de la propiedad. En este sentido, el TJCE en sentencia de 12 de julio de 2005 entendió que la propiedad y el libre ejercicio de una actividad profesional forman parte de los principios generales del derecho comunitario, pero no constituyen una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función social, siempre y cuando se persigan intereses propios de la UE. En el mismo sentido se ha pronunciado otras resoluciones, siempre en el marco de una organización común de mercados⁸⁷⁰.

Una armonización europea debería tener en cuenta el contenido de esta carta. Su carácter no vinculante se ha visto modificado en el Tratado de Lisboa,

⁸⁷⁰ En la STJCE de 11 de julio de 1989 [TJCE 1990\16] (Caso Hermann Schröder HS Krafftuter GmbH and Co. contra Hauptzollamt Gronau), se discutía por parte del Sr. Schröder el abono de una tasa de corresponsabilidad por el exceso de producción de cereales, que alegada que constituía una vulneración de la propiedad y de la libertad económica. Ver también las STJCE de 30 de junio de 2005 [TJCE 2005\201]. Caso Alessandrini Srl y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas; de 14 de diciembre de 2004 [TJCE 2004\365]. Caso Swedish Match AB y otros contra Secretary of State for Health; y la STPI de las Comunidades Europeas de 14 de julio de 1998 [TJCE 1998\170]. Caso Alfred Hauer contra Consejo de la Unión Europea y otros.

pasando a ser un Tratado más de la UE (art. 6 TUE). De esta manera, la Carta ha adquirido efectos jurídicos vinculantes para cualquier Estado miembro y puede ser alegada por los particulares⁸⁷¹. En general, la Carta tiene un claro valor constitucional pero afecta directamente a materias de Derecho privado, lo que unido a su *horizontal exercise*, es decir, a la posibilidad de su alegación entre particulares y no únicamente ante los propios Estados, provoca que en el futuro pueda ser uno de los pilares del Derecho privado europeo⁸⁷².

2.3. La doctrina inglesa

El punto de partida en la doctrina inglesa es BLACKSTONE, que definió la propiedad en el siglo XVIII como aquél “*sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe*”⁸⁷³. Esta definición dejaba atrás la concepción iusnaturalista de la propiedad que había adoptado Aristóteles, para el cual la propiedad era inherente a toda persona y otorgaba el derecho a excluir a terceros, y la concepción utilitarista de Locke, que defendía que Dios había creado la Tierra para el conjunto de los hombres, y que sólo la propiedad de un bien podía individualizarse cuando la persona la cultivaba o

⁸⁷¹ “Art. 6.1: La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

⁸⁷² Así se posicionaba ALPA, G., “European Private Law: Results, Projects and Hopes”, en *European Business Law Review*, Nº 14, 2003: “European Private Law is furthermore touched by another episode, which occurs on the plane of public law, but interferes with the evolution of private law: the approval of the Charter of Fundamental Rights and its relationship with the Convention (or constitution or constitutional treaty) which is currently being drafted. Because it contains provisions that relate to private law, the Charter – whether it autonomously acquires legal value, or if it is merged into the Convention – must be considered as another pillar of European Private Law”, p. 383. Ver también p. 386. Actualmente, una vez abandonada la Constitución Europea, la Carta se encuentra recogida en el Tratado de Lisboa. Sin lugar a dudas, esta nueva situación implicará que los derechos fundamentales se proyecten sobre el derecho privado y afecten también a la interpretación de las libertades comunitarias, aunque habrá que articular los mecanismos necesarios para conjugar ambos marcos normativos, que deberá alcanzarse “by balancing them against each other by the legislator within the private law legislation or by the courts within the framework of the general clauses. Accordingly, the development of the EU legal order of values based on EC freedoms and EU fundamental rights can give a new dimension to the constitutionalization of the national private law of the Member States leading to its European constitutionalization”, ver CHEREDNYCHENKO, Olha, “EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law”, en *ERPL*, Nº 1, 2006, p. 60.

⁸⁷³ BLACKSTONE, W., ob. Cit., p. 708.

trabajaba con sus manos⁸⁷⁴. BLACKSTONE buscaba definir el contenido de la propiedad en lugar de justificar su existencia. En la misma línea conceptualista que BLACKSTONE se situaba HONORÉ, en virtud del cual la propiedad es “*the greatest possible interest in a thing which a mature system of law recognizes*”. Este autor, a diferencia de BLACKSTONE, atribuía a la propiedad hasta once elementos propios, como el derecho a poseer, a usar y a administrar la cosa. Si un sistema no los reconociera, podríamos concluir que ese sistema desconoce el concepto de *ownership*. Este autor daba una visión del concepto de propiedad que desarrollaba la teoría formulada por HOHFELD apodada como “*bundle of rights*” o conjunto de derechos que pertenecen al propietario, pero no respecto a una cosa sino hacia otras personas⁸⁷⁵.

La teoría de HONORÉ ha sido criticada porque no llega a explicar concretamente que es la propiedad al reflejar únicamente su contenido de forma fotográfica. Este autor considera que junto a las facultades citadas existe una “*special relation to the property*”, lo que implica el derecho a excluir a los demás, pero “*these duties are not just a secondary `protection` of a pre-existing `right` but the very content of the property right itself*”⁸⁷⁶. Es decir, HONORÉ no daba una explicación sobre el origen de esta serie de facultades ni definía realmente qué podemos entender por *ownership*.

Otras teorías formuladas por la doctrina inglesa son las siguientes:

a) Por un lado, GRAY se centra en la facultad de exclusión para definir el derecho de propiedad (*excludability*), y establece que un recurso no puede ser objeto de propiedad si no es posible excluir a terceras personas desde un punto de vista físico, legal o moral. En este sentido, GRAY define cuando nos

⁸⁷⁴ Ver BELL, Abraham y PARCHOMOVSKY, Gideon, “What property is”. University of Pennsylvania Law School. Scholarship at Penn Law. 2004, Paper 9, p. 13. Disponible en: <http://lsr.nellco.org/upenn/wps/papers/9>.

⁸⁷⁵ HONORÉ, ob. Cit.: “Ownership comprises the right to possess, the right to use, the right to manage, the right to the income of the thing, the right to the capital, the right to security, the rights or incidents of transmissibility and absence of term, the prohibition of harmful use, liability to execution, and the incident of residuary: this makes eleven leading elements”, p. 113. Ver respecto al concepto de propiedad, p. 108.

⁸⁷⁶ De acuerdo con ELEFTHERIADIS, Pavlos, “The Analysis of Property Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 1996, pp. 38 y 39; y BRIGHT, S., ob. Cit.: “Rather than seeking to define the core of ownership, the approach has been more expansive, painting the picture of the owner having a large bundle of rights, so that taking any stick from this bundle is viewed as a taking of property. As a result, the bundle-of-rights approach provides at best a snapshot descriptive account of the rights, privileges, powers, and immunities that an owner has at any one point in time; it cannot provide a normative account of the concept of ownership itself”, p. 533.

encontramos ante la falta de exclusión en cada uno de estos estados, lo que implicaría que no podríamos hablar de un recurso susceptible de ser objeto del derecho de propiedad. La *physical non-excludability* aparece cuando no puede excluirse a terceros del acceso a los beneficios de un recurso (p. e. el aire o el mar); la *legal non-excludability* tiene lugar cuando el propietario no puede prevenir legalmente que un tercero acceda a ese recurso; y la *moral non-excludability* consiste en la existencia de una moral pública que provoca que determinados recursos sean intrínsecos a la existencia humana, lo que haría antisocial cualquier acto tendente a apartarlos del uso común, p. e. el uso del lenguaje⁸⁷⁷.

b) Por otro, PENNER entiende que la propiedad protege un uso exclusivo (*exclusive use*). Para este autor, la propiedad es una esfera protegida de la persona que no puede ser objeto de interferencias externas (p. e. daños), y que le permite realizar una serie de negocios jurídicos (principalmente, disponer de la cosa)⁸⁷⁸. En sus palabras: “*the right to property is a right to exclude others from things which is grounded by the interest we have in the use of things*”.

2.4. La doctrina continental

⁸⁷⁷ “There can indeed be little doubt that property thinking is deeply embedded in the human psyche. But despite its insinuating omnipresence in private law, the meaning of “property” remains strictly limited. It may be that the only positive content truly comprised within the “property” notion is that which delimits the range of resources in respect of which society will tolerate the claims of meum and tuum. Beyond the irreducible constraints imposed by the idea of excludability, “property” terminology is merely talk without substance—a filling of empty space with empty words”, GRAY, K., “Property in Thin Air”, en *Cambridge Law Journal*, N° 50, 1991, p. 306.

⁸⁷⁸ Su definición es la siguiente: “The right to property is the right to determine the use or disposition of an alienable thing in so far as that can be achieved or aided by others excluding themselves from it, and includes the right to abandon it, to share it, to license it to others (either exclusively or not), and to give it to other in its entirety”, p. 743; “The preceding has been intended as a (necessarily incomplete) vindication of the kind of definition of property offered in Part II, one which expressed the nature of property, or explained our concept of “property”, in terms of two kinds of criteria—the duty of non-interference which characterizes the objects of property right is, and a notion of “thinghood” which characterizes the objects of property which serves to mediate between an owner and his legal relation to all other who have that duty”, p. 817, ver PENNER, J., “Bundle of rights”, en *UCLA Law Review*, Vol. 43, 1996. Ver también su libro *The idea of property in law*, Oxford University Press, Oxford, 1996: “The essence of the exclusion thesis is that the duty in rem imposed on people generally is what provides the contours to the right. Any true right of an owner to exclude others must be understood to be an auxiliary right which enforces or protects the right to property. The right to property itself is the right that correlates to the duty in rem that all others have to exclude themselves from the property of others”, p. 71.

Capítulo 3º. Bases para una armonización de los derechos reales en Europa

Por su parte, un análisis conceptualista de la legislación y doctrina continentales apunta hacia un mismo contenido del derecho de propiedad. La **Tabla 3** resume las definiciones de este derecho en algunos países de la UE:

Estado M.	Definición de Propiedad
Francia Art. 544 <i>Code</i>	Le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.
Italia Art. 832 <i>Codi</i>	Il proprietario ha diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico.
España Art. 348 CC	La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.
Cataluña Art. 541-1 CCC	La propietat adquirida legalment atorga als titulars el dret a usar de forma plena els béns que en constitueixen l'objecte i a gaudir-ne i disposar-ne.
Alemania § 903 BGB	El propietario de una cosa, en tanto que no sea contrario a la ley o a los derechos de terceros, puede proceder con la cosa según su voluntad y excluir a otros de toda inestromisión en ella.
Suiza Art. 641 <i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch</i> (en adelante, ZGB ⁸⁷⁹)	Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen.
Austria § 354 <i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> (en adelante ABGB) ⁸⁸⁰	Als ein Recht betrachtet, ist Eigentum das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeden andern davon auszuschließen.
Bulgaria Art. 28 <i>Ownership Act</i> ⁸⁸¹	Property of natural and legal persons may be all belongings with the exception of those which under the Constitution of the Republic of Bulgaria are exclusive state property or, under this Act, are public, state or municipal possessions.
Rep. Checa § 123 Código Civil checo (en adelante, CCCh) ⁸⁸²	Within the limits of law, the owner shall be entitled to hold the subject of his ownership, use it, consume its proceeds and dispose of it.
Malta Art. 320 Código Civil maltés (en adelante, CCM) ⁸⁸³	Ownership is the right of enjoying and disposing of things in the most absolute manner, provided no use thereof is made which is prohibited by law.
Portugal Art. 1305 del Código Civil portugués (en adelante, CCP) ⁸⁸⁴	O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas.

⁸⁷⁹ Numéro RS. 210. Titre. *Code civil suisse du 10 décembre 1907. Entrée en vigueur.* 1^{er} janvier 1912. Source RO 24 245.

⁸⁸⁰ *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (JGS Nr. 946/1811).

⁸⁸¹ *Promulgated State Gazette* No. 92/16.11.1951.

⁸⁸² *Act of the Czech Republic* No. 40/1964, de 26 de febrero de 1964. Traducción disponible al inglés en: <http://www.janvalenta.cz/> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁸⁸³ Cap. 16. 11th February, 1870. Disponible en: <http://justice.gov.mt/> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁸⁸⁴ *Decreto-Lei* N° 47 344, de 25 de *Novembro* de 1966.

Parte I. Proceso y bases para la armonización de los derechos reales en Europa

Lituania Art. 4.37 Código Civil de Lituania (en adelante, CCL) ⁸⁸⁵	Ownership right is the right to manage, possess, use and dispose of a object of ownership right at one's volition, without violating the laws and the rights and interests of other persons.
Estonia § 68 <i>Asjaõigusseadus</i> (Law of Property Act, en adelante, LP) ⁸⁸⁶	Ownership is full legal control by a person over a thing. An owner has the right to possess, use and dispose of a thing, and to demand the prevention of violation of these rights and elimination of the consequences of violation from all other persons. The rights of an owner may only be restricted by law or the rights of other persons.
Hungría ss. 98, 99 y 112 Código Civil de Hungría (en adelante, CCH) ⁸⁸⁷	Section 98. An owner has the right of possession and is entitled to protect the possession. Section 99. An owner is entitled to use and to collect the proceeds from a thing; Section 112. An owner has the right to surrender the possession, use or usufruct of a thing to another person, to use it as security or encumber it in another way, and, furthermore, to transfer or abandon ownership.
Holanda Art. 1 Libro 5 BW	Ownership is the most comprehensive right that a persona can have in a thing. To the exclusion of everyvody else, the owner is free to use the thing, provided that its use does not breach the rights of others and that limitations based upon statutory and rules of unwritten law are observed.
Rumanía Arts. 480 y 481 <i>Codul civil</i> (en adelante, CCR) ⁸⁸⁸	480. Proprietatea este dreptul ce are cineva de a se bucura si dispune de un lucru in mod exclusiv si absolut, insa in limitele determinate de lege. 481. Nimeni nu poate fi silit a ceda proprietatea sa, afara numai pentru cauza de utilitate publica si primind o dreapta si prealabila despagubire.
Polonia Art. 140 del Código Civil ⁸⁸⁹	Der Eigentümer kann seine Sache in den durch Gesetze und nach den Prinzipien des gesellschaftliche Zusammenlebens bestimmten Grenzen unter Ausschluss anderer Personen nutzen und entsprechend der gesellschaftlich-wirtschaftliche Bestimmung seines Rechtes insbesondere die Früchte und andere Vorteile aus de Sache diehen und über die Sache verfügen.

El *Code* (junto con los códigos de Bélgica y Luxemburgo) definen la propiedad como “*le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*”. Al ser el primer código civil de la era codificadora, el resto de países de su influencia mantienen en mayor o menor medida su redactado pero suavizan este carácter absoluto de la propiedad. Así, el *Codi* y el CCP hacen referencia a usar el bien de un modo pleno y exclusivo, mientras que el CC o el CCC no utilizan los conceptos de exclusividad o de propiedad absoluta. A primera vista podría concluirse que estos cuatro ordenamientos califican el derecho de propiedad con diferentes grados, es decir, de mayor intensidad (propiedad absoluta en Francia y exclusividad en Italia y Portugal) a menor

⁸⁸⁵ Ley VIII-1864. 07.18.2000 *Legal act adopted by - Seimas of the Republic of Lithuania*. Disponible en <http://www3.lrs.lt/> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁸⁸⁶ RT I 1993, 39, 590; *consolidated text* RT I 1999, 44, 509). Disponible en <http://www.legaltext.ee/endaefault.htm> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁸⁸⁷ Act IV of 1959. *On the Civil Code of the Republic of Hungary*. Disponible en <http://www.civil.info.hu/modules/Events> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁸⁸⁸ *Codul civil român*. Dec. 1, 1865. Disponible en <http://legal.dntis.ro/> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

⁸⁸⁹ FRANK, Susanne y WACHTER, Thomas (Hrsg.), *Handbuch Immobilienrecht in Europa. Zivil- und steuerrechtliche Aspekte des Erwerbs, der Veräußerung und der Vererbung von Immobilien*, Recht in der Praxis, C.F. Müller RWS, 2004, p. 947.

(derecho a usar y disponer, España y Cataluña). Pero lo cierto es que la idea que subyace en todos ellos es la idea de la exclusividad y oponibilidad del derecho de propiedad, lo que permite a su propietario ejercer las acciones pertinentes para su protección y defensa. Este rasgo sólo se recoge en las definiciones de propiedad de los Derechos portugués e italiano, pero es un elemento común que se encuentra implícitamente en las demás⁸⁹⁰. La plena propiedad incluye un derecho a usar (*l'usage*), a disfrutar y a obtener los frutos de la cosa (*jouissance*), y a disponer de ella física o jurídicamente (*disposition*). Este contenido lo encontramos en las definiciones de los Derechos español, italiano y portugués, que muestran así sus raíces francesas atribuyendo las mismas facultades al propietario. Por lo tanto, la propiedad “*ed una sfera di facoltà potenzialmente illimitate*”⁸⁹¹. En la misma línea de encontramos el CCM.

Por su parte, el BGB no intenta definir qué facultades corresponden al propietario, el cual podrá proceder con la cosa de acuerdo a su voluntad de forma exclusiva (en parecido sentido se sitúa el ZGB). En los ordenamientos de influencia del BGB sí que se recogen expresamente tanto sus cualidades como el derecho de exclusión (p. e. el ABGB).

En el grupo de los países del este de Europa existe una disparidad en el tratamiento de la propiedad. La *ownership act* de Bulgaria, el CCH y el código civil de Grecia no definen expresamente la propiedad. Sin embargo, el CCH dedica unos apartados a regular el derecho a poseer, a usar y disponer; y si bien el código civil griego no define la propiedad sí que puede extraerse de su

⁸⁹⁰ Ver GALGANO, F., ob. Cit., p. 108. Ver también LASARTE ÁLVAREZ, C., ob. Cit.: “La facultad de exclusión es una derivación de la denominada propiedad individual y un corolario de que la sujeción y el apoderamiento de las cosas comporta la exclusividad del propietario, quien siendo titular del derecho real por antonomasia puede hacer efectivo erga omnes el respeto debido a su posición jurídica, a su relación directa e inmediata con la cosa objeto de propiedad. Aunque a veces no se destaque así, es indudable que el poder de exclusión constituye uno de los fundamentos del sistema de Derecho patrimonial”, p. 56; y DESGORCES, Richard, *Droit civil. les biens*, Hachette Supérieur, Paris, 2007: “L’exclusivité est primordiale. On a trop souvent tendance à définir la propriété par ses trois attributs: l’usus, le fructus et l’abusus. Or, comme l’a montré E. Durkheim dans ses *Leçons de sociologie* dispensées en 1934 à la Faculté de droit d’Istanbul, l’exclusivité caractérise mieux le droit de propriété que les attributs du propriétaire”, p. 52. Ver también respecto al mismo autor pp. 49 a 52. En la misma línea ver PADIAL ALBÁS, Adoración y TOLDRÀ ROCA, M^ª Dolors, *El Derecho de propiedad y otros derechos reales en el derecho civil de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 37.

⁸⁹¹ GALGANO, F., ob. Cit., p. 108.

normativa⁸⁹². En cuanto a Polonia y Serbia, adoptan un concepto individualista de la propiedad con raíces en el Derecho romano cuya característica es su carácter absoluto y su oponibilidad *erga omnes*, lo que permite al propietario reivindicar la cosa⁸⁹³, y en Estonia, Lituania y Croacia también es un derecho absoluto (aunque tal calificativo no lo emplea Lituania) que permite al propietario utilizar la cosa, poseerla y disponer de ella con los límites establecidos en las leyes⁸⁹⁴. En el mismo sentido se posiciona el CCR.

A nivel europeo, es el BW el que otorga una definición más amplia de propiedad, al definirla como el máximo derecho que una persona puede tener sobre una cosa. Las formulaciones anteriores también pueden aplicarse en aquellos ordenamientos que no entran estrictamente dentro de la órbita del derecho angloamericano o de los sistemas de derecho civil. Nos referimos a la familia jurídica nórdica atendiendo a la clasificación efectuada por KÖTZ y ZWEIGERT, en la que también están presentes el derecho a usar, a disfrutar y a disponer de un bien⁸⁹⁵.

⁸⁹² Ver en este sentido las consideraciones en torno a Grecia en HURNDALL, Anthony (Ed.), *Property in Europe. Law and Practice*, Butterworths, London, 1998, pp. 251 y ss. Esta obra también analiza otras cuestiones referentes al derecho de propiedad como las tasas o las garantías y derechos que pueden nacer de este derecho. Respecto a los países citados, ver los comentarios de la legislación transcrita que corroboran lo dispuesto por la Ley en pp. 37 y ss. en cuanto de Bélgica; Inglaterra pp. 107 y ss.; Portugal pp. 457 y ss.; Francia pp. 179 y ss.; Alemania pp. 213 y ss.; Italia pp. 287 y ss.; Luxemburgo pp. 323 y ss.; España pp. 561 y ss.; y Suiza pp. 635 y ss. Ver también los *Reports* de los distintos países participantes en el *European Private Law Forum Project* (en particular, en el *Real Property Law and Procedure In the European Union*), correspondiente al EUI. Así, el *report* griego enuncia que “The ownership is an immediate power, absolute (because it turns against all) and total on the object. Every perceptible action on the object, provided that it is not prohibited by law, is included in the context of ownership”, p. 6.

⁸⁹³ “According to the legal system of the RS, the ownership right is absolute (dispositive), individual, unique, elastic, independent, and it is not subject to time limitation. Absoluteness of the ownership right means that it has effect vis-à-vis everybody (*erga omnes*)”, en SLIJEPCEVIC, Ratomir M. y ILIJA, Babic, *Real Property rights in Serbia*, Band 17, Center of Legal Competence, Wien, 2005, pp. 76 y 77. El autor concluye que “it follows from the above said, that the concept of ownership right in Serbia, in its core, does not differ from the classical European property concept”, p. 77. El propietario de la cosa también tiene a su disposición la *rei vindicatio* al estilo romano, p. 92.

⁸⁹⁴ El derecho de propiedad es “ein dingliches Recht an einer bestimmten Sache, das seinen Träger berechtigt, nach Belieben mit dieser Sache und ihren Nutzungen zu verfahren und jeden anderen davon auszuschließen, sofern dies weder fremden Rechten noch gesetzlichen Bestimmungen widerspricht”. Art. 30.1 Gesetz über das Eigentum und andere dingliche Rechte, ver GAVELLA, Nikola y BORIC, Tomislav, *Sachenrecht in Kroatien*, Berlin Verlag, Wien, 2000, pp. 40 y 42.

⁸⁹⁵ Ver KÖTZ, H. y ZWEIGERT, K., ob. Cit., pp. 293 y ss. Ver la obra de HURNDALL, A., ob. Cit., respecto al Derecho danés, p. 71; el noruego, p. 423; el sueco, p. 597, y el finlandés, p. 143. Por su parte, en Dinamarca no está clara la definición de propiedad: “Das dänische Recht

2.4.1. La concepción utilitarista de la propiedad

Las anteriores definiciones (p. e. la de HONORÉ y las continentales) parten de un análisis conceptual del derecho de propiedad, es decir, buscan averiguar su contenido en lugar de justificar su existencia. En este sentido, el utilitarismo aplica el **análisis económico del derecho** para justificar el por qué de la existencia del derecho de propiedad, utilizando básicamente dos principios: las externalidades y los costes de transacción. Un autor que ejemplifica esta aproximación es COASE⁸⁹⁶. Una posición reciente que intenta conjugar ambas perspectivas es la de MERRILL. Este autor parte de la base de que la propiedad es un conjunto de facultades en relación a un recurso, siendo superior a la mera posesión. Sobre estas bases, MERRILL entiende que la propiedad es primordialmente el derecho a excluir a los demás de un recurso limitado, de tal forma que a partir de este derecho surgen el resto de pequeñas atribuciones (p. e. el derecho a usar el bien, transfigurarlo o transmitirlo -tanto *inter vivos* como *mortis causa*-)⁸⁹⁷. Además, está a favor de un *numerus clausus* de los derechos reales para evitar las externalidades y los costes de transacción para terceros⁸⁹⁸.

En la misma línea, ELEFThERIADIS analiza las obras de HOHFELD y

operiert mit dem Begriff "fast ejendom" (festes Eigentum - künftig als Grundstück oder Immobilie bezeichnet), der nicht einheitlich definiert, sondern im Kontext mit der in Rede stehenden Rechtsmaterie zu bestimmen ist. Im Zusammenhang mit dem Grundbuchrecht sind darunter - über das bloße Grundstück hinaus - auch die Grundstückbepflanzung sowie Gebäude (die zum dauerhaften Verbleib auf dem Grundstück bestimmt sind) zu verstehen", ver FRANK, S. y WACHTER, Th., ob. cit., p. 97. La doctrina ratifica lo dicho en Noruega: "Das Eigentumsrecht wird als Summe von Befugnissen gesehen; wie z. B. das Nutzen, Verbrauchen, Belasten, Veräußern. Das alles allerdings innerhalb des Beschränkungen der Rechtsordnung, u. a. öffentlich-rechtliche Bestimmungen und das Nachbarrecht. Alle diese Befugnisse bilden in ihrer Gesamtheit den Inhalt des Eigentumsrechts. Der Eigentümer hat auch das Recht, andere von der Nutzung auszuschließen. Der Inhalt des Eigentumsrechts wird von eventuellen Rechten anderer Personen eingeschränkt", en WACHTER, T. y FRANK, S., ob. Cit., p. 775.

⁸⁹⁶ BELL, A. y PARCHOMOVSKY, G., ob. Cit., p. 16.

⁸⁹⁷ "In sum there is a general consensus that property refers to particular rights of persons or entities with respect to scarce tangible and intangible resources; that property is distinct from and superior to the mere possession of resources; that the rights associated with property require some institutional structure that stands ready to enforce these rights; and that may be private, common, or public [...] If we start by giving A the right to exclude with respect to Blackacre, then the other attributes conventionally associated with property can be derived simply by adding some minor qualifications about the domain of this right", ver MERRILL, Thomas W., "Property and the rights to exclude", en *Nebraska Law Review*, Vol. 77, 1998, pp. 733 y 741.

⁸⁹⁸ Vid *infra*. Apartado III, epígrafe 2.1.

HONORÉ para ofrecer un concepto de *right in rem*. Para este autor, “*rules of property are connected to the various principles that inform the distribution of material resources, their production and exchange*”. De esta manera, “*property law embodies the principle that private possession is to be widely respected*”. Por lo tanto, los derechos reales tienen una protección más general que los *rights in personam* debido a su especial relación con la generación, transmisión y protección de la riqueza o recursos materiales disponibles⁸⁹⁹.

2.4.2. La concepción de la *unified value*

BELL y PARCHOMOVSKY⁹⁰⁰ defienden que la “*institution of property is designed to create and defend the value inhering in stable ownership*”, es decir, un sistema con derechos de propiedad estables incrementa el valor de los bienes para sus propietarios y disminuye los costes para su obtención y protección. De esta manera, los derechos reales (no los personales) son los únicos que permiten una protección estable del valor del bien en el tiempo, lo que lleva indisolublemente a incluir dentro de su contenido el derecho de exclusión, de uso (junto con los posibles beneficios que pudieran surgir *-income and capital* que utilizaba Honoré-), y el de disposición. La posesión juega un papel secundario respecto a la propiedad a no ser que el propietario sea desconocido y el poseedor haga valer su derecho frente a un tercero, y la propiedad sólo puede transmitirse por alguien que tiene tal condición (*chain of title rule*).

2.4.3. El marco común de referencia

El DCFR define la *ownership* como “*the most comprehensive right*” que puede corresponder a una persona. En un principio, esta definición está pensada para los bienes muebles y no para los bienes inmuebles. Entre las facultades que tiene el propietario se incluyen el “*exclusive right, so far as consistent with applicable laws or rights granted by the owner, to use, enjoy, modify, destroy, dispose of and recover the property*” (art. VIII-1:202 DCFR). El DCFR configura la posesión como el control físico que se ejerce sobre un bien

⁸⁹⁹ ELEFTHERIADIS, P., ob. Cit., pp. 53 y 54.

⁹⁰⁰ BELL, A. y PARCHOMOVSKY, G., ob. Cit., pp. 20, 48, 56, 62 y 63.

(art. VIII-1:205.(1) DCFR), distinguiendo dos modalidades: a) la ejercida personalmente por el poseedor o por un *possessor-agent* o representante, denominada directa (*direct possession*); y b) la ejercida por medio de otra persona (*limited-right-possessor*), denominada indirecta (*indirect possession*). Además, podemos distinguir dos clases de posesiones según el título posesorio (que es aquel que sirve de base para ejercer la posesión, arts. VIII-1:206 y 207 DCFR):

a) La del *owner-possessor*, que posee de forma directa o indirecta con la intención de hacerlo como, o como si lo fuera, el propietario (aquí podemos incluir la posesión por el propietario, ladrones, adquirentes de buena fe o usucapientes)⁹⁰¹;

b) Y la del *limited-right-possessor*, que posee en su propio interés bajo una relación contractual con el *owner-possessor*, que le otorga un derecho a poseer (p. e. un arrendatario).

Las cuestiones que pueden plantearse son las siguientes:

1) El *owner-possessor* posee en concepto de propietario, tanto si tiene o no realmente tal condición. La duda es concretar qué derechos corresponden a este poseedor que se comporta como si fuera el propietario pero realmente no lo es. En primer lugar, el DCFR requiere para la transmisión de la propiedad que el transmitente tenga el debido derecho (de propiedad) o autorización (art. VIII-2:101.(1).(c) DCFR). Por lo tanto, rige en esta norma el principio *nemo dat quod non habet*. Si falta este requisito, el DCFR protege al adquirente si los bienes muebles existen y son transmisibles, siempre y cuando no conozca o razonablemente hubiera podido conocer la falta de poder de disposición del transmitente -buena fe- (art. VIII-3:101.(1) DCFR). En segundo lugar, el *owner-possessor* puede adquirir la propiedad de la cosa por su posesión continuada de buena fe por diez años, o 30 años en su defecto (art. VIII-4:101 DCFR). En tercer y último lugar, el DCFR le protege otorgándole acciones de recuperación de la posesión⁹⁰².

2) La posesión se caracteriza por una situación fáctica de control sobre

⁹⁰¹ VON BAR, Christian y CLIVE, Eric (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Vol. 5, Sellier, Munich, 2009, p. 4292.

⁹⁰² Vid. *infra* en este mismo epígrafe.

la cosa y, en consecuencia, el DCFR otorga al propietario o a quien actúa como tal la posibilidad de recuperarla de cualquier poseedor a no ser que tenga la cualidad de *limited-right-possessor* (art. VIII-6:101.(1) DCFR), es decir, que por una relación jurídica (p. e. un contrato de arrendamiento), el arrendatario pueda oponerse a la acción del arrendador/propietario. Además, el DCFR otorga la posibilidad al propietario de pedir una *protection order*, encaminada a cesar la interferencia presente o futura en su derecho (art. VIII-6:101.(3) DCFR). Si esta intromisión ya se ha consumado con la desposesión del bien, el *owner-possessor* o el *limited-right-possessor* pueden recuperar la posesión en el plazo de un año si se ven perturbados de forma ilegítima o no acorde a derecho en su posesión por un tercero. Esta acción la podrán ejercitar con independencia de si el poseedor actual tiene o no un mejor título que ellos.

3) El hecho de que el *owner-possessor* tenga una acción para la defensa de la posesión implica que si realmente es el propietario tiene a su disposición dos clases acciones: a) la que tiene por fin recuperar la posesión de los bienes “*from any person exercising physical control over these goods*”, a no ser que exista un relación jurídica que permita a su poseedor mantener la cosa (art. VIII.-:101.(1) DCFR). Por lo tanto, el propietario podría ejercitar la acción contra un tercero que ha privado de la posesión al *limited-right possessor*. Así, las alusiones a la posesión directa e indirecta tendrían semejanzas con la posesión inmediata y mediata del Derecho alemán, es decir, la primera sería la ejercida directamente por el poseedor (p. e. un usufructuario o, en nuestro caso, un *limited-right-possessor*), y la segunda por el propietario (*owner-possessor*); y b) la que tiene su base en la protección de la posesión si el propietario está en posesión de la cosa. La principal diferencia entre ésta y la anterior es que aquella no tiene plazo de prescripción, mientras que la acción posesoria prescribe al cabo de un año en caso de desposesión ilegítima (art. VIII.-6:203.(1) DCFR). Sin embargo, si el *owner-possessor* no es el propietario, sólo le correspondería la acción de recobrar la posesión en el plazo de un año.

4) El DCFR también resuelve la situación en la que se encuentran el resto de posibles poseedores, es decir, los que poseen sin haber actuado de forma ilegítima contra otro poseedor. De forma general, se establece una graduación en función del mejor título posesorio:

a) El *owner-possessor* o el *limited-right-possessor* con mayor antigüedad pueden recuperar la posesión si tienen un mejor título que su poseedor actual (art. VII.-6:301.(1) DCFR). El DCFR condiciona esta posibilidad a que estos poseedores posean de buena fe y tengan derecho a poseer. La base de esta acción es la *actio publiciana* del Derecho romano⁹⁰³. El problema es analizar cuándo los poseedores poseen de buena fe. En materia de usucapión es necesario poseer en este concepto, que existirá “*if the person possesses in the belief of being the owner and is reasonably justified in that belief*”. La buena fe se presume (art. VIII.4-101.(2) DCFR). Por lo tanto, podemos equiparar la buena fe a la convicción de que el poseedor del bien posee con la creencia de que es el propietario (*owner-possessor*) o bien que tiene otro título que le legitima para poseer (*limited-right possessor*). Para la prosperidad de la acción el poseedor actual del bien no debe tener un derecho a poseer los bienes (art. VIII.4-101.(2) DCFR).

b) ¿Qué ocurre si este tercer poseedor también tiene derecho a poseer? La regla que establece el DCFR es que “*the right derived from the owner prevails over a right derived from an owner-possessor who is not the owner*” (art. VIII-6:301.(2) DCFR). Esta regla prevé dos posesiones derivadas de dos propietarios distintos, una del verdadero propietario y otra del *owner-possessor* no propietario. La cuestión que nos planteamos es cuándo podría darse este supuesto de hecho. Esta situación podría tener lugar cuando una persona adquiere la posesión de la cosa de un arrendatario e inicia el proceso de usucapión (será entonces un *owner-possessor* que actúa como un propietario pero en realidad no lo es). Este precepto admite que este usucapiante pueda llevar a cabo actos de disposición de la cosa a través de una relación jurídica (p. e. un arrendamiento, ya que el DCFR prevé que la falta del poder de disposición de un derecho no implica *per se* la invalidez del contrato, art. II-7:102 DCFR). Aplicando la citada regla el *limited-right possessor* (2º poseedor, arrendador), cuyo derecho proviene del propietario que realmente tiene tal condición, podría recuperar la cosa que el poseedor que había encontrado la cosa (3er poseedor, usucapiante, convertido en un *owner-possessor* pero sin tener la condición de propietario) había transmitido a un 4º poseedor en base a

⁹⁰³ VON BAR, C. y CLIVE, E. (Ed.), ob. Cit., p. 5277.

un contrato (p. e. de arrendamiento).

Pero esta última regla del DCFR no da solución al hecho de que pueda existir un tercer poseedor de buena fe cuya posesión no deriva de un *owner-possessor* que no tiene la condición de propietario, p. e. si el poseedor se apodera de un bien sin causar una intromisión ilegítima en el derecho del *owner-possessor* (arrendador) o el *limited-right-possessor* (arrendatario), p. e. gracias a la posesión perdida de la cosa por cualquiera de ellos⁹⁰⁴. Este nuevo poseedor puede poseer en concepto de propietario e iniciar el proceso de usucapión. De esta manera, adquiere la condición de *owner-possessor*. Nos encontramos ante una relación triangular: el *owner-possessor* original; el *limited-right possessor* o arrendatario; y el *owner-possessor* usucapiente. En este caso el DCFR establece como último recurso que “*the older rightful possession prevails*” (art. VIII-6:301.(2) DCFR), con lo que la posesión del arrendatario tendría más fuerza que la del usucapiente, aunque lo sea de buena fe. Esta regla también sería de aplicación cuando las restantes no den una solución óptima a un supuesto específico.

2.5. Conclusión: el alcance del derecho de propiedad

Hemos de partir de la base de que la propiedad no es sinónimo de la cosa sobre la cual recae, si no una serie de poderes que recaen sobre ésta considerada como un recurso de gran valor⁹⁰⁵. Con esta idea en mente, ahondemos en intentar conjugar la doctrina angloamericana y la continental sin excluir ninguna de las dos ideas sino intentar encontrar un punto de encuentro. De hecho, algunas propuestas de armonización así lo han hecho. Por ejemplo, la doctrina identifica en los PECL aspectos que no se concretan hacia ningún sistema jurídico en concreto (p. e. el capítulo 5, que regula la interpretación); aspectos influenciados por los sistemas de derecho civil (p. e. el capítulo 4, en materia de validez); y otros aspectos influenciados por el derecho

⁹⁰⁴ El DCFR no regula expresamente la ocupación como forma de adquisición de la propiedad. Ésta tiene lugar cuando una persona se apodera de una cosa que antes no tenía dueño, pero en esta no es la situación que planteamos porque el arrendatario o propietario siguen teniendo la intención de comportarse de acuerdo a los títulos en cuyo concepto poseían.

⁹⁰⁵ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit.: “For serious students of property, the beginning of truth is the recognition that property is not a thing but a power relationship – a relationship of social and legal legitimacy existing between a person and a valued resource (whether tangible or intangible)”, p. 87.

angloamericano (p. e. los capítulos 8 y 9 en materia de recursos y cumplimiento del contrato respectivamente). Sin embargo, tal y como ocurre en nuestro caso, es complejo saber en qué medida debe hacerse prevalecer a un derecho u otro⁹⁰⁶.

Respecto al derecho de propiedad, podemos realizar las siguientes apreciaciones:

a) Desde un punto de vista **conceptual**, podemos considerar el derecho de propiedad como el máximo poder de una persona sobre un determinado bien⁹⁰⁷, y lo verdaderamente importante será el haz de facultades que integra la relación entre la persona y la cosa. Tomando como premisa la primera afirmación, pasamos a concretar la segunda. El análisis de las diversas tradiciones jurídicas demuestra que la caracterización de la propiedad de cada Estado miembro coincide, conceptualmente, con la definición del art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. El derecho de propiedad encierra una característica esencial tanto desde un punto de vista doctrinal como legislativo: el derecho exclusivo del propietario a utilizar un recurso determinado. En realidad, la exclusividad sobre un bien tiene relación directa con la oponibilidad, característica esencial de todo derecho real. Para que un bien en propiedad exclusiva pueda ser respetado por terceros ha de ser reconocible por éstos, lo que permitirá su oponibilidad por el propietario.

b) La propiedad supone un derecho exclusivo que tiene un fuerte **componente económico**. La importancia de este derecho radica en que permite una correcta asignación de recursos, que es esencial para el buen

⁹⁰⁶ De acuerdo con VON BAR, C., "A new Jus Commune Europaeum/Importance of the Common Law", en MARKESINIS, Basil S, *Millennium Lectures. The coming together of the Common Law and the Civil Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000: "I believe that the true significance of the common law for the gradually developing new *jus commune europaeum* does not lie in specific rules. In terms of practical results, European private laws remarkably rarely differ from one another and where they do, there are normally good reasons within the system for the difference. It is not the solutions to particular problems which are recognisably national nowadays but rather their positions within the legal systems and the thought structures which dictate our approach. The national differences lie in the grounds on which we base our decisions. It is on this point that the question as to the importance of the common law in a new *jus commune europaeum* thus must concentrate: of which areas of substantive law will we continentals need to alter the systematic positions to correspond with the common law, simply because the common law structure is the better? No one has as yet conclusive views of this question", p. 77.

⁹⁰⁷ VAN ERP, S., "Security interests...", ob. Cit.: "I consider "ownership" to be the strongest right a person can have with regard to an object, whether you call this right a freehold, title, *propriété* or *Eigentum*", p. 25.

funcionamiento de una economía de mercado. Desde un punto de vista económico, el equivalente del *freehold* angloamericano en la doctrina continental es sin duda el derecho de propiedad. A esta conclusión llega el *General Report de la Real Property Law and Procedure in the European Union (EUI)*⁹⁰⁸: “*the most common type of an estate, the freehold estate (or in full: an estate in fee simple absolute in possession) which is not limited in time, is the economic equivalent of civil law ownership and -but for the purely notional feudal holding from the Crown- also its legal equivalent*”. Este informe refleja que a pesar de la titularidad de la Corona de toda la propiedad inmueble el concepto de este derecho es casi idéntico en ambas tradiciones jurídicas⁹⁰⁹.

c) El derecho de propiedad tiene una **estabilidad** en el tiempo (de acuerdo BELL y PACHOMOVSKY)⁹¹⁰, lo que incrementa el valor de los bienes para su propietario. Por lo tanto, éste tiene que tener los mecanismos adecuados para mantener y recuperar el bien dentro de su patrimonio, que podemos desglosar en dos apartados:

1) Si partimos de la base de que el titular del derecho de propiedad gozaría de una relación jurídica en exclusiva sobre el bien, un punto en común entre el derecho angloamericano y los sistemas de derecho civil es que el propietario tiene las facultades de uso y disfrute del bien. Para llevar a cabo esas facultades será necesaria la posesión de la cosa. Por lo tanto, un derecho relacionado con los anteriores es obtener la posesión de la cosa si se ha desprendido de ella, siempre que ello sea posible (p. e. no lo será si existe una relación contractual que lo impida, como un arrendamiento o un derecho real de prenda)⁹¹¹. Además, estas facultades se completan con el poder de

⁹⁰⁸ De 31 de mayo de 2005, ob. Cit., p. 12.

⁹⁰⁹ En tiempos recientes algunos autores se han referido a la idea de una propiedad abstracta en el derecho angloamericano, siendo la propiedad el residuo de lo que finalmente queda en manos del propietario: “If the plaintiff needs only to prove a better right than the defendant’s, then modern English law would, like the medieval law, have continued to refuse to recognize anything like an abstract dominium or ownership which is good as against all the world. It would only have recognized relatively good or relatively bad rights to possession. If, on the other hand, the plaintiff, in order to succeed in this action, must prove an absolutely good right, it would be true to say that through this action the conception of an abstract dominium or ownership, which is good as against all the world, has come into modern English law”, ver HOLDSWORTH, W. S., ob. Cit., p. 182.

⁹¹⁰ BELL, A. y PARCHOMOVSKY, G., ob. Cit., pp. 62 y 63.

⁹¹¹ Esta definición es acorde con la siguiente: “Ownership is a form of property in things. A holder of ownership of a thing either (i) holds the possession of the thing which no one is at liberty to interfere with, or (ii) holds, or will when a contract expires hold, right to immediate

disposición⁹¹². Así, el contenido/*bundle* del derecho de propiedad englobaría tanto las facultades de uso y disfrute, incluida necesariamente la posesión y el derecho a recoger sus frutos, como aquellas otras que si bien no son mencionadas expresamente en las definiciones de propiedad de las legislaciones europeas también deberían ser atribuidas al propietario, como la destrucción del bien (cfr. VIII-1:202 DCFR), su renuncia o abandono. De hecho, una posibilidad de adquirir la propiedad de los bienes en los ordenamientos jurídicos europeos es a través de su ocupación cuando se trata de una cosa sin dueño (*res nullius*)⁹¹³. En consecuencia, es lógico presuponer que el propietario de una cosa puede desprenderse libremente de su titularidad. Cuando el propietario no se encuentre en posesión de la cosa, tendrá como cualidades residuales, inherentes a su derecho, el derecho a poseer y a disponer del bien⁹¹⁴.

2) El propietario tiene que tener las acciones pertinentes para la recuperación del derecho, cuestión que será tratada en otro lugar⁹¹⁵.

d) La propiedad no puede ser comprendida ni valorada sin la **función estatal**. El Estado se configura como un presupuesto esencial de la propiedad privada garantizando su transmisión y protección a través del ordenamiento jurídico⁹¹⁶. Por lo tanto, la UE debería garantizar que las normas relativas a la propiedad y otros derechos reales fueran lo suficientemente claras, transparentes y eficientes para que las partes no hagan, en la medida de lo posible, un uso ineficiente de éstas. Esta idea también hay que ponerla en relación con otra: la propiedad no otorga un derecho absoluto sobre el bien, sino que en la mayoría de Estados miembros, a la hora de definirla, la

possession of the thing, while someone else holds possession or right to immediate possession after transfer”, ver WELLING, Bruce, *Property in things in the common law system*, Scribblers Publishing, Australia, 1996, p. 35. En el mismo sentido, HONORÉ, ob. Cit., pp. 124 a 128.

⁹¹² Ver respecto a la disponibilidad del derecho real *infra*. Apartado III, epígrafe 3.4.

⁹¹³ Vid. *infra*. Apartado III, epígrafe 3.6.

⁹¹⁴ Ver SMITH, R., ob. Cit.: “The nature of ownership may be seen as more of a jurisprudential question than a legal one. The normal attributes of transmissibility and power to exclude others apply to ownership, but so they do to other proprietary rights. What is special about ownership is that it is the ultimate right to use (and abuse) the object or right in question”, p. 6.

⁹¹⁵ Vid. *infra*. Apartado III, epígrafe 3.2.

⁹¹⁶ Ver MÉNDEZ GONZÁLEZ, F., ob. Cit.: “Por el contrario, la existencia del Estado posibilita que esa misma seguridad cuyo logro no es económicamente factible a través de los esfuerzos privados, pueda lograrse, afortunadamente, por una vía menos costosa: a través del sistema jurídico. Pasamos, entonces, al dominio de la seguridad jurídica, un tipo de seguridad que únicamente puede proporcionar el Estado. De su producción, por ello, se encarga el ordenamiento jurídico”, p. 1512.

condicionan a lo establecido en el resto de normas del ordenamiento jurídico.

e) En efecto, todo derecho de propiedad privada conlleva una serie de **limitaciones**. El contenido de la Carta de la UE contiene una definición clásica del derecho de propiedad que necesita completarse⁹¹⁷. Estas limitaciones pueden tener un contenido diverso: a) unas tienen un carácter civil, siendo uno de los contenidos de la propiedad por los que aboga HARRIS⁹¹⁸. Nos referimos, por ejemplo, a las relaciones de vecindad. Todos los ordenamientos jurídicos tienen normas que prevén la intromisión ilegítima de terceros, aspectos que están íntimamente ligados a la propia cultura de cada Estado miembro y serían aquellos que, en palabras de GRAY, evitarían caer en un estado de *legal non-excludability* (no exclusividad desde un punto de vista legal, lo que llevaría a denegar la existencia de un derecho de propiedad). Es discutible si la UE tiene competencia para regular esta materia, al no incidir directamente en las libertades comunitarias⁹¹⁹, aunque si finalmente fueran objeto de regulación el TJCE podría aplicar los principios generales previstos en la ley al caso concreto, dando pie a la creación de una lista de causas limitativas del dominio a la luz de los principios comunitarios⁹²⁰.

f) Además, la propiedad tiene una vertiente **constitucional** y **social** que hay que valorar⁹²¹. Un ejemplo lo encontramos en las expropiaciones por utilidad pública. En este caso, nos encontraríamos ante cuestiones de orden público que deberían delegarse a las legislaciones nacionales, aunque podría

⁹¹⁷ “L’art. 17 non sembra, quindi, assicurare una garanzia circa un determinato contenuto del diritto di proprietà; è vero, infatti, che definisce in termini classici l’istituto ma al tempo, stesso rinvia alla legge la regolamentazione dell’uso dei beni”, ver TRIMARCHI, M., “Proprietà e diritto...”, ob. Cit., p. 717.

⁹¹⁸ “To anticipate our conclusions, it will emerge that the essentials of a property institution are the twin notions of trespassory rules and the ownership spectrum. By ‘trespassory rules’ is meant any social rules, whether or not embodied in law, which purport to impose obligations on all members of a society, other than an individual or group who is taken to have some form of open-ended relationship to a thing, not to make use of that thing without the consent of that individual or group [...] By ‘the ownership spectrum’ is meant the open-ended relationships presupposed and protected by trespassory rules”, ver HARRIS, J. W., *Property and justice*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 5. Sin embargo, no compartimos su idea de un *open-ended* de relaciones que puedan estar protegidas por el derecho, pues el derecho real debe de tener un contenido identificable y oponible a terceros.

⁹¹⁹ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 1.4.1.

⁹²⁰ Ver respecto al modelo de armonización propuesto *infra*. Apartado IV, epígrafe 1.

⁹²¹ “The aim of private law is to regulate relationships between individuals and the definition of property in private law depends on the difference aspects of the legal relations among individuals and state, and to protect individuals’ against state. Therefore, property should be defined in terms of this aim in constitutional discourse”, ver RIZA ÇOBA, A., ob. Cit., p. 31. Ver también HONORÉ, ob. Cit., pp. 144 y ss.

adoptarse como prisma las prescripciones de la Carta de Derechos Fundamentales (art. 17), en virtud de la cual “*nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida*”. En este caso estamos de acuerdo con una de las teorías que plantea UNDERKUFFLER, es decir, lo que la autora denomina *presumptive power* o superioridad de los derechos individuales frente a los poderes del Estado⁹²². Su actuación debería tener siempre un carácter excepcional y estar plenamente justificada. Además, también tenemos la función social de la propiedad que el TJCE ha defendido en sus resoluciones, y que la propia Carta tiene en consideración al prever que “*el uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general*”.

Estas normas no serían extrañas para los Estados miembros. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949⁹²³ garantiza el derecho de propiedad admitiendo la expropiación sólo por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y con la correspondiente indemnización (arts. 14.1 y 3). Las mismas previsiones se encuentran en el art. 42.3 de la Constitución de la República Italiana de 27 de diciembre de 1947; en el art. 33.3 CE; y en Suiza, donde si bien no se defiende la propiedad en la Constitución Federal (art. 26), sí que está protegida institucionalmente al contemplarse derechos de remuneración para los particulares en caso de expropiaciones llevadas a cabo por el Estado (art. 26.II)⁹²⁴. Esta situación es extensible en mayor o menor medida al resto de Estados miembros de la UE⁹²⁵. Además, la CEDH prevé no solamente la libre disposición de los bienes

⁹²² En cuanto al *presumptive power*: “Claimed rights will (and should) have *presumptive power* over competing public interests when the core values that underlie the claimed right and the core values that underlie the competing public interest are *different in kind*. In this situation, the claimed right and the competing public interest are entirely different and unrelated entities. They are in the traditional, opposing relation associated with rights. The claimed right-in this case-enjoys *presumptive* or *prima facie* power”, UNDERKUFFLER, Laura S., *The idea of Property: Its Meaning and Power*, Oxford University Press, 2003, p. 75.

⁹²³ Boletín Oficial Federal 1, pág. 1 (BGBl III 100-1), enmendada por la ley de 26 de noviembre de 2001 (Boletín Oficial Federal 1, página 3219).

⁹²⁴ DESSEMONTET, F. y ANSAY, T., *Introduction to Swiss Law*, Third Edition, Kluwer Law International, The Hague, 2004, pp. 98 y 99.

⁹²⁵ Ver el *General Report* de la EUI: “After the fall of the Communism, these countries mostly reverted to their former liberalista traditions, which included masive **re-privatisation** measures.

por el propietario, sino también la privación de su bienes únicamente por causa de utilidad pública y la posibilidad de los Estados de controlar legislativamente el uso de la propiedad de conformidad con el interés general (ver STEDH de 3 de mayo de 2007, entre muchas otras)⁹²⁶.

En este apartado es digno de mención el CCC, que en su art. 541-2 establece que “*las facultades que otorga el derecho de propiedad se ejercen, de acuerdo con su función social, dentro de los límites y con las restricciones establecidas por las leyes*”, lo que supone una adaptación del CCC a las nuevas necesidades sociales y un alejamiento de la concepción liberal e individualista que aún está presente en el art. 348 CC⁹²⁷. Este artículo podría servir de base, según lo que hemos expuesto, para una armonización europea.

2.6. Conclusión: el alcance de la posesión

Además, falta por ver el rol que le otorgamos a lo que podemos denominar **posesión**. En el Derecho inglés se considera un *property right* transmisible a terceros, aunque en ocasiones se determina que tiene una intensidad menor que el derecho de propiedad⁹²⁸. Esta definición sería acorde con la propiedad residual del propietario pero es dudoso si en un proceso de armonización europea la posesión debería poder transmitirse a terceros. Si partimos de la base de que el propietario conserva el derecho a poseer y de transmisión en última instancia, se podrían transmitir los derechos que recaigan sobre la cosa, pero no la posesión en sí misma (no tendría un valor patrimonial).

En la **Tabla 4** podemos observar la regulación de las cuestiones básicas de la posesión en diferentes Estados miembros, estas son, la definición de la posesión, sus tipos (de buena o mala fe) y sus principales efectos (p. e. si el poseedor de buena tiene derecho a los frutos de la cosa y a defender su situación posesoria con alguna acción determinada).

This basic philosophical orientation is reflected also in the relationship between law and positive **constitutional law**. In all European systems, also in the famous unwritten British constitution, constitutional law protects **individual property** and provides that **expropriation** may take place only in the public interest and against an adequate compensation of the landowner”, p. 12.

⁹²⁶ TEDH 2007\29. Caso Amato contra Turquía. Apartado 19.

⁹²⁷ De acuerdo con PADIAL ALBÀS, A. y TOLDRÀ ROCA, M^a D., ob. Cit., pp. 18 y 33.

⁹²⁸ MATTEI, U., ob. Cit., p. 79.

Capítulo 3º. Bases para una armonización de los derechos reales en Europa

Estado M.	Definición de la posesión	Clases de posesiones	Acciones de defensa de la posesión
Francia	- “Est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes” (art. 2255 <i>Code</i>). - “Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription” (art. 1262 <i>Code</i>). - Se presume que posee a título de propietario (art. 2256 <i>Code</i>).	- De buena fe: “quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices” (art. 550 <i>Code</i>). - Derecho a los frutos (art. 549 <i>Code</i>).	- “La possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace” (art. 2278 <i>Code</i>).
Italia	- “Il possesso e il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale” (art. 1140 <i>Codi</i>). - “Si presume il possesso in colui che esercita il potere di fatto, quando non si prova che ha cominciato a esercitarlo semplicemente come detenzione” (art. 1141 <i>Codi</i>).	- De buena fe: “chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto” (art. 1147 <i>Codi</i>). - Derecho a los frutos (art. 1148 <i>Codi</i>).	- <i>Azione di reintegrazione</i> (art. 1168 <i>Codi</i> , cuando se ve despojado violentamente).
España	“Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos” (Art. 430 CC).	- De buena fe: el “que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide” (art. 433 CC). - Siempre se presume (art. 434 CC). - Derecho a los frutos (art. 451 CC).	- “Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituído en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen” (art. 446 CC). - “1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: 4º Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute” (art. 250 LEC).
Cataluña	“1. La posesión es el poder de hecho sobre una cosa o un derecho, ejercido por una persona, como titular, o por medio de otra persona. 2. El ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa o un derecho sin la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho o la tenencia con la tolerancia de los titulares son supuestos de detentación” (art. 521-1 CCC).	- De buena fe: “La buena fe en la posesión es la creencia justificable de la titularidad del derecho” (art. 621-7 CCC). La buena fe se presume siempre. - Derecho a los frutos (art. 522-3 CCC).	“1. Los poseedores y detentadores tienen pretensión para retener y recuperar su posesión contra cualesquiera perturbaciones o usurpaciones, de acuerdo con lo establecido por la legislación procesal” (art. 522-7 CCC).

Parte I. Proceso y bases para la armonización de los derechos reales en Europa

Alemania	<p>- “La posesión de una cosa se adquiere mediante la obtención del poder de hecho sobre la cosa” (§ 854.1 BGB).</p> <p>- “Si alguien posee una cosa como usufructuario, acreedor pignoraticio, arrendatario de uso y disfrute o arrendatario de uso, depositario o en una relación semejante en virtud de la cual esté frente a otro facultado u obligado temporalmente para poseer, el otro también es poseedor (posesión mediata)” (§ 868 BGB).</p>	<p>- “Quien posee una cosa mueble en concepto de dueño durante diez años adquiere la propiedad (usucapión)” (§ 937.1 BGB).</p> <p>- “La usucapión está excluida si el adquirente, al tiempo de obtener la posesión en concepto de dueño, no es de buena fe o si descubre posteriormente que la propiedad no le corresponde” (§ 937.2 BGB)</p>	<p>“El poseedor puede defenderse de la privación ilícita mediante el uso de la fuerza” (§ 859.1 BGB)</p> <p>- “Si el poseedor es perturbado en su posesión por privación ilícita, puede éste exigir al perturbador el cesde la perturbación” (§ 862 BGB)</p>
Suiza	<p>- “Wer die tatsächliche über eine Sache hat, ist ihr Besitzer” (§ 919 ZGB).</p>	<p>- De buena fe: “Wer eine Sache in gutem Glauben besitzt, wird dadurch, dass er sie seinem vermuteten Rechte gemäss gebraucht und nutzt, dem Berechtigten nicht ersatzpflichtig” (§ 938 ZGB).</p> <p>- Derecho a los frutos (§ 939 ZGB).</p>	<p>- “Jeder Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren” (§ 926 ZGB). “Wer einem andern eine Sache durch verbotene Eigenmacht entzogen hat, ist verpflichtet, sie zurückzugeben, auch wenn er ein besseres Recht auf die Sache behauptet. Wenn der Beklagte sofort sein besseres Recht nachweist und auf Grund desselben dem Kläger die Sache wieder abverlangen könnte, so kann er die Rückgabe verweigern. Die Klage geht auf Rückgabe der Sache und Schadenersatz” (§927 ZGB). Prescripción de un año.</p>
Austria	<p>- “Wer eine Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, heißt ihr Inhaber. Hat der Inhaber einer Sache den Willen, sie als die seinige zu behalten, so ist er ihr Besitzer” (§ 309 ABGB).</p>	<p>- De buena fe: “Der Besitz einer Sache heißt rechtmässig, wenn er auf einem gültigen Titel, das ist, auf einem zur Erwerbung tauglichen Rechtsgrunde beruht” (§ 316 ABGB).</p> <p>- Derecho a los frutos (§ 330 ABGB).</p>	<p>- “Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein, so ist niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören. Der Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes, und den Ersatz des erweislichen Schadens gerichtlich zu fordern” (§ 339 ABGB).</p> <p>- “Zu den Rechten des Besitzes gehört auch das Recht, sich in seinem Besitze zu schützen, und in dem Falle, daß die richterliche Hilfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben (§ 344 ABGB).</p>
Bulgaria	<p>- “Is the exercise of <i>de facto</i> power over a property which the possessor holds. Holding means exercising <i>de facto</i> power over a property which the person does not hold as his own” (art. 68 <i>Ownership Act</i>).</p>	<p>- De buena fe: “possesses the property on a legal basis fit to make him an owner, without knowing that the transferor is not an owner or that there is a defect in the form prescribed by the law” (art. 70 <i>Ownership Act</i>).</p> <p>- Derecho a los frutos (art. 71 <i>Ownership Act</i>).</p>	<p>- La posesión se defiende frente a cualquier interferencia o violación. La prescripción 6 meses (arts. 75 y 76 <i>Ownership Act</i>).</p>

Capítulo 3º. Bases para una armonización de los derechos reales en Europa

Rep. Checa	- "Person who possesses a thing as it was his own or who exercises a right for himself" (§ 129 CCCh).	- Poseedor legal: "a possessor who is, with regard to all circumstances, in good faith that he is the owner of the thing or the right. In case of doubts, the possession must be presumed lawful" (§ 130 CCCh). - Tiene los mismos derechos que un propietario, p. e. "to proceeds from the thing that arose during the lawful possession".	- "Right to protection against anyone who unlawfully infringes its ownership; in particular, the owner may demand surrendering of the thing against the person who unlawfully retains his thing" (§ 126 CCCh).
Malta	"Possession is the detention of a corporeal thing or the enjoyment of a right, the ownership of which may be acquired, and which a person holds or exercises as his own" (art. 524 CCM).	- De buena fe: "a person who, on probable grounds, believes that the thing he possesses is his own, is a possessor in good faith." - Derecho a los frutos (art. 540 CCM).	- Acción por interferencias (art. 534 CCM). - Acción por violencia (art. 535 CCM).
Portugal	- "Posse é o poder que se manifesta quando alguém actua por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real". Detentadores son p. e. "São havidos como detentores ou possuidores precários" (arts. 1251 y 1253 CCP).	- De buena fe: "quando o possuidor ignorava, ao adquiri-la, que lesava o direito de outrem" (art. 1260 CCP). - Derecho a los frutos (art. 1270 CCP).	- Acción de prevención (art. 1276 CCP). - Acción por interferencia en la posesión (art. 1277 CCP).
Lituania	- "Possession as an independent real right to things which is the basis for acquiring property right according to acquisitive prescription, is the actual holding of a thing with a purpose to have it as one's own. Possession is not considered an independent real right to a thing when the actual holder of a thing recognises another person as the possessor or owner" (art. 4.22 CCL).	- De buena fe: se presume y tiene lugar "when the person who takes possession is convinced that nobody has more rights to the thing that he is taking over than himself" (art. 4.26 CCL).	- "Protection of possession. Each possessor is entitled to defend his current possession and to retake the possession that has been taken away forcefully" (art. 4.34 CCL).
Estonia	- "Possession is actual control over a thing or exercise of a real servitude". El poseedor tiene una "actual control over a thing". - Posesión mediata e inmediata: "A person who possesses a thing on the basis of a commercial lease, residential lease, deposit, pledge or other relationship which grants the person the right to possess the thing of another person temporarily is a direct possessor, while the other person is an indirect possessor" (§ 68 LP).	- De buena fe: "if a possessor does not or need not know that the possession by the possessor lacks a legal basis or that another person has a greater right to possess the thing" (§ 35 LP).	- Acción en caso de interferencia: "Arbitrary action" o "privación por violencia". Se permite la autodefensa (§§ 40 y 41 LP). - Acción por el poseedor mediato (§ 47 LP).

Tabla 4. La posesión en diversos ordenamientos de la UE. Fuente: elaboración propia.

De la tabla adjunta pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) Los ordenamientos jurídicos europeos expuestos pertenecientes a los sistemas de derecho civil niegan a la posesión la categoría de derecho⁹²⁹. Algunos lo configuran como un poder (CCC, CC, CCP y *Ownership Act* de Bulgaria, que la define como un poder *de facto*), y otros como un señorío (Alemania o Austria), o como un control sobre la cosa (LP de Estonia). Por lo tanto, la posesión no tiene el mismo alcance que el derecho de propiedad. Aunque Lituania lo configure como un *independent real right*, lo cierto es que el precepto que lo regula entiende que la posesión forma parte del contenido del derecho de propiedad y no puede ser transmitida por un valor económico⁹³⁰.

b) No obstante, los ordenamientos difieren en cuanto a la caracterización de la relación posesoria. SAVIGNY defendía que en la posesión concurren dos elementos fundamentales: el *corpus* y el *animus*. El primero tiene un contenido material, aunque no siempre tiene su base en un contacto físico, mientras que el segundo es un elemento espiritual, que se identificaba con el *animus domini*, es decir, la intención de tener la cosa como dueño. De ella carecen, por lo tanto, los meros detentadores. En cambio, IHERING sostuvo que el *corpus* ya era fundamento para obtener la posesión⁹³¹.

Un grupo de países siguen la doctrina de SAVIGNY y distinguen entre **posesión y detentación**, ya sea de forma expresa en su articulado (p. e. los Derechos francés, español, catalán, italiano, portugués, búlgaro y austríaco - que no sigue por lo tanto la misma doctrina que el BGB-), o porque prevén que el poseedor ejerce el poder en su propio beneficio o como si fuera el propietario (p. e. la República Checa y Malta). Por lo tanto, la estructura de la posesión se basa en el *animus* más que en el *corpus*⁹³², es decir, la simple posesión

⁹²⁹ En el mismo sentido, VON BAR, C. y CLIVE, E. (Ed.), ob. Cit.: “irrespective of whether a country belongs to the CONTINENTAL circle (both GERMANIC and the ROMANIC familias included), the COMMON LAW or the NORDIC jurisdictions, the main concept is that possession in all its forms is essentially based upon a factual relationship between the possessor and a tangible movable”, p. 4296.

⁹³⁰ En Croacia también encontramos la misma situación: “Der Inhalt des Besitzes an einer Sache wird durch die tatsächliche Herrschaft einer bestimmten Person über eine bestimmte Sache definiert (Art. 10 Abs 1 EDRG)”, ver GAVELLA, N. y BORIC, T., ob. Cit., p. 33.

⁹³¹ JORDANO BAREA, Juan B, “Posesión propiedad. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del notariado el día 2 de mayo de 1991”, en *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo VI (1992), Id. VLEX: VLEX-233178.

⁹³² JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, “La concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa: especial referencia al artículo 463 del Código Civil”, en *ADC*, Núm. LII-

efectiva de la cosa no conlleva *per se* la consideración de poseedor. En este sentido, para tal consideración se requiere que la persona actúe con un *animus*. La posesión se basa en un justo título, que nace por actuar en concepto de propietario de un determinado derecho corporal o por disfrutar de un derecho incorporeal como si fuera su titular a todos los efectos. Esta distinción posibilita hablar de una posesión en sentido estricto (con intención por parte del poseedor) o de una mera detentación (sin intención, únicamente a efectos de uso y disfrute).

Por el contrario, el BGB, el ZGB y la LP entienden la posesión como un señorío sobre la cosa, es decir, parten de la base del *corpus*. De esta manera, cualquier señorío de hecho representa posesión sin atender a la voluntad de la persona⁹³³. La principal consecuencia es que la posesión de derechos no está admitida con carácter general y sólo se recoge a la hora de proteger el ejercicio del derecho de servidumbre (§ 1029 BGB).

El § 868 BGB recoge las posesiones mediata e inmediata, que tienen lugar cuando una persona delega la posesión a otra en base generalmente a una relación jurídica válida, p. e. el poseedor inmediato posee en concepto de usufructuario, acreedor pignoraticio o arrendatario. La posesión mediata no es posesión sin *corpus*, sino posesión en un concepto más espiritualizado, pero que sigue implicando un señorío efectivo. Por lo tanto, el poseedor mediato tiene un señorío de hecho espiritualizado y puede ejercitar determinadas acciones para la defensa de la posesión del poseedor inmediato, p. e. exigir el cese de la perturbación o la restitución del bien (§§ 861 y 869 BGB). La misma distinción puede predicarse en el Derecho español en el art. 432 CC, en el cual la relación es mucho más abstracta pero sigue existiendo un señorío de hecho, en la LP y en el DCFR (*direct or indirect physical control*, Vol. VIII, 1:205)⁹³⁴. Además, en materia de usucapión el BGB exige poseer en concepto de dueño,

2, 1999, pp. 610 y ss.; GALGANO, F., ob. Cit., p. 136; también podemos incluir a Grecia de acuerdo con KERAMEUS, Konstantinos D. y KOZYRIS, Phaedon J., *Introduction to Greek law*, 2nd Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1993, p. 126.

⁹³³ Ver WOLFF, M., ob. Cit., pp. 34, 50, 51, 55 y 64; y ESTERMANN, H., WESTERMANN, H. P., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol 1, ob. Cit., pp. 157, 182, 215, 216, 217, 219 y 221.

⁹³⁴ JIMÉNEZ HORWITZ, M., ob. Cit.: "La posesión mediata conlleva una especial intención posesoria (*animus domini*) pero, al mismo tiempo, una relación efectiva con la cosa (*corpus*); y todo ello se justifica conceptualmente sobre la base del artículo 432, en relación con el cual hay que aprehender el concepto de tenencia del artículo 430", p. 660. Ver también pp. 617 y 618.

lo que implica la existencia de un *animus* específico por el poseedor (el *corpus*, la mera tenencia de la cosa, no es suficiente para usucapir aunque tenga la consideración de posesión).

No obstante, los conceptos de *corpus* y *animus* no se adoptan estrictamente en estos ordenamientos jurídicos:

a) Por un lado, esta distinción presenta excepciones en los países que exigen un *animus* al poseedor, porque las acciones de protección de la posesión también están disponibles para el detentador. Así, el Derecho catalán prevé que tanto el poseedor como el detentador “*tienen pretensión para retener y recuperar su posesión contra cualesquiera perturbaciones o usurpaciones, de acuerdo con lo establecido por la legislación procesal*” (art. 522-7 CCC). La protección procesal en el Derecho español se encuentra en el art. 250.1.4 LEC. Ello supone en el Derecho catalán la única asimilación entre la posesión y la detentación, pues ésta última no permite p. e. llevar a cabo la usucapión⁹³⁵. Por lo tanto, no hay ningún inconveniente en que el detentador pueda reclamar la protección de su detentación frente a terceros, si bien esta protección decaerá frente al propietario o poseedor auténticos⁹³⁶. En el Derecho español también puede defenderse la protección posesoria del detentador. DÍEZ PICAZO afirma que, a salvo de la usucapión, la distinción entre la posesión natural (la del detentador) y la civil (la del poseedor) carece de mayores consecuencias, porque “*sabemos que todo poseedor está legitimado para la interposición de los interdictos defensores de la posesión*”⁹³⁷. La razón es que el art. 250.1.4 LEC no tiene por finalidad declarar derechos, ni siquiera el derecho a poseer por parte del actor. De esta forma, “*se excluye otra cuestión que no sea devolver aquella posesión al estado anterior al despojo. Por ello, son ajenas a*

⁹³⁵ De acuerdo con DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E., ob. Cit.: “El único efecto en que se produce una verdadera asimilación es el de la protección sumaria (arts. 522-7 CCCat y 250.4 LEC), pues están protegidos tanto los poseedores como los detentadores. En este sentido, el interés del detentador se considera jurídicamente protegible ante los ataques injustificados de terceros. En cambio, el detentador no tendrá protección frente al poseedor auténtico, ante el cual tiene un «peor derecho a poseer»; así se deduce del art. 250.2 LEC: la persona con «derecho a poseer» puede recuperar la «plena posesión» de una finca cedida «en precario», p. 31.

⁹³⁶ Ver LAUROBA LACASA, Elena, “Artículos 521- a 522-8 CCC”, en GINER GARGALLO, Antonio (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 157 y 161. En esta obra se describe sucintamente el por qué la distinción entre el *animus* y el *corpus* ya no es operativa en la actualidad.

⁹³⁷ DÍEZ PICAZO, L. M^a y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7^a Ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 94.

*este procedimiento las discusiones sobre la propiedad, titularidad dominical, o la posesión definitiva o el mejor derecho a poseer o, en fin, la naturaleza del derecho real controvertido*⁹³⁸.

Esta especial protección que recibe el detentador también la encontramos en los Derechos francés e italiano⁹³⁹, aunque sólo el poseedor puede proceder a la usucapión. De hecho, el *animus domini* sirve en el Derecho italiano para distinguir al poseedor (el cual intenta poseer en concepto de propietario o de otro derecho real) del detentador, cuya acción posesoria no está expresamente contemplada en el *Codice*⁹⁴⁰.

En definitiva, la diferencia entre poseedor y detentador sólo tiene efectos prácticos a efectos de usucapión, con lo que la protección que se les otorga en estos ordenamientos no difiere de la dispensada al poseedor por el BGB. Por lo tanto, exigir o no un *animus domini* no afecta a la protección procesal⁹⁴¹.

b) Por otro, es cierto que el BGB no distingue entre poseedor y detentador, pero el poseedor no puede usucapir por el mero hecho de serlo. Por lo tanto, si el BGB exige un *animus* específico (poseer en concepto de dueño) similar al exigido al poseedor por los Derechos español, catalán, francés e italiano, el poseedor tiene que tener en ambos sistemas un *animus* para proceder a la usucapión⁹⁴².

Por lo tanto, las soluciones que adoptan estos ordenamientos no son tan dispares entre sí aunque unos exijan un *corpus* y otros un *animus*.

c) Los ordenamientos distinguen entre el poseedor de **buena** y **mala fe**. Para algunos, el poseedor de buena fe es aquel que ha adquirido un

⁹³⁸ De acuerdo con los comentarios a este artículo por parte de GUERRA PÉREZ, Miguel, contenidos en la obra de XIOL RÍOS, Juan Antonio, *Enjuiciamiento civil: comentarios y jurisprudencia: Ley 1/2000, de 7 de enero*, Sepín, Las Rozas, 2008, p. 1379.

⁹³⁹ "In Francia e in Italia la azione contro lo spossessamento (réintégrandre, azione di reintegrazione) è concessa anche al detentore. In Francia la equiparazione e ancora più ampia, perché una legge del 1975 (l. 75-596 del 9 luglio) ha esteso ad detentore anche la azione contro le molestie (compliance) [...] solo il possessore può usucapire", ver CATERINA, R., "Il possesso", en GAMBARO, A. y MORECCO, A., *Trattato dei diritti reali*, Vol. 1, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp. 364 y 365. Ver también p. 373.

⁹⁴⁰ GAMBARO, A. y MORECCO, A., ob. Cit., pp. 373 y 397.

⁹⁴¹ Esta es la reflexión de CATERINA, R., "Il possesso", ob. Cit.: "In altre parole: in Germania la categoria dei possessori è ampia, e dentro la categoria si ritaglia una sottocategoria più ristretta a cui è riservata la possibilità di acquistare per usucapione; in Francia e in Italia la categoria dei possessori è più ristretta, ma la protezione possessoria è estesa anche a soggetti che non sono possessori. La differenza è principalmente terminologica", p. 365.

⁹⁴² Ver en cuanto a la usucapión en un sistema de propiedad europeo *infra*. Apartado IV, epígrafe 3.6.

determinado derecho desconociendo la verdadera titularidad del adquirente (Francia, Austria, Bulgaria, Portugal y España). Otros formulan una previsión más genérica, de tal forma que posee de buena fe el que cree que es realmente el propietario de una cosa o un derecho (República Checa, Malta o el *owner-possessor* del DCFR), o el que actúa con la convicción de que nadie más tiene un derecho mejor sobre la cosa (Lituania y Estonia).

La mayoría de ordenamientos establecen una presunción *iuris tantum* de la posesión de buena fe. En este sentido, DÍEZ PICAZO interpreta que de la presunción de buena fe del CC (que también contempla p. e. el Derecho francés) “*es lógico proclamar que todo poseedor tiene un título para poseer*”⁹⁴³. Así, el poseedor de una cosa o derecho siempre será considerado como titular del derecho por el cual posee, ya sea por la creencia de haberla adquirido en base a un justo título o por creer tener un mejor derecho que el resto, p. e. por haberla encontrado. Podríamos resumir lo anterior de la siguiente manera: “*posee tanto quien tiene de verdad un derecho real, como quien, sin tenerlo, parece que lo tiene, por ejercitar de hecho un poder sobre la cosa, bien sin fundamento jurídico alguno o bien por ser titular de un derecho de tipo obligacional, porque en tema de posesión se prescinde o abstrae por completo de la titularidad jurídica real, debido a razones de orden o seguridad pública*”⁹⁴⁴. Esta posesión de buena fe y la creencia de que se es titular del derecho en cuyo concepto se posee equivalen en algunos ordenamientos, como ya hemos visto, a título⁹⁴⁵. Si adoptásemos este punto de partida (el poseedor se considera y se presume de buena fe, lo que le otorga un título) podríamos conciliar el punto de vista posesorio del derecho angloamericano con los sistemas de derecho civil.

Veamos el siguiente ejemplo. En caso de conflicto entre la posesión y el derecho de propiedad prevalece este último, pero recordemos que hemos defendido que el propietario tiene como facultad residual obtener la posesión de la cosa siempre que las circunstancias lo permitan. Ello quiere decir que aunque exista propiamente un título posesorio originario y mejor que el resto

⁹⁴³ DÍEZ PICAZO, L. M^a y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas...*, ob. Cit., p. 94.

⁹⁴⁴ JORDANO BAREA, J. B, ob. Cit. Id. VLEX: VLEX-233178.

⁹⁴⁵ Vid. *supra*. Epígrafe 1.1.2.3.

(perteneiente al propietario), al fin y al cabo los conflictos entre propietarios no poseedores y poseedores no propietarios (así como entre meros poseedores) podrían resolverse satisfactoriamente en términos posesorios (un mejor derecho a poseer), en base a un título mejor y más antiguo. Bajo estas premisas, es posible que un propietario pierda la posesión cosa o le sea arrebatada por un tercero, que pretenda poseer a todos los efectos como si fuera el verdadero propietario. En este caso, el conflicto se resuelve en base a la prueba del mejor derecho a poseer, es decir, del título. De esta manera, aunque el propietario siempre pudiera reclamar la posesión de la cosa a su poseedor actual, éste podría permanecer en su posesión frente al propietario siempre que: a) tuviera un título suficiente para poseer frente al propietario y terceros, p. e. en base a un contrato de prenda válidamente celebrado (§§ 985 y 986 BGB); b) o actuase de buena fe, p. e. cuando el transmitente no tuviera poder de disposición suficiente y el adquirente no conociera esta circunstancia (§ 326 ABGB, art. 70 de la *Ownership Act* de Bulgaria, art. 1260 CCP, art. 433 CC y art. 1153 *Codi*). Fuera de estos casos, la posesión de este poseedor decaería frente al propietario o al poseedor inmediato, que recordemos goza de un derecho a recuperar la posesión de la cosa a su ámbito de señorío. Y todo ello a pesar de la existencia de la *rei vindicatio*. Lo mismo podría predicarse en los restantes conflictos posesorios. La tabla 4 nos muestra que la posesión goza de una protección jurídica autónoma y separada de la dispensada al derecho de propiedad.

d) El poseedor mediato también podría tener a su alcance acciones para la defensa de sus expectativas, como sucede en los §§ 861 y 869 BGB y en el Derecho español en los casos de intervención posesoria⁹⁴⁶.

e) El poseedor de buena fe hace suyos los frutos de la cosa hasta que el propietario le requiera la devolución de la cosa. Además, debería tener el derecho al abono de los gastos de conservación (p. e. arts. 1148 *Codi*, 451.1 y 455 CC y 71 de la *Ownership Act* de Bulgaria).

f) El poseedor debería poder defender su derecho frente a aquellas intromisiones ilegítimas, cuestión que será tratada en otro lugar⁹⁴⁷.

⁹⁴⁶ JIMÉNEZ HORWITZ, M., ob. Cit., pp. 636 y ss.

⁹⁴⁷ Vid. *infra*. Apartado III, epígrafe 3.2.

En definitiva, un punto de partida en una armonización europea sería considerar a la persona como titular de una relación con la propiedad que le otorgaría en última instancia un contenido residual: el derecho a poseer, cuando proceda, y el derecho a disponer del bien. La posesión sería una situación de hecho oponible a terceras personas que tuvieran un título posesorio de menor entidad. La buena fe del poseedor (p. e. poseer en concepto de dueño, que siempre se presumiría) también podría servir para proceder a la usucapión y obtener los frutos de la cosa.

2.7. El *commonhold* vs propiedad horizontal

La aparición del *commonhold* en el Derecho inglés tuvo lugar con la promulgación de la *Commonhold and Leasehold Reform Act* de 2002 (en adelante, CLRA)⁹⁴⁸. Esta norma introduce este *legal estate*, que consiste en la inscripción en el Registro de la Propiedad de un *freehold estate* bajo la forma de *commonhold*. Este *freehold*, que puede recaer sobre una propiedad inmueble o un edificio, está integrado por unidades más pequeñas de *fee simple*, cuya titularidad corresponde individual o colectivamente a diferentes propietarios (denominados *unit-holders*, ss. 12 y 13 CLRA). Las zonas comunes son aquellas que no forman unidades independientes (*common parts*, s. 25 CLRA), p. e. el ascensor, escaleras, parques..., y son titularidad de la asociación que conforma el *commonhold* (*commonhold association*, s. 34 CLRA)⁹⁴⁹. Esta asociación debe ser una empresa, es decir, una entidad con personalidad jurídica, cuyos componentes son los propios *unit-holders*. Además, existe el “*commonhold community statement*”, que recoge las normas y deberes de la asociación y de los *unit-holders*, p. e. las obligaciones de pagar una determinada cantidad de dinero anual, de llevar a cabo trabajos sobre los elementos comunes, de habilitar accesos a zonas privativas o de limitar el uso de las zonas comunes (s. 31 CLRA).

El objetivo principal de la reciente introducción de este *estate* en el Derecho inglés es ser una alternativa viable al *leasehold*. La administración de

⁹⁴⁸ Chapter 15.

⁹⁴⁹ Ver el *Commonhold and Leasehold Reform: Draft bill and consultation paper* del 2000, disponible en <http://www.communities.gov.uk/publications/housing/reformdraftbill> (consultado el día 13 de abril de 2010).

un bloque de pisos o casas entre el *freeholder (landlord)* y el *leaseholder (tenants)* ocasiona graves problemas y abusos⁹⁵⁰, con lo que se busca que los *leaseholders* se conviertan en *freeholders*, dependiendo de ellos mismos la administración de los elementos comunes. La naturaleza de este *commonhold*, según los propios impulsores de la reforma, se asemeja a la institución de la *copropriété* francesa⁹⁵¹, lo que indica que el *commonhold* es otro ejemplo de la aproximación del Derecho inglés a los sistemas de derecho civil.

En este sentido, la regulación del *commonhold* es similar a la propiedad horizontal recogida en los arts. 3.1 LPH, 553-1 CCC y § 1.2 de la *Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht* (en adelante, *WoEigG*)⁹⁵². La propiedad horizontal se caracteriza en estas normas por la existencia de dos elementos: a) unos privativos, sobre los cuales cada propietario tiene un derecho exclusivo (= *freeholders*); y b) unos comunes, en régimen de copropiedad (= *common parts*). Estas comunidades se constituyen a través de un título constitutivo, que regula los estatutos y los derechos y deberes de cada propietario, aunque la ley establece algunos de forma imperativa. Este título accede al Registro de la Propiedad (arts. 5 y 9 LPH, 553-7.1, 553-9.2 y 553-11 CCC, y § 4.1 *WoEigG*). La administración de la comunidad tiene lugar principalmente a través de la junta de propietarios (arts. 13.1.a LPH, 553-19 CCC y § 20 y siguientes *WoEigG* = *commonhold association*).

El *commonhold* ayuda al desarrollo inmobiliario ya que permite que el promotor pueda inscribir el título global del *commonhold* aunque la obra no esté finalizada (s. 7.(1) CLRA), lo que también es posible p. e. en los Derechos español y catalán (arts. 8.4 LH y 553-2 CCC)⁹⁵³. Además, cualquier derecho o

⁹⁵⁰ *Commonhold and Leasehold Reform: Draft bill and consultation paper*, pp. v y vi.

⁹⁵¹ Ver *Commonhold and Leasehold Reform: Draft bill and consultation paper*: "Jurisdictions based on the civil law also have concepts equating to commonhold: for example, Scotland has had a system known as the law of tenement for centuries, while France has the concept of *copropriété*", p. 79. En el Derecho francés se recoge en la Loi n°65-557 du 10 juillet 1965 *fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis* (Journal Officiel du 11 juillet 1965), y su art. 1 las define de la siguiente manera: "La présente loi régit tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part de parties communes".

⁹⁵² G. v. 15.03.1951 BGBl. I S. 175, 209. § 1.2: "Wohnungseigentum ist das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört".

⁹⁵³ El art. 8.4 LH establece que se inscribirán como una sola finca "los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada", mientras que el art. 553-2 CCC dispone que "pueden ser objeto de propiedad horizontal los edificios,

deber conferido o impuesto por el *commonhold community statement* afectará a cualquier nuevo propietario (s. 16.(1) CLRA), lo que también sucede p. e. bajo los Derechos español (art. 9.1.e) LPH) y catalán (art. 553-5.1 CCC).

Además, la constitución de un *commonhold* no tiene por qué recaer necesariamente sobre un inmueble destinado a vivienda, sino que también puede recaer sobre tiendas, oficinas, comercios⁹⁵⁴, como también sucede en los Derechos español y catalán. Así, el art. 553-2.2 CCC permite que se pueda constituir el régimen de propiedad horizontal “*en los casos de puertos deportivos con relación a los puntos de amarre, de mercados con relación a las paradas, de urbanizaciones con relación a las parcelas y de cementerios con relación a las sepulturas y en otros similares*”. La previsión del CCC está en consonancia con la RDGRN de 21 de marzo de 2001⁹⁵⁵, que había admitido la constitución de un régimen de propiedad horizontal sobre un cementerio conforme al CC.

Un dato de especial interés es que la promulgación de la CLRA no ha tenido el resultado esperado, ya que hasta febrero de 2008 sólo se habían registrado 14 *commonholds*⁹⁵⁶.

En otros Estados miembros el *commonhold* se estructura de forma diferente, p. e. en Holanda el edificio es propiedad de todos los propietarios,

incluso en construcción, en los que coexistan elementos privativos constituidos por viviendas, locales o espacios físicos susceptibles de independencia funcional y de atribución exclusiva a diferentes propietarios, con elementos comunes, necesarios para el uso y goce adecuado de los privativos, cuya propiedad les queda adscrita de modo inseparable”.

⁹⁵⁴ RIDALL, J. G., ob. Cit., p. 455.

⁹⁵⁵ RJ 2002\2187. Esta Resolución afirma que “el hecho de que se acuda a un régimen de propiedad horizontal no implica que le sean aplicables todas las que son propias del mismo pues no se está ante el elemento objetivo básico, un edificio, que conforme al artículo 396 del Código Civil las impone, ni tan siquiera por su destino las previstas para los complejos inmobiliarios a que se refiere el actual artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, por lo demás no vigente al tiempo de constituirse el que ha sido objeto de calificación. Cabe en consecuencia regular la copropiedad de cada uno de los elementos privativos del cementerio como una propiedad horizontal filial de la establecida con carácter general, pero no se puede excluir una configuración como la establecida, que suele ser habitual en el aprovechamiento de las fincas independientes de los edificios en régimen de propiedad horizontal destinados a garajes, en que se identifican los nichos o sepulturas a que da derecho cada cuota y sus ubicaciones con referencia a un plano cuyo testimonio puede archivar en el Registro”.

⁹⁵⁶ *The Law Commission Consultation Paper No 186. Easements, Covenants and Profits à Prendre* (LCCP186, pub. 28/03/08), para 11.4. Disponible en http://www.lawcom.gov.uk/closed_consultations.htm#2008 (consultado el día 1 de mayo de 2010).

que tienen un derecho de uso de carácter real sobre un apartamento o piso específico, y en Finlandia se crea una sociedad con responsabilidad limitada que es propietaria de todas las viviendas. Los propietarios son tratados como accionistas a los que se les otorga un derecho de uso de los apartamentos (que no tiene una naturaleza real). La estructura más extendida es la presente en los Derechos inglés, alemán, español, catalán y francés, que también podemos encontrar en Bélgica⁹⁵⁷ y Hungría⁹⁵⁸.

3. Los criterios de identificación de los derechos reales en cosa ajena

En base a la estructura propuesta, cualesquiera que sean los derechos reales que pudieran derivar del derecho de propiedad siempre tendrían su origen en las facultades que lo integran (goce, uso o disposición). En el mismo sentido se ha posicionado AKKERMANS, que propugna la aplicación de la teoría de los *primary and lesser property rights*. De acuerdo con este autor, el *primary right* por excelencia sería el derecho de propiedad y los *lesser rights* serían aquellos que derivasen directamente de él. Estos derechos con un alcance más limitado deberían incluirse en una triple clasificación preestablecida (*lesser rights to use, for security o anticipatory rights*), aunque deja la puerta abierta a la creación de una nueva categoría⁹⁵⁹. Esta división se encuentra presente en mayor o menor medida tanto en los ordenamientos jurídicos civilistas (alemán y francés), como angloamericanos (inglés). En puridad, aunque la relación de la persona con la cosa se instrumente de forma diferente en los sistemas de derecho civil y el derecho angloamericano (p. e. en la propiedad inmueble), el *primary right* (p. e. el *freehold* o el derecho de propiedad) se configura como el mayor derecho que una persona tiene respecto a una cosa⁹⁶⁰. En este sentido, la estructura de la s. 1 LPA de 1925

⁹⁵⁷ *General Report Real Property Law and Procedure in the European Union*, ob. Cit., p. 20.

⁹⁵⁸ HARMATHY, A., *Introduction to Hungarian law*, Kluwer Law International, The Hague, 1998, p. 89.

⁹⁵⁹ Ver en profundidad respecto al *access test infra*. Apartado II, epígrafe 4.2.2.

⁹⁶⁰ "The analysis of property law as a system of primary rights and lesser rights can be applied to the Roman system of property law. Although Roman law did not work with property rights as such, the primary entitlement to an object, dominium, was that right protected with the rei vindicatio, enabling an owner to get his object back if it had been taken or interfered with. Lesser rights, such as servitudes, were modelled on the powers of the dominus and were protected with the respective action. This analysis also holds true for the modern legal systems, the civil law systems, with their Roman law basis, as well as the English common law", ver

distingue claramente entre los *estates* (*freehold* y *leasehold*) y los demás *interests* o *charges*. Estos últimos pueden entenderse como derechos reales limitados que recaen sobre una propiedad ajena. Así, p. e. tanto los *easements* como los *profits* son, en palabras de GRAY y GRAY, “*carved out of a larger estate or interest*”, en base a las ss. 1(2).(a) y 27.(4) LPA y en la *Schedule 2*, párrafos 6.(3) y 7.(1).(a) de la LRA de 2002, es decir, de un *freehold* o un *leasehold*⁹⁶¹. De esta forma, sería posible partiendo de una propiedad esencialmente unititular crear derechos reales en cosa ajena (o propia) que limitarían la extensión del derecho del propietario, tal y como sucede en los sistemas de derecho civil.

Por lo tanto, una vez hemos identificado el contenido del derecho de propiedad y la propiedad horizontal, debemos centrarnos en los derechos reales en cosa ajena. En primer lugar, pondremos de relieve únicamente su contenido esencial y las posibles similitudes entre los diversos ordenamientos, para concluir posteriormente acerca de su posible convergencia en un sistema de propiedad europeo. Metodológicamente hemos centrado su estudio en el Derecho inglés, por ser el que puede presentar más divergencias, y lo ponemos en relación con los correspondientes derechos reales presentes en los sistemas de derecho civil.

3.1. Sobre bienes inmuebles

3.1.1. *Leasehold* vs arrendamiento

El *leasehold* es un *estate in land* (s. 1 LPA 1925). El *leasehold*, también denominado *lease* (cuando es de larga duración) o *tenancy* (cuando tiene una corta duración), concede a su titular la posibilidad de usar, disfrutar y disponer de su derecho a residir en un bien inmueble. Por lo tanto, el titular de un *leasehold* puede llevar a cabo actos de disposición de cualquier tipo, incluso crear una carga (*charge*, p. e. una hipoteca). La única diferencia con el *freehold* es su carácter temporal, que puede alargarse hasta los 999 años, y el hecho de

AKKERMANS, B., ob. Cit., p. 417. Ver al respecto *supra*. Apartado II, epígrafe 1.5, en el que se concluye que el *freehold* inglés ha evolucionado hacia un carácter absoluto similar al derecho de propiedad continental, lo que les convierte a ambos en *primary rights* de los que derivan el resto de derechos reales.

⁹⁶¹ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., ob. Cit., p. 643.

que su titular no podrá transmitir más derecho del que posee (*nemo dat quod non habet*)⁹⁶². Al *leasehold* siempre se le ha atribuido una naturaleza dual al aplicarse normas del derecho de propiedad (por su condición de *legal estate*) y del derecho contractual (por la especial regulación entre el arrendador -*landlord*- y el arrendatario -*tenant*-, que se recoge tanto en la *Rent Act* de 1977 como en la *Housing Act* de 1988⁹⁶³). De hecho, la persona que concede un *leasehold* (p. e. un *freeholder*) recibe necesariamente un dinero a cambio. En la actualidad es común la creación de *leasehold estates* para finalidades comerciales o empresariales (p. e. tiendas), así como *leaseholds* de larga duración. En este último caso su titular no tiene el sentimiento de ser un arrendatario sino de tener un derecho muy similar al *freehold*⁹⁶⁴.

Por lo tanto, el *lease* tiene una naturaleza real aunque exista una relación entre el *landlord* y el *tenant*, como lo demuestra el hecho de que la LRA de 1925 permitía la inscripción voluntaria de los *leases* con una duración mayor a 21 años. La LRA de 2002 sólo prevé la inscripción de *leases* con una duración mayor de 7 años (s. 4.(2).b)), salvo alguna excepción. Así, el s. 4.(1).(d) de la LRA de 2002 exige la inscripción de aquellos *leases* cuya posesión por el *tenant* vaya a ser efectiva pasados tres meses desde su creación, p. e. el contrato se firma en marzo pero el *tenant* no va a entrar en la posesión de la finca hasta septiembre. En este caso, si un tercero adquiere el *freehold* antes de la posesión efectiva lo adquirirá libre de cargas si el *leasehold* no consta en el Registro de la Propiedad. La voluntad que subyace en la modificación operada por la LRA de 2002 es no colapsar el Registro de la Propiedad, al menos hasta que no esté instaurada plenamente la inscripción electrónica⁹⁶⁵. Los *leaseholds* que tengan una duración menor a 7 años se

⁹⁶² GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 310.

⁹⁶³ *Chapters* 42 y 50 respectivamente.

⁹⁶⁴ Es la opinión de DAVEY, Martin, "Long Residential Leases: Past and Present", en BRIGHT, S. (Ed.), *Landlord and Tenant Law. Past, Present and Future*, Hart Publishing, Oxford, 2006: "By contrast, a tenant under a long residential lease (who is frequently described as a 'leaseholder') will have paid a capital sum to acquire the lease (which will be a saleable asset). They will pay a relatively low 'ground rent'; pay the council tax to the local authority; and, will have to repair the property, if they wish to maintain the value of the lease. They will not see themselves as a 'tenant', and nor are they likely to think of the freeholder as their 'landlord'. Therefore, in the case of a long lease, contract and property law combine to ensure that in the early years of long lease, the 'property' right of the landlord is relatively weak, and that of the leaseholder is correspondingly stronger", pp. 147 y 148.

⁹⁶⁵ *Law Commission Report* c271. Apartado 8.9.

considerarán de forma general como *overriding interests* (*Schedule 1.1.* y 3.1 LRA 2002).

3.1.1.1. Su vertiente personal

El *leasehold* inglés está influenciado por el derecho contractual. En el caso *Bruton v London and Quadrant Housing Trust*⁹⁶⁶ una autoridad local concedió a una *Charitable Trust* un bloque de pisos en base a una *license*, que no es un *legal estate* o *interest* sino un derecho personal que permite a su titular ocupar la finca⁹⁶⁷. El Sr. Bruton entró a vivir en uno de esos pisos en base a una *license* suscrita con la *Charitable Trust* (así se especificó en el contrato), pero al cabo de un tiempo el Sr. Bruton alegó que en realidad existía un *lease/tenancy* al tener la *exclusive possession* del piso. El demandante buscaba la aplicación de la s. 11 de la *Landlord and Tenant Act* de 1985, que obligaba a los *landlords* (en este caso, la *Charitable Trust*) a realizar una serie de reformas que en caso contrario no tendría la obligación de llevarlas a cabo. *A priori*, la solución era clara: la *Charitable Trust* no tenía un *lease* y, por lo tanto, no lo pudo transmitir al Sr. Bruton. Esta fue la opinión de la *Court of Appeal* que desestimó la demanda. Además, la doctrina del *tenancy by estoppel* no podía aplicarse⁹⁶⁸.

Esta decisión fue apelada a la Cámara de los Lores. Este órgano estimó la apelación al entender que sí existía un *lease* aunque derivase de una *license*, lo que no casa con las reglas más esenciales de la *property law* inglesa (*nemo dat quod non habet*). Para llegar a esta conclusión este órgano describió el *lease* o *tenancy* como aquella “*relationship between two parties who are designated landlord and tenant. It is not concerned with the question of whether the agreement creates an estate or other proprietary interest which may be binding upon third parties*”. Por lo tanto, existe un *lease* desde que el *landlord* y el *tenant* están unidos por una relación jurídica que implique que el primero debe facilitar al *tenant* el goce exclusivo de un bien por un período

⁹⁶⁶ [2000] 1 A.C. 406.

⁹⁶⁷ GRAY, K y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 337.

⁹⁶⁸ Esta figura surge cuando el *landlord* quiere ceder un *lease* al *tenant* que no es posible jurídicamente (p. e. por falta de título). El *estoppel* protege al *tenant* frente al *landlord* como si fuera un verdadero arrendatario, aunque no frente a terceros. Si el *landlord* adquiere en un futuro el título suficiente para transmitir el *lease*, el *tenant* consolida legalmente su posición.

determinado. La transmisión o no de un *property right* al Sr. Bruton dependerá “*whether the landlord had an interest out of which he could grant it. Nemo dat quod non habet*”. De esta manera, sólo si el *landlord* tiene un *proprietary estate* el *lease* tendrá un carácter real (en nuestro caso, el derecho del Sr. Bruton sería un *lease* si la *Charitable Trust* hubiese sido titular de un *leasehold* en lugar de una *license*). Pero el hecho de no ser titular de tal *estate* no afecta a la consideración del derecho como un *lease*, aunque pase a tener un alcance contractual. Estas consideraciones chocan frontalmente con el ideal inglés sobre el que se asienta el *leasehold* (ya que está considerado como un *legal estate -proprietary right-* y no como un derecho personal) y, por este motivo, la naturaleza de este *lease* ha sido criticada doctrinalmente en el sentido de que lo que le correspondería al Sr. Bruton es en realidad una *license*⁹⁶⁹. De hecho, se ha llegado a considerar que “*from a doctrinal point of view, that reasoning is impossible to defend*”⁹⁷⁰.

A partir de la resolución de la Cámara de los Lores es posible hablar en el Derecho inglés de la existencia de un *non-proprietary lease*, es decir, de un *lease* que no tiene una naturaleza real y cuya naturaleza jurídica se acerca de acuerdo con GRAY y GRAY a su homólogo civilista: otorga una posesión exclusiva por un período de tiempo a cambio de una contraprestación periódica, sin que el *tenant* tenga un *property right* con efectos *erga omnes*⁹⁷¹.

⁹⁶⁹ “The whole corpus of law relating to landlord and tenant derives from the status of landlord and tenant, from privity of estate, from the fact of ownership of a proprietary interest in land, not from the fact of having entered into an agreement which might or might not have created such a proprietary interest. An agreement in the form of a lease, but which does not create a proprietary interest, cannot be a lease”, ver ROUTLEY, P., “Tenancies and Estoppel – after Bruton v London & Quadrant Housing Trust”, en *Modern Law Review*, 63, 2000, p. 428. BRIDGE está a favor de que se hubiese considerado un *lease* para que no llegase a buen fin la excusa de no tener capacidad para ceder un *tenancy* para eludir la normativa, pero sienta un mal precedente al crear un *interest* híbrido sin una naturaleza real, BRIDGE, Stuart, “Leases – contract, property and status”, en TEE, L., ob. Cit., p. 119. Además, si se aplica la s. 11 a este supuesto el resto de normas que hagan relación al *tenant* también deberían aplicarse, reflexión que realiza BARR, Warren, “Charitable lettings and their Legal Pitfalls”, en COOKE, E., Vol. 1, ob. Cit., pp. 250 y 251. Efectivamente, el *tenant* tiene un derecho que no es oponible a terceros pero que se le aplican las normas previstas para el derecho que sí es oponible (*lease*). El escepticismo lo plasma DIXON de la siguiente manera: “This decision and its reasoning has attracted some sharp criticism and it is not clear what this ‘non-proprietary lease’ is not properly identified as a license!”, ver DIXON, M., *Land Law...*, ob. Cit., p. 122.

⁹⁷⁰ MCFARLANE, Ben, *The structure of property law*, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 668.

⁹⁷¹ En palabras de GRAY, K. y GRAY, S. F.: “It is also likely that, viewed from a wider perspective, Bruton evidences the gradual eclipse of the leasehold relationship as involving the conferment of a proprietary estate, thus foreshadowing, at least in the short-term residential sector, the decline of this (nowadays) politically incorrect device into something much more

Se trata de una reminiscencia del antiguo *leasehold* presente en la época medieval que tenía un alcance meramente personal⁹⁷². Además, el *lease* se ve influenciado cada vez más en el Derecho inglés por las normas de protección de consumidores y usuarios, en particular por la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation* de 1999⁹⁷³. De hecho, la *Law Commission* conceptualiza el derecho de vivienda (*housing law*) como una rama del derecho de consumo partiendo de la base de la relación contractual entre el *landlord* y el *tenant*⁹⁷⁴.

La vertiente contractual del *leasehold* está formada por una serie de derechos y obligaciones entre el *landlord* y el *tenant*. Son los *leaseholds covenants*⁹⁷⁵, que son los términos incluidos en el *lease* por las partes (*express covenants*) o por la ley (*implied covenants*), y pueden imponer una conducta al *landlord* (*landlord covenants*) o al *tenant* (*tenant covenants*). Los más usuales son, para el *landlord*: a) el pacífico disfrute de la vivienda por parte del *tenant*; b) la prohibición del *landlord* de poner fin al *lease* en cualquier momento; y c) la obligación de realizar las reparaciones necesarias (p. e. para que la vivienda sea apta para ser habitada, s. 8 *Landlord and Tenant Act* 1985); y para el *tenant*: a) pagar una renta; o b) prohibir el subarrendamiento. De acuerdo con la s. 3 de la *Landlord and Tenant (Covenants) Act* de 1995⁹⁷⁶, en caso de transmisión del estate por el *landlord* a un tercero, éste queda vinculado por los *landlord covenants* preexistentes a no ser que tengan una naturaleza personalísima; y de la misma forma el nuevo *landlord* se beneficia de todos aquellos *tenant covenants* que no tengan dicho carácter.

En los sistemas de derecho civil encontramos paralelismos en los Derechos español y alemán en los arrendamientos, regulados en el primero en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos⁹⁷⁷ (en adelante, LAU), y en los §§ 549 y siguientes BGB en el segundo. Estos

closely resembling the civilian concept of a contract of hire of land”, ob. Cit., p. 314. Ver pp. 315 y ss. en cuanto a sus características. Ver en cuanto al alcance personal de este *lease* *London Borough of Islington v Green and another* [2005] EWCA Civ 56, y *Kay and others v Lambeth London Borough Council, Leeds City Council v Price and others* [2006] 2 AC 465.

⁹⁷² Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado I, epígrafe 4.1.2.

⁹⁷³ No. 2083.

⁹⁷⁴ MORGAN, Jill, “Leases: Property, Contract or More?”, en DIXON, M. (Ed.), *Modern Studies...*, ob. Cit. pp. 424 a 426.

⁹⁷⁵ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., pp. 519 y ss.

⁹⁷⁶ Chapter 30.

⁹⁷⁷ BOE 25 noviembre 1994, núm. 282, [pág. 36129].

contratos crean únicamente derechos personales a sus titulares. Los *leaseholds covenants* se asemejan a los derechos y deberes que imponen las legislaciones civilistas en materia de arrendamientos urbanos. Así, la LAU exige el consentimiento del arrendador para el subarriendo (art. 8.2 LAU), y establece el régimen de reparaciones a efectuar sobre la vivienda (arts. 21 a 23 LAU). Además, el art. 8.1 LAU prevé que en caso de cesión del contrato por parte del arrendatario el cesionario se subrogará en la posición del cedente, y si el arrendador vende la finca a un tercero, éste quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato (art. 14.1 LAU).

En definitiva, la naturaleza jurídica del arrendamiento regulado en los sistemas de derecho civil no es comparable a la del *leasehold* (los *leases* y las *tenancies* tienen una naturaleza real), pero no es menos cierto que en el Derecho inglés existe un derecho denominado *lease* que tiene una naturaleza personal: el *non-proprietary lease*. Por lo tanto, la conversión en una armonización europea del *leasehold* en un derecho *in personam* no sería, al menos, desconocida completamente en el Derecho inglés.

3.1.1.2. Su vertiente real

Desde una perspectiva real, existe un paralelismo del *leasehold* con el **censo enfitéutico** regulado en el Derecho español, que tiene lugar cuando una persona, el censalista, cede a otra, el enfiteuta, el dominio útil de una finca, reservándose aquél el dominio directo sobre ésta y el derecho a percibir una pensión anual del censatario por el inmueble recibido (art. 1605 CC). La enfiteusis también es una forma de crear un derecho asimilable al *leasehold* en el Derecho francés en un supuesto muy específico⁹⁷⁸, así como en el italiano (art. 959 *Codi*) y en el holandés. En este último ordenamiento la enfiteusis provoca que el propietario con el dominio útil tenga una propiedad casi vacía, reteniendo únicamente la expectativa de recuperarla cuando pase el período

⁹⁷⁸ Ver BELL, J., BOYRON, S. y WHITTAKER, S., ob. Cit.: "Two forms of long lease create property rights. Emphyteusis is a lease for between 18 and 99 years under which the tenant, in return for a modest rent payment, undertakes to perform major works on the land (Arts. L 451-1 to 425-13 C. rur.)", p. 303.

pactado⁹⁷⁹. Sin embargo, ni el Derecho francés, ni el alemán ni el portugués prevén esta figura⁹⁸⁰. En cuanto al Derecho catalán, el censo enfiteútico tuvo mucha importancia durante los siglos XVII, XVIII y principios del XIX para el crecimiento urbano, en particular en Barcelona, ya que posibilitaba al censuario construir en suelo ajeno pagando únicamente un canon al censalista. Sin embargo, la revolución liberal del siglo XIX consideró la enfiteusis como una carga demasiado onerosa debido a su carácter perpetuo y a los derechos de laudemio que asistían al censalista en caso de que el enfiteuta enajenara la finca (que se traducían en el cobro de un canon)⁹⁸¹. Es por ese motivo que el Derecho catalán decidió atribuir la plena propiedad al enfiteuta (art. 565-1 CCC). Por lo tanto, la regulación catalana vigente no configura al censo enfiteútico como un dominio dividido, sino que atribuye al censalista un derecho real en cosa ajena⁹⁸². Esta institución es poco utilizada en la actualidad debido a que el propietario de una vivienda prefiere venderla, arrendarla o constituir un derecho de superficie⁹⁸³ en lugar de perder la propiedad a cambio de un canon. Además, el censalista está sujeto a una posible redención del censo (pago del precio del terreno por parte del enfiteuta), que tendrá lugar cuando más le convenga a éste. La doctrina ha defendido su uso para fines urbanísticos como sucede en Suecia, Holanda, Bélgica⁹⁸⁴ y Polonia⁹⁸⁵ (las corporaciones locales cederían el suelo para su construcción a un precio asequible y seguirían siendo propietarias del bien). Este último país prevé el usufructo perpetuo, que sirve para el uso y administración de las propiedades municipales y del estado. El derecho del usufructuario se acerca al de un propietario más que a un derecho real limitado. El usufructuario, durante un período que suele ser de 99 años, puede utilizar y disponer de la finca.

⁹⁷⁹ AKKERMANS, B., "The New Dutch Civil Code: Borderline between Property and Contract", en VAN ERP, S. y AKKERMANS, B., ob. Cit., p. 170.

⁹⁸⁰ FUENTESECA DEGENEFTE, M., ob. Cit., pp. 163 a 166.

⁹⁸¹ GÓNZALEZ BOU, Emilio, "El censo enfiteútico en Cataluña: configuración actual y perspectivas de futuro", en *La Notaría*, Núm. 6/2003, Junio 2003. Id. vLex: VLEX-231515.

⁹⁸² En este sentido, ver DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E., ob. Cit., p. 360.

⁹⁸³ Respecto a este derecho, vid. *infra*. Epígrafe 3.1.8.

⁹⁸⁴ GÓNZALEZ BOU, E., ob. Cit. Id. vLex: VLEX-231515.

⁹⁸⁵ FRANKOWSKI, Stanislaw, *Introduction to Polish Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, pp. 60 y 61.

Por lo tanto, la enfiteusis es una manera de incentivar la construcción de viviendas a un coste más asequible. Sin embargo, es una institución en desuso entre los particulares y circunscrita al ámbito público.

3.1.2. *Mortgage* vs hipoteca

La *mortgage* inglesa presenta diferencias relevantes con las hipotecas continentales. Como veremos posteriormente, las hipotecas continentales gravan la finca que continúa en el patrimonio de su propietario⁹⁸⁶. Sin embargo, en el Derecho inglés la hipoteca se constituía a través de la transmisión del *fee simple* al acreedor, que debía retransmitir al deudor si pagaba la cuantía de la deuda. Este deudor tenía un derecho a recuperar la propiedad, la denominada *equity of redemption* (que aún existe en la actualidad). Las particularidades de la *mortgage* inglesa aconsejan un análisis histórico de su naturaleza jurídica. Además, la hipoteca es un derecho real que puede redundar de manera decisiva en beneficio de las libertades comunitarias y es un ámbito en el que ya existe un modelo que puede convivir con el resto de hipotecas nacionales: la eurohipoteca, que será objeto de estudio en la Parte II del presente trabajo.

3.1.2.1. En la época medieval: la *classical mortgage*

La evolución de la *mortgage* inglesa tiene lugar en los siguientes períodos:

a) En los tiempos más primitivos del derecho angloamericano (siglo XII), la institución de la *mortgage* no existía como tal sino que asimilaba a la prenda (*pledge*). El “hipotecante” cedía la posesión (*seisin*) de la tierra al acreedor, que no gozaba de la protección específica de ningún *writ*. Por lo tanto, si el acreedor dejaba de estar en posesión de la finca no tenía una acción en el derecho común para recuperarla (se consideraba que sólo tenía derecho a la deuda). La transacción se consideraba *sui generis*: la doctrina de los *estates* aún no se había desarrollado, con lo que no se cedía ningún título (sólo la posesión)⁹⁸⁷.

⁹⁸⁶ Vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 3.

⁹⁸⁷ “Glanvill tells us that nothing in the nature of a charge was recognized; the mortgagor must convey the seisin in the lands to the mortgagee, who would then hold the lands ut de vadio-by

En este período podemos distinguir la *mort gage* (prenda muerta) de la *vif gage* (prenda viva)⁹⁸⁸. En el primer caso el acreedor se hacía dueño de los frutos del fundo y, a su vez, tenía derecho a la devolución del capital del préstamo (lo que se consideraba una práctica usuraria), aunque el acreedor perdía el derecho después de su muerte. En el segundo caso, los frutos se destinaban directamente al pago de la deuda. El término *mortgage* se fue imponiendo con el paso del tiempo junto con la posibilidad de pactar un período de tiempo en el cual el deudor debía pagar el préstamo. Si las partes pactaban esta cláusula, el acreedor adquiría automáticamente el *fee* si el deudor no cumplía con su obligación; si por el contrario tal pacto no existía, el acreedor debía acudir a los tribunales para hacer valer su derecho. Este pacto se extendió poco a poco en la práctica, con lo que una vez impagada la deuda el acreedor adquiría de forma automática el *fee*. Sin embargo, ello no tenía lugar *ab initio*, sino sólo *a posteriori* en el momento del incumplimiento de la obligación. Durante este período de tiempo el *gagee* o acreedor siempre estaba en posesión de la finca.

En los tiempos de Bracton (siglo XIII), se mantuvo este esquema aunque se utilizaba un *lease for years* y se concedieron mecanismos de protección al acreedor, con lo que su seguridad se veía reforzada⁹⁸⁹.

b) En el siglo XV la *mortgage* evolucionó hacia la forma clásica que adoptaría en mayor o menor medida en siglos posteriores: el hipotecante transfería al acreedor un *fee simple* con la posibilidad de reentrar en el fundo.

way of pledge. This was a peculiar way of holding lands; as lawyers say, the transaction was sui generis, in marked contrast to the later law in which mortgagees were given one of the ordinary estates, such as fee simple or a term of years. The Glanvillian gagee was given a gage, and nothing else", ver SIMPSON, A. W. B., ob. Cit., p. 141.

⁹⁸⁸ POLLOCK FREDERICK, y MAITLAND, F. W., ob. Cit., pp. 119 y 120. En el mismo sentido WALDOCK, CH. M. y GREVILLE HANBURY, Harold, *The law of mortgages*, Stevens & Sons, Sweet & Maxwell, LTD, London, 1938, pp. 22 y 23. Ver también STRAHAN, J. Andrew, *The principles of the general law of mortgages*, 3rd Ed., Sweet & Maxwell, London, 1925, pp. 1 y 2; PLUCKNETT, Theodore F. T., *A concise history of the common law*, 5th Ed., Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., London, 1956, p. 604.

⁹⁸⁹ DEXTER HAZELTINE, Harold, "The Gage of Land in Medieval England", en *Select Essays in Anglo-American Legal History*, Vol. III, The Lawbook Exchange, Ltd., New York, 1992: "In the age of Bracton the popular form of gage is a lease of years to the creditor, under the condition that, if the debt be not paid at the end of the term, the creditor shall hold the land in fee. During the term the gagee has the *possession* or *seisina* of a term, and this possession is protected by writ. On default of the debtor the fee shifts at once and without process of law to the creditor; the fee, the land itself, is thus forfeited for the debt. Here we have a form of the property-gage very much like the Glanvillian gage for a term with clause of forfeiture; and indeed the chief difference is the protection thrown about the creditor's possession in the later form", p. 655.

Por lo tanto, el *fee* se cedía desde un inicio pero no se obligaba al acreedor a realizar una ulterior transmisión si el deudor satisfacía la obligación⁹⁹⁰. Así se desprende de un texto recurrente de LYTTLETON⁹⁹¹:

“Also, if feoffment be made upon such condition, that if feoffor pay to the feoffe at a certain day, &c., forty pounds of money, that then the feoffor may re-enter, &c., in this case the feoffe is called tenant in mortgage, which is as much as to say in French, as *mort gage*, and in Latin, *mortuum vadum*. And it seemeth, that the cause wherefore it is called mortgage is, for that is standeth in doubt whether the feoffor can* pay at the day limited such sum or not: and if he doth not pay, then the land which he puts in pledge upon condition of the payment of the money is gone from him for ever, and so dead as to the tenant, &c.”.

c) Después de los tiempos de Littleton (siglo XVII) el hipotecante transmitía un *fee simple* al acreedor, con el pacto de que si el deudor satisfacía la obligación éste debía retransmitir de nuevo el *fee* al hipotecante, normalmente al cabo de 6 meses (no existía en favor del hipotecante un simple derecho a reentrar)⁹⁹². La necesidad de *re-conveyance* tuvo su origen en los abusos que existieron por las rigideces del derecho común, ya que al deudor, en caso de impago, le era imposible recuperar la propiedad. Un ejemplo lo encontramos en el texto de SHEPPARD (siglo XVII)⁹⁹³:

“Mortgage doth fignifie in our Law, a pawn of Lands or Tenements, Goods or Cattles, laid, or bound for Money borrowed, peremptorily to bethe Creditors for ever, if the money be not paid at the day agreed upon. Of Lands thus : As if one make a Feoffment in Fee Leafe for life, or years to another (for mony borrowed) on Condition, That if he repay him his money by fuch a day, that then fhall have his Land again”.

La institución de la *equity* influyó decisivamente en este ámbito. El hipotecante fue volviendo poco a poco a obtener la posesión del fundo y la equidad reconoció a principios del siglo XVII la propiedad del hipotecante gracias, sobretudo, la denominada ***equity of redemption*** (1639)⁹⁹⁴. Un ejemplo

⁹⁹⁰ SIMPSON, A. W. B., ob. Cit., pp. 142 y 143; y POLLOCK, F. y MAITLAND, F., ob. Cit., p. 122.

⁹⁹¹ LITTLETON, Thomas, *Treatise of tenures*, by Tomlins, London, 1841, pp. 377 y 378.

⁹⁹² La segunda posibilidad para el hipotecante era constituir un *lease* hacia el acreedor.

⁹⁹³ SHEPPARD, W., ob. Cit., Chapter XIII, epígrafe 744.

⁹⁹⁴ SIMPSON, A. W. B., ob. Cit., pp. 242 a 247; y HOLDSWORTH, W. S., *A history of english law*, Vol. VII, Methuen & Co. Ltd. London, 1925, pp. 375 y 376, y WALDOCK, CH. M. y GREVILLE HANBURY, H., ob. Cit., pp. 25 y 26; TURNER, R. W., *The equity of redemption. Its*

de esta doctrina la encontramos en *Lisle v Reeve* [1902]⁹⁹⁵, donde se determinó que la equidad interviene justo cuando el *legal estate* del acreedor se convierte en absoluto (cuando se cumple el plazo pactado para la devolución del préstamo), limitando así sus efectos⁹⁹⁶. Sin embargo, hay que diferenciar la *equity of redemption* del *equitable right to redeem*. La primera nace desde el mismo momento en que se constituye la *mortgage*, mientras que la segunda lo hace cuando el derecho contractual a redimir ya ha expirado (es decir, cuando se incumple la obligación). Además, la *equity of redemption* es un *proprietary interest* que protege al propietario de acuerdo con el caso *Casborne v Scarfe* [1738], lo que significa que puede ser transmitido a terceros, mientras que el *equitable right to redeem* es únicamente una acción⁹⁹⁷.

Con anterioridad a la legislación de 1925 obtenemos una definición de la *mortgage* en *Santley v Wilde* [1899]⁹⁹⁸: “*A mortgage is a conveyance of land or an assignment of chattels as a security for the payment of a debt or the discharge of some other obligation for which it is given*”. Una primera idea es que se transmite la propiedad al acreedor, pero esta transmisión no es absoluta: “*the security is redeemable on the payment or discharge of such debt or obligation*”. De esta manera, la *equity of redemption* sigue siendo aplicable hasta la promulgación de la LPA 1925.

Como puede observarse, la equidad influyó y determinó el alcance de

nature, history and connection with equitable estates generally, Cambridge University Press, 1931, p. 29; y PLUCKNETT, T. F. T., ob. Cit., p. 607.

⁹⁹⁵ A. C. 161.

⁹⁹⁶ “When the estate has become absolute at law equity intervenes, and says that even then the estate which has become absolute at law is meant to be, and ought to be treated as being, a security only. If, however, there is no legal right of redemption, there is no right which equity can extend. In other words, an equity of redemption can never exist unless there exists a legal right of redemption”.

⁹⁹⁷ Atk 683: “an equity of redemption has always been considered an estate in the land, for it may be devised, granted, or entailed with remainders, and such entail and remainders may be barred by a fine and recovery and therefore cannot be considered as a mere right only, but such an estate whereof there may be a seisin; the person therefore entitled to the equity of redemption is considered as the owner of the land, and a mortgagee in fee is considered as personal assets”, citada por *Re Wells; Swinburne-Hanham v Howard* [1932] All ER Rep 277. Ver también BRAY, Judith, *Unlocking land law*, Hodder & Stoughton, London, 2004: “The equity of redemption arose as soon as the mortgage was created. It was itself a right in property and it could be dealt with in several ways: 1. it could be conveyed to another; 2. it could be leased, 3. it could be devised/left to someone by will; 4. it could even be mortgaged itself”, p. 357. Ver también MEGARRY, R y WADE, W., ob. Cit., p. 1174.

⁹⁹⁸ 2 Ch 474.

la *mortgage*. De acuerdo con *Noake v Rice* [1902]⁹⁹⁹ existen tres principios fundamentales que nacieron en los tribunales de equidad:

a) El "*once a mortgage always a mortgage*", en virtud del cual una hipoteca nunca es irredimible y cualquier pacto en contrario es nulo. En consecuencia, en esta resolución sale a la luz la función de garantía de la *mortgage*, es decir, una hipoteca no transmite la plena propiedad sino que es un mecanismo de garantía¹⁰⁰⁰. Nos encontramos ante una ficción: el acreedor es el propietario desde un punto de vista legal, pero en equidad lo sigue siendo el hipotecante.

b) El hecho de que ningún acreedor puede obtener una ventaja adicional con la hipoteca (*collateral advantage*). Desarrollado en *Kreglinger and another v New Patagonia Meat and Cold Storage Co, Ltd* [1914]¹⁰⁰¹, la esencia de este principio es que las partes son libres de pactar cualesquiera ventajas a favor del acreedor siempre y cuando no sean injustas o desmesuradas ni supongan una obstrucción a la *equity of redemption* (que constituye el tercer principio que nació en los tribunales de equidad).

Con anterioridad al caso *Noake v Rice* de 1902 los tribunales ingleses habían reconocido ventajas adicionales para los acreedores que constituían una hipoteca, así como obstrucciones a la *equity of redemption* (*clogs or fetters*). Como ejemplo tenemos el caso *Santley v Wilde* [1899], en el que se acepta que el acreedor tenga derecho, junto con el capital e intereses, a ejercitar una cláusula que obligaba al deudor a pagar 1/3 de los rendimientos obtenidos por un *lease* a su favor. El juez no entendió que existiera alguna obstrucción a la *equity of redemption* y sigue la doctrina sentada en el caso *Biggs v Hoddinot* [1898]¹⁰⁰², en la que se pactó que los deudores, además de pagar el capital, intereses y costas, sólo adquirirían cerveza de los prestamistas sin poder redimir la hipoteca en el plazo de 5 años. El hipotecante (Hoddinot)

⁹⁹⁹ A.C. 24.

¹⁰⁰⁰ "So that, although it might appear at first sight that an absolute conveyance had been intended it was open to the party to prove that this was not so; and, this done, he would be entitled on payment of principal interest and costes (other, of course, than the costs incurred in establishing his case), to have the property reconveyed to him in the same estate as that in which he mortgaged it", ver STEPHENSON, C. H. S., ob. Cit., p. 45. Respecto a las siguientes características, ver pp. 46 y ss.

¹⁰⁰¹ A.C. 25.

¹⁰⁰² 2 Ch. 307.

dejó de adquirir cerveza e intentó redimir la hipoteca pagando con anterioridad a los 5 años, para de esta forma volver a ser el propietario legal del bien hipotecado. El juez denegó su solicitud y la existencia de cualquier obstrucción al ejercicio de la *equity of redemption*. Sin embargo, esta doctrina se modificó en el caso *Noake v Rice* [1902], en la que se discutía un *covenant* impuesto al hipotecante que era exigible durante un período de tiempo con independencia del ejercicio de la *equity of redemption* (que finalmente tuvo lugar)¹⁰⁰³. El primer juez se inclinó por estimar que existía una obstrucción o interferencia en el ejercicio de ese derecho (la propiedad debía volver al hipotecante en las mismas condiciones que en el momento de constitución de la *mortgage*), mientras que el cuarto juez se pronunciaba expresamente en contra de la solución adoptada en *Santley v Wilde*¹⁰⁰⁴. Por último, Lord Mersey en *Kreglinger v New Patagonia* compara esta doctrina del *clog* con un perro revoltoso, que si no es atado a su perrera, puede llegar a lugares donde no debería estar (*“It seems to me to be like an unruly dog, which, if not securely chained to its own kennel, is prone to wander into places where it ought not to be”*). No obstante, existen otros casos en los que puede apreciarse la importancia de la *equity of redemption*, centrados básicamente en la admisión de los derechos de opción de compra atribuidos al acreedor¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰³ El *covenant* era el siguiente: “And for the considerations aforesaid the mortgagor, so as to charge the premises ... hereby demised into whosoever possession the same may come, whether by act of the party or by operation of law or by any other ways or means however, and to the further intent that the obligation of this covenant may run with the land, doth hereby covenant with the company that the mortgagor shall not nor will, at any time during the continuance of the term aforesaid, and whether any principal moneys or interest shall or shall not be owing upon the security of these presents, use or sell, or permit to be used or sold, in, upon, or about the said demised premises any malt liquors, except such as shall be bona fide purchased by the mortgagor of the company”.

¹⁰⁰⁴ Vid. *supra* en este mismo epígrafe.

¹⁰⁰⁵ Así, por ejemplo, en el caso *Samuel v Jarrah* [1904] A. C. 323, se pactó que junto con el desembolso del dinero el acreedor (Samuel) obtendría un derecho de opción de compra (*“the option to purchase the whole or any part of such stock at 40 per cent. at any time within twelve months”*). Ejercitada la opción, el tribunal la considera como una intromisión a la *equity of redemption* (*“The transaction was in my opinion a mortgage, plus, amongst other things, an option to purchase, which if exercised by the mortgagee would put an end to the mortgagor's right to redeem”*), y desarrolla la cuestión del *once a mortgage always a mortgage*: “means that no contract between a mortgagor and a mortgagee made at the time of the mortgage and as part of the mortgage transaction, or, in other words, as one of the terms of the loan, can be valid if it prevents the mortgagor from getting back his property on paying off what is due on his security”. Sin embargo, en *Leslie v Reeve* [1902] el tribunal acepta la opción puesto que se pacta posteriormente a la hipoteca y no va en contra de la *equity* (no se considera un *clog*). En *Fairclough v Swan Brewery* [1912], A. C. 565, la redimibilidad se hacía depender directamente de un consentimiento escrito por parte del acreedor, lo que va en contra de las normas de la

De este período podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) El *estate* se transmitía plenamente al acreedor a través de la *conveyance*, aunque sujeta a la *equity of redemption* del hipotecante.

b) En caso de impago, el acreedor tenía a su alcance diversas posibilidades: (1) vender la finca bajo las prescripciones de la *Conveyancing Act* de 1881, aunque debía esperar los 6 meses fijados en el contrato para que pudiera existir un *default* y otros 3 meses desde éste (en total 9 meses), de acuerdo con *Selwyn v Garfit* [1888]¹⁰⁰⁶; (2) nombrar a un *receiver*, es decir, una persona que administrase la finca en beneficio del acreedor; (3) entrar en posesión de la tierra en ciertas circunstancias (p. e. protección frente a un malechor); y (4) el *foreclosure*, que era el nombre que recibía el proceso a través del cual el derecho a redimir del hipotecante se extinguía y el acreedor se hacía dueño de la propiedad¹⁰⁰⁷.

c) La *mortgage* podía tener un carácter legal o en equidad. Era en equidad cuando ya se había creado una *mortgage* legal, con lo que no era posible con posterioridad crear otra de igual carácter al no tener el propietario a los ojos del derecho común ningún *interest* sobre el bien¹⁰⁰⁸. Ello tenía consecuencias en la llamada teoría del “*redem up, foreclosure down*”: al hipotecarse sólo el derecho en equidad, y en caso de existir varias hipotecas, el

equity of redemption. En *Multiservice Bookbinding Ltd and others v Marden* [1979] Ch 84, se discutió por primera vez si el capital referenciado a una moneda extranjera, la Suiza, era válida, pues en el momento de redimir el capital devuelto había aumentado por 4. No se consideró injusta.

¹⁰⁰⁶ 38 Ch D 273. De acuerdo con Lord Lindley: “I am of the same opinion. Upon the construction of the power of sale coupled with the proviso as to notice, I have little to say. It is plain that under this power there could be no sale until three months had passed after default was made in payment of the money, and there could be no default until the expiration of six months from the date of the mortgage”.

¹⁰⁰⁷ MEGARRY, R. y WADE, W., ob. Cit., p. 1187.; STEPHENSON, C.. H. S., ob. Cit., pp. 51 y ss., pp. 59 y ss, pp. 70 y pp. 97 y ss; y STRAHAN, ob. Cit., pp. 163 y ss; y WALDOCK, CH. M. y GREVILLE HANBURY, H., ob. Cit., pp. 132 y ss.

¹⁰⁰⁸ “A mortgage of land is an equitable mortgage when the legal estate is not conveyed to the mortgagee, and such a mortgage may be either a first or second mortgage. Where there has been a legal mortgage, all subsequent mortgages are equitable ones for they are mortgages merely of an equity of redemption; but whether or not the property is already incumbered, an equitable mortgage may be created in any one of three ways, viz.:- 1. By simple deposit of dedds, share certificates, copies of the court-roll or other documents of title [...] 2. By a charge in writing complying with section 4 of the Statute of Frauds [...] 3. By an agreement to give a mortgage or charge, ver STEPHENSON, Ch. H. S., ob. Cit., pp. 20 y 21. Ver también STRAHAN, ob. Cit., p. 57.

propietario debía redimir primero la última para tener acceso a la primera¹⁰⁰⁹.

d) No sólo los *freeholds* podían hipotecarse, sino también los *leaseholds*¹⁰¹⁰.

3.1.2.2. En la LPA de 1925

La LPA reduce las posibilidades de constituir una *mortgage*: a) por un lado, la s. 85 recoge aquélla que tiene por objeto un *estate en fee simple*, que se cede por un plazo determinado (*term of years absolute*), sujeto a la redención por parte del deudor. Esto nos indica que, en realidad, nos encontramos ante un *lease* por un plazo de tres mil años (s. 85.2.(a) LPA); y b) por otro, la LPA también ofrece la posibilidad de hipotecar *leaseholds*, cediendo el *leasehold* al acreedor siempre y cuando el plazo sea menor que el *lease* del hipotecante (s. 86.(1) LPA).

Sobre ambos también se puede constituir una *charge by way of legal mortgage*, que goza de los mismos privilegios que los anteriores, aunque la doctrina ha encontrado mayores utilidades en la constituida tipo *charge* (ver ss. 85.(1), 86.(1) y 87.(1) LPA 1925)¹⁰¹¹. Es necesario resaltar que en este caso no se cede ningún *legal estate*, es decir, ningún *freehold* o *leasehold*. Por lo tanto, podríamos hablar entonces de un verdadero *interest* sobre la tierra, pero la LPA no acaba por configurar la *charge* de forma autónoma sino que su titular lo es

¹⁰⁰⁹ "Where there is one mortgagor and one mortgagee, there, of course, his right to redeem is absolute. But where there are several successive mortgagees the mortgagor can redeem the next to him without redeeming any other; but if he wishes to redeem any anterior mortgage he must also redeem all who are between that mortgagee and himself [...] So that the words "where a mortgagor is entitled to redeem" really includes every mortgagor, except a mortgagor who is precluded by some special term in his mortgage deed from redeeming within a specific time", ver STRAHAN, ob. Cit., p. 150.

¹⁰¹⁰ "Similarly, leaseholds could be mortgaged by way of assignment of the term with a covenant to reassign. This, however, was not a popular form of mortgage because it created privity of estate between the landlord and the mortgagee. The mortgagee thus became liable on all such covenants in the lease as ran with the land, including the obligation to pay rent. Consequently, the alternative method, whereby the mortgagor granted a sub-lease, one day shorter than the lease, with a proviso for cesser on redemption, was generally adopted", ver COUSINS, Edward, *The law of mortgages*, 2nd Ed., *Property and conveyancing library*, Sweet & Maxwell, London, 2001, p. 13.

¹⁰¹¹ "(i) It is a convenient way of mortgaging freeholds and leaseholds together; the deed is shortened by stating that all the properties specified in the Schedule are charged by way of legal mortgage, instead of setting out the length of the various mortgage terms in each case; (ii) It is probable that the grant of a legal charge on a lease does not amount to a breach of any covenant in that lease against subletting, for the charge creates no actual sub-lease in favour of the mortgagee but merely gives him the same rights as if he had a sublease; (iii) The form of a legal charge is short and simple", MEGARRY, R. y WADE, W., ob. Cit., p. 1180.

en realidad de un *lease* por 3.000 años¹⁰¹². Además de las categorías citadas, también podían existir otra clase de *mortgages*, como las *equitable charges*¹⁰¹³.

Los cambios fundamentales respecto al anterior régimen son:

a) El propietario mantiene la propiedad del *fee*. En efecto, el acreedor pasa a tener únicamente un *security interest* y ya no se puede transmitir por *conveyance* todo el *estate*. En realidad, estos efectos jurídicos no difieren de los provocados por la legislación anterior, y sólo suponen un cambio formal para la adecuación al Registro de la Propiedad. Sin embargo, sí que supone la consagración estatutaria de la evolución experimentada por la *mortgage* inglesa hasta ese momento (especialmente en la *charge*)¹⁰¹⁴.

b) El hipotecante mantiene intacta su *equity of redemption*, siendo indiferente si pasa el tiempo fijado en la relación contractual, normalmente de 6 meses. El *equitable right to redeem* podrá ejercitarse de todas formas¹⁰¹⁵.

c) El acreedor tiene a su disposición diversos mecanismos para ejecutar su garantía¹⁰¹⁶:

(1) medios para recuperar el capital, de manera que pone fin a la hipoteca, y son: la *foreclosure*, mediante la cual se hace dueño de la propiedad y requiere orden judicial; y la venta total o parcial (ver ss. 101.(1) y 88.(1).a) y b) LPA), que no se ve perjudicada por una posible venta por los hipotecantes de la *equity of redemption*¹⁰¹⁷. La venta viene condicionada al cumplimiento de los requisitos de la s. 103 LPA, resaltando el hecho de que una de las condiciones es haber exigido al deudor el pago de la deuda al menos tres meses antes de vender el fondo (s. 103.(1) LPA). De esta forma, se permite

¹⁰¹² Ver NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., pp. 703 a 705; y SMITH, R., ob. Cit.: "Of greater interest is the introduction in 1925 of the mortgage by legal charge. No property right, such as fee simple or lease, is vested in the lender. Instead, the lender has a pure security right. The simplicity of this is immediately compromised by defining the rights of the chargee as being identical to those if there had been a lease for 3,000 years", p. 557.

¹⁰¹³ Ver la clasificación efectuada por BAZ IZQUIERDO, F., ob. Cit., pp. 1004 y ss.

¹⁰¹⁴ MEGARRY, R. y WADE, W., ob. Cit., p. 1175. En igual sentido, GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 725; y WALDOCK, CH. M. y GREVILLE HANBURY, H., ob. Cit., pp. 28 y 29.

¹⁰¹⁵ Ver COUSINS, E., ob. Cit., p. 360.

¹⁰¹⁶ En general, ver RUDDEN, Bernard y MOSELEY, Hywel, *An outline of the Law of Mortgages*, The Estates Gazette Limited, London, 1967, pp. 49 y ss.

¹⁰¹⁷ *Duke and others v Robson and others* [1973] 1 All ER 481: "In short, it seems to me that a contract for sale by a mortgagor of the equity of redemption has no possible effect on the rights and powers of a mortgagee, and in particular the rights and powers of a mortgagee to exercise his power to sell, any more than can an actual conveyance by a mortgagor, unless of course the mortgage is in the course of completion redeemed, in which case no question of a subsequent exercise of power to sell by contract by the mortgagee will arise".

que la deuda sea exigible desde el primer *default* independientemente de cuando se produzca, modificando la doctrina de *Selwyn v Garfit*.

(2) medios para recuperar el *interest*, con lo que la *mortgage* se mantiene viva. El principal recurso es la posesión¹⁰¹⁸.

d) Los tres principios nacidos en los tribunales de equidad siguen siendo aplicables (el *once a mortgage always a mortgage*, el *collateral advantage* y la *equity of redemption*)¹⁰¹⁹.

En esta etapa se fueron incorporando mecanismos a favor del hipotecante aparte del respeto a la *equity of redemption*. Ejemplos los encontramos en la CCA de 1974, que no se aplicaba a préstamos hipotecarios de cuantía menor a £25.000. La CCA otorgaba al juez la posibilidad de reabrir el caso si consideraba que en el crédito existían cargas desproporcionadas, aunque en su ámbito de aplicación se excluyen algunos acreedores, como las autoridades locales o los constructores (s. 16), con lo que la ley quedaba bastante limitada en su aplicación; y en la *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999, que se aplica a las condiciones contractuales no negociadas individualmente que se consideren injustas y contrarias a la buena fe, considerándose no vinculantes para el deudor (s. 8)¹⁰²⁰.

El conjunto de derechos dimanantes de la *equity of redemption* y de las

¹⁰¹⁸ Ver *Birmingham Citizens Permanent Building Society v Caunt and Another* [1962] Ch 883: "Accordingly, in my judgment, where, as here, the legal mortgagee under an instalment mortgage under which, by reason of default, the whole money has become payable, is entitled to possession, the court has no jurisdiction to decline to make the order or to adjourn the hearing, whether on terms of keeping up payments or paying arrears, if the mortgagee cannot be persuaded to agree to this course. The sole exception to this is that the application may be adjourned for a short time to afford to the mortgagor a chance of paying off the mortgagee in full or otherwise satisfying him; but this should not be done if there is no reasonable prospect of this occurring".

¹⁰¹⁹ Ver COUSINS, E., ob. Cit., p. 379. De esta manera, se mantiene la doctrina del caso *Kreglinger v. New Patagonia Meat en Cityland and Property (Holdings) Ltd v Dabrah* [1968], en donde el primero, acreedor, había fijado en una hipoteca junto el capital e intereses una prima cuyo tipo de interés total era del 57%. El juez entendió que no era en absoluto un interés razonable. La invalidez de la opción de compra cuando se incorpora en el mismo acto de constitución de la hipoteca vuelve a ratificarse en *Lewis v Love* [1961], 1 All ER 446; y en *Centrax Trustees Ltd v Ross* [1979], 2 All E.R. 952, queda claro que es indiscutible que cualquier limitación pasado el período contractual pactado para redimir es nulo (la equidad no lo permitiría), pero la equidad sólo actúa cuando no existe tal pacto, necesario en toda transacción. Las dos compañías pactan una *charge* por una duración de 40 años, hasta la cual no se podía ejercer el *right of redemption*, es decir, lo pactaron por contrato. Finalmente el juez acuerda la validez del pacto.

¹⁰²⁰ S. 5.(1): "A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer".

leyes citadas constituyen los principales derechos del hipotecante, además de la protección dispensada por la *UK voluntary mortgage Code of Practice*, que se aplica a la adquisición de casas residenciales y que suple en cierta medida la CCA (aunque no deja de ser voluntario); y la *Human Rights Act* de 1998¹⁰²¹. Sin embargo, la doctrina apunta que la protección del consumidor es insuficiente para los tiempos actuales del mercado hipotecario inglés debido a su fragmentariedad y dispersidad¹⁰²².

3.1.2.3. En la LRA de 2002

Bajo el régimen de la LRA de 2002 el propietario sigue teniendo el poder de gravar el *estate* para el pago de una determinada suma de dinero. Las novedades fundamentales son:

a) Únicamente es posible crear una *legal mortgage* a través de dos vías:
a) mediante una *charge expressed to be by way of legal mortgage*; o b) mediante una *charge to secure the payment of money* (ss. 23.(1).a) y b) LRA 2002). Ambas tienen *de facto* el mismo alcance¹⁰²³. De hecho, la **charge** tiene un alcance general, porque comprende “*any mortgage, charge or lien for securing money or money’s worth*” (s. 132.(1) LRA 2002)¹⁰²⁴. Es necesario el

¹⁰²¹ *Chapter 42. Part II The First Protocol. Article 1 Protection of property.* Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

¹⁰²² “The law protecting the consumer of the domestic mortgage is limited, piecemeal and confusing. It is need of a comprehensive overhaul to rationalise it and provide an easily identifiable remedy for the consumer who has taken out a mortgage on his or her home with unreasonable or hidden charges and high penalty redemption fees. We argue that the regulation by voluntary system will be or arbitrary effect [...] systems providing a culture and expectation of fairness in the mortgage contract, backed up by statute, similar to non-land credit transactions, are required”, ver HOUGHTON, John y LIVESEY, Lynne, “Mortgage conditions: Old Law for a New Century”, en COOKE, E. (Ed.), *Modern studies...*, Vol. 1, ob. Cit., p. 180. Por ejemplo, casos en los que se encuentra el consumidor protegido son cuando se pacta un interés más alto que el de mercado o cuando debe pagar una penalización cuando amortiza el préstamo.

¹⁰²³ De acuerdo con la *Law Commission Report No. 271, Land Registration for the twenty-first century, a conveyancing revolution.* 2001: “There will be no practical difference between these two methods any more than there is now. This is because, on completion of the relevant registration requirements, a charge has effect “if it would not otherwise do so, as a charge by deed by way of legal mortgage”, with the concomitant powers”, p. 120.

¹⁰²⁴ “Pursuant to the Land Registration Act 2002 certain ‘owner’s powers’ are conferred on the proprietor of a registered estate in land and upon any person entitled to be registered as proprietor. These powers include a ‘power to charge the estate at law with the payment of money’. Under the 2002 Act an expressly created legal mortgage of registered land (whether

acceso de la *charge* al Registro de la Propiedad para su existencia y operatividad (s. 27.(1) LRA 2002).

Por lo tanto, ya no podemos hablar de un arrendamiento por 3000 años sino de un derecho completamente diferente, una *charge by way of legal mortgage*¹⁰²⁵. Sin embargo, la paradoja radica en que el acreedor hipotecario sigue teniendo los mismos poderes que si tuviera ese tipo de arrendamiento, con lo que esta garantía sigue sin tener una regulación propia. Este tipo de *charge* es la clase de *mortgage* estándar, sin perjuicio de otras modalidades que también pueden estar presentes, como las *mortgages* sobre *leases*; las *equitable mortgages*, cuando un *equitable interest* es hipotecado; o una *equitable charge*, diferente de la anterior¹⁰²⁶.

b) En cuanto a las posibilidades de hacer efectiva la *mortgage* por el acreedor, se mantienen las mismas opciones que en la anterior legislación: acción personal contra el hipotecante; la posibilidad de enajenar; el derecho a poseer, incluso desde la constitución de la *mortgage*; la administración por el *receiver* y el *foreclosure*¹⁰²⁷.

c) La CCA de 1974 se ha modificado por la CCA de 2006¹⁰²⁸, que elimina cualquier restricción en la cuantía para su aplicación (s. 2 (1).(b) CCA 2006). Además, otorga al juez determinadas facultades si observa que un contrato o la actuación del acreedor es injusta para el deudor (cfr. ss. 19 a 21

freehold or leasehold) must be created by way of 'registered charge'", GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 726.

¹⁰²⁵ Ver DIXON, M., *Modern Land...*, ob. Cit.: "Although before the entry into force of the LRA 2002 it was possible to create legal mortgages by the long lease method, almost invariably the common form was the use of the legal charge. Now, by virtue of s 23(1) LRA 2002, the legal charge is the only permissible method of creating a legal mortgage of a registered freehold or leasehold estate", p. 367; en el mismo sentido HILL, Gregory, WALLINGTON, Richard, DEW, Richard y HARRY, Timothy, *The Land Registration Act 2002*, Butterworths LexisNexis, 2005: "The mortgage by demise or sub-demise is abolished, and the charge by way of legal mortgage becomes the only form of security operating at law", p. 209; y NASARRE AZNAR, S., "La reforma del...", ob. Cit.: "Dado que tras la completa entrada en vigor de la LRA 2002, los derechos sobre inmuebles sólo se podrán constituir registrándolos, la única vía de constituir una *mortgage* sobre finca registrada será mediante *charge*, de manera que, aunque algunas características seguirán recordando al *lease* (como la posibilidad teórica de todo acreedor hipotecario, en tanto que arrendatario que es, de poder acceder a la posesión de la finca desde el mismo momento en que se firma la *mortgage*), al menos en su constitución ya será un derecho independiente (diferente de arrendamiento) (o sea, no se podrá constituir una *mortgage* entregando un derecho de arrendamiento al acreedor hipotecario)", p. 1300.

¹⁰²⁶ Ver SMITH, R., ob. Cit., p. 559.

¹⁰²⁷ De acuerdo con NIXON, M., *Modern Land...*, ob. Cit., pp. 388 y ss. Ver también BRAY, J., ob. Cit., pp. 378 a 387.

¹⁰²⁸ Chapter 14.

que incorporan las ss. 140A a 140C de la CCA de 1974).

d) Otra consecuencia importante es que la creación de derechos reales tendrá su origen en el Registro de la Propiedad, lo que permite averiguar con facilidad quien es el propietario, es decir, siempre habrá una última persona titular de un *freehold* sobre la propiedad inmueble.

e) Por último, la *equity of redemption* y las garantías del hipotecante no sufren variaciones¹⁰²⁹.

3.1.3. *Easement* vs servidumbre

La servidumbre (*easement*) se recoge en el Derecho inglés en la s. 1.(2).(a) LPA, pero esta norma no define qué debemos entender como tal. De acuerdo con GRAY y GRAY¹⁰³⁰, los *easements* son derechos que permiten al titular de una finca (la “dominante”) o bien ejercitar algún derecho sobre otra (la “sirviente”) o bien prohibir a su propietario el uso de esta finca de alguna forma determinada. Un caso relevante es el de *Re Ellenborough Park*¹⁰³¹, en el cual Lord Evershed estableció que la existencia de un *easement* requería de varios elementos¹⁰³²:

a) El primero de ellos es la necesaria existencia de una finca **dominante** y otra **sirviente**, lo que impide a un particular que no sea titular de una finca anexa a otra constituir un *easement* para aparcar su vehículo o cruzar una finca para llegar hasta una posición determinada. En su lugar debe constituirse una *license*, que no tiene una naturaleza real sino personal. Por lo tanto, los *easements* no pueden existir “*in gross*” (sin ser accesorios a una

¹⁰²⁹ No obstante, la doctrina entiende que el derecho de opción no debería considerarse un *clog* u obstrucción en tiempos actuales: “From a modern perspective it is difficult to comprehend why a freely negotiated option should be struck down by the court [...] the modern stress on the mortgage as a security right diminishes the justification for striking down freely negotiated options. It would be unrealistic to demand that security transactions cannot form part of broader transactions, which may contain a variety of terms, including options”; o la dificultad de observar cuando existe un *collateral advantage*, lo que provoca que las empresas no lo utilicen: “There has been little useful authority in the decades following Kreglinger, so it is difficult to evaluate the position today. It may be that lenders are less likely to incorporate collateral advantages today: most lending is undertaken by banks and other financial institutions who have less cause to rely on collateral advantages”, ver SMITH, R., ob. Cit., pp. 573 y 575.

¹⁰³⁰ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 596.

¹⁰³¹ [1956] Ch 131.

¹⁰³² “(i) There must be a dominant and a servient tenement: (ii) an easement must accommodate the dominant tenement: (iii) dominant and servient owners must be different persons: and (iv) a right over land cannot amount to an easement unless it is capable of forming the subject-matter of a grant”.

finca)¹⁰³³. La institución que más se asemeja a los *easements* en los sistemas continentales son las servidumbres, en las cuales también ha de existir una finca sirviente que reporte alguna utilidad a los titulares de la finca dominante (arts. 530 CC, 566-1 y 2 CCC, § 1019 BGB y § 172 LP).

En cuanto a los derechos que se pueden atribuir a los titulares de la finca dominante, el Derecho inglés permite que el titular de esta finca pueda: a) ejercitar determinados derechos sobre la finca sirviente, p. e. a través de servidumbres de paso (sólo a la finca dominante), de luz, ésta última restringida a la que entra por las ventanas¹⁰³⁴, de coger agua del predio sirviente o de soporte, p. e. en fincas contiguas se comparte la misma valla o estructura, con lo que el propietario de la finca sirviente debe tener cuidado en no tirar abajo esa valla; o b) prohibir al titular de la finca sirviente llevar a cabo algún acto determinado. No obstante, los tribunales ingleses son reticentes a aceptar nuevos *easements* negativos con excepción p. e. de la servidumbre de luces. En su lugar pueden utilizarse los *restrictive covenants*, que se asimilan a los *easements* en que restringen el uso de una finca en beneficio de una finca adjunta, pero sólo pueden tener efectos en equidad¹⁰³⁵. Los *easements* también pueden tener efectos en equidad incluso con la nueva LRA de 2002, p. e. a través del *proprietary estoppel*¹⁰³⁶.

En los ordenamientos civilistas también queda clara la dualidad positiva y negativa de la servidumbre, como en los Derechos español (art. 533 CC), alemán (§ 1018 BGB)¹⁰³⁷, estonio (§ 172 LP), suizo (art. 730 CC) y catalán, en el que puede extraerse de su articulado, en cuya virtud la servidumbre “*puede consistir en el otorgamiento a esta -la finca dominante- de un determinado uso de la finca sirviente*” (aspecto positivo), o “*en una reducción de las facultades del titular o la titular de la finca sirviente*” (aspecto negativo, art. 566-1 CCC). La imposición al titular de la finca sirviente de una prohibición de hacer podría

¹⁰³³ LAWSON, Anna, “Easements”, en TEE, L. (Ed.), ob. Cit., pp. 69 a 71.

¹⁰³⁴ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., pp. 607 y 633 y ss.

¹⁰³⁵ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 597. Vid. *infra*. Epígrafe 3.1.5.

¹⁰³⁶ DIXON, M., *Modern Land Law...*, ob. Cit., p. 330.

¹⁰³⁷ Art. 533 CC: “Las servidumbres son además positivas o negativas. Se llama positiva la servidumbre que impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre”. El Derecho alemán permite que el titular de la finca dominante pueda “aprovechar la finca gravada en determinados aspectos o de forma que no puedan realizarse determinados actos sobre aquélla”.

incluirse dentro de la expresión *reducción de facultades*, aunque aquellas actuaciones que vayan en contra del contenido de la servidumbre no están permitidas, y el titular de la finca dominante tiene una acción confesoria para proteger su derecho de cualquier perturbación (art. 566-13-1 CCC).

Por lo tanto, el hecho de que las servidumbres sean positivas o negativas no afecta en los sistemas continentales a la oponibilidad del derecho real (lo que sí sucede en el Derecho inglés al considerar las servidumbres negativas como derechos en equidad). Las servidumbres constituyen relaciones entre predios, lo que no obsta a que indirectamente sean sus titulares los que se beneficien de su constitución. Si la relación se establece directamente entre el titular del predio sirviente y una persona, hablaremos entonces de **servidumbres personales**. En el Derecho inglés este tipo de derechos reciben el nombre de *license*, que no tiene los efectos de un derecho real y permite una utilización exclusiva de la tierra en una gran variedad de supuestos (p. e. aparcar el coche propio en un predio cercano pero no adyacente)¹⁰³⁸. En los Derechos español (art. 531 CC), alemán (§§ 1090 a 1093 BGB), griego (arts. 1142 y 1191 de su código civil) y austríaco (§ 473 ABGB)¹⁰³⁹, también está prevista la constitución de servidumbres personales (que deben constituirse para la satisfacción de cualquier interés propio o ajeno, § 1090 BGB), aunque en ocasiones éstas incluyen derechos que en otras legislaciones se regulan de forma separada, p. e. el Derecho alemán recoge el derecho de habitación como una servidumbre (§ 1093 BGB), y Estonia hace lo propio con el usufructo (§ 201 LP). Una regulación innovadora ha sido la del CCC, que regula estos derechos separadamente de las servidumbres bajo la denominación “derechos reales de aprovechamiento parcial”, ya que “*no puede hablarse de servidumbre si no hay una relación entre fincas*”¹⁰⁴⁰.

b) Un segundo requisito es que debe existir un **beneficio** para la finca dominante ((ii) *an easement must accommodate the dominant tenement*), es decir, el derecho debe favorecer a cualquier titular de la finca dominante, sea presente o futuro, y no individual y específicamente a su titular actual.

¹⁰³⁸ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 597.

¹⁰³⁹ KERAMEUS, K. D. y KOZYRIS, P. J., ob. Cit., p. 131. Un ejemplo es la servidumbre de habitación.

¹⁰⁴⁰ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E., ob. Cit., p. 324.

Además, el predio debe estar lo suficientemente cerca para otorgar ese beneficio¹⁰⁴¹. En el Derecho catalán encontramos como causas de extinción de la servidumbre la pérdida total de la finca sirviente y la imposibilidad de ejercitarla (arts. 566-11.1.b) y c) CCC). La doctrina añade a estas causas la pérdida de utilidad de la servidumbre, que no se encuentra expresamente contemplada en el CCC¹⁰⁴². Por lo tanto, es posible defender que el CCC exige un beneficio para el predio dominante para la existencia de la servidumbre.

c) El tercer requisito es que los **titulares** de ambos predios (dominante y sirviente) sean diferentes personas. Esta regla general no presenta excepciones en los Derechos español e italiano, con lo que si las titularidades de las dos fincas coinciden en una misma persona el derecho real de servidumbre se extingue (art. 546.1 CC y 1072 *Codi*), pero sí en el Derecho inglés: si una persona propietaria de dos predios arrienda uno de ellos a otra persona, cabe la posibilidad de que el arrendatario pueda constituir un *easement* a su favor sobre el otro predio. De hecho, la *Law Commission* es de la opinión de aceptar esta situación siempre y cuando las fincas dominante y sirviente sean inscritas con diferentes títulos en el Registro de la Propiedad¹⁰⁴³. Además, el Derecho inglés prevé el denominado *quasi-easement*. Cuando una persona tiene dos fincas en propiedad, es posible que utilice una de ellas como si fuera la finca sirviente. En el caso de que venda esta propiedad a un tercero, es evidente que antes no existía una servidumbre (porque tenía la propiedad de las dos fincas), pero al adquirente le vincula la servidumbre en dos supuestos: a) si su propietario utilizaba la finca vendida en beneficio de la que aún conserva; y b) si es necesaria la servidumbre para el correcto disfrute de la finca dominante (p. e. utilizar el coche) o tiene un carácter aparente (p. e. conexión eléctrica)¹⁰⁴⁴. El CC contempla una solución parecida al Derecho inglés (art. 541 CC), al definir las servidumbres de signo aparente como “*las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas*” (art. 532.4 CC). De esta

¹⁰⁴¹ LAWSON, Anna, “Easements...”, ob. Cit., p. 72; y GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 607.

¹⁰⁴² Ver DEL POZO CARRASCOSA, P. y GINER GARGALLO, A., “Artículo 566-1 a 566-13”, en GINER GARGALLO, A. (Dir.), ob. Cit., p. 1590.

¹⁰⁴³ *The Law Commission Consultation Paper* No 186, ob. Cit., para 3.64.

¹⁰⁴⁴ RIDALL, J. G., ob. Cit., pp. 348 y 349.

forma, los Derechos inglés y español consiguen que, aunque no sea posible la servidumbre de propietario, ésta sea vinculante al tercer adquirente como si realmente tuviera tal condición. Sin embargo, los Derechos catalán (art. 566-3 CCC)¹⁰⁴⁵, alemán¹⁰⁴⁶ y suizo (art. 735 ZGB) admiten las servidumbres de propietario, lo que permite tener un derecho real que ya es vinculante a terceras personas. En el Derecho catalán la servidumbre que está publicada únicamente con signo aparente no es vinculante al tercero a no ser que se establezca expresamente en el acto de enajenación (art. 566-3.2 CCC).

d) El último criterio encierra diversos requisitos¹⁰⁴⁷, entre los que destacamos dos: a) “*There must be a capable grantor and a capable grantee*”, lo que significa que el que concede un *easement* debe tener al menos un *proprietary interest* sobre la finca, es decir, un *freeholder* podrá dar un *easement* perpetuo pero un *tenant for years* sólo uno limitado a su *interest*. En cualquier caso, el *easement* debe estar ligado a un *freehold* o a un *leasehold*¹⁰⁴⁸; y b) “*the right must not deprive the servient owner of all beneficial ownership*”. La idea es que el *easement* no puede llegar a considerarse como un equivalente de la propiedad de la finca sirviente¹⁰⁴⁹. Respecto al primer caso, tenemos la regla general *nemo dat quod non habet* que no plantea mayores problemas¹⁰⁵⁰, y en cuanto al segundo, ello quiere decir que el ejercicio del derecho debe realizarse de forma que grave lo menos posible a la finca sirviente (§ 178.2 LP, arts. 566-4 CCC y 737 ZGB), lo que se traduce en la facultad de mover el ejercicio de la servidumbre a otra parte de la finca sirviente si sólo recae sobre una parte (art. 742.2 ZGB).

3.1.4. Las servidumbres negativas

Un **covenant**¹⁰⁵¹ es un compromiso previsto en una *deed* en virtud del cual una de las partes se compromete con la otra a que realizará o no una

¹⁰⁴⁵ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E., ob. Cit., pp. 330 y 331.

¹⁰⁴⁶ ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol 2, ob. Cit., p. 1427.

¹⁰⁴⁷ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., pp. 613 y ss.

¹⁰⁴⁸ DIXON, M., *Modern Land Law...*, ob. Cit., p. 327.

¹⁰⁴⁹ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., pp. 621, 622 y 625.

¹⁰⁵⁰ Vid. *infra*. Apartado III, epígrafe 3.3.

¹⁰⁵¹ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., pp. 237 y ss; y DIXON, M., *Modern land law...*, ob. Cit., pp. 371 y ss.

determinada actividad en relación a una parcela determinada de su propiedad. Los *covenants* nacen de los contratos entre las partes y pueden recaer tanto sobre *freeholds* como *leaseholds*¹⁰⁵². Los *covenants* que recaen sobre *freeholds*¹⁰⁵³ pueden ser negativos, p. e. no tocar instrumentos musicales en el jardín, no construir por encima de una determinada altura o no destinar la finca a finalidades distintas de vivienda; o positivos, p. e. mantener la valla que separa ambas fincas en perfectas condiciones. Esta clase de *covenants* son una medida de control privado del uso de la tierra. Al encontrarnos ante un contrato se aplica la doctrina de la privacidad del contrato¹⁰⁵⁴, con lo que problema de esta clase de *covenants* es su vinculación respecto a terceros. En este sentido podemos distinguir entre la transmisión de los *covenants* en el derecho común y en equidad¹⁰⁵⁵:

1) En el derecho común la carga que pesa sobre el obligado (*burden*) no se transmite a los terceros adquirentes de la finca a causa de la privacidad del contrato. Este hecho provoca que aquellos *covenants* positivos (y negativos) que consistan en llevar a cabo reparaciones en la finca no se transmitan a los sucesores en título del obligado, como los herederos o terceros adquirentes. Este problema se ha intentado solucionar a través de la CLRA. Esta norma prevé que el cambio de titularidad de una *unit-holder* no afecta a la subsistencia de los derechos y obligaciones previstos en la *community statement* (s. 16.(1) CLRA)¹⁰⁵⁶.

Por lo que respecta al derecho a exigir el beneficio que se obtiene del *covenant* (*benefit*), el derecho común exige una serie de requisitos para su transmisión a los sucesores en título, que son: a) el *covenant* “*muss touch and concern the land*”, es decir, debe afectar al modo de ocupación de la tierra o el valor de la finca, p. e. el *covenant* ha de aportar un beneficio a cualquier titular de la finca y no únicamente a su titular original; b) el sucesor en título debe tener un *legal estate*, aunque no necesariamente el mismo que su predecesor (p. e. un *freeholder* que adquiere el *benefit* de su transmitente, también un

¹⁰⁵² A éstos ya hemos hecho referencia *supra*. Epígrafe 3.1.2.

¹⁰⁵³ RIDALL, J. G., ob. Cit., pp. 409 y ss.

¹⁰⁵⁴ Vid. *supra*. Apartado I.

¹⁰⁵⁵ THOMPSON, M. P., ob. Cit., p. 528.

¹⁰⁵⁶ “(1) A right or duty conferred or imposed— (a) by a commonhold community statement, or (b) in accordance with section 20, shall affect a new unit-holder in the same way as it affected the former unit-holder”.

freeholder); c) la finca debe ser identificable en la *deed* que contiene el *covenant*; y d) las partes deben tener la intención de que el *covenant* siga gravando la finca (*runs with the land*), que resulta cumplido en base al s. 78.(1) LPA¹⁰⁵⁷.

2) La *equity* buscó una solución a la imposibilidad del propietario de una finca exigir el cumplimiento de un *covenant* al sucesor en título del obligado a cumplirlo (p. e. propietario de una finca adyacente). La razón es que eran los propios particulares los que decidían que una finca se destinara a fines no residenciales, los que prevenían una actividad del predio vecino que pudiera ocasionar ruido, malestar o peligro para la finca adyacente (era posible pactar el número de los animales domésticos), o los que evitaban la realización de ciertas construcciones sobre la finca¹⁰⁵⁸. Es decir, eran los propietarios los que imponían los *restrictive covenants*. Los tribunales de equidad admitieron la vinculación a terceros de estos *covenants*, lo que “*obscure the boundary between contract and property*”¹⁰⁵⁹ al dotar de naturaleza real a derechos nacidos de un contrato¹⁰⁶⁰.

Esta clase de *covenants* se asimilan a las servidumbres o derechos de aprovechamiento parcial en los sistemas de derecho civil, en los que podrían adoptar un carácter contractual. Un ejemplo lo encontramos en el derecho real de aprovechamiento parcial previsto en el CCC (que es una servidumbre personal en los otros ordenamientos que la admiten), que puede consistir en instalar carteles publicitarios o tener por finalidad la custodia del territorio¹⁰⁶¹. En este derecho no existe un contacto entre fincas y sería posible alcanzar sus

¹⁰⁵⁷ “(1) A covenant relating to any land of the covenantee shall be deemed to be made with the covenantee and his successors in title and the persons deriving title under him or them, and shall have effect as if such successors and other persons were expressed. For the purposes of this subsection in connexion with covenants restrictive of the user of land “successors in title” shall be deemed to include the owners and occupiers for the time being of the land of the covenantee intended to be benefited”.

¹⁰⁵⁸ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., pp. 256 y 257.

¹⁰⁵⁹ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 258.

¹⁰⁶⁰ Para que el *restrictive covenant* pueda ser oponible se requieren varios elementos: que sean realmente negativos y no positivos; que la finca objeto del *covenant* sea identificable (aunque no necesariamente próxima; y que las partes tengan la intención de que el *covenant* grave la finca independientemente de quien sea su propietario, es decir, no ha de haberse constituido atendiendo a las circunstancias personales del propietario de la finca, ver GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 263.

¹⁰⁶¹ En este sentido pueden consultarse las conclusiones de la Jornada de contratos de Custodia del Territorio que tuvo lugar en Vic el 3 de noviembre de 2006 en la *Revista La Notaría*, Núm. 35 y 36, Diciembre de 2006.

mismos resultados a través de un derecho de crédito¹⁰⁶².

3.1.5. *Profit vs usufructo*

El *profit à prendre* se diferencia del *easement* en el Derecho inglés en que no tiene por qué existir una accesoriadad o dualidad entre la finca dominante y la sirviente, sino que atribuye a una persona el derecho a recoger los frutos que produce un bien determinado. Ello quiere decir que este derecho puede existir “*in gross*”, es decir, sin que su titular sea el propietario de ninguna finca adyacente. Además, el *profit* es un derecho no posesorio que no puede anular o neutralizar el derecho del propietario de la finca, aunque es un título posesorio de suficiente entidad para que su titular pueda defender su derecho ante intromisiones ilegítimas de terceros (*trespass*)¹⁰⁶³. Su ámbito puede ser variado, p. e. gravilla, pescado, frutas, animales, pero los frutos han de ser naturales y no industriales, es decir, no han de ser el resultado del trabajo continuado del hombre. Además, los frutos han de reunir dos características: a) ser parte de la propiedad inmueble; y b) ser susceptibles de propiedad antes de ser tomados¹⁰⁶⁴. El *profit* también puede tener en el Derecho inglés una naturaleza legal o en equidad¹⁰⁶⁵.

La idea que subyace en los sistemas continentales es similar: usar y gozar de bienes ajenos (arts. 561-2.1 CCC, 467 CC y § 1030 BGB), pero son derechos reales de goce que tienen un alcance más amplio, al extenderse a la totalidad de la finca a través de la posesión (§ 1030 BGB y art. 561-2.2 CCC). Ello da lugar a que una de las facultades más importantes del propietario (usar la cosa) quede en manos del usufructuario. El propietario retiene lo que se denomina la “nuda propiedad”, es decir, el contenido residual del derecho de propiedad¹⁰⁶⁶. El usufructuario debe devolver la finca, en la medida de lo posible, en el mismo estado en el que la recibió, manteniendo su forma y sustancia (a no ser que las partes hayan pactado lo contrario, arts. 561-2.1

¹⁰⁶² DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E., ob. Cit., p. 354.

¹⁰⁶³ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., pp. 599 y 600.

¹⁰⁶⁴ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., pp. 597, 598 y 599; y RIDALL J. G., ob. Cit., p. 382.

¹⁰⁶⁵ DIXON, M., *Modern Land Law...*, ob. Cit., p. 363.

¹⁰⁶⁶ DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E., ob. Cit., p. 287.

CCC y 467 CC).

3.1.6. *Rights of option and pre-emption* vs derechos de opción, tanteo y retracto

En el Derecho inglés existen tanto el *right of option* como el *right of pre-emption*. Ambos se consideran **estates contracts** y están sujetos a inscripción en el *land charges register* (como clase C) de acuerdo con la LCA de 1972¹⁰⁶⁷. La *option* otorga a su titular la posibilidad de exigir del cedente de la opción la transmisión de un *fee simple*, un *leasehold*, un *easement* o un *profit*, mientras que el *right of pre-emption* concede la posibilidad de adquirir de forma preferente un bien inmueble si su propietario decide venderlo a un tercero¹⁰⁶⁸. El derecho de opción tiene efectos en equidad, con lo que debería acceder al *land charges register* para poder ser oponible a terceros. Por su parte, el *right of pre-emption* puede tener acceso al Registro de la Propiedad y vincular a los sucesores en título de su otorgante (s. 115 (1).(2) LRA 2002).

El art. 568.1 CCC regula los derechos de opción y tanteo, que pueden recaer tanto sobre bienes muebles como inmuebles. El primero “*faculta a su titular para adquirir un bien en las condiciones establecidas por el negocio jurídico que la constituye*”, mientras que el segundo “*faculta a su titular para adquirir a título oneroso un bien en las mismas condiciones pactadas con otro adquirente*” (art. 568-1.1.a) y b) CCC). Además, el CCC añade el retracto, que tiene lugar cuando ya se ha procedido a la transmisión del bien sin que se haya podido llevar a cabo el derecho de tanteo, es decir, la posibilidad de adquirir preferentemente el bien en los dos meses siguientes a la notificación por parte del vendedor de su intención de transmitir el bien (arts. 568-1, 14 y 15 CCC). Por lo tanto, el retracto es una manifestación del derecho de tanteo¹⁰⁶⁹. La particularidad del CCC es que permite su configuración como auténticos derechos reales que pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad (art.

¹⁰⁶⁷ S. 2.(4).(iv).(iv): “(iv)an estate contract is a contract by an estate owner or by a person entitled at the date of the contract to have a legal estate conveyed to him to convey or create a legal estate, including a contract conferring either expressly or by statutory implication a valid option to purchase, a right of pre-emption or any other like right”.

¹⁰⁶⁸ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., pp. 1067 y ss.

¹⁰⁶⁹ BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 63.

568-2.1 CCC).

Por lo que respecta al Derecho español, el derecho de opción de compra puede tener efectos reales -lo que no quiere decir que sea un derecho real- si se siguen las disposiciones del art. 14 RH, y el retracto tiene dos vertientes: a) la legal, que permite la adquisición preferente de la propiedad de un bien inmueble cuando se enajena (p. e. cuando uno de los comuneros vende su cuota a un tercero, art. 1516 CC -también previsto en el Derecho catalán, art. 552-4.1 CCC-); y b) la convencional, que supone la posibilidad de recuperar la propiedad vendida durante los cuatro años siguientes desde la firma del contrato a través del pago de un precio determinado (arts. 1507 y 1508 CC). Por lo tanto, el Derecho español sólo prevé el derecho de opción con una naturaleza personal y el derecho de retracto (asimilable al *right of pre-emption*) sólo en los casos legalmente previstos una vez la transmisión ya ha tenido lugar (su constitución de forma voluntaria podría tener lugar en base al art. 1255 CC).

Por su parte, el derecho de opción no tiene una regulación legal en el Derecho alemán y tiene en todo caso una naturaleza personal, aunque se le puede dotar de efectos reales a través de una anotación preventiva¹⁰⁷⁰. El derecho de retracto se conoce en el Derecho alemán como *Vorkaufsrecht* (§§ 1094 y 1104 BGB), y concede a su titular la opción de comprar una finca si su propietario la vende a una tercera persona. El ejercicio del *Vorkaufsrecht* tiene lugar cuando ya se ha procedido a la venta del inmueble y no antes¹⁰⁷¹, lo que le diferencia del derecho de tanteo catalán que tiene lugar cuando aún no se ha llevado a cabo ninguna transmisión y se asimila a los retractos legales presentes en los Derecho español y catalán. El *Vorkaufsrecht* puede tener una naturaleza real o personal. Este último se diferencia de aquél en la reipersecutoriedad y se recoge en los §§ 504 a 514 BGB, que se aplican al *Vorkaufsrecht* real respecto a la relación jurídica que se establece. La utilización de este derecho es común en el desarrollo urbanístico al poderle

¹⁰⁷⁰ ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol 2, ob. Cit., pp. 1045 y 1459.

¹⁰⁷¹ ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol 2, ob. Cit., p. 1459.

corresponder por ley a los entes públicos¹⁰⁷². En otros países el derecho de retracto se configura únicamente como un derecho de carácter personal, oponible a terceros a través del Registro de la Propiedad adquiriendo desde entonces efectos reales (art. 959 ZGB)¹⁰⁷³. En Estonia, por el contrario, el derecho de retracto es un derecho real (§ 256 LP).

3.1.7. Lease vs derecho de superficie

La posibilidad de edificar en suelo ajeno tiene lugar en el Derecho inglés a través de *leasehold*. La práctica habitual es que el propietario del suelo, p. e. una entidad municipal, constituya un *lease* con un promotor durante 99 de años, el cual puede subarrendar los pisos resultantes¹⁰⁷⁴. En Alemania el derecho de **superficie** (*Erbbaurecht*) otorga a su titular el derecho a construir, mantener y ser propietario de una construcción realizada en suelo ajeno (art. 1 *Verordnung über das Erbbaurecht* de 15 de enero de 1919¹⁰⁷⁵). Este derecho permite a su titular no tener que desembolsar la cantidad de dinero necesaria para la adquisición de la finca, y al propietario de ésta recibir un importe por la constitución del derecho¹⁰⁷⁶. En el Derecho español se recoge en el Real Decreto Legislativo 2/2008, del suelo (arts. 40 y 41) y en los arts. 1655 CC y 16 RH¹⁰⁷⁷, y permite p. e. realizar construcciones o edificaciones en

¹⁰⁷² KOHLER, Jürgen, "Property law", en REIMANN, Mathias y ZEKOLL, Joachim, *Introduction to German law*, Kluwer Law International, 2nd Edition, 2005, p. 244.

¹⁰⁷³ DESSEMONTET, F. y ANSAY, T, ob. Cit., p. 95.

¹⁰⁷⁴ CLARKE, David, "Long Residential Leases: Future Directions", en BRIGHT, S., *Landlord and Tenant...*, ob. Cit., pp. 178 y ss.

¹⁰⁷⁵ *Fundstelle*: RGBI 1919, 72, 122.

¹⁰⁷⁶ KOHLER, J., ob. Cit., p. 243.

¹⁰⁷⁷ Su completa regulación la describe fielmente la STS de 10 de noviembre de 2001 [RJ 2001\9293]: "Por otra parte, no hay que olvidar, que el derecho de superficie no tiene una regulación específica en nuestro ordenamiento jurídico, haciendo referencia a él el Código Civil, de forma expresa en el art. 1655 que en opinión de la doctrina generalizada desvirtúa su naturaleza, y de forma sobreentendida en el art. 1611, también se refieren al derecho de superficie el Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476, 642 y NDL 18733) en el art. 16, y en los arts. 171-174 del Real Decreto 1346/1976 de 9 de abril (RCL 1976, 1192 y ApNDL 13889), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, vigente en la fecha de la concesión de los derechos a terceros, que en su art. 173, señala las causas de la extinción del derecho de superficie, y el citado art. 16 del RH, en el que declaran no inscribibles las cláusulas que sujetan el derecho de superficie a comiso, y por consiguiente la que afectan el pago del canon si se acuerda el pacto comisorio. En atención a lo dispuesto en el art. 1655 el derecho de superficie por tiempo indefinido, se rige por las normas del censo enfiteútico, y para este supuesto en el art. 1648 del Código Civil establece, que caerá en comiso la finca y el dueño directo podrá reclamar la devolución, por falta de pago de la pensión por tres años consecutivos, en los demás supuestos, sólo podrá reclamar el pago

la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. Ello significa que al finalizar el período pactado se produce la reversión total de lo edificado¹⁰⁷⁸. El derecho de superficie también se encuentra recogido en el Derecho catalán en los arts. 564-1 y siguientes CCC, en Estonia en el § 241.1 LP, en el Derecho suizo en los arts. 779 y 779.c ZGB y en Italia en los arts. 952 y 953 *Codi*.

3.2. Sobre bienes muebles

En los derechos reales sobre bienes muebles podemos distinguir:

1. Garantías que requieren el desplazamiento posesorio del bien gravado, como la **prenda**. Su tratamiento en los diversos ordenamientos es el siguiente:

a) En el Derecho inglés es la posesión, o más bien el derecho a poseer, la que otorga al poseedor un derecho real que puede hacer valer frente a terceros que interfieran indebidamente en esta posesión o adquieran del propietario no poseedor (pignorante). Así, la garantía otorga mayores efectos frente a terceros que un derecho personal. En la prenda el acreedor adquiere la posesión del bien pignorado, que debe ser corporal, en garantía de una obligación determinada. En el Derecho inglés cualquier crédito desembolsado a un particular pertenece a los contratos de crédito al consumo y sujeto, por lo tanto, a su normativa: la CCA de 2006, que extiende la aplicación de la CCA de 1974 a cualesquiera crédito al consumo con independencia de su cuantía y siempre y cuando no sean de aplicación las excepciones previstas expresamente por ley (s. 2.(3) CCA 2006)¹⁰⁷⁹. El acreedor tiene la posibilidad de vender el bien si el pignorante no cumple con la obligación¹⁰⁸⁰ (no está permitido, por lo tanto, el *foreclosure* como en la *mortgage*).

de la pensión, al igual que ocurre en la renta vitalicia, sino la paga a su tiempo (art. 1805 del CC), en relación con el art. 16 del RH que no admite la inscripción de los pactos que sujeten el derecho de superficie a comiso”.

¹⁰⁷⁸ Ver en este sentido DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel, “El nuevo derecho de superficie”, en *RCDI*, Núm. 712, Marzo-Abril 2009, pp. 670 y ss.

¹⁰⁷⁹ Por ejemplo cuando casi la totalidad del préstamo vaya destinado a fines empresariales o comerciales del deudor, ver s. 4 que introduce una nueva s. 16B en la *act* de 1974.

¹⁰⁸⁰ S. 120 CCA 1974: “(1) When a pawn has become realisable by him, the pawnee may sell it, after giving to the pawnor (except in such cases as may be prescribed) not less than the prescribed period of notice of the intention to sell, indicating in the notice the asking price and such other particulars as may be prescribed”.

b) La prenda también está presente en los Derechos español y catalán, que requieren un desplazamiento posesorio del bien al acreedor pignoraticio (arts. 1863 y 1864 CC y 569-12 y 569.13.1.a) CCC) y su constancia en documento público para su oponibilidad a terceros (arts. 1865 CC y 569-13.2 CCC). Sin embargo, existe una excepción en la prenda sin desplazamiento prevista en la Ley de 16 de diciembre de 1954, en la que se exige escritura pública para su constitución (art. 3). Este derecho puede constituirse en el Derecho catalán sobre dinero, bienes muebles, valores negociables o derechos de crédito (art. 569-12 CCC), y en el Derecho español sobre todas las cosas muebles que están en el comercio (art. 1864 CC).

La particularidad del Derecho catalán es que preveía la prenda “global” en la Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía¹⁰⁸¹. La particularidad de esta garantía era que recaía sobre bienes muebles y admitía los efectos de la denostada hipoteca flotante, es decir, podían garantizarse varias obligaciones ya contraídas o por contraer de forma simultánea o sucesiva entre el mismo deudor y el mismo acreedor, durante un período de tiempo y por una cuantía máxima (art. 13.3 Ley 19/2002)¹⁰⁸². La aprobación del Libro Quinto del CCC supuso la derogación de la Ley 19/2002 y de la prenda global o flotante.

En los Derechos español (art. 1872 CC) y catalán (arts. 569-7 y 20 CCC) también existe la posibilidad de vender el bien en subasta pública si el deudor incumple la obligación.

c) La prenda también se recoge en los Derechos alemán (§ 1204 BGB), suizo (§ 884 ZGB) y estonio (§§ 276.(1) y 281 LP). En Alemania es necesaria la transmisión de la posesión al acreedor a no ser que éste ya tenga la posesión del bien (§ 1205.1 BGB) o se constituya una prenda sin desplazamiento posesorio (p. e. la prenda sobre los bienes inventariados en una empresa

¹⁰⁸¹ DOGC 17 julio 2002, núm. 3679, [pág. 13038].

¹⁰⁸² De acuerdo con la doctrina “este precepto, igual que en su día hizo el art. 9.3 LGP, admite abiertamente la denominada «hipoteca flotante», en combinación con la prenda de máximo. Es preciso, por tanto, fijar una cuantía máxima de responsabilidad (sería el equivalente del principio de responsabilidad registral)”, ver DEL POZO CARRASCOSA, P. y TORMO SANTOJA, Mercedes, “Comentario a la Ley 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía”, en COLEGIO DE REGISTRADORES (Coord.), *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 980. Sobre la hipoteca flotante, vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 4.2.2.2.3.

agrícola)¹⁰⁸³, y puede constituirse sobre cosas muebles y derechos (p. e. derechos de créditos, patentes...) ¹⁰⁸⁴. La prenda es accesoria a la obligación garantizada, es decir, no puede nacer sin garantizar una obligación¹⁰⁸⁵. El acreedor podrá proceder a la venta del bien en subasta pública en caso de incumplimiento de la obligación (§§ 1228 y 1235.1 BGB). Si por el contrario el deudor sí cumple, la garantía se extingue y el propietario podrá recuperar el bien (§ 1252 BGB y § 284 LP de Estonia).

d) En el DCFR la prenda es un derecho real limitado sobre un bien que concede al acreedor un derecho de satisfacción preferente (art. IX.-1:102.(1) DCFR), aunque no implica necesariamente la posesión del bien (art. IX.-2:103 DCFR)¹⁰⁸⁶. El DCFR prevé la creación de un registro europeo de garantías reales de folio personal, que tendría que operar de forma electrónica y ser accesible para los usuarios por medios telemáticos (arts. IX.-3:301 y 3.302 DCFR). El origen de esta norma se encuentra en la voluntad de reducir costes y en la dificultad de gestionar un registro de folio real, aunque la previsión del de que la inscripción ha de permitir identificar la categoría a la que pertenece el bien gravado (art. IX.-3:306.(1) DCFR) permite hablar hasta cierto punto de un sistema de esta naturaleza¹⁰⁸⁷. La prenda puede constituirse por una cantidad máxima, que deberá acceder al Registro de folio personal (art. IX.-3.307.1.c) DCFR). En este caso, la prenda garantiza el cumplimiento de la obligación principal, el pago de los intereses de demora y los daños y perjuicios que puedan originarse por el incumplimiento de la obligación (art. IX.-2:401.1 DCFR). La prenda constituida de forma global sólo garantiza aquellos derechos que tengan su origen en contratos contraídos entre el deudor y el acreedor (art. IX.-2:401.3 DCFR). Este precepto del DCFR es idéntico al art. IV.G.2:104 de este mismo cuerpo legal, que regula el alcance de las garantías personales

¹⁰⁸³ ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol 2, ob. Cit., p. 1484.

¹⁰⁸⁴ ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol 2, ob. Cit., p. 1480.

¹⁰⁸⁵ ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol 2, ob. Cit., p. 1483. En el mismo sentido se pronuncian BAUR, J. F. y STÜRNER, R.: "Das Pfandrecht ist streng akzessorisch: es kann nur entstehen, wenn die zu sichernde Forderung besteht (§ 1204 Abs 1) ", ob. Cit., p. 748.

¹⁰⁸⁶ "Unless otherwise agreed by the parties, the creation of a security right by contract does not require possession of the encumbered asset by the secured creditor".

¹⁰⁸⁷ VON BAR, C. y CLIVE, E. (Ed.), Vol 6, ob. Cit., pp. 5497 y 5500.

(dependientes o independientes, art. IV.G.-1:101 DCFR).

2. El **derecho de retención**, que se regula en los distintos Estados miembros de la siguiente forma:

a) El *bailment* no crea derechos reales en favor del acreedor con excepción de la *pledge*, aunque a tenor de la doctrina también debemos extender la oponibilidad *erga omnes* a los *security interests*¹⁰⁸⁸. En el Derecho inglés existen junto con la prenda otros *security interests* denominados *liens*, que engloban dos clases de derechos¹⁰⁸⁹: a) los *possessory* o *common law liens*, es decir, aquellos en los que el acreedor tiene un derecho a retener el bien hasta el pago completo de la deuda, aunque no puede vender la cosa retenida a no ser que se haya pactado expresamente. Estos *liens* nacerán: a) si el titular de la obligación tiene la posesión; b) si éste ha realizado algún acto para la persona que le transmitió los bienes; y c) si la retención no es incompatible con lo establecido en el contrato. Por lo tanto, el bien no se transmite *ab initio* en garantía de una obligación, sino que es *a posteriori* cuando el poseedor del bien puede retenerlo por el incumplimiento por parte del deudor de una obligación. Esta posibilidad se pacta normalmente en el propio contrato (son los *liens* voluntarios). Sin embargo, también existen los *legal liens* que nacen por efecto de la ley (p. e. el que corresponde al vendedor de un bien hasta el pago completo del precio por parte del comprador). El titular de este *lien* tiene un derecho limitado: no puede vender la cosa ni transmitir su derecho¹⁰⁹⁰; y b) los *equitable liens*, cuyo ejercicio no depende de la posesión del bien ni da derecho a ésta. Estos *liens* nacen por efecto de la ley, p. e. si un

¹⁰⁸⁸ De acuerdo con BEALE, H., BRIDGE, M., GULLIFER, L. y LOMNICKA, E., ob. Cit.: "Under current English law there is a major conceptual divide between security interests and absolute interests. In relation to personal property, absolute interests are either ownership or possession. These are both rights in rem: they are enforceable against the whole world, including the liquidator or trustee in bankruptcy of a person against whom the right is asserted. Security interests are also rights in rem, but because they are given as security for an obligation, they are limited by being defeasible upon performance of that obligation", p. 17. Entre los derechos reales de garantía creados de forma consensual ver en general GOODE, R., ob. Cit., pp. 584 y ss.; BIRKS, P., ob. Cit., pp. 412 a 414; y BRIDGE, M., ob. Cit., pp. 169 y ss.

¹⁰⁸⁹ GOODE, R., ob. Cit., pp. 619 y 620; BIRKS, P., ob. Cit., pp. 414 y 415; y GLEESON, S., ob. Cit., pp. 229 y ss. y pp. 246 y ss.

¹⁰⁹⁰ BEALE, H., BRIDGE, M., GULLIFER, L. y LOMNICKA, E., ob. Cit., pp. 64, 65, 70 y p. 67: "A lien merely gives a right to retain possession, whereas a charge is a proprietary interest [...] A lien gives a right only to the party to the contract, which right depends upon continued possession, and which cannot usually be assigned, whereas a pledge gives an assignable right in the property to the pledgee".

adquirente no desembolsa el dinero para la adquisición de una propiedad nace un *lien* a favor del vendedor por este importe. La naturaleza es similar a las *equitable charges*, que sólo requieren el acuerdo entre acreedor y deudor y crean propiamente un *proprietary interest*¹⁰⁹¹. A diferencia de la *mortgage*, no existe una transferencia de la propiedad, y cuando recaen sobre bienes muebles no pueden existir más que en equidad.

b) El derecho de retención también está regulado en los Derechos español y catalán. En el primero no tiene una regulación legal sino que existe en determinados supuestos. Así, el derecho a retener corresponde al poseedor de buena fe en garantía del pago de los gastos necesarios y útiles que ha efectuado sobre la cosa (art. 453 CC); al usufructuario por las reparaciones extraordinarias llevadas a cabo sobre la cosa (arts. 502 y 522 CC); o al que ejecuta una obra en base a un contrato de arrendamiento hasta el pago completo de la misma (art. 1.600 CC)¹⁰⁹². Pero el acreedor carece de la facultad de reipersecutoriedad y del *ius distrahendi* (poder realizar el bien para satisfacer la deuda pendiente), inherentes al derecho real de prenda. Por el contrario, el Derecho catalán reguló el derecho de retención con carácter real en la Ley 19/2002, lo que supuso la gran novedad de esta ley respecto a la legislación anterior¹⁰⁹³. El CCC mantiene el carácter real del derecho de retención, que puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles (art. 569-3 CCC) y su nacimiento responde a causas similares que en el Derecho inglés, p. e. por una reparación efectuada sobre el bien o por los gastos derivados de su gestión y administración (art. 569-1, 2 y 3 CCC).

¹⁰⁹¹ "It involves the creation of a new proprietary interest in the secured creditor, the debtor does not give up legal or equitable ownership or, necessarily, the right to possession of the charged asset. This makes a charge an amenable form of security from the debtor's perspective. A charge can be created very easily; the debtor (the 'chargor') simply agrees with the creditor (the 'chargee') the certain assets (the 'charged' assets) will be appropriated to the discharge of a debt or other obligation", ver WORTHINGTON, S., ob. Cit., p. 118 y 119. También, BEALE, H., BRIDGE, M., GULLIFER, L. y LOMNICKA, E., ob. Cit., p. 97 y 102 y ss.

¹⁰⁹² También tiene lugar en favor del mandatario, por la existencia de un crédito por el anticipo de las cantidades necesarias para la ejecución del mandato y por los daños y perjuicios causados durante el cumplimiento del mismo (art. 1.730 CC); del depositario, en garantía del completo pago de la cantidad debida por razón del depósito (art. 1.780 CC); en la prenda se concede retención al acreedor pignoratorio si el deudor contrajese con él otra deuda antes de haber pagado la obligación garantizada (art. 1.866 CC); y en la anticresis, ya que el artículo 1.886 CC remite al artículo 1.866 CC. De acuerdo con LUCAS ESTEVE, Adolfo, "El derecho de retención en Cataluña. Concepto y fundamento", en *RCDI*, Núm. 671, Mayo-Junio 2002. Id. vLex: VLEX-328499.

¹⁰⁹³ BARRADA ORELLANA, R., "Las garantías mobiliarias...", ob. Cit., p. 47.

c) En el Derecho alemán este derecho está regulado en sede contractual (§ 273 BGB). El derecho a retener puede nacer en dos situaciones: a) cuando en una misma relación jurídica el deudor tiene una prestación vencida frente al acreedor (p. e. el mandatario puede retener la cosa si el mandante no le ha satisfecho los gastos efectuados necesarios para la consecución del mandato); o b) cuando una persona ha efectuado una actividad sobre el bien que le ha ocasionado una serie de gastos (p. e. su reparación). El derecho de retención no tiene una naturaleza real, aunque existen determinadas excepciones contempladas en el BGB. Así, el § 647 BGB prevé que en el contrato de obra *“el contratista tiene un derecho de prenda sobre las cosas muebles del comitente producidos o reparados por él, si éstos han pasado a su posesión durante la producción o con la finalidad de reparación”*¹⁰⁹⁴. El Derecho suizo le adjudica una naturaleza real y sólo requiere una vinculación entre la actividad que da origen a la deuda y la cosa (§ 895 ZGB)¹⁰⁹⁵.

d) En el DCFR el derecho de retención (*right of retention of possession*) está previsto como un derecho real de garantía en el art. IX.-1:102.2.c), y está definido en el art. IX.-2:114: *“where under a contract or rule of law a person is entitled as against the owner of an asset to retain possession of the asset as security for a right to performance, this right of retention of possession gives rise to a possessory security right”*. Este derecho puede nacer p. e. cuando se le ha encargado a una persona reparar un bien determinado y, una vez reparado, el propietario no paga su coste. El DCFR no realiza una enumeración de los supuestos que originan un derecho de retención, pero lo que sí ha buscado es dotarle de una naturaleza real que permita al retenedor ejecutar el bien ante el impago de la deuda¹⁰⁹⁶.

3. El derecho real de **hipoteca**, que se regula en los distintos Estados miembros de la siguiente forma:

a) En el Derecho inglés las *mortgages* también pueden recaer sobre

¹⁰⁹⁴ Ver MARKESINIS, B., UNBERATH, H. y JOHNSTON, A., ob. Cit., p. 157.

¹⁰⁹⁵ “Bewegliche Sachen und Wertpapiere, die sich mit Willen des Schuldners im Besitze des Gläubigers befinden, kann dieser bis zur Befriedigung für seine Forderung zurückbehalten, wenn die Forderung fällig ist und ihrer Natur nach mit dem Gegenstande der Retention in Zusammenhang steht”.

¹⁰⁹⁶ VON BAR, C. y CLIVE, E. (Ed.), Vol 6, ob. Cit., pp. 5446 y 5447.

bienes muebles. El hipotecante transmite la propiedad y la posesión del bien al acreedor, reteniendo aquél un *property right* en equidad (*equity of redemption*) para la recuperación del bien una vez cumplida la obligación. Esta es la hipoteca legal, aunque también puede existir en equidad (p. e. si no se cumplen los requisitos formales para la cesión de una hipoteca legal).

b) La hipoteca mobiliaria está admitida en el Derecho español en la Ley de 16 de diciembre de 1954 y no está expresamente prevista en el Derecho catalán, que sólo prevé algunas modalidades de hipoteca¹⁰⁹⁷.

c) En el Derecho alemán sólo cabe la hipoteca sobre bienes inmuebles y derechos a ella equiparados (p. e. el derecho de superficie)¹⁰⁹⁸, aunque se admite la prenda de derechos (§ 1273 BGB).

d) Por último, el DCFR excluye de su ámbito de aplicación a las garantías inmobiliarias (art. I.-1:101.(1).(f) DCFR).

3.3. Conclusiones

I. Los criterios que permiten identificar a los derechos reales en cosa ajena sobre bienes inmuebles y la propiedad horizontal en la UE son los siguientes:

a) La esencia del *commonhold* es organizar los derechos y obligaciones de los propietarios de una serie de elementos privativos (p. e. pisos) que comparten unos elementos comunes (p. e. jardines, ascensores, etc.), con una administración común, cuya función tiene encomendada una *company* en el Derecho inglés o un comunidad de propietarios en los Derechos español, catalán y alemán. El Derecho inglés se ha aproximado con la CLRA de 2002 a la regulación de la propiedad horizontal presente en los sistemas de derecho civil, aunque hasta el momento no ha tenido el impacto deseado ya que en Inglaterra se han constituido pocas estructuras al amparo de esta norma. La propiedad horizontal presenta variaciones en algunos países aunque la forma descrita es la más extendida en la UE.

b) El *leasehold* es un *estate* que la CLRA de 2002 pretende desplazar del alquiler residencial. De hecho, la CLRA exige en la constitución de un

¹⁰⁹⁷ Vid. *infra*. Capítulo 5, apartado I, epígrafe 3.3.3.3.

¹⁰⁹⁸ ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol 2, ob. Cit., p. 1135.

commonhold que todos los propietarios sean titulares de un *freehold*, y prevé en consecuencia la extinción de los *leases* existentes antes de su creación (ss. 7.(3).(d) y 9.(3).(f) CLRA). La adopción de un *commonhold* conlleva que las normas previstas para el *landlord* y el *tenant* dejan de ser aplicables. La existencia de dos vertientes en el *lease* (la real y la contractual) plantea la cuestión de si su regulación a nivel europeo debería ser acorde con el censo enfiteúutico o con el arrendamiento, las instituciones que podrían equipararse al *leasehold* en los sistemas de derecho civil. Si atendemos a la finalidad del *leasehold*, su aplicación actual se centra básicamente en finalidades de vivienda, como sucede con el arrendamiento en los sistemas de derecho civil, mientras que el censo enfiteúutico está vinculado con la construcción. Por lo tanto, cabrían dos posibles alternativas:

1) Regular el censo enfiteúutico tanto para finalidades públicas como privadas (residenciales). En este caso, el pago de un canon por el enfiteuta se asimilaría a la renta que actualmente pagan los titulares de un *lease* en el Derecho inglés.

2) O regular un arrendamiento real, que no sería un paso traumático para los Estados miembros. En muchos de ellos, además de regular el censo enfiteúutico, prevén que el arrendamiento tenga efectos frente a terceros adquirentes, como en Alemania (§ 566.1 BGB), España (a través de la inscripción en el Registro de la Propiedad, art. 2.2 LH), Holanda (art. 7:1612 BW)¹⁰⁹⁹ y Grecia¹¹⁰⁰, lo que ha provocado un debate sobre la clasificación de los derechos personales y los reales, p. e. en Italia¹¹⁰¹ y en España. En el Derecho español parte de la doctrina defiende que la posibilidad de inscribir el arrendamiento en el Registro de la Propiedad permite hablar de un derecho

¹⁰⁹⁹ ERVER, P.-H., HONDIUS, E. y KOEKKOEK, Alis (Ed.), ob. Cit., p. 149.

¹¹⁰⁰ KERAMEUS, K. D. y KOZYRIS, P. J., ob. Cit., p. 95. En Grecia en caso de enajenación del bien el adquirente queda vinculado por el arrendamiento que ya existe, aunque existen reglas especiales para el caso de bienes inmuebles, p. e. el *lease* por un período mayor que 9 años sólo es vinculante al tercero si ha sido creado en escritura pública e inscrito en el Registro.

¹¹⁰¹ "If we move outsider the Code we find that regulations of the relations between landlord and tenant frequently offer such strong protection to the latter that he could well be considered a quasi-owner in some respects. Thus, labeling the tenant's relationship to his home as one of "custody" is certainly inadequate", ver GAMBARO, A., "Property law...", ob. Cit., p. 287.

real a efectos hipotecarios¹¹⁰², aunque en nuestra opinión lo único que adquiere realmente el derecho son efectos reales o eficacia real, en el sentido de poder oponer la existencia del derecho a los terceros adquirentes.

En cualquiera de los dos casos, el carácter real del derecho consolidaría definitivamente la posición del arrendatario, y permitiría como en el *leasehold*:

a) Que los arrendatarios pudieran hipotecar y enajenar su derecho. Ello ayudaría a que el arrendatario pudiera financiarse mediante la constitución de una hipoteca. De hecho, encontramos un claro ejemplo en el Derecho catalán que ha admitido expresamente la hipotecabilidad del arrendamiento con opción de compra¹¹⁰³.

b) Que su titular pudiera permanecer en la vivienda durante un largo período de tiempo como si verdaderamente fuera su propietario. De hecho, la diferencia entre un *freehold* y un *leasehold* por 999 años es casi imperceptible actualmente en el Derecho inglés, sin que el *leaseholder* tenga en este último caso la percepción de ser un arrendatario.

Una regulación europea en este ámbito debería buscar alternativas viables a las soluciones tradicionales de acceso a la vivienda, y el arrendamiento real (que podría convivir con uno de personal, de menor duración) o el censo enfiteútico de larga duración podrían ayudar a aumentar el porcentaje de vivienda en alquiler en el conjunto de la UE, que se sitúa de media en un 25%¹¹⁰⁴. De hecho, se puede apreciar mucha disparidad entre países, p. e. en Alemania el porcentaje de vivienda en propiedad es sólo de un 45%, mientras que en España se sitúa alrededor del 90%, lo que no facilita la movilidad de personas (p. e. por motivos laborales). Esta medida podría ser el complemento ideal a una eurohipoteca, que podría ser un instrumento que permita alcanzar una política de vivienda común a nivel europeo¹¹⁰⁵. Por lo tanto, la finalidad de residir en una vivienda es la que distinguiría el censo enfiteútico o el arrendamiento real de otros derechos cuya finalidad sería usar una finca y sacar un provecho de ella.

¹¹⁰² Ver el análisis de esta problemática en MÉNDEZ SERRANO, M^a del Mar, *Los fondos de inversión inmobiliaria y los arrendamientos urbanos: otra alternativa al problema de la vivienda en España*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 72 y ss.

¹¹⁰³ Vid. *infra*. Capítulo 4^o, apartado I, epígrafe 3.3.3.3.1.

¹¹⁰⁴ Fuente: EUROSTAT, *European Commission, Europe in Figures. Eurostat yearbook*, 2009, p. 253.

¹¹⁰⁵ Vid. *infra*. Capítulo 4^o, apartado I, epígrafe 5.1.

c) La evolución histórica de la *mortgage* inglesa nos permite observar su paulatina aproximación a la naturaleza jurídica de la hipoteca continental. En sus inicios se caracterizaba como una prenda y posteriormente como una *mortgage*, transmitiéndose plenamente el *fee simple* al acreedor hipotecario. La *equity of redemption* atenuaba esta rigidez y dividió la propiedad entre una legal (del acreedor una vez incumplida la deuda), y otra en equidad (del hipotecante). Esta estructura era un *trust* con una naturaleza similar a la fiducia *cum creditore* continental, que consiste en la transmisión de la propiedad al acreedor con fines de garantía. En el Derecho español, una de las teorías que intentan explicar el negocio fiduciario habla de una propiedad material (del fiduciante, quien transmite el bien) y formal (del fiduciario, quien lo recibe)¹¹⁰⁶. Finalmente, la *mortgage* se consideró en la LPA de 1925 como un arrendamiento (*leasehold*) por 3000 años y, en la actualidad, se asemeja a una *legal charge*.

Por lo tanto, la *mortgage* inglesa se ha ido convirtiendo gradualmente en una *simple charge*. Su función esencial queda dibujada en términos más claros, esta es, la garantía de una obligación. La hipoteca inglesa se ha formado en base a una serie de ficciones que van desapareciendo gradualmente, lo que permite revelar su verdadera naturaleza jurídica¹¹⁰⁷. No obstante, es cierto que existen tres problemas fundamentales a resolver:

a) En primer lugar, la *equity of redemption*, que es un sistema de protección de la propiedad del hipotecante que actualmente tiene menos peso, con lo que podrían suplirse sus postulados con una adecuada protección del hipotecante por ley¹¹⁰⁸. La jurisprudencia inglesa también se ha posicionado a

¹¹⁰⁶ Ver SIMÓN MORENO, H., "El negocio fiduciario...", ob. Cit., pp. 175 y 176.

¹¹⁰⁷ Así concluye su exposición WATT, Gary, "Mortgage Law as a Legal Fiction", en COOKE., E., *Modern Studies...*, Vol. 4, 2007, ob. Cit.: "In function and fact the English mortgage is hypothecary, which is to say that the mortgagor remains in possession of the land as owner, and the mortgagee remains out of possession with a mere security to recover the debt. In the fictional account, the mortgagee is imagined to have a legal estate in the mortgaged land (a fee simple or lease, as the case may be), and the mortgagor's interest in the mortgaged land is said to be a mere 'equity of redemption'", p. 95.

¹¹⁰⁸ En consonancia con WATT, G., "The Eurohypothec and the English Mortgage", en *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 13, 2006: "The myth of conveyance and reconveyance has been abandoned and replaced by a simple charge. At last, the legal form reflects the fact that the mortgagor remains in possession of the mortgaged land; at last, the legal form expresses what equity has always implied: that in essence the English mortgage is a simple 'hypothecary transaction' [...] We have seen, however, that the 'equity of redemption' is a poor foundation for any scheme of protection, since it is a doctrinal fiction inconsistent with the

favor de su eliminación, como en *Jones v Morgan and another* [2001]¹¹⁰⁹. En este sentido, la utilidad primordial que vio nacer a la *equity of redemption* ya no se corresponde con la regulación actual, es decir, el derecho a poder redimir la propiedad se ha convertido en un derecho a extinguir la *charge* por pura mecánica registral. En cuanto a la doctrina del *clogs and fetters*, sin lugar a dudas el *unruly dog* aún sigue vivo¹¹¹⁰.

b) La posibilidad de adquirir la propiedad mediante la *foreclosure*, que fue criticada por la *Law Commission* por considerarla un remedio obsoleto. En su lugar, esta institución propuso que el acreedor pudiera vender la finca hacia sí mismo si no había otro remedio disponible, lo que en cierta medida puede alcanzarse en otras legislaciones como la española cuando nadie acude a la subasta pública (art. 671 LEC)¹¹¹¹. Además, el juez se inclina en la práctica por otorgar al acreedor el poder de vender de la finca¹¹¹². Sin embargo, la posibilidad del *foreclosure* existe y es útil para el acreedor en determinadas

doctrinal truth of the matter; the truth of the matter being that the mortgagor retains the full ownership of his land subject only to the mortgagee's hypothecary charge [...] What then, is the fundamental issue at stake? It may be summarised in a single straightforward statement of policy: that the law should not allow the mortgagee (the holder of the Eurohypothec) to create and enforce security over land in a way that is unfair or oppressive to the owner of the land", pp. 184 y 186. Además, el autor entiende que no existe ninguna dificultad para adaptar los postulados de la eurohipoteca a la hipoteca inglesa desde un punto de vista doctrinal, aunque políticamente pueden existir mayores complicaciones, ver p. 193.

¹¹⁰⁹ EWCA Civ 995. Es la opinión de Lord Philips: "This appeal turns on the question of whether Clause 2 of the 1997 agreement is unenforceable as a clog on the equity of redemption of a mortgage. That question I have found far from easy because (i) the doctrine of a clog on the equity of redemption is, so it seems to me, an appendix to our law which no longer serves a useful purpose and would be better excised".

¹¹¹⁰ *Warnborough Ltd v Garmite Ltd* [2003], EWCA CIV 1544: "In the light of the authorities to which I have referred, it has to be accepted that the "unruly dog" is still alive (although one might perhaps reasonably expect its venerable age to inhibit it from straying too far or too often from its kennel); and that however desirable an appendectomy might be thought to be, no such relieving operation has as yet been carried out".

¹¹¹¹ Esta posibilidad también está presente en otros países. Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 6.5.

¹¹¹² *Law Commission Report No. 204. Transfer of Land-Land Mortgages*, London, 1991: "Even in the present law it is rarely used in this country: we described it in the Working Paper as unpopular to the point of obsolescence [...] Accordingly we recommend that foreclosure be abolished, and that a mortgagee under a formal land mortgage should be entitled to sell to himself in exercise of the statutory power of sale, subject to the following: (a) the mortgagee must first obtain leave of the court; and (b) the court should not grant leave unless satisfied by the mortgagee that this is the most advantageous method of realising the security, from the point of view of the mortgagor, any guarantors of the mortgagor, and any subsequent encumbrancers", p. 56. En la actualidad el juez opta en pocas ocasiones por conceder el *foreclosure*, sino por otorgar el poder de vender el fundo: "Forfeiture is rare today, and the court has power, on an application for Foreclosure, to order sale instead; and it is hard to imagine the court not doing so. This may be why the mortgagee's right to forfeit has not yet been the subject of human rights challenge", ver COOKE, E, *Land Law...*, ob. Cit., p. 128.

circunstancias, p. e. cuando el acreedor desea arrendar el bien inmueble por unos años y, esperando su revalorización, venderlo pasado este período de tiempo.

c) La posibilidad de entrar en posesión del fondo desde la constitución de la *mortgage*, aunque el acreedor raramente se ha inclinado por esta opción, excepto en el caso *Western Bank v Schindler* [1976]¹¹¹³ y, en cualquier caso, suele ser un preludio de la posterior venta de la finca por el acreedor¹¹¹⁴.

En definitiva, la *mortgage* inglesa ha sufrido una progresiva aproximación a los cánones de los sistemas de derecho civil. El Derecho inglés posibilita la creación de un derecho que, ahora sí, se asemeja más a un *iura in re aliena* continental, aunque aún existen reminiscencias y ficciones en su actual redactado (p. e. el derecho del acreedor hipotecario a poseer como si fuera un *lease*)¹¹¹⁵. Si prescindimos de estas ficciones y se realiza una regulación adecuada de los derechos y obligaciones de ambas partes, la *mortgage* inglesa no diferiría de las hipotecas reguladas en los sistemas de derecho civil cuando persiguen funciones de garantía, lo que quiere decir que una armonización en esta materia es posible. Además, la mayor parte de las hipotecas en Europa tienen acceso al Registro de la Propiedad de forma constitutiva, como la inglesa desde 2002¹¹¹⁶.

d) La característica común de las servidumbres o *easements* es la necesaria existencia de dos fincas: una sirviente y otra dominante, la primera al servicio de la segunda. Las funciones que pueden cumplir las servidumbres también son similares, p. e. permitir el acceso a un determinado lugar a través de la finca sirviente (servidumbre de paso) o permitir el suministro de luz a la finca dominante a través de la sirviente (servidumbre de luces). Por lo tanto, existen bases suficientes para poder regular este derecho en una armonización

¹¹¹³ 2 All ER 393.

¹¹¹⁴ "In practice, mortgagees will not normally take possession of the property except where there has been default by the mortgagor, and then they will do so only as a precursor to exercising their right to sell", ver STEVENS, J. y PEARCE, R., ob. Cit., p. 504; y SMITH, R., ob. Cit., p. 582.

¹¹¹⁵ Ver WATT, G., "Mortgage law...", ob. Cit., p. 87.

¹¹¹⁶ Ver CÁMARA LAPUENTE, S., "Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos", en ADC, Vol. 57, N° 3, 2004, p. 950.

Europea, aunque existen diferencias relevantes entre los distintos ordenamientos europeos. Así, en los Derechos español e inglés no es posible constituir una servidumbre de propietario, aunque no es menos cierto que prevén situaciones en las que se permite al propietario de dos fincas vincular la servidumbre al tercer adquirente sin que realmente se haya procedido a su constitución; y las servidumbres personales atribuyen en el Derecho inglés derechos de naturaleza personal (*license*), mientras que en los sistemas de derecho civil otorgan a su titular un derecho real (derecho de aprovechamiento parcial en el CCC).

e) Los *covenants* en el Derecho inglés son tanto limitaciones al derecho de propiedad como obligaciones que se imponen a las partes firmantes de un contrato de arrendamiento.

En cuanto a los que recaen sobre *freeholds*, las limitaciones de la propiedad podrían regularse a nivel europeo tanto por vía legal a través de los *easements* como por vía contractual. En este apartado también cobran importancia los *restrictive covenants*, que son derechos en equidad que nacen de la imposibilidad del titular de un *covenant* de ejercitar su derecho a los sucesores en título del obligado. La admisión de su vinculación a terceros a pesar de su nacimiento en un contrato ha provocado en el Derecho inglés una distorsión entre el derecho contractual y el derecho de propiedad.

Respecto a los que recaen sobre *leaseholds*, sería posible reunir los más comunes en una armonización europea si se adopta un arrendamiento de carácter real o, en su caso, un censo enfitéutico, p. e. el régimen de reparaciones a efectuar sobre la finca arrendada, ya que están ubicados en el Derecho inglés en la vertiente contractual del *leasehold*.

f) Los *profits à prendre* se configuran en el Derecho inglés con un alcance limitado: no tienen un carácter posesorio y no pueden nacer del trabajo del hombre (frutos industriales), todo lo contrario que en los sistemas de derecho civil. Una posible aproximación sería regular el usufructo con la posibilidad de que las partes pudieran graduar la intensidad del derecho del usufructuario, subsumiendo el de menor alcance dentro del concepto de servidumbre y el de mayor dentro de un derecho de usufructo con autonomía propia.

La *Law Commission*¹¹¹⁷ ha planteado la armonización de las cargas que pueden recaer sobre una finca (servidumbres y *restrictive covenants*) en una única *land obligation*, que es accesoria de otra finca (no podría existir *in gross*), sujeta a registro obligatorio (parágrafo 16.43), y con un contenido tanto positivo como negativo. La incorporación de la *land obligation* al Derecho inglés permitiría solucionar la problemática de los *restrictive covenants* y su consideración como derechos en equidad. Además, esta carga podría servir de base para poder regular las servidumbres con un carácter real a nivel europeo ya fueran positivas como negativas. Si bien en los Derechos alemán, español y catalán las servidumbres tienen una naturaleza real en ambas categorías, no sucede lo mismo en otros ordenamientos como en Holanda, Francia, Bélgica¹¹¹⁸ y Grecia¹¹¹⁹.

g) En cuanto a los derechos de adquisición preferente, la esencia del derecho de opción es adquirir el bien por un precio determinado, aunque la naturaleza jurídica varía en los distintos ordenamientos. En el Derecho inglés tiene efectos en equidad, en los Derechos español y alemán puede tener efectos reales y en el Derecho catalán tiene una naturaleza real *ex lege*. En cuanto a los derechos de tanteo y retracto, el elemento común es la concesión de un derecho de adquisición preferente sobre un bien determinado cuando su titular lo transmite a un tercero, aunque de nuevo existen diferencias en la regulación de cada Estado miembro. Así, el CCC prevé tanto el derecho de tanteo como el de retracto voluntarios, que tienen una naturaleza real. En el CC sólo es posible ejercitar el retracto en los casos legalmente previstos, que tienen lugar al igual que en el BGB –donde puede tener una naturaleza real o personal- cuando la transmisión ya ha tenido lugar.

h) La característica común en el derecho de superficie es la posibilidad de que la propiedad de las construcciones realizadas sobre una finca sean titularidad de otra persona, produciéndose la reversión de lo edificado al propietario cuando finaliza el período pactado.

¹¹¹⁷ *Law Commission Report. Consultation Paper No 186. Easements, Covenants and Profits à Prendre* (LCCP186, pub. 28/03/08), p. 268. Disponible en <http://www.lawcom.gov.uk/easements.htm>.

¹¹¹⁸ AKKERMANS, B., "The new Dutch...", ob. Cit., p. 182.

¹¹¹⁹ KERAMEUS, K. D. y KOZYRIS, P. J., ob. Cit.: "In accordance with the Romanist tradition, predial servitudes may not involve affirmative duties for the owner of the servient immovable. Such duties may be undertaken by virtue of personal obligations only", p. 131.

II. En cuanto a los bienes muebles, es significativo que en el Derecho inglés sólo podamos hablar propiamente de derechos reales cuando persiguen funciones de garantía, como sucede con la prenda y el derecho de retención. Así, tenemos:

a) En cuanto a la prenda, su esencia es que el acreedor adquiere la posesión del bien pignorado en garantía de una determinada obligación, cuyo incumplimiento permite al acreedor pignoraticio proceder a la venta del bien, p. e. en subasta pública. La transmisión de la posesión es necesaria en el Derecho inglés, aunque otros ordenamientos como el español y el alemán (en algunos casos) admiten en determinados supuestos la prenda sin desplazamiento posesorio. El DCFR admite la prenda con o sin desplazamiento posesorio y prevé la creación de un Registro de folio personal accesible electrónicamente, lo que podría constituir un sistema de publicidad eficiente cuando la prenda se constituya sin desplazamiento de la posesión¹¹²⁰. Se observan diferencias en el alcance de la garantía, ya que el Derecho catalán no admite la prenda global que sí reconoce el DCFR. De esta forma, el alcance de la accesoriedad es distinto en cada modalidad de prenda.

b) En cuanto al derecho de retención, el elemento común es su origen: nace cuando una de las partes ha llevado a cabo una determinada actuación sobre un bien (p. e. ha procedido a su reparación), pero lo que varía es su naturaleza jurídica. En el Derecho catalán y en el DCFR tiene una naturaleza real, pero en los Derechos alemán, inglés y español tiene una naturaleza personal.

c) Por último, la hipoteca sobre bienes muebles cumple una función de garantía pero se estructura de forma dispar. En el Derecho inglés es necesaria la transmisión de la propiedad reteniendo el transmitente un derecho en equidad, la *equity of redemption*. En los sistemas de derecho civil algunos admiten la hipoteca mobiliaria sobre determinados bienes (CC), y otros las excluyen o no los contemplan expresamente (BGB y CCC). El DCFR no contiene una regulación de la hipoteca, ya recaiga sobre bienes muebles o inmuebles.

Por lo tanto, la problemática se plantea a la hora de dotar de un carácter

¹¹²⁰ Ver en este sentido *infra*. Apartado III, epígrafe 2.3.2.

real a todos aquellos derechos que tienen una naturaleza real en algunos ordenamientos pero no en otros, p. e. el derecho de retención, el de usufructo o la hipoteca mobiliaria.

III. Principios comunes de la propiedad y de los derechos reales en clave europea

1. Introducción

A continuación analizaremos aquellos principios que de acuerdo con VAN ERP y MILO¹¹²¹ son esenciales para configurar un sistema de propiedad que de certeza y predicibilidad a los derechos reales, que son el de *numerus clausus*, el de especialidad y el de publicidad. Con posterioridad se estudiarán los restantes principios que configurarían este sistema de propiedad.

2. Principios fundamentales

2.1. El *numerus clausus* de los derechos reales

2.1.1. Origen y significado

Como hemos tenido ocasión de comprobar¹¹²², en los ordenamientos jurídicos inglés y alemán rige un sistema de *numerus clausus*, es decir, no es posible crear más derechos que los previstos en las leyes (aunque es teóricamente posible en el Derecho inglés crear derechos en equidad). La versión estricta de este principio está presente en otros Estados miembros, como Francia, Grecia, Italia y Portugal, mientras que una versión menos rígida está presente en Holanda y Escocia¹¹²³. Por el contrario, el Derecho español admite la creación de nuevos derechos reales por los particulares (*numerus apertus*), salvo los de garantía, aunque se ha defendido que las dificultades para crear nuevos derechos reales convierten al sistema español en un *numerus clausus de facto*¹¹²⁴. Por lo tanto, existen diferencias entre los Estados

¹¹²¹ Vid. *supra*. Apartado I.

¹¹²² Ver en general las conclusiones a las que hemos llegado en el capítulo 1º, apartado III.

¹¹²³ Ver *EUI-Real Property Law - General Report*, p. 14.

¹¹²⁴ Ver *EUI-Real Property Law - General Report*, p. 15.

miembros en torno a la posibilidad de crear nuevos derechos reales aparte de los previstos expresamente por las leyes, aunque el principio *numerus clausus* es el más extendido.

A tenor de la doctrina, hay varias **causas** por las que existe un sistema de *numerus clausus* de derechos reales: unas son de origen legal, destacando entre ellas el hecho de que una lista cerrada de derechos reales cubre todas aquellas facetas que una persona puede desear y soluciona el problema del tercer adquirente de averiguar los posibles derechos existentes sobre un bien; y otras de origen económico (estandarización y reducción de costes de información)¹¹²⁵. El origen de este principio en los sistemas de derecho civil se encuentra en las reacciones antifeudales durante la Revolución Francesa, que provocaron que los derechos reales tuvieran que ser controlados y especificados¹¹²⁶.

2.1.2. Posiciones en torno al *numerus clausus*

El problema de un *numerus clausus* de derechos reales ha sido objeto de debate por la doctrina. La discusión a nivel europeo tiene lugar entre seguir un modelo civilista o angloamericano. En el primero la actividad del juez se limitaría a negar la existencia de un derecho no previsto por la ley si hay implantado un *numerus clausus*; mientras que en el segundo el juez podría atribuir esa cualidad a un determinado derecho. Por lo tanto, la problemática se plantea en relación a adoptar un sistema legislativo rígido de *numerus clausus*,

¹¹²⁵ RUDDEN, Bernard, "Economic Theory v. Property Law", en EEKELAAR, John y BELL, John (Ed.), *Oxford essays in jurisprudence*, Third Series, Clarendon Press, Oxford, 1987, pp. 245 y ss. Sin embargo, el autor acaba por renegar de los estudios económicos realizados hasta la fecha: "If all this be, at least in very general terms, correct, the economists are wrong and one of the following four propositions is the case. A world in which all resources are exploited in the economically optimal way would be oppressive to the individual freedom of landowners and householders; or, it is not economically efficient to have freedom in the creation of property rights; or, if it is, the medieval lawyers were superior to the Romans and the moderns, or, if we could be better, no legal system cares to try", pp. 246 y ss. Ver también AKKERMANS, B., pp. 456 y 457.

¹¹²⁶ "During the French Revolution, it became fashionable to consider the division of property rights as characteristic of feudalism. As a consequence, it was thought that the number of restricted property rights had to be strictly controlled and limited. The *numerus clausus* theory was developed, stating that divided interests in property must be strictly confined to a small number of well-defined types. Although this idea was largely the product of the folklore and ideology of the French revolution and lacked a well-articulated rationale, it enjoyed tremendous success, even more than the Napoleonic Code", ver MATTEI, Ugo, *Basic principles of property law. A comparative legal and economic introduction*, Greenwood Press, Wesport, 2000, p. 14.

con los problemas de evolución legislativa que conlleva, o adoptar un régimen *numerus apertus* que pudiera adaptarse fácilmente a las necesidades del tráfico jurídico.

2.1.2.1. Desde el análisis económico del derecho

Los siguientes autores han dado su opinión desde una perspectiva económica:

a) MERRILL y SMITH parten de la base de que la posibilidad de crear nuevos derechos reales conlleva una serie de costes externos, principalmente de información y comunicación a terceros sobre la existencia de posibles cargas sobre un determinado bien. Un sistema *numerus apertus* iría en contra de lo que ellos denominan *optimal standardization*. Así, un sistema *numerus clausus* favorecería llegar a este nivel óptimo de información, reduciendo los costes de frustración, error y análisis. Para estos autores el *numerus clausus* tiene su razón de ser en el análisis económico del derecho y defienden que sea el legislador quien finalmente acabe por determinar el número de derechos reales gracias a la claridad, universalidad, comprensión y estabilidad de esta opción, frente a la retroactividad de las decisiones judiciales que reconozcan nuevos derechos reales¹¹²⁷.

b) Esta tesis fue debatida por HANSMANN y KRAAKMAN, que ponían en duda que un aumento de los derechos reales disponibles provocase tal situación. Estos autores se inclinaron por la teoría de la verificación (*verification*) de los derechos reales en lugar de la *optimal standardization*, es decir, no es necesario que éstos queden limitados en su constitución si la ley prevé los sistemas de verificación adecuados para que el tercero pueda

¹¹²⁷ De acuerdo con MERRILL, Thomas W., "Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle", en *The Yale Law Journal*, Vol. 110, Octubre 2000: "One way to control the external costs of measurement to third parties is through compulsory standardization of property rights. Standardization reduces the costs of measuring the attributes of such rights. Limiting the number of basic property forms allows a market participant or a potential violator to limit his or her inquiry to whether the interest does or does not have the features of the forms on the menu [...] Standardization means less measurement is required to achieve a given amount of error prevention [...] From a social point of view, the objective should be to minimize the sum of measurement (and error) costs, frustration costs, and administrative costs. In other words, what we want is not maximal standardization –or no standardization– but optimal standadization", pp. 33 y 38. Ver, respecto a las ventajas (y posibles inconvenientes) de dejar la regulación de los derechos reales al legislador, pp. 60 y ss. La misma idea puede encontrarse en otro ensayo de los mismo autores, "What happened to property?", en *The Yale Law Journal*, Vol. 111, Octubre 2001, pp. 385 y ss.

conocer su existencia, p. e. la posesión o la inscripción en un mismo Registro de la Propiedad. De esta manera, la multiplicidad de derechos reales no sería un inconveniente a la aceptación del *numerus apertus*¹¹²⁸.

c) Desde otro punto de vista, el *numerus clausus* ha sido criticado por GRAY y GRAY aludiendo a la posición de MERRILL y SMITH, alegando que las nuevas tecnologías permiten a terceros conocer los derechos reales sobre los bienes a un bajo coste. El autor, pues, estaría a favor de un *numerus apertus*¹¹²⁹.

d) Una perspectiva distinta es la de PARISI, basada en la idea de los llamados *anticommons*. Este concepto hace referencia a los efectos negativos que se originan cuando varias personas poseen derechos sobre un bien con capacidad de exclusión. La utilización de estos derechos con la finalidad de bloquear al resto de titulares podría provocar su uso ineficiente y costoso, p. e. cuando se requiere el consentimiento de todos los propietarios para vender un bien. Este problema también aparece cuando una propiedad inmueble se divide en distintos derechos sobre la misma. En palabras textuales, los *anticommons* surgen cuando “*several subjects have a right of veto over decisions regarding their use*”¹¹³⁰.

¹¹²⁸ Ver HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R. ob. Cit., en *Journal of Legal Studies*, University of Chicago Press, 2002, Vol. 31, Issue 2: “The same is true if we just confine ourselves to different categories of property rights in the same type of asset, such as land. The costs, to a potential purchaser of a parcel of land, of determining whether or not that parcel is burdened by an easement of way, are not increased because of the possibility that the land also might be subject to a mortgage. If anything, it is likely to be just the reverse. If the same verification rules are used for easements as for mortgages – say, a requirement that they be recorded in the same land registry – then the costs of determining whether the land is subject to an easement is likely to be much lower if the law has already provided for the possibility of mortgages, since the system costs of creating the registry will already have been incurred and the prospective purchaser will likely search the registry for mortgages in any event, and will turn up easements in the course of that search with little or no further effort”, p. 399. Disponible también en <http://ssrn.com/abstract=323301> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

¹¹²⁹ “Thus, it is claimed, the maintenance of the *numerus clausus* facilitates commerce in realty by reducing the transaction costs otherwise incurred in the process of trading with unfamiliar, non-uniform or unorthodox bundles of entitlement. While this explanation of the *numerus clausus* certainly holds good in relation to the pre-digital era, it is already becoming apparent that the modern drive towards comprehensive recordation of land rights in a publicly accessible register has dramatically reduced the need to constrict the menu of rights deemed capable of proprietary status. It is increasingly the case that changing social and commercial realities throw up new challenges to traditional proprietary classifications. Accordingly, the categories of proprietary entitlement are now beginning to loosen up”, ver GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., p. 154.

¹¹³⁰ “In an *anticommons*, a property regime in which multiple owners hold effective rights of exclusion in a scarce resource, the coexistence of multiple exclusion rights creates conditions for suboptimal use of the common resource. If the common resource is subject to multiple

e) Por último, HELLER añade un nuevo criterio en relación a los *numerus clausus*: el *integrative approach*. El autor parte de la base de que existe un conflicto entre los diversos propietarios de un derecho real (*anticommons*), pero en su opinión es posible la existencia de un *liberal common*, es decir, la cooperación entre los diversos individuos para crear nuevos derechos que conlleven complejas relaciones sociales en el futuro, p. e. derechos de copropiedad o *trust*¹¹³¹.

2.1.2.2. Desde una perspectiva civilista: el *access test*

Los siguientes autores han dado su opinión desde una perspectiva más civilista:

a) LATHAM defiende un sistema *numerus apertus* tomando como punto de partida el Derecho surafricano, un sistema en el cual la diferencia entre un *right in rem* y un *right in personam* se resuelve la práctica a través de cuatro pautas fundamentales: a) la intención por parte de quien crea un derecho que

exclusion rights held by two or more individuals, each co-owner will have incentives to withhold resources from other users to an inefficient level. In the presence of concurrent controls on entry exercised by individual co-owners acting under conditions of individualistic competition, exclusion rights will be exercised even when the use of the common resource by one party could yield net social benefits. The Tragedy of the Anticommons follows from the fact that common resources will remain idle even in the economic region of positive marginal productivity. This is because the multiple holders of exclusion rights do not fully internalize the cost created by the enforcement of their right to exclude others. The model of the "anticommons" is, in its essence, a model of "veto" power", ver PARISI, Francesco, SCHULZ, Norbert, y DEPORTER, Ben, "Duality in Property: Commons and Anticommons", en *International Review of Law and Economics*, 25, 2005, pp. 579 y 580. Ver también HELLER, Michael, "The tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets", en *Davidson Institute Research Workshop on the Economics of Transition y Harvard Law Review*, Volume 111, (3), pp. 621 y ss.; y BAFFI, Enrico, "The Anticommons and the Problem of the *numerus clausus* of Property Rights". Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1023153>, p. 3 (consultado el día 1 de mayo de 2010).

¹¹³¹ Ver HELLER, M., "Property", en CANE, Peter y TUSHNET, Mark (Eds.), *The Oxford handbook of legal studies*, Oxford University Press, Oxford, 2005: "The standard trilogy misses what is most distinctive, perplexing, and important about these regimes, which is the 'property governance' rules people are creating for themselves in new ownerships forms, forms not implied either by the image of sole despotic dominion or of a commons [...] A liberal commons is a legal regime that enables a limited group of owners to capture the economic and social benefits from comparative use of a scarce resource, while also ensuring autonomy to individual members who each retain a secure right to exit [...] Marital property, trusts, condominiums, partnerships, and corporations all belong under a single umbrella: they are forms of liberal commons property. Each is a legal invention that encourages people voluntarily to come together and create limited-access and limited-purpose communities dedicated to shared management of a scarce resource. Each offer internal self-governance mechanisms to facilitate cooperation and the peaceable joint creation of wealth, while simultaneously limiting minority oppression and allowing exit", pp. 75 a 77.

tenga un carácter real; b) que este derecho sea dado a conocer a terceros (o, en su caso, que deban conocerlo); c) los bienes objeto del derecho deben estar claramente definidos; y d) por último, el tipo de derecho debe ser lo suficientemente claro para terceros¹¹³².

b) VAN ERP adopta una posición a caballo entre el *numerus clausus* y el *numerus apertus*. Este autor propugna un sistema en el cual no exista un número cerrado de derechos reales y en el que se deje abierta la posibilidad a la creación de nuevos derechos por los tribunales, para que el derecho evolucione y no quede petrificado¹¹³³. Es lo que él denomina sistema de *numerus quasi-clausus*.

c) Por último, AKKERMANS está a favor de un sistema de *numerus apertus* en la línea de LATHAM, lo que él denomina *open system of property relations*, pero imponiendo restricciones a las partes a la hora de crear nuevos derechos reales. Este autor también toma como base el modelo que existe en el Derecho surafricano y establece una serie de fases para la creación de un derecho real: a) desde un punto de vista objetivo, el derecho debería poder incluirse en alguna de las facultades que integran un *primary right* (por lo tanto, debe derivar de él), y el objeto debería permitir la creación de un derecho real (no lo sería p. e. una parte del cuerpo humano); b) desde un punto de vista subjetivo, las partes deberían tener tanto un *interest* suficiente para crear el derecho real, es decir, no deberían perseguir un resultado fraudulento sino lícito, como la intención de crear un derecho de esta naturaleza; y c) por último, se caracteriza a la relación jurídica como un derecho real ya existente o como uno creado *ex novo* si se cumplen los estándares anteriores. En este caso, aplicaremos el derecho de propiedad europeo y, en su ausencia, el derecho

¹¹³² Ver LATHAM, M., ob. Cit., pp. 261 y 262.

¹¹³³ De acuerdo con VAN ERP, Sjef, "A numerus quasi clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?", en *EJCL*, Vol 7.2, junio 2003: "What Merrill and Smith as well as Hansmann and Kraakman have made abundantly clear to civil lawyers is that the *numerus clausus* doctrine also serves an economic purpose and that this purpose should always be borne in mind. For that reason, I would argue that the strict civil law *numerus clausus* doctrine should not be applied as strictly as it is done in, e.g., the Netherlands. It should develop towards a *numerus quasi-clausus*: some flexibility is needed to regulate new forms of rights in property, such as the trust and time-share arrangements. If the legislature does not act, courts should, but with extreme care", p. 11. Disponible en <http://www.ejcl.org/>. En el mismo sentido, ver del mismo autor "Security interests. A secure...", ob. Cit., pp. 29 y 30.

nacional de cada Estado miembro¹¹³⁴. Por lo tanto, es un sistema *ex post* de creación de derechos reales en lugar de *ex ante*.

2.1.3. El sistema *numerus clausus* como base para una armonización en materia de derechos reales

Las anteriores teorías demuestran que la adopción de un sistema de *numerus clausus* ha de tener su base tanto en una perspectiva económica como civil. Veamos un ejemplo que nos ayude a escoger el sistema idóneo en un contexto europeo. En el caso de que dos personas de distintos Estados miembros intentasen crear un nuevo derecho real con base en una posible futura regulación europea en esta materia -supongamos que rige el principio de libertad contractual y un sistema *numerus apertus*-, su calificación como right *in rem* dependería, tanto en los sistemas de derecho civil como en el derecho angloamericano, de un reconocimiento ulterior por parte de los tribunales de justicia o del Derecho comunitario -orden público- (lo que propugnan VAN ERP y AKKERMANS). Durante este *gap*, ninguna de las dos partes tendría la certeza de estar creando verdaderamente un derecho de tal carácter, con el riesgo de que finalmente no se considere como tal. Un ejemplo lo encontramos en el negocio fiduciario en el Derecho español. Las partes quisieron dotar al fiduciario en la fiducia *cum creditore* con un derecho de carácter real, pero la jurisprudencia acabó calificando su derecho como uno personal, con la única posibilidad de retener el bien objeto de fiducia en caso de impago¹¹³⁵. En el mismo sentido, la creación de nuevos derechos reales en el derecho angloamericano es compleja en la actualidad, aunque sea teóricamente posible¹¹³⁶. A su vez, los terceros tampoco conocerían a ciencia cierta si el bien sobre el que desean crear un derecho real ya se encuentra gravado con un derecho de esta naturaleza que podría gozar, por lo tanto, de prioridad sobre su derecho. Estos hechos provocarían inseguridad jurídica para las partes y la necesidad de dedicar tiempo y recursos para averiguar si un bien podría ser objeto de un derecho real todavía no reconocido como tal. La necesidad de

¹¹³⁴ AKKERMANS, B., ob. Cit., pp. 552 y ss.

¹¹³⁵ SIMÓN MORENO, H., "El negocio fiduciario...", ob. Cit., pp. 173 y ss.

¹¹³⁶ CLARKE, A. y KOHLER, P., ob. Cit., pp. 356 y ss.

evitar estos costes innecesarios se configura como la piedra angular en un proceso de armonización, es decir, se debe evitar por encima de todo la inseguridad jurídica de las partes implicadas. Por lo tanto, no sería eficiente solucionar los posibles problemas de conocimiento por terceros *ex post* sino que debería ser *ex ante*, es decir, con una adecuada distribución de los derechos reales *ab initio* por el legislador europeo en la línea de MERRILL y SMITH. De esta manera, sería conveniente desde un punto de vista económico adoptar como punto de partida un sistema *numerus clausus* para otorgar seguridad al tráfico jurídico y evitar los costes de investigación a los terceros.

La doctrina se ha referido a la influencia que la publicidad del derecho real tiene sobre la adopción de un sistema *numerus clausus* o de *numerus apertus*. De esta forma, estamos de acuerdo con LATHAM en que el derecho real debe ser reconocible por terceros. En la misma línea de cognoscibilidad y publicidad de los derechos reales se sitúan VAN ERP¹¹³⁷ y AKKERMANS, quien relaciona directamente la existencia del principio *numerus clausus* con el de publicidad¹¹³⁸. MERRILL y SMITH propugnan que el derecho real tiene una naturaleza *erga omnes* y ello, en cierto modo, es así. Pero como hemos puesto de relieve al definir el derecho real y diferenciarlo del derecho personal¹¹³⁹, cada ordenamiento jurídico condiciona este efecto de forma distinta. Por lo tanto, la cuestión no se centra tanto en la naturaleza *erga omnes* inherente a todo derecho real, sino en plasmar claramente las condiciones de *oponibilidad* a terceros de los derechos reales que posibilitarán a su titular la reipersecutoriedad del bien (es decir, en plasmar con claridad los sistemas de verificación de los derechos reales como propugnan HANSMANN y

¹¹³⁷ "Because of the erga omnes effect of a property right, third parties must be aware of such rights. In order to provide sufficient degree of transparency it must, first of all, be clear with regard to which object a property right is claimed and, second, that right must be visible to third parties. Visibility can result either from the exercise of actual power (possession) or of registration. These two aspects of transparency are generally known as the principles of specificity and publicity. The transparency principle can be found in both civil law and common law", ver VAN ERP, S., "Comparative property law", en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.), *The oxford handbook of comparative law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 1060.

¹¹³⁸ AKKERMANS, B., ob. Cit.: "In my view, these arguments seem to justify the existence of *numerus clausus* more than to explain why it must be there. Possibly, legal arguments alone do not clarify or even justify the existence of a *numerus clausus*. What appears certain is that the law of property needs a legal certainty and that therefore publicity and *numerus clausus* go together to a large extent", p. 439.

¹¹³⁹ Vid. *supra*. Apartado I.

KRAAKMAN)¹¹⁴⁰.

En este sentido, GRAY y GRAY defienden que el **Registro de la Propiedad** es un instrumento útil de publicidad de los derechos reales sobre inmuebles, con lo que serían fácilmente identificables y los costes de información y averiguación de los terceros quedarían solucionados. PARISI se refiere de forma específica al hecho de que el acceso informático a los sistemas registrales podría reducir los costes de información¹¹⁴¹ (que ya es posible en algunos Estados miembros gracias a la plataforma EULIS)¹¹⁴². De esta manera, las partes obtendrían la seguridad jurídica necesaria en las transacciones transfronterizas gracias al acceso electrónico al Registro de la Propiedad. Esta institución no está prevista en el *access test* de AKKERMANS. En efecto, este test no proporciona registro a aquellos derechos reales originados de un *primary right (lesser rights)*, a lo que responde este autor que el acceso al Registro de la Propiedad del derecho real sólo tendría lugar una vez se caracterice como tal. Además, este autor argumenta que se trata de una institución que dependería o bien de los derechos nacionales o bien del Derecho comunitario en el caso de una futura armonización¹¹⁴³.

El Registro de la Propiedad reduciría indudablemente los costes de información para los terceros, en el sentido de que podrían averiguar fácilmente los derechos reales que recaen sobre un bien. Pero lo cierto es que estos derechos existirían fuera del Registro hasta su caracterización como reales por un juez. Desde un punto de vista jurídico-económico, este supuesto nos muestra que los problemas de averiguación por terceros de la existencia de un derecho real sobre un bien no se solucionarían, en un principio, con su acceso al Registro de la Propiedad, porque éste podría tener lugar en un momento

¹¹⁴⁰ HANSMANN, H. y KRAAKMAN, R., ob. cit., pp. 33 y 34 de la versión disponible en <http://ssrn.com/abstract=323301> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

¹¹⁴¹ "Most generally, information cost explanations lose most of their cogency as new information technologies increase the possibility of realtime and inexpensive access to public records", ver PARISI, F., "Entropy with property". Disponible en http://ssrn.com/abstract_id=264315, p. 42 (consultado el día 1 de mayo de 2010).

¹¹⁴² Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 5.2.4.

¹¹⁴³ "Another objection could be that this test does not provide for registration of lesser property rights, in particular not when immovable objects are concerned. However, this possible objection does not take into account the function of the principle of *numerus clausus*. When through the application of *numerus clausus* the decision is made the law of property applies to a certain legal relation, the other principles of property law, including the principle of publicity, will start to apply", ver AKKERMANS, B., ob. Cit., p. 562.

posterior a su creación. Tenemos dos posibilidades en este caso:

a) Que la caracterización como un derecho real tuviera lugar en el momento de su creación, en el contexto de una inscripción constitutiva por vía electrónica de derechos reales inmobiliarios en un posible eurorregistro de la Propiedad, similar al actual Registro inglés y en base a la plataforma EULIS¹¹⁴⁴.

b) Que las partes pudieran acudir en cualquier momento a los tribunales para lograr el reconocimiento de la naturaleza real de su derecho, pero los titulares de un derecho inscrito en un hipotético eurorregistro estarían salvaguardados por la fe pública registral, gozando de prioridad sobre la constitución de derechos reales posteriores.

De esta forma, se conseguiría la máxima seguridad jurídica para las partes que quisieran crear un nuevo derecho real y para los terceros adquirentes. Por lo tanto, sería posible la adopción de un sistema *numerus quasi-clausus* (VAN ERP), en el que fuera posible crear nuevos derechos reales si se cumplieran una serie de requisitos similares al *access test* planteado por AKKERMANS y a los enunciados por LATHAM¹¹⁴⁵:

a) Un listado de derechos reales típicos, que son la propiedad y los derechos en cosa ajena que hemos comentado (las servidumbres, la hipoteca, el usufructo, la opción, el tanteo y el retracto en los bienes inmuebles; y la prenda, la hipoteca y el usufructo en los bienes muebles), los cuales comparten rasgos comunes tanto en el derecho angloamericano como en los sistemas de derecho civil¹¹⁴⁶.

b) Su acceso constitutivo al Registro de la Propiedad, que reduciría tanto los costes de información y de tiempo como los problemas de fragmentación, a través del principio de prioridad registral, tracto sucesivo y de exclusión (no podrían inscribirse derechos reales que fueran incompatibles con otros derechos inscritos en el Registro de la Propiedad)¹¹⁴⁷.

c) Una armonización de los derechos reales podría llevarse a cabo desde una perspectiva global, es decir, delegando lo mínimo posible a los

¹¹⁴⁴ Respecto al eurorregistro vid. *infra*. Epígrafe 2.3.1; y respecto al sistema de inscripción constitutiva, vid. *infra*. Epígrafe 3.6.

¹¹⁴⁵ Ver BRIGHT, S., ob. Cit., p. 540; AKKERMANS, B., ob. Cit., p. 558; DÍEZ PICAZO, L., "Autonomía privada y derechos reales", en *RDCI*, Núm. 513, Marzo-Abril 1976, pp. 297 a 299.

¹¹⁴⁶ Vid. *supra*. Epígrafe 3.

¹¹⁴⁷ Vid. *infra*. Epígrafe 2.3.1.

Estados miembros, o por el contrario de una forma parcial. El problema de esta última opción es que si las legislaciones nacionales resultasen de aplicación por una ausencia de regulación a nivel europeo, posibilidad que contempla AKKERMANS¹¹⁴⁸, la creación y el ejercicio del derecho real provocaría la aplicación de la *lex rei sitae*. Esta cuestión será tratada posteriormente¹¹⁴⁹.

d) Todo derecho real distinto del derecho de propiedad tendría su origen en él. El derecho de propiedad se configuraría como un *primary right* en consonancia con el carácter unitario que puede apreciarse tanto en el sistema angloamericano como en el continental¹¹⁵⁰.

e) El cambio de titularidad del bien gravado no afectaría en modo alguno al derecho real. Su titular tendría en cualquier caso la facultad de reipersecutoriedad, connatural a todo derecho real¹¹⁵¹.

f) El derecho real debería ser ejecutable directamente por sus titulares sobre el bien gravado. En caso contrario, se desnaturalizaría su contenido.

g) El objeto del derecho real debería quedar perfectamente determinado, aunque como veremos posteriormente podrían existir excepciones a este principio en las garantías reales mobiliarias¹¹⁵².

h) Las partes deberían tener la intención expresa o implícita de crear un derecho real, cuya constitución debería atender a necesidades jurídicas o económicas que lo justifiquen.

i) El derecho real no podría substituirse -unicidad-, ya que es aquél y no otro quien concede a su titular un poder específico sobre un bien.

Sobre estas bases, la creación de nuevos derechos reales correspondería al **TJCE**, que sería el encargado de caracterizar un derecho como real si se cumplieran los anteriores requisitos¹¹⁵³. Los interesados en crear un derecho real tendrían la potestad de acudir al auxilio del TJCE (p. e. si el encargado del Registro no aceptase la inscripción de un nuevo derecho real

¹¹⁴⁸ AKKERMANS, B., ob. Cit.: "The creation of property rights has, under the test, become partly a matter of Community law, especially the decision whether a legal relation is a property right or not. However, the remaining rules on its existence and the rules on its exercise and, partly, its destruction, continue to belong to national property law, at least until Community legislation in that field is passed", p. 560.

¹¹⁴⁹ Vid. *infra*. Apartado IV.

¹¹⁵⁰ Vid. *supra*. Apartado II, epígrafe 1 y ss.

¹¹⁵¹ Lo hemos visto en el Capítulo 1º, apartado III, y en el Capítulo 3º, apartado I.

¹¹⁵² Vid. *infra*. Epígrafe 2.2.

¹¹⁵³ Vid. *infra*. Apartado IV, epígrafe 1.6.

no tipificado -si le fuera encargada tal potestad-, el TJCE se pronunciaría al respecto dejando en suspenso la inscripción por un plazo de tiempo determinado). A través del *case law* podría llegarse finalmente al nacimiento de nuevos derechos reales, aunque la doctrina defiende en su lugar la flexibilización del derecho de propiedad¹¹⁵⁴.

En cuanto a la teoría de los *anticommons* (PARISI), según la cual se crean nuevos derechos reales ineficientes por estar en conflicto permanente sus diversos titulares (o en estado de latencia por su derecho de exclusión y voto respecto al resto), estamos a favor de la teoría de los *liberal commons*, por la cual los titulares se encuentran en perfecta armonía (HELLER). El sistema propuesto no permitiría crear más derechos que los previstos en las leyes salvo si se cumplen los requisitos enunciados, y resultarían asimismo de aplicación el principio registral de prioridad y la posibilidad de los comuneros de poner fin a la situación de comunidad en cualquier momento y sin expresar los motivos (además de poder vender su cuota con independencia del resto, que no tendrían en esos casos ningún derecho de veto).

Por último, falta por ver si la doctrina anterior podría ser aplicable a los **bienes muebles**. El principal problema es que no todos los derechos reales sobre bienes muebles accederían a un Registro (únicamente los de garantía a un Registro de folio personal)¹¹⁵⁵. Por lo tanto, la creación de nuevos derechos reales en los bienes muebles implicaría de nuevo la imposibilidad de averiguar si el bien está gravado con un derecho real. Este razonamiento nos lleva a la conclusión de que se debería adoptar en los bienes muebles un sistema *numerus clausus* en sentido estricto (con la posibilidad de establecer una excepción en los derechos reales de garantía), en aras de alcanzar la mayor seguridad jurídica posible en las transacciones transfronterizas.

2.2. La especialidad de los derechos reales

¹¹⁵⁴ En este sentido se sitúa FUSARO, Andrea, "The numerus clausus of property rights", en COOKE, E., ob. Cit.: "In civil law systems, the Roman idea of ownership is going out of fashion. New claims establish new forms of property rights, and weaken old, rigid, patterns. In the common law (or, strictly, in equity), the trust has been made use of to combat the fragmentation of ownership. Real rights are subject to *numerus clausus*. In both systems, a more flexible concept of ownership (*droit de superficie* in France; trust in common law) seems to be a better mechanism than the creation of new property rights", p. 317.

¹¹⁵⁵ Vid. *infra*. Epígrafe 2.3.2.

La dimensión espacial¹¹⁵⁶ de los derechos reales determina el objeto sobre el que recaen. Los ordenamientos estudiados nos muestran que los derechos reales pueden recaer sobre **derechos** o **bienes**, principalmente muebles e inmuebles, aunque surgen problemas a la hora de incluir los bienes incorporeales (p. e. el Derecho alemán sólo reconoce los derechos sobre bienes corporales y la posibilidad de gravar algún tipo de derecho, como el de prenda). La doctrina defiende que a pesar estas reticencias podrían ser objeto de derechos reales a nivel europeo tanto los bienes corporales como los incorporeales¹¹⁵⁷. En este sentido, la definición más amplia de bien la establece el Derecho holandés, incluyendo “*all corporeal objects that are susceptible of human control*” (art. 3:2 BW). Por otra parte, los derechos patrimoniales quedan definidos como aquellos “*which, either separately or together with another right, are transferable; rights which are intended to procure material benefit to their holder; or rights which have been acquired in exchange for actual or expected material benefit*” (art. 3:6 BW). Esta definición del BW, que nació después de un profundo análisis del derecho comparado y de la jurisprudencia¹¹⁵⁸, nos permitiría incluir a los derechos corporales (bienes muebles e inmuebles) junto con los derechos incorporeales. A favor de esta última inclusión tenemos el hecho de que la propiedad intelectual se protege en el art. 17.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE¹¹⁵⁹, y que el TJCE ha interpretado el art. 345 TFUE en el sentido de que no impide la actuación de la UE en este ámbito¹¹⁶⁰. Además, el análisis efectuado del acervo comunitario¹¹⁶¹ nos ha mostrado que en el ámbito de la propiedad intelectual la UE no ha llevado a cabo en sentido estricto una regulación sustantiva, pero sí que ha posibilitado a

¹¹⁵⁶ Una de las dimensiones de los *property rights* que defiende UNDERKUFFLER, L. S., ob. Cit., p. 28.

¹¹⁵⁷ De acuerdo con VON BAR, C. y DROBNIG, U., ob. Cit.: “Conclusion. In spite of diverging definitions and terminology, there appears to be unanimity with respect to the result: All legal systems of the member states regard not only corporeal thing as the objects of real rights but also incorporeal assets, such as patrimonial rights”, p. 320.

¹¹⁵⁸ Ver su origen y sistemática en VAQUER, Antoni, “La codificación del Derecho patrimonial en Cataluña: en busca de modelos comparados”, en *La Notaría*, Núm. 11, 2001. Id. vLex: VLEX-242006.

¹¹⁵⁹ “Il termine proprietà viene, così, utilizzato, non solo con riferimento ai beni mobili in gener, ai beni immobili (proprietà dei suoli, proprietà edilizia, proprietà agraria), ai Beni culturali o alle acque e quindi a cose di tipo materiale, ma anche con riferimento a cose o Beni cosiddetti immateriali (proprietà intellettuale, proprietà industriale)”, ver TRIMARCHI, M., ob. Cit., p. 726.

¹¹⁶⁰ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 1.3.2.

¹¹⁶¹ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafes 2.8 y 2.9.

las marcas nacionales adquirir protección a nivel comunitario y, lo que es más importante, las ha regulado como objetos de propiedad susceptibles de cederse o gravarse; y la UE también ha regulado bienes incorpóreos como la comercialización de gases de efecto invernadero y la electricidad.

En cuanto a la necesidad de que el objeto del derecho real quede claramente definido, a tenor de VAN ERP pueden encontrarse excepciones al principio de especialidad en el Derecho privado europeo, p. e. en la *floating charge* inglesa¹¹⁶². Esta carga (recogida en la *Companies Act* de 1985¹¹⁶³), se extiende sobre todos los bienes presentes o futuros de una empresa hasta que finalmente es exigible la obligación. Es decir, no existe propiamente un objeto gravado, sino que lo son todos los de la empresa. En el momento en que el acreedor decide ejecutar la carga ésta se convierte en una *fixed charge* porque ya tiene entonces un objeto definido (se dice entonces que la carga ha “cristalizado”)¹¹⁶⁴. Su principal inconveniente es que en sede concursal tiene un rango inferior que los honorarios del administrador concursal (s. 176ZA de la *Companies Act*), que los créditos previstos estatutariamente como preferentes en la *Schedule 6*, como los salarios de los trabajadores o determinados impuestos estatales (cfr. s. 175.a.(b) de la *Companies Act*), así como del resto de posibles garantías constituidas antes de la cristalización de la *floating charge*, como la *mortgage*¹¹⁶⁵. Por lo tanto, la *floating charge* es una excepción a la especialidad del derecho real, que es una característica que define al *property right* en el Derecho inglés de acuerdo con el caso *National Provincial Bank Ltd. v Ainsworth*. En este caso Lord Wilberforce consideraba que un

¹¹⁶² VAN ERP, S., “Security interests...”, ob. Cit.: “What can be seen everywhere is that specificity, particularly in the area of security interests on movables and claims, is no longer applied in a very strict manner. I refer to the floating charge, the *Globalzession* under German law and the *cession Dailly* under French law, all of them resulting in an overall security interest on claims”, p. 30.

¹¹⁶³ *Chapter 6*.

¹¹⁶⁴ Definición que reproduce Lord Scott of Foscote en *National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Ltd and others*. House of Lords, [2005] 2 AC 680: “I certainly think that if a charge has the three characteristics that I am about to mention it is a floating charge. (1.) If it is a charge on a class of assets of a company present and future; (2.) if that class is one which, in the ordinary course of the business of the company, would be changing from time to time; and (3.) if you find that by the charge it is contemplated that, until some further step is taken by or on behalf of those interested in the charge, the company may carry on its business in the ordinary way as far as concerns the particular class of assets I am dealing with”.

¹¹⁶⁵ Ver el orden general en NASARRE AZNAR, S., *Securitisation & Mortgage Bonds: Legal aspects and harmonisation in Europe*, Gostick Hall Publications, Cambridge, 2004, pp. 36 y 37.

property right debía ser “*definable*” y “*identifiable by third parties*”¹¹⁶⁶. Este tipo de carga también se regula en otros ordenamientos europeos como Irlanda y Escocia¹¹⁶⁷. Suecia y Finlandia regulan una garantía muy similar a la *floating charge*, pero existen limitaciones a la extensión de la garantía. Por su parte, el art. L142-1 del *Code de Commerce* francés de 1807 permite la pignoración de fondos de comercio, aunque se limitan los bienes que pueden ser gravados, como el rótulo y el nombre comercial o el derecho al contrato de arrendamiento (art. L142-2)¹¹⁶⁸. Estas limitaciones impiden hablar propiamente de una *floating charge*. También encontramos excepciones al principio de especialidad en los Derechos alemán y holandés¹¹⁶⁹. En estos ordenamientos es posible que la garantía recaiga sobre los bienes que forman parte del *stock* de la empresa y que son sustituidos en un futuro (*stock-in-trade*). Por lo tanto, y a pesar de que el principio de especialidad es un principio general del derecho de cosas alemán (*Spezialität*)¹¹⁷⁰, es suficiente en esta clase de garantías que los bienes sean identificables. En nuestra opinión, las únicas excepciones al principio de especialidad deberían encontrarse en el ámbito de las **garantías mobiliarias** en un contexto estrictamente empresarial y con un rango inferior al de otros créditos en la línea del Derecho inglés. Lo mismo debería suceder si se regulase un mecanismo equivalente a la *floating charge* en las garantías inmobiliarias. En caso contrario, esta carga podría ir en contra del crédito territorial, es decir, de la posibilidad de conceder préstamos admitiendo en garantía una hipoteca¹¹⁷¹. Si todos los bienes inmuebles de un deudor

¹¹⁶⁶ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado III, epígrafe 2.

¹¹⁶⁷ De acuerdo con el estudio elaborado por KIENINGER, E. Mª, ob. Cit., p. 525. Vid. también *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 5.2.1.2.

¹¹⁶⁸ “Sont seuls susceptibles d’être compris dans le nantissement soumis aux dispositions du présent chapitre comme faisant partie d’un fonds de commerce: l’enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l’achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l’outillage servant à l’exploitation du fonds, les brevets d’invention, les licences, les marques, les dessins et modèles industriels, et généralement les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés”.

¹¹⁶⁹ KIENINGER, E. Mª, ob. Cit., pp. 525 a 527.

¹¹⁷⁰ BAUR, J. y STÜRNER, R., ob. Cit.: “Diesen Grunsatz bedeutet, daß dingliche Rechte nur an bestimmten einzelnen Sache möglich sind, sich also auf sie beziehen müssen. Mit ihm soll vor allem der Rechtsklarheit werden”, p. 39. También rige el principio de especialidad en los bienes muebles: “Auch für das Pfandrecht an beweglichen Sachen gilt der Grundsatz der Spezialität: als Pfand können nur einzelne Sachen dienen; das Gesetz kennt kein “generalpfandrecht” am gesamten beweglichen Vermögen des Schuldners, kein Pfandrecht an einer Sachgesamtheit”, ob. Cit., p. 673.

¹¹⁷¹ Respecto al crédito territorial, ver NASARRE AZNAR, S. *La garantía...*, ob. Cit., pp. 1 y ss.

respondieran de todo el montante del préstamo sin ninguna limitación, ningún prestamista se arriesgaría a concederle más préstamos ya que no tendría la seguridad de tener un derecho preferente que el titular de la *floating charge*. La guía legislativa de la comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional sobre las operaciones garantizadas recomienda la adopción de “*la figura de la garantía real constituible sobre todos los bienes de la empresa, que cumple con eficiencia la función que se suele asignar a esos otros dispositivos tradicionales*”¹¹⁷². Esta carga podría ser un recurso subsidiario al alcance del deudor cuando la entidad de crédito se negase a aceptar el resto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico.

La especialidad es necesaria en el resto de derechos reales ya que su constitución y ejercicio requieren de la existencia de un objeto. Así, es necesario en la servidumbre la existencia de un predio dominante y uno sirviente. La ausencia de alguno de ellos no permitiría crear un derecho de esta naturaleza. En la misma situación encontramos el usufructo, los derechos de retención (que requieren la posesión de una cosa para su ejercicio) y de adquisición preferente, en los que los bienes deben al menos poder identificarse (cfr. art. 568-3.1 CCC, que sin embargo admite que los bienes puedan ser futuros, en cuyo caso la existencia de estos derechos dependerá de la existencia efectiva del objeto, art. 568-3.2 CCC).

2.3. La publicidad de los derechos reales

La publicidad de los derechos reales es indispensable para que los terceros conozcan de su existencia (oponibilidad) y para que la reipersecutoriedad del bien pueda llevarse a cabo satisfactoriamente¹¹⁷³.

¹¹⁷² Introducción, Capítulo I y Capítulo II, p. 87. Vid. *supra*. Capítulo 2º, epígrafe 3.

¹¹⁷³ Ver las reflexiones de CARRASCO PERERA: “10. El mismo sistema catalán padece de la esquizofrenia regulatoria de no decidirse sobre la fuente de la oponibilidad, que es la característica del “derecho real”. El Libro 5 del Codi se ha creado con la pretensión de suministrar un conjunto amplio de reglas sustantivas de identificación y regulación de los “derechos reales”, que posteriormente deberían ser puestas a disposición del Derecho adjetivo encargado de su inscribibilidad. ¿Pero deriva la oponibilidad *erga omnes* de estos tipos de derechos contenidos en el Libro 5 precisamente de que están regulados “como reales”, tienen “nicho” en el Libro 5, lo que les garantiza por vía “sustantiva” su condición jurídico real? ¿O esta oponibilidad más bien depende de condiciones externas-adjetivas, como es la inscripción o el desconocimiento de terceros de buena fe? Y si es esto último -como claramente se

2.3.1. En los bienes inmuebles

El **Registro de la Propiedad** es una institución que podría otorgar seguridad jurídica tanto a terceros como al propio propietario en relación a la propiedad inmobiliaria. A través del Registro se consigue el adecuado equilibrio entre el principio de seguridad jurídica y el de seguridad del tráfico, es decir, entre la protección del titular del derecho subjetivo (p. e. el de propiedad) y de su potencial adquirente (p. e. un tercero, sea o no de buena fe). El Registro de la Propiedad se configura como el vertebrador de la propiedad inmueble y reductor de costes de información, evitando cualquier tipo de incertidumbre. En este sentido, DE LA PUENTE ALFARO argumenta que en el proceso de armonización del Derecho privado europeo, que por el momento se ha concentrado en el derecho de contratos y puede extenderse a los derechos reales, el derecho registral no puede quedar al margen “*pues está íntimamente ligado a la cuestión de la transmisión del dominio y de la constitución de derechos reales*”¹¹⁷⁴. Este autor propone unas bases para una armonización de los sistemas registrales en la UE que coinciden con las reglas comunes para un Registro de la Propiedad europeo que ha elaborado la doctrina¹¹⁷⁵.

La ausencia de un Registro de la Propiedad integrado a nivel europeo provoca en la actualidad que los requisitos y los efectos de las inscripciones registrales sean distintos en cada sistema registral europeo. En este sentido, en la UE existen dos modelos registrales bien diferenciados: aquéllos en los que se registran **títulos** y aquéllos en los que se registran **derechos**¹¹⁷⁶.

desprende de los arts. 563-2.2, 564-3.3, 568-2.1 o 569-24.2 Codi- ¿qué sentido tiene proveer regulaciones de nichos jurídico reales en el Libro 5, si de ello no se deriva ninguna consecuencia regulatoria en cuanto al fondo del problema de los “derechos reales”?”, ver CARRASCO PERERA, Ángel, “Orientaciones para una posible reforma de los derechos reales en el Código Civil español”, en Àrea de Dret Civil, UdG (Coord.), *La codificació dels drets reals a Catalunya. Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitària, Girona, 2007, p. 66.

¹¹⁷⁴ DE LA PUENTE ALFARO, F., “La armonización del Derecho privado en Europa y el Registro de la Propiedad”, en ORDUÑA MORENO, Javier y DE LA PUENTE ALFARO, Fernando, *Los Sistemas de Transmisión de la Propiedad Inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Cívitas, Madrid, 2009, p. 114.

¹¹⁷⁵ DE LA PUENTE ALFARO, F., “La armonización del...”, ob. Cit., pp. 109 a 113. Respecto a estas reglas comunes vid. *infra* en este mismo epígrafe.

¹¹⁷⁶ Que también los identifica el *report* de la EUI, ob. Cit., p. 32. Ver en general respecto a estos dos sistemas MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., “La función registral en los principales países europeos”, en ORDUÑA MORENO, J. y DE LA PUENTE ALFARO, F., ob. Cit., pp. 26 y ss.

a) El primer modelo está presente en Francia¹¹⁷⁷, donde el Registro de la Propiedad se lleva tanto por personas (folio personal) como por fincas (folio real), ambos a través de ficheros (en el primero se hacen constar las fincas que tiene una determinada persona y en el segundo únicamente las fincas). En otros países, como Bélgica, Holanda e Italia, se sigue únicamente un sistema de folio personal¹¹⁷⁸. En estos ordenamientos (junto con Grecia), el control que lleva a cabo el encargado del Registro de los documentos que se pretenden inscribir es simplemente formal, es decir, se limita a analizar su compatibilidad con las normas de la publicidad registral, sin entrar a analizar su contenido. El encargado del Registro de la Propiedad archiva las copias de los documentos presentados y no, por lo tanto, los derechos que en ellos se documentan. En estos sistemas la única seguridad que proporciona el Registro de la Propiedad para el adquirente es si el titular de la finca la ha vendido con anterioridad o ha constituido algún derecho real. Por lo tanto, rige el principio de inoponibilidad de lo no registrado. Debido a que el encargado del Registro no realiza un análisis de la validez de los documentos presentados, el tercer adquirente no puede confiar en que el titular registral sea el verdadero propietario de la finca inscrita. Si el transmitente no tenía en realidad poderes de disposición (p. e. porque su título fue falsificado) se aplica el principio *nemo dat quod non habet*, de tal forma que el adquirente no queda protegido en su adquisición¹¹⁷⁹. Por lo tanto, el adquirente deberá inspeccionar los documentos que han accedido al Registro y llegar por sí mismo a una conclusión.

En definitiva, las insuficiencias de este sistema son¹¹⁸⁰:

1) Falta de garantías para el cesionario de que lo publicado por el

¹¹⁷⁷ RODRÍGUEZ OTERO, Lino, *Instituciones de Derecho hipotecario*, Tomo I, Dijusa, 2007, pp. 69 y 76.

¹¹⁷⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., "Los sistemas registrales...", ob. Cit., p. 993.

¹¹⁷⁹ De acuerdo CÁMARA LAPUENTE, "no se produce una depuración ex ante de los documentos que deben ingresar al Registro (se admiten todos los que cumplan los requisitos formales, con independencia de su adecuación a la legalidad vigente), sino que tan sólo delimita el grupo de posibles titulares, ofreciendo en su integridad los documentos aportados para su inspección. Para obtener una titularidad definitiva y segura, sistemas como el francés acuden a un sistema de "purga", por la que es preciso obtener por sentencia judicial la impugnación de la validez o subsistencia de los otros derechos inscritos. Por reducir la incertidumbre, pero al no dar una seguridad jurídica plena, en estos sistemas tienen éxito los contratos de seguro complementarios para cubrir con una indemnización la posible pérdida del bien", ver CÁMARA LAPUENTE, S., "Los sistemas registrales...", ob. Cit., pp. 993 y 994.

¹¹⁸⁰ ZEVENBERGEN, J., "Registration of Property Rights", en *Notarius International*, 1-2 2003, pp. 132 y 133.

Registro sea completo, válido y correcto.

2) La inactividad de las instituciones registrales que toman parte en la inscripción, es decir, el Registrador no lleva a cabo una calificación del contenido del documento sino únicamente del cumplimiento de los requisitos formales.

3) Falta de una garantía en forma de responsabilidad del Estado por todo el sistema registral.

b) El segundo modelo se sigue en otros ordenamientos como Alemania, Suiza y España¹¹⁸¹. El Registro de la Propiedad se lleva por fincas, que es la unidad básica registral, y los efectos del Registro se rigen por los principios de legitimación y buena fe registral, es decir, el contenido del Registro de la Propiedad se presume exacto en beneficio tanto del titular registral como del tercer adquirente. En Alemania no se exige la adquisición de buena fe se haya realizado a título oneroso (que por el contrario sí exige el Derecho español, art. 34 LH). El Registro de la Propiedad sólo publica los derechos que emanan de los documentos presentados sin que se proceda a su archivo como sucede en el sistema de títulos. El control previo que lleva a cabo el Registrador de la Propiedad de los documentos presentados posibilita presumir que quien aparece en el Registro como titular tiene realmente esa condición.

En definitiva, las características de este sistema son¹¹⁸²:

1) El Registro refleja la situación legal del derecho (*mirror principle*).

2) No es necesaria ninguna investigación histórica de lo publicado en el Registro (*curtain-principle*).

3) El Registro garantiza que lo que está registrado es la realidad y lo verdadero para el tercero de buena fe (en Inglaterra es posible pedir una indemnización si el Registro se modifica en perjuicio del titular inscrito)¹¹⁸³.

¹¹⁸¹ RODRÍGUEZ OTERO, L., ob. Cit., pp. 77 y ss.

¹¹⁸² ZEVENBERGEN, J., "Registration of Property...", ob. Cit., pp. 132 y 133.

¹¹⁸³ En este sentido, la diferencia esencial entre el Registro de la Propiedad inglés y el español y el alemán es que el primero pretende conseguir una presunción *iures et de iure* de su contenido, mientras que en estos dos últimos existe una presunción *iuris tantum*. Ello afecta tanto a la responsabilidad que asume el Estado en el primero y el Registrador de la Propiedad en determinados supuestos en los segundos, p. e. en el Derecho español, como a la protección de la adquisición de terceros, ya que desde el momento en que se admite la posible inexactitud del Registro entra en juego la necesidad de proteger al tercero que contrata confiando en su contenido. Vid. *infra*. Epígrafe 3.3.

Un ejemplo de la disparidad de funcionamiento de ambos sistemas lo encontramos en los sistemas registrales de Bélgica y España. En el sistema registral español se registran las fincas y los derechos que recaen sobre ellas (art. 1 LH), de tal forma que la primera inscripción será la de dominio (art. 7 LH). El Registrador de la Propiedad tiene el deber de calificar “*la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro*” (art. 18.1 LH). Por el contrario, en Bélgica el art. 124.3 de la *Loi hypothécaire* de 16 de diciembre de 1851¹¹⁸⁴ (en adelante, LoiH) obliga al *conservateur* a llevar en el Registro de la Propiedad “*des registres où seront portées les inscriptions des privilèges et hypothèques et les radiations ou réductions*”, junto con un Registro de transcripciones y otro de depósitos (arts. 124.1 y 2). El encargado del Registro sólo verifica la forma del título pero no la validez de los actos que contiene¹¹⁸⁵.

Por lo tanto, no existe un tratamiento unitario en torno a la protección del titular inscrito y del potencial adquirente. En nuestra opinión, un Registro de derechos es más eficiente que uno de documentos, ya que el tercer adquirente puede confiar en el contenido del Registro de la Propiedad¹¹⁸⁶. Esta confianza y

¹¹⁸⁴ Disponible en <http://www.juridat.be> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

¹¹⁸⁵ En la misma línea el *Report* de Bélgica de la EUI (*Real Property Law Belgium – Draft Lawfort 29 September 2004*): “The registration and inscriptions (mortgages) with the Mortgage Registry Office are made by registrars who do not have a general law degree. The Mortgage Registry Office is a public officer. He has a passive role; he can only check if a deed has the right form and cannot verify the legality of a certain transaction”, p. 11.

¹¹⁸⁶ En este sentido: “El Registro de la Propiedad actúa sobre uno de los elementos centrales del sistema económico, cual es el de la definición, atribución y protección de los derechos de propiedad. Y, como se ha observado, sin derechos de propiedad no hay mercado, puesto que los agentes no podrían intercambiar los bienes si no existiese una vinculación entre los propietarios y esos bienes; sin derechos de propiedad eficientes no hay mercados eficientes y sin estos últimos no hay crecimiento económico”, ver MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., “La función económica de los sistemas registrales”, en *RCDI*, Núm. 671, Mayo-Junio 2002. Id. vLex: VLEX-328493; respecto al mismo autor, “Estado, propiedad...”, ob. Cit., pp. 1535 y ss.; y JARDIM, Mónica, *A euro-hipoteca e os diversos sistemas registrais europeus*. (Comunicação feita na F.D.U.C., em 18 de Abril de 2008, no Colóquio: Euro-hipoteca, Mercado Financeiro e Harmonização Internacional do Direito das garantias o II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral, em 10/05/07): “Mas, na nossa perspectiva, o euro-título suporia a introdução de um novo sistema registral comum a toda a Europa, que se apresentaria como um *plus* em face dos sistemas registrais nacionais. Sistema esse que se integraria na família dos sistemas de direitos que concedem uma forte protecção aos terceiros”. Otro autor que también se muestra favorable para un registro de derechos en relación con la hipoteca es CANDAU, que opina que “el Registro que tiene futuro no es el Registro de documentos o de mera oponibilidad a tercero de los documentos que no hayan accedido al mismo, porque éstos no informan a quien puede

seguridad es esencial para el tráfico jurídico-inmobiliario, que sólo puede conseguirse en un Registro de documentos a través del examen de su contenido, que es voluntario. En la práctica, este examen tiene lugar por empresas privadas, que previa inspección de los documentos que archiva el Registro verifican la autenticidad de una determinada titularidad. Un Registro de derechos que opere de forma eficiente podría compensar para el adquirente el coste del análisis del contenido del documento (los honorarios del Registrador)¹¹⁸⁷. Así, un sistema registral de derechos proporcionaría una mayor claridad a la hora de averiguar las cargas que pesan sobre la propiedad inmueble a un bajo coste.

La adopción de este sistema implicaría la existencia de una persona encargada de la **llevarza del Registro**, bien un notario (cuya figura existe en España, Alemania y otros países europeos, como Italia o Francia¹¹⁸⁸), un Registrador de la Propiedad (que también existe en España, dando lugar a un sistema de doble calificación –notarial y registral-, y en Alemania, país en el que los Registros se integran en los tribunales de primera instancia, dependen del Ministerio de Justicia y son llevados por los Registradores de la Propiedad a los que el juez delega sus funciones¹¹⁸⁹), un funcionario cualificado (como en Inglaterra) o un juez, que llevase a cabo un análisis *ex ante* de los documentos presentados al Registro de la Propiedad (es decir, una calificación de su legalidad). En este ámbito tenemos dos informes relevantes: a) por un lado, el denominado Informe Murray. Este informe afirma que la actividad notarial

prestar los capitales de quién es el verdadero dueño, sino tan sólo de quién no lo es [...] Muy al contrario, el Registro que suministra un futuro a la hipoteca es el Registro de derechos o Registro dotado de fe pública, de tal suerte que no sólo informa, sino que garantiza esta información, de modo que quien confía de buena fe en él y contrata a título oneroso inscribiendo su derecho, logra adquirir una titularidad inatacable”, ver CANDAU, Alfonso, “El papel del Registro en el futuro de las hipotecas”, en JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN (Ed.), Europa ARTES Gráficas, Salamanca, 2006, p. 85

¹¹⁸⁷ MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., “Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria”, en ORDUÑA MORENO, J. y DE LA PUENTE ALFARO, F., ob. Cit., p. 71.

¹¹⁸⁸ Los notarios están representados a nivel europeo en el *Council of the Notariats of the European Union* (<http://www.cnue.be/>), desde el cual se puede acceder a la web de los Consejos Notariales de cada Estado miembro de esta organización. En España el rol del notario está previsto en el Reglamento del Notariado de 2 de junio de 1944 (BOE 7 julio 1944, núm. 189J).

¹¹⁸⁹ Art. 3.1.h de la *Rechtspflegengesetz* (Ley de los administradores de justicia). *Gesetz vom 05.11.1969* (BGBl. I S. 2065): “Dem Rechtspfleger werden folgende Geschäfte übertragen: [...] Grundbuchsachen, Schiffsregister- und Schiffsbauregistersachen sowie Sachen des Registers für Pfandrechte an Luftfahrzeugen“.

constituye el mecanismo que ofrece la mayor seguridad preventiva para las partes involucradas en una transacción, y concluye que “no se observan razones de eficiencia económica que justifiquen el proceder a una unificación en el ámbito de la Unión Europea de los diferentes sistemas”¹¹⁹⁰; y b) por otro, el informe *Conveyancing Services Market*, que fue publicado en diciembre de 2007¹¹⁹¹ por el *Centre of European Law and Politics* (ZERP) de la Universidad de Bremen. Este informe compara el rol de los profesionales del derecho en las transacciones inmobiliarias en diversos países (Inglaterra y Gales, que siguen un sistema de *Lawyers and Licensed*; Alemania y España, que siguen un sistema notarial; Holanda, con un sistema notarial desregulado; y Suecia, con un *Licensed Real Estate Agent System*). Las conclusiones a las que llega este estudio son dos: 1) que “it does not seem proportionate or justifiable that lawyers are barred from performing conveyancing services in Latin notary countries”; y 2) que la confianza del consumidor “is enhanced under deregulated systems and highly regulated Latin notary systems with fixed prices and numerus clausus can be singled out for special criticism as they result in significant consumer detriment in the form of higher prices, without any comparable quality gains”¹¹⁹². En consecuencia, se afirma que los aranceles notariales deberían ser liberalizados para obtener una mayor eficiencia de la función notarial, y abre las puertas a que otros profesionales del derecho puedan llevar a cabo dicha función. En otras palabras, este estudio pone en tela de juicio la función del notariado en los sistemas latinos por el elevado coste hacia el consumidor, alabando a los sistemas más desregularizados,

¹¹⁹⁰ De acuerdo con este informe “el modelo por virtud del cual un solo profesional, neutral entre las partes, es requerido para llevar a cabo la transferencia de la propiedad inmobiliaria y el acceso directo de la misma al registro ofrece poderosas garantías y ventajas en términos de costes y, sobre todo, de integridad sistemática”, conclusiones extraídas del artículo “Los Informes ZERP y MURRAY y la desregulación de los costes notariales”, *El notario siglo XXI*, Nº 30, Marzo-Abril, 2010. Disponible en <http://www.elnotario.com>.

¹¹⁹¹ COMP/2006/D3/003. *Summary of the comparative legal and economic study into the EU conveyancing services market*. Disponible en http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/professional_services/studies/studies.html (consultado el día 1 de mayo de 2010). Este estudio se incardina dentro de la voluntad de analizar el impacto de los servicios profesionales en la competitividad de la UE.

¹¹⁹² *Centre of European Law and Politics* (ZERP). University of Bremen Christoph U. Schmid (Legal and General Co-ordinator). *Summary of the comparative legal and economic study into the EU conveyancing services market*. COMP/2006/D3/003, diciembre 2007, pp. 35 y 36.

como el inglés y el suizo¹¹⁹³. Los notarios españoles se han posicionado en contra de este informe con dos argumentos: 1) respecto a la posibilidad de que otras instituciones puedan llevar a cabo una función asimilable a la notarial, los notarios alegan que su exclusividad tiene su razón de ser en la necesidad de controlar al máximo el sector de las transacciones inmobiliarias, y que su función otorga en este ámbito una calidad superior a cualquier otro tipo de asesoramiento prestado por otra institución; y 2) respecto a la liberalización de los aranceles, los notarios alegan que la función notarial perdería independencia e imparcialidad¹¹⁹⁴. Estamos de acuerdo con la primera afirmación, ya que el notario cumple una importante función en el Derecho español. De acuerdo con la RDGRN 7 de febrero de 2005 (que denegaba la inscripción de una escritura pública formalizada ante un notario alemán), la función notarial *“protege, en primer lugar, a las partes contratantes y, en particular, al adquirente, controlando la titularidad y el poder de disposición del vendedor, así como las cargas o gravámenes afectantes al inmueble objeto de la transmisión, mediante el examen de los títulos antecedentes y la consulta telemática al Registro de la Propiedad, a la vez que constata los gastos pendientes de la comunidad del edificio sobre la finca vendida mediante la aportación del certificado pertinente, advirtiendo a las partes de las consecuencias legales y fiscales del acto, con especial asistencia a los consumidores o parte débil en la contratación inmobiliaria, a fin de procurar una información cabal que permita prestar, en suma, un consentimiento suficientemente asesorado, todo ello con simultaneidad al momento de la transacción económica, para instar seguidamente del Registro, también por vía telemática, con carácter inmediato posterior al otorgamiento, sin solución de continuidad, la extensión, en su caso, del correspondiente asiento de presentación”*. Por lo tanto, las funciones que el notario cumple en el Derecho español no deberían perder peso en un contexto europeo, con independencia de quien las llevara finalmente a cabo. No obstante, no estamos de acuerdo

¹¹⁹³ Centre of European Law and Politics (ZERP), “Summary of the comparative legal and economic...”: “From the evidence we have found, it is our opinion that Member States with the Latin notary system would do well to increase the choice of conveyancing related legal services and to promote the provision of more cost-effective services for consumers”, ob. Cit., p. 37.

¹¹⁹⁴ GARCÍA COLLANTES, José Manuel, “El Informe Bremen: Más de lo mismo”, en *El Notario del Siglo XXI*, Julio-Agosto 2009, Nº 26. También defiende la función notarial GONZÁLEZ BOU, Emilio, “El estudio ZERP y ARBO”, en *La Notaria*, Núm. 53-54, Mayo 2008, pp. 83 y ss.

con la segunda afirmación. La liberalización de los aranceles en este sector no tendría por qué afectar a la función notarial: que esta actividad fuera más o menos retribuida no tendría por qué influir en su ejercicio. Esta liberalización beneficiaría a los consumidores y usuarios al provocar una mayor competitividad entre los notarios, en la línea del Informe elaborado por el ZERP.

En consecuencia, está por ver si un futuro Registro de la Propiedad europeo podría estar dirigido por Registradores, notarios o prácticos especializados en derecho registral (p. e. los *real estate agents*), pero no debería significar en ningún caso una merma de las garantías que ofrece la función notarial en España. Pensemos que estas garantías son esenciales para la protección de los consumidores y usuarios. En este sentido, sería interesante que el encargado de la llevanza del Registro de la Propiedad pudiera analizar toda la documentación que se le presente para ver si existe alguna cláusula contraria al Derecho comunitario, especialmente en materia de consumidores y usuarios. En el caso de que una cláusula fuera abusiva, el encargado del Registro debería inadmitir su inscripción (quedando la vía judicial a disposición del que pretende inscribir el documento). De esta manera, se solucionarían en parte los problemas que provoca la lentitud de los procesos judiciales en la declaración de nulidad de algunas cláusulas abusivas para los consumidores, que puede tener lugar varios años después de la firma del contrato. Un ejemplo lo encontramos en la STS de 16 de diciembre de 2009¹¹⁹⁵, que ha declarado nulas de pleno derecho varias cláusulas previstas en préstamos hipotecarios de diversas entidades de crédito varios años después de su formalización¹¹⁹⁶.

Finalmente, un Registro de la Propiedad europeo podría ser una realidad una vez se cumplan escalonadamente diversas fases: a) el primer paso es el acceso electrónico a la información de Registros y Catastros, lo que ya permite

¹¹⁹⁵ RJ 2010\702.

¹¹⁹⁶ Así, por ejemplo, es nula la cláusula que prevé la “exención de toda responsabilidad de la entidad, por extravío o sustracción de la tarjeta (de crédito o de débito), o de la libreta, antes de que su titular notifique su pérdida”, o la declaración de vencimiento anticipado si “cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa”, o la cláusula en cuya virtud el hipotecante se obliga “a no celebrar, sin consentimiento del Banco, contrato alguno de arriendo en que se anticipen rentas o se pacte una renta neta inferior al 5% del tipo de subasta (...) ni, en caso de arrendamiento de vivienda, por plazo superior al mínimo legal de cinco años”.

actualmente en algunos países la plataforma EULIS; b) un segundo paso podría ser el establecimiento de mecanismos de coordinación entre los distintos Registros de la Propiedad nacionales; y c) un ulterior paso sería un Registro europeo único o “Euroregistro de la Propiedad”¹¹⁹⁷, potenciando la seguridad jurídica en las operaciones inmobiliarias transfronterizas. De hecho, la doctrina ha propuesto unas **reglas comunes** para un Registro de la Propiedad europeo que toman como base los sistemas que registran derechos¹¹⁹⁸. Las bases de estas reglas son¹¹⁹⁹:

a) La constitución, modificación o extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles se encomienda al Registro de la Propiedad, que se organizaría en libros o ficheros electrónicos (art. 1:102). Los creadores de estas reglas se refieren expresamente al Registro de bienes muebles que prevé el DCFR, accesible electrónicamente a nivel europeo (art. XI.-3:302 DCFR). En nuestra opinión, esta es la vía seguir pero tomando como base la plataforma EULIS en una primera fase. En cualquier caso, hasta la armonización de los sistemas registrales a nivel europeo se revelaría en un primer momento cuáles de ellos son más eficientes, lo que presumiblemente provocaría que aquellos Estados miembros con regulaciones menos eficientes modificasen sus sistemas registrales para ser más competitivos a nivel europeo.

b) Los derechos reales inmobiliarios serían aquellos que de acuerdo con la normativa nacional permiten *“imponer el poder jurídico que corresponde a su titular, que se refiere a una finca concreta y determinada, a cualquier persona*

¹¹⁹⁷ NASARRE AZNAR defiende que “el nuevo Registro Inmobiliario o de la Propiedad que propone la LRA 2002 puede utilizarse como un modelo para el «Euroregistro de la Propiedad» que deberá acompañar a la futura eurohipoteca, puesto que permitiría la consulta y modificación (consecuencia de negociaciones inmobiliarias) de los Registros nacionales desde cualquier Estado miembro, electrónica e instantáneamente”, ver NASARRE AZNAR, S., “El nuevo sistema...”, ob. Cit., pp. 1308 y 1309.

¹¹⁹⁸ “Dada la mayor eficiencia, por lo tanto, del Registro de derechos, los principios sobre los que se sustenta este modelo registral podrían servirnos de mimbres para construir un Registro de la Propiedad europeo como se verá a continuación. Esta tarea de armonización que hemos realizado y que a continuación se expone podría tomarse como referente en el caso de que en el futuro se adoptase una Directiva o alguna otra normativa europea sobre esta cuestión. Dicha armonización contribuiría a superar las barreras del mercado transnacional en relación con los bienes inmuebles y las garantías a ellos asociados”, ver DE PABLO CONTRERAS, Pedro, DE LA IGLESIA MONJE, Isabel y ORDUÑA MORENO, F. J., “Anexo. La convergencia de los sistemas registrales europeos: una propuesta de armonización”, en ORDUÑA MORENO, J. y DE LA PUENTE ALFARO, F., ob. Cit., p. 633.

¹¹⁹⁹ DE PABLO CONTRERAS, Pedro, DE LA IGLESIA MONJE, Isabel y ORDUÑA MORENO, J., “Anexo. La convergencia...”, ob. Cit., pp. 635 y ss.

que posea ésta o de cualquier modo perturbe su ejercicio” (art. 1:103). Los redactores definen los derechos reales en base a las acciones reales que los protegen, aunque en nuestra opinión la característica principal de los derechos reales es su reipersecutoriedad¹²⁰⁰.

c) El Registro se llevaría por fincas en congruencia con la adopción como base de un Registro de derechos (arts. 1:201 y 202), que debería estar coordinado con el Catastro (art. 1:204).

d) Los actos y negocios jurídicos que accederían al Registro serían aquellos que, de acuerdo con la legislación nacional, tuvieran como efecto la constitución, transmisión, modificación o extinción del dominio u otros derechos reales (art. 1:301). Los redactores no se posicionan en torno a la adopción de una inscripción constitutiva o declarativa o sobre el régimen de transmisión de los bienes inmuebles, ya que “*las notables divergencias existentes en este punto aconsejan poner el acento en alcanzar la razonable uniformidad a través de la unívoca protección registral de los terceros adquirentes asumida a través del principio de fe pública*”¹²⁰¹.

En cuanto a la primera cuestión, en nuestra opinión la línea a seguir es la empleada por los Derechos inglés y alemán. Son dos sistemas constitutivos de derechos reales inmobiliarios, lo que unido al principio *numerus quasi-clausus* se otorgaría la mayor seguridad jurídica posible al propietario y a terceros. Si atendemos al estudio de CÁMARA LAPUENTE, la inscripción constitutiva juega un papel importante, en mayor o menor medida, en todos los sistemas registrales¹²⁰². Si se optase por una inscripción declarativa los derechos reales tendrían efectos desde el momento de su nacimiento, con el

¹²⁰⁰ Vid. *supra*. Apartados I y II, epígrafe 3.1.

¹²⁰¹ DE PABLO CONTRERAS, P., DE LA IGLESIA MONJE, I. y ORDUÑA MORENO, J., “Anexo. La convergencia...”, ob. Cit., p. 640.

¹²⁰² Ver CÁMARA LAPUENTE, S., “Los sistemas registrales...”, ob. Cit.: “En conclusión, pese a las importantes disparidades de estructura y funcionamiento, cabe concluir que el papel de la inscripción registral como formalidad adicional necesaria para la plena eficacia del contrato traslativo de derechos reales inmobiliarios es crucial en todos los sistemas: si el contrato tiene por objeto la creación de una hipoteca, la inscripción se erige en la mayoría de los sistemas como necesaria para el nacimiento del derecho (constitutiva); si el contrato busca la transmisión de la propiedad o de otros derechos reales, en los sistemas de inscripción constitutiva, la inscripción es el requisito formal que da efectos plenos al contrato incluso entre las partes; si la inscripción es declarativa (sea obligatoria o voluntaria), sólo al hacerla el contrato despliega plenos efectos frente a terceros-aunque la transmisión del derecho ya se haya producido-, con lo que ha podido incluso hablarse de su carácter «constitutivo» o «cuasiconstitutivo» hacia los terceros”, p. 951.

consiguiente riesgo de que se cree el mismo derecho en favor de un tercero y se inscriba en el Registro de la Propiedad. Respecto a los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria, el Derecho inglés puede ser un sistema de referencia¹²⁰³.

e) Los principios básicos que regirían el Registro de la Propiedad serían: 1) el de prioridad (art. 2:103), que ya vimos que era una característica esencial del derecho real¹²⁰⁴; 2) el de legalidad, en virtud del cual el Registrador calificaría la legalidad del documento (art. 2:103), si bien no se hace referencia al rol que debe desempeñar el notario o los *real estate agents*. Como ya hemos dicho, las funciones que el notario desempeña en el Derecho español no deberían desaparecer, con independencia de si es el propio Registrador quien las llevase a cabo; 3) los de tracto sucesivo y exclusión (no podrían inscribirse derechos reales que fueran incompatibles con otros derechos inscritos en el Registro de la Propiedad); 4) el de legitimación, presumiendo que los derechos reales inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo (art. 3:101.1). Es una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario (art. 3:102.1); y 5) el de fe pública registral, que protegería al tercer adquirente a título oneroso y de buena fe (que siempre se presumiría, art. 3:201). En efecto, la fe pública registral cumple sobradamente los objetivos que cualquier sistema registral tendría que tener en el ámbito de las transacciones transfronterizas: todo lo que no existe en el Registro de la Propiedad no afecta a terceros y lo que esté inscrito afecta a tercero en la forma descrita en el Registro¹²⁰⁵.

2.3.2. En los bienes muebles

Hemos constatado que la forma en la creación de derechos reales difiere en los tres ordenamientos estudiados y, por ende, en la UE. Además, mientras que en el Derecho inglés es la posesión la que otorga el título, en el Derecho

¹²⁰³ Vid. *infra*. Epígrafe 3.6.

¹²⁰⁴ Vid. *supra*. la definición de derecho real, Capítulo I, apartado III.

¹²⁰⁵ De acuerdo con PAU PEDRÓN, Antonio, "The register as an instrument of security in property transactions", en SANCHEZ JORDÁN, María Elena y GAMBARO, Antonio, *Land law in comparative perspective*, Kluwer Law International, The Hague, 2002: "All regulation of the Register must set the rule, to the benefit of the citizen, that anything that does not appear in the Register does not affect him, and whatever does appear affects him exactly in the terms expressed in the register entry", p. 94.

español es la escritura pública la que hace oponible a terceros el derecho real. Por lo tanto, la oponibilidad a terceros, característica esencial de los derechos reales, no podría tener lugar en los bienes muebles a través del Registro de la Propiedad. El estudio doctrinal llevado a cabo por KIENINGER¹²⁰⁶ sobre las garantías mobiliarias en el grupo del *common core* también ha constatado que los mecanismos de oponibilidad del derecho real varían en cada ordenamiento y, por esta razón, esta autora propone la creación de un Registro de garantías en base a un folio personal en el que consten los deudores¹²⁰⁷. Esta idea podría complementarse con la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes objeto de los derechos reales en la misma línea que el art. IX.-3:306 DCFR. El Registro electrónico que prevé el DCFR está pensado únicamente para las garantías reales y podría ser una opción viable. Así, un Registro de folio personal accesible electrónicamente podría informar a terceros de las deudas ya contraídas por el deudor y de los bienes que garantizan su cumplimiento.

Este sistema registral permitiría un régimen eficiente de garantías reales no posesorias, que de acuerdo con KIENINGER¹²⁰⁸ están presentes en algunos ordenamientos, hecho que hemos constatado en los Derechos español y alemán y en el DCFR (que tiene lugar a través de la prenda sin desplazamiento)¹²⁰⁹. De acuerdo con la guía legislativa de la comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional sobre las operaciones garantizadas, un régimen de garantías eficaz y eficiente debería admitir las garantías reales no posesorias al permitir al garante el uso de los bienes

¹²⁰⁶ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 5.2.1.2.

¹²⁰⁷ “To conclude, the only viable method seems to be a debtor-based registry. Since the European Security Right should be open to all kinds of parties, it is evident that it cannot be restricted to debtors, which, like companies, are registered anyway. In addition, such a register should reveal as much information on the debtor and the secured transaction as is necessary to alert the interested creditor and to enable him to obtain further particulars [...] Compared to an asset-based registry, a debtor-based registry has the additional advantage of creating fewer problems with respect to cross border situations. In most cases, the interested party will know where the debtor is situated and can search a regionally organised registry (e. g. the registry of a certain Member State) accordingly”, ver KIENINGER, E-Mª, ob. Cit., pp. 670 y 671. Además, un registro de cosas provocaría su modificación cada vez que se transmitiera el bien mueble de un Estado a otro.

¹²⁰⁸ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 5.2.1.2.

¹²⁰⁹ Vid. *supra*. Apartado II, epígrafe 3.2.

gravados en su actividad empresarial¹²¹⁰. En nuestra opinión, sólo se podría sustituir la publicidad que la posesión otorga al derecho real de garantía por un adecuado sistema registral, que permitiera averiguar si el bien está gravado con otro derecho real (superando así el problema detectado por el *common core* de la falta de publicidad de estas garantías). La publicidad de los derechos reales sobre bienes en el resto de casos debería tener lugar a través de la posesión efectiva por su titular, que es una característica común que presenta p. e. el derecho real de prenda (cuando no se constituya bajo la modalidad de prenda sin desplazamiento posesorio).

3. Otros principios relevantes

3.1. La separación entre el derecho contractual y el derecho de propiedad

Una cuestión de importancia es la separación que hay que adoptar en una posible convergencia europea en relación al **derecho contractual** y el **derecho de propiedad**. En este sentido, los sistemas basados en el derecho romano, como el español, adoptan el plan de Gayo o romano-francés, que divide el derecho civil en tres partes: personas, cosas y acciones o modos de adquirir. Por su parte, Alemania acoge el plan de Savigny, que divide el Derecho civil en dos partes: una general, que engloba lo relativo a elementos comunes a todas las figuras jurídicas civiles y dentro de ella a la persona como sujeto de derecho; y otra especial, que se subdivide en 4 partes: derechos sobre cosas, obligaciones, familia y sucesión hereditaria. Estos dos ordenamientos comparten en mayor o menor medida un mismo modelo que separa el derecho de obligaciones del derecho de propiedad¹²¹¹, y en el que la

¹²¹⁰ “e) Reconocer la validez de las garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre todos los tipos de bienes. 47. El otorgamiento de una garantía real no debería dificultar ni impedir que el otorgante de la garantía real mantuviera su negocio en marcha. Ello significa que no debería exigirse que el otorgante renunciara a la posesión de los bienes gravados en beneficio del acreedor garantizado. En todo régimen moderno de las operaciones garantizadas debería prevalecer la constitución de garantías reales sin desplazamiento sobre una amplia gama de bienes corporales e inmateriales, inclusive los bienes de equipo, las existencias y los créditos por cobrar”, p. 12 de la Introducción.

¹²¹¹ Ver DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Vol. I, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2003, pp. 40 a 42 y 58.

responsabilidad civil tiende a proteger el derecho de propiedad¹²¹². Pero no es menos cierto que existen en estos países unos derechos a caballo entre los derechos reales y los personales, que dificultan la adopción de una separación estricta entre ambos. Así, en el Derecho español existen las obligaciones *propter rem*, en las que el deudor aparece determinado por el hecho de ser propietario de una cosa, es decir, es deudor de la prestación quien en cada momento sea propietario de ésta. Un claro ejemplo es el art. 9.1.e) LPH, en virtud del cual el adquirente de una vivienda o local responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios por los anteriores titulares (destinadas al sostenimiento de los gastos generales). Esta obligación se extiende hasta la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural anterior (STS de 20 de febrero de 1997¹²¹³). Esta clase de obligaciones también están presentes en el art. 553-5 CCC y en la s. 16.(1) CLRA.

En el Derecho alemán tenemos dos ejemplos¹²¹⁴: a) en primer lugar, el *leasing* sobre bienes inmuebles (§ 566 BGB). Así, cualquier nuevo propietario del bien inmueble que haya sido arrendado va a estar vinculado por el *lease*, lo que ha llevado a la doctrina a considerar que “*such an extension of a contractual obligation to third parties contravenes the principle of the law of obligations*”; y b) el *Anwartschaftsrecht* o derecho de expectativa, que corresponde al adquirente de un bien cuando ya se ha formalizado el contrato y nace, por ejemplo, cuando los bienes han sido entregados bajo una reserva de dominio (§ 446 BGB), en cuyo caso la posesión del comprador resulta protegida por la expectativa que tiene en su adquisición. Esta situación es de menor entidad que el derecho de propiedad pero es tratada casi como un derecho real, p. e. al concederle al titular de la expectativa la posibilidad de reclamar la posesión contra terceros que la perturben de forma ilegítima. Además, el *Anwartschaftsrecht* puede transmitirse a terceros.

Por su parte, la división entre el derecho de propiedad y el derecho de obligaciones dista de ser clara en el Derecho inglés, p. e. una deuda se considera como *property*. Además, el derecho propiedad tiene una vinculación

¹²¹² Vid. *supra*. Apartado II, epígrafe 1.1.

¹²¹³ RJ 1997\1007.

¹²¹⁴ Ver KOHLER, J., ob. Cit., pp. 247 y 248.

especial con el derecho de daños que no tiene lugar en los sistemas de derecho civil. Un ejemplo lo encontramos en el poseedor de una cosa a través de un *bailment* que se ve desposeído, en cuyo caso no tiene acción para recuperar la cosa *stricto sensu* como en los sistemas de derecho civil.

GEOFFREY nos advierte de que sería retrógrado trasladar *stricto sensu* al mundo angloamericano la división continental de propiedad, obligaciones y responsabilidad civil. Además, pone de manifiesto que los estudios realizados en torno a un código civil europeo no se han preocupado en exceso de adoptar un modelo apropiado que compagine a ambos sistemas. Este autor es escéptico respecto a la estricta división entre propiedad y obligaciones en el derecho angloamericano, y en su lugar propone un sistema tridimensional entre personas, cosas y acciones, cada una en su propia dimensión. De esta forma, sería posible en una relación jurídica la existencia tanto de una *actio in personam* como de una *actio in rem*¹²¹⁵. Pero si partimos de la base de un sistema *numerus quasi-clausus*, que establecería por lo tanto una distinción entre el orden público (derecho de propiedad) y la autonomía de la voluntad (derecho contractual)¹²¹⁶, la distinción entre ambos derechos sería indispensable para averiguar si un derecho real goza de su característica principal: su reipersecutoriedad¹²¹⁷. De esta manera, y atendiendo al *common core* de los derechos reales, el derecho de propiedad y el resto de derechos reales en cosa ajena recaerían sobre bienes en un sistema de propiedad

¹²¹⁵ “However, one particular and central point that this discussion has tried to communicate is the scepticism towards any idea that the common law can be analysed, using traditional logical hierarchies of knowledge, in terms of a law of property and a law of obligations as mutually exclusive categories of rights. Such a classification scheme is at best misleading because the two areas are intermixed in a way that makes two-dimensional categorisation meaningless. What has been proposed, instead, is a more complex model where persons, things and actions, the institutional foundation’s of Gaius’ scheme, are seen to function in a three-dimensional structure that more truly represents how facts should be conceived”, ver GEOFFREY, Samuel, “Property and obligations: continental and comparative perspectives”, en HUDSON, Alastair (Ed.), *New perspectives on property law, human rights and family home*, Cavendish Publishing, 2003, p. 316.

¹²¹⁶ A pesar de la posibilidad de crear nuevos derechos reales, los requisitos que se exigirían limitarían considerablemente la autonomía de la voluntad de las partes.

¹²¹⁷ “What is the difference? The practical difference bears on this question. Against whom can be the right demanded? ‘Demandability’ is intelligible but not really English. But another word ‘to demand’ is ‘to exact’, which gives us ‘exigible’ and ‘exigibility’. A right in rem is a right the exigibility of which is defined by the location of a thing. The exigibility of a right in personam is defined by the location of the person. Where I have a right in personam the notional chain in my hand is tied around a thing. Between me and car which I own there is such a chain”, ver BIRKS, Peter, *Five keys to land law*, en BRIGHT, S. y DEWAR, J., ob. Cit., p. 473.

uropeo, mientras que de los contratos sólo surgirían derechos personales oponibles a un sujeto determinado. A favor de una convergencia se encuentra el hecho de que aunque con distinto origen en sus razonamientos, el rol del contrato en el derecho angloamericano es similar en los sistemas de derecho civil en un aspecto central: en ambos se crean con carácter general derechos personales que son oponibles únicamente *inter partes*¹²¹⁸. En el mismo sentido se sitúa AKKERMANS para distinguir qué relaciones tendrían efectos frente a terceros¹²¹⁹.

La problemática se plantea en torno a los derechos que tienen casi una naturaleza real, como el derecho de expectativa o *Anwartschaftsrecht*. La doctrina se muestra partidaria de no imponer una separación estricta entre el derecho de propiedad y el de obligaciones, con la necesidad de regular derechos reales *sui generis*, como el *Anwartschaftsrecht*¹²²⁰. Una posible solución sería catalogar a esta clase de derechos como reales o personales y, en este último supuesto, el legislador europeo podría admitir en determinadas circunstancias su acceso al Registro de la Propiedad europeo (eurorregistro) para conseguir una oponibilidad a terceros consiguiendo efectos cuasi-reales, que como hemos visto sucede en algunas legislaciones europeas en el derecho del arrendamiento¹²²¹. En el mismo sentido se posicionan los

¹²¹⁸ “There is logic to this unenforceability, in as much as a contract clauses creates an obligation *in personam* between the two parties who made the contract. In another words, it is a personal obligation that is “private” as between the two contractors, resulting in a situation where no third party ought in principle to be affected by such a contract. In civil law thinking this is described as the “relative effect” of a contract; in common law thinking this is described as the rule of privity of contract”, ver GEOFFREY, Samuel, *Contract Law: Cases and Materials*, 1st Ed., Sweet & Maxwell, London, 2007, p. 389. No obstante, hay algunas excepciones. Ver también pp. 4, 5, 25, 139 y 144. Los contratos en el Derecho inglés se basan en los siguientes elementos, que están íntimamente relacionados, sobre la base de lo que ellos denominan (*promises*), que son directamente ejecutables y difieren del acuerdo de voluntades (*agreement*) exigido en los sistemas de derecho civil: a) *offer and acceptance*, b) *consideration* (si algunas de las partes ha tenido algún beneficio o un detrimento, que se aleja por lo tanto del concepto de causa de los sistemas de derecho civil); y c) *intention to create legal relations*. También podría agregarse la *certainty* o claridad de las expresiones en el contrato. Ver WHINCUP, Michael H., *Contract law and practice*, Fifth revised and enlarged edition, with a foreword by Professor Bernard Rudden, Kluwer Law International, 2006, p. 12, pp. 17 y ss. y pp. 73 y ss.

¹²¹⁹ “Only when the law of obligations and the law of property are also separated at a European level to the degree that it remains possible to distinguish between legal relations with and without third-party effect, in other words between the law of property and the obligations, will the legal systems of the Member States be able to cope with the influence of European law in this area. European law and national law will then be able to co-operate in the development of a system of property law for the European Law”, AKKERMANS, B., ob. Cit., p. 548.

¹²²⁰ De acuerdo con CASHIN RITAINE, E., ob. Cit., p. 196.

¹²²¹ Vid. *supra*. Epígrafe 3.1.2.

redactores de las reglas comunes para un Registro de la Propiedad europeo¹²²², al contemplar la posibilidad de que accedan a este Registro derechos de crédito¹²²³.

3.2. La prioridad y defensa de los derechos reales

Tal y como ya hemos expuesto en otro lugar, una de las características que conforman el *common core* de los derechos reales es su **prioridad**, que en los bienes inmuebles no plantea problemas porque nacería con la inscripción en el Registro de la Propiedad (con excepción las cargas legales tácitas o *overriding interests*). De hecho, a nivel comunitario los derechos reales constituidos y registrados sobre dibujos o modelos comunitarios tienen prioridad sobre derechos reales constituidos posteriormente¹²²⁴. En cuanto a los bienes muebles, la prioridad nacería o bien con su inscripción en el Registro de bienes muebles o bien desde el momento de su constitución (en este sentido regula la prioridad de las garantías mobiliarias el art. IX.-4:101 DCFR). El principal problema en este apartado son las cargas legales tácitas que están presentes en los diversos ordenamientos jurídicos. Estas cargas no tienen publicidad registral y provocan inseguridad jurídica a terceros ya que tienen prioridad sobre derechos registrados. El Libro Blanco de 2007 recomienda limitar esta clase de cargas¹²²⁵.

En cuanto a la **defensa** del derecho real, en este caso entramos a considerar la “dimensión protectora del derecho”¹²²⁶, que engloba todos aquellos recursos disponibles para el propietario para poder proteger su derecho (p. e. en caso de intromisiones ilegítimas por terceros). La doctrina entiende que la reivindicabilidad de la cosa es una característica que otorga eficiencia a los derechos reales desde el punto de vista del análisis económico

¹²²² Vid. *supra*. Epígrafe 2.3.1.

¹²²³ “Esto es compatible con que los ordenamientos nacionales puedan prever la inscripción en el Registro de la propiedad de determinados derechos de crédito y que ello, en su caso, pueda dar lugar a excepciones al principio general de relatividad de los contratos”, ver DE PABLO CONTRERAS, P., DE LA IGLESIA MONJE, I. y ORDUÑA MORENO, F. J., “Anexo. La convergencia...”, ob. Cit., p. 637.

¹²²⁴ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado I, epígrafe 2.9.

¹²²⁵ Ver al respecto *infra*. Capítulo 4º, apartado I, epígrafe 3.

¹²²⁶ Una de las dimensiones que prevé UNDERKUFFLER, L. S., ob. Cit., p. 28.

del derecho¹²²⁷. Aunque la disparidad entre las diversas legislaciones es evidente, se persigue esencialmente la misma finalidad.

En la reivindicabilidad de los bienes inmuebles coinciden los ordenamientos estudiados (mediante la *ejectment* el Derecho inglés y la *rei vindicatio* los Derechos español y alemán). De hecho, otros países de tradición civilista otorgan la posibilidad al propietario desposeído de entablar una acción de recuperación contra su poseedor, tanto para bienes inmuebles o muebles, como Grecia¹²²⁸ o Italia¹²²⁹. Estos Derechos también contemplan la *actio negatoria* para el propietario o titulares de derechos reales que comporten posesión, como el usufructo o la servidumbre, en virtud de la cual se intenta suprimir una interferencia presente e impedir que ocurra de nuevo en el futuro (arts. 348 CC, aunque no está regulada de forma expresa¹²³⁰, y 544-4.1 CCC). La posibilidad del propietario de cesar y prohibir cualesquiera interferencias presentes o futuras también la encontramos en los arts. VIII-6:191.(2) y (3) DCFR, y en el Derecho inglés existe la posibilidad en caso de interferencias externas en la propiedad de que el juez condene al demandado no sólo al pago de una indemnización (*damages*), sino también a prohibir la realización futura del acto dañoso (*injunctions*)¹²³¹. De hecho, en la STPICE de 18 de octubre de 2001¹²³² se hace una referencia expresa a la *actio negatoria*. El tribunal consideró la improcedencia de un despido por parte del Banco Central Europeo a un trabajador y la necesidad de reestablecer su situación al momento en que

¹²²⁷ “Las viejas reglas romanas *Ubi rem meam invenio ibi vindico* (donde está la cosa, se reivindica, expresión que quiere indicar que con el ejercicio de la acción reivindicatoria se persigue la recuperación de la cosa aunque esta se encuentre en posesión de un tercero); *Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest* (lo que es nuestro no puede ser transferido a otro sin hecho nuestro); *Res inter alios acta, aliis nec nocet nec prodest* (el contrato no puede afectar a los derechos de aquél que no ha sido parte en el mismo); *Nemo plus iuris ad alium tranferre potest, quam ipse haberet* (nadie puede transmitir más derechos que los que él mismo tiene) se revelan eficientes desde el punto de vista del análisis económico puesto que mientras no surjan circunstancias especiales que así lo aconsejen, hay que suponer que el recurso económico de que se trate debe permanecer en manos de su titular originario”, ver MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M^a, “Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria”, en *Indret*, 4/2008, p. 9. Disponible en www.indret.com.

¹²²⁸ KERAMEUS, K. D. y KOZYRIS, P. J., ob. Cit., pp. 130 y 131. En el caso de bienes muebles el poseedor se presume propietario pero quien ha perdido una cosa puede reivindicarla del nuevo poseedor.

¹²²⁹ GAMBARO, A., “Property Law...”, ob. Cit., pp. 308 y 309.

¹²³⁰ Ver en este sentido SAN JOSÉ, M. Calvo, “La acción negatoria de servidumbres”, en *RD*, Núm. 4, 2002. Id. vLex: VLEX-194681.

¹²³¹ Vid. *supra*. Apartado II, epígrafe 1.3.1.

¹²³² TJCE 2001\288.

aquél tuvo lugar. En sus palabras: “*se trata del efecto jurídico de la actio negatoria del Derecho romano y dicha fórmula jurídica constituye un principio general de Derecho comunitario*” (apartado 46). La *actio negatoria* es una acción que tenía por objetivo defender el pleno dominio en el derecho romano, con lo que no casa con la aplicación a un derecho personal nacido de una situación contractual. El Tribunal utiliza la acción en un sentido más amplio¹²³³, pero ésta podría regularse en un sistema de propiedad europeo que también podría estar disponible para el mero poseedor¹²³⁴.

En cuanto a la **posesión**, su protección tiene lugar en el Derecho inglés tanto en los bienes muebles como inmuebles a través de las *trespassory rules*, mientras que en los sistemas continentales tiene lugar a través de acciones específicas (p. e. los interdictos en el Derecho español, art. 250 LEC), que recuperan o protegen la posesión de la cosa sin incluirse dentro de la responsabilidad civil por daños. Una armonización europea debería proveer al poseedor de las acciones de protección de su posesión para obtener su recuperación. Al poseedor le sería más beneficioso tener la posibilidad de reivindicar la cosa que verse abocado a su pérdida irreversible, por considerar el juez que es mejor conceder una indemnización por daños y perjuicios que la restitución del bien. Así, el poseedor debería tener la posibilidad: a) de poder recuperar la cosa arrebatada violentamente o cuando haya existido algún tipo de interferencia en la posesión, lo que ya prevén los Estados miembros¹²³⁵. En estos casos, el BGB, el CCP y el DCFR (art. VIII-6:202) prevén la autoayuda, es decir, la posibilidad de usar la fuerza para defenderse o bien pedir auxilio legal, lo que no se encuentra en el resto de ordenamientos¹²³⁶. Por lo tanto, esta cuestión quedaría a criterio del legislador europeo; y b) de pedir la

¹²³³ “Sin embargo el Tribunal la entiende en un sentido más amplio, quizás más próximo al que le dio la doctrina escolástica oriental y, sobre todo, aprovechando de ella los dos efectos accesorios que la caracterizaban: a) la reposición a la situación anterior a la infracción denunciada; b) la *cautio de non amplius turbando*. Ambas medidas fueron adoptadas por el Tribunal en el caso comentado. El Tribunal recrea este principio sobre la base de la *actio negatoria*, porque no dispone de un instrumento jurisdiccional complementario y específico como lo era la *restitutio in integrum* del magistrado romano”, ver REINOSO BARBERO, Fernando, “El derecho romano en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista General de Derecho Romano*, 10, p. 13. Referencia IUSTEL: RI §406633.

¹²³⁴ Ver al respecto *infra* en este mismo epígrafe.

¹²³⁵ Ver al respecto *supra*. Apartado II, epígrafe 2.6.

¹²³⁶ Ver al respecto *supra*. Apartado II, epígrafe 2.6.

cesación de cualquier interferencia, que no tendría por qué conllevar una privación de la posesión de la cosa. Así lo entiende el DCFR al posibilitar al poseedor el ejercicio de la *protection order* (VII-6:204 DCFR).

3.3. La regla *nemo dat quod non habet*

El principio de que nadie puede dar más de lo que en realidad tiene está plenamente vigente en el Derecho inglés, pero la equidad ha influido en este principio p. e. a través de la doctrina del *estoppel*¹²³⁷. Así, un adquirente nunca obtendrá un *lease* si el transmitente no tiene un título suficiente, pero ambas partes no pueden actuar como si realmente no se hubiera transmitido nada. Si el transmitente tiene un *title* de menor entidad, quizás sea posible que el adquirente pueda tener algún tipo de uso sobre esa finca, aunque no llegue a la categoría de *lease*.

Esta doctrina general ha sufrido una variación en los bienes inmuebles con la promulgación de la LRA de 2002. Como ya hemos comentado, la posesión cumplía una importante función de publicidad de los *estates* antes de la LPA de 1925. Esta función también permitía en el Derecho inglés distinguir en qué casos una persona tenía facultades para transmitir un bien inmueble. Puesto que la posesión era sinónimo de título, ella era suficiente para saber esta información. Era el método más idóneo ante la ausencia de otros mecanismos más eficientes como el Registro de la Propiedad. El *fee simple* se configuraba así como un título que sólo podía adquirirse por contrato o sucesión. Pero desde la entrada en vigor de la LRA de 2002 es el Registro de la Propiedad quien va a mostrar si el transmitente es el titular del derecho que se pretende enajenar. Por lo tanto, la eficacia de esta regla disminuye a la hora de analizar una transmisión del derecho real de un bien inmueble. La doctrina distingue por este motivo entre dos tipos de propiedades: la propiedad registrada y el resto¹²³⁸.

¹²³⁷ CLARKE, A. y KOHLEN, P., ob. Cit., pp. 402 y 403.

¹²³⁸ MEGARRY, R. y WADE, W., ob. Cit.: "There is then a clear contrast between ownership at common law and registered ownership under the modern system of registration of title. Under that system the estate of the registered proprietor is determined by what is shown on the register rather than by the estate of his predecessor. There is nevertheless some connection between these two things, so that even registered titles are to some extent derivative. But in principles the registered system is not governed by the maxim *nemo dat quod non habet*, which

En cuanto a los bienes muebles, la regla *nemo dat quod non habet* también es la regla general, aunque existen excepciones como las previstas en la SGA de 1979 (ss. 23 a 26), que prevé diversos supuestos de adquisición de buena fe, es decir, por un tercero que confía en la apariencia de buen derecho del transmitente.

En los sistemas continentales también es la regla general, como en España, Alemania y Polonia¹²³⁹. En el primero rige a la hora de transmitir el dominio y demás derechos reales a terceros¹²⁴⁰, con la excepción de las adquisiciones de buena fe de bienes muebles (art. 464 CC) o inmuebles (art. 34 LH). En estos casos el título le viene al adquirente otorgado por la ley, no por el transmitente; y en Alemania encontramos la misma situación tanto para bienes muebles (§ 932 BGB) como inmuebles (§ 892 BGB), lo que tiene su origen en la protección del tráfico jurídico y en la innecesariedad de que en determinadas circunstancias el tercero deba investigar la validez del título del transmitente¹²⁴¹.

Por lo tanto, la regla *nemo dat quod non habet* está presente en todos los ordenamientos pero sufre una excepción en la adquisición de buena fe, con lo que la cuestión más importante en este punto radica en dar solución a quien acaba obteniendo la plena propiedad en esta relación tripolar: el propietario original; la persona que vende a un tercero sin tener título suficiente para ello y

for centuries dominated conveyancing at common law and which still does so where registration of title does not yet operate”, p. 87. En el mismo sentido, CLARKE, A. y KOHLER, P., ob. Cit., p. 396. En el sentido de la dificultad de alegar una *prior possession* ver WONNACOT, M., ob. Cit., pp. 46 a 48.

¹²³⁹ FRANKOWSKI, S., ob. Cit.: “Polish property law is based on the assumption that no one may transfer more property rights than she actually has”, p. 57.

¹²⁴⁰ O’CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales e hipotecario*, Tomo 3, 2004: “La segunda distinción importante de los modos de adquirir es: *originarios*, que no se basan en derecho anterior alguno y, si lo hay, la adquisición es independiente de él; o *derivativos*, que se basan en un derecho precedente, del que derivan por transmisión (se transmite un derecho de propiedad o de hipoteca) o por constitución (sobre un derecho de propiedad se constituye un usufructo o una hipoteca) y que están presididos por el principio ***nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*** (nadie puede transmitir a otro más de lo que él mismo tenga)”. Id. vLex: VLEX-215166.

¹²⁴¹ BAUR, J. y STÜRNER, R.: “Der Rechtslogik entspräche es, nur einen Rechtserwerb vom Berechtigten zuzulassen (“nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet”). Damit wäre indes dem Rechtsverkehr, dem Wirtschaftsleben nicht gedient, Denn der Erwerber müsste jeweils nachprüfen, ob sein Geschäftspartner wirklich “der Berechtigte” ist. Das könnte mit großen, u.U. unüberwindlichen Schwierigkeiten verknüpft sein [...] So kennt unser Recht - übrigens ist dies in allen Rechten so - die Möglichkeit des redlichen Erwerbs vom Nichtberechtigten”, p. 39.

los terceros adquirentes de buena fe¹²⁴².

El sistema registral inglés ofrece una gran protección al titular inscrito. Por ejemplo, si un adquirente (P1) falsifica una adquisición hacia sí mismo y la inscribe, P1 podrá ser objeto de acción por el propietario originario, con independencia de si posee o no. Sin embargo, si P1 vende a P2, el propietario no tendrá acción contra el tercer adquirente a no ser que haya practicado una *notice* en el Registro de la Propiedad (gozando entonces de prioridad registral, ver ss. 29.(2), 26 y 32.(3) LRA 2002¹²⁴³); o se encuentre ocupando el lugar. El problema radica en que P1 es considerado por la s. 23 LRA de 2002 como un propietario a todos los efectos y con plenos poderes de disposición. El Registro de la Propiedad inglés pretende proteger al titular registral con una presunción *iures et de iure* de que realmente es el titular de ese derecho. De esta forma, al tercer adquirente le es suficiente conocer a quien corresponde la titularidad registral de un determinado derecho, ya que no juega la regla *nemo dat quod non habet*¹²⁴⁴. Ello tiene su origen en que el Registro de la propiedad está inspirado en el sistema *torrens*¹²⁴⁵. No obstante, el título inscrito puede decaer

¹²⁴² En un claro lo expone O'CONNOR, Pamela, "Registration of invalid dispositions: Who gets the property?", en COOKE, Elizabeth, *Modern studies in property law*, Vol. III, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005: "Where a purchaser in good faith register an unauthorised disposition, the law must still provide and adjudication rule to determine who gets the land. A rule that awards the land to O promotes static security. It assures existing owners that they cannot be deprived of their land through a non-consensual disposition. But this rule ipso facto diminishes dynamic security, for purchasers can no longer be sure that they will get a clear title if they take an instrument for value and register it in good faith. Alternatively, the law might adopt a rule that awards the land to P1. This promotes dynamic security, by upholding the reasonable expectations or purchasers that they will gain an indefeasible title if they register an instrument in good faith. Owners of land are now at risk of losing their title to land as a result of an invalid instrument [...] the law's dilemma is that we need both dynamic and static security, but the law sometimes choose between them. The dilemma lies at the heart of land title registration", p. 49.

¹²⁴³ "(3) The fact that an interest is the subject of a notice does not necessarily mean that the interest is valid, but does mean that the priority of the interest, if valid, is protected for the purposes of sections 29 and 30".

¹²⁴⁴ Sobre la base del ejemplo propuesto por FOX, D., "Forgery of the Register under the Land Registration Act 2002", en COOKE, E., Vol. III, ob. Cit.: "The case of a forgery followed by a disposition to a third person illustrates starkly how strongly the Land Registration Act 2002 protects the indefeasibility of title of a registered proprietor. Unless the priority of R1's claim to rectify the register after the forgery has been protected in one of the ways specified by the Act, then R1 loses all title to the estate. Apart from in the most exceptional cases, neither could he bring any personal action in knowing receipt against registered proprietor, R3. His only right is to a monetary indemnity from the registrar", p. 43. Ver también p. 29.

¹²⁴⁵ De acuerdo con GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit.: "'torrens title' legislation has now spread across much of the common law world and is, in many ways, the inspirational force behind the registration schemes enacted in the Land Registration acts of 1925 and 2002 [...] the overall objective is that any prospective purchaser of registered land should always be able to verify, by

en casos determinados (p. e. en casos de fraude). Respecto a los Derechos español y alemán, en el primero los títulos nulos no se ven convalidados por el Registro de la Propiedad (art. 33 LH) y existe una presunción *iuris tantum* del contenido del Registro (art. 38 LH), mientras que en el segundo el registro de un derecho que no existe no da título suficiente al adquirente (§ 435 BGB) y también existe esta presunción *iuris tantum* (§ 891 BGB). Los terceros, si son de buena fe, sí que están protegidos en su adquisición (lo que no sucede p. e. en Francia).

Por lo tanto, los tres ordenamientos ofrecen una solución similar a la adquisición de un tercero de un no propietario: el adquirente queda protegido en su adquisición, ya sea por haber adquirido de buena fe o porque el Registro de la Propiedad presume exacto y veraz el título inscrito. Sin embargo, el título del tercero está sujeto en ambos casos a determinadas excepciones. A nivel europeo el tercer adquirente debería serlo de buena fe (como mínimo, a título oneroso, que es la modalidad común en los Derechos alemán y español, así como en el Derecho inglés¹²⁴⁶) y tener el contenido del Registro una presunción *iuris tantum* en consonancia con el papel de la buena fe en las reglas comunes para un Registro de la Propiedad europeo¹²⁴⁷ (con excepción p. e. de los casos de fraude, que constituiría la aplicación de la regla *nemo dat quod non habet*). La protección del tercero de buena fe también se observa en otros países cuando la cesión de un préstamo hipotecario se realiza por un acreedor hipotecario registrado que en realidad no es el verdadero titular. Entre estos países encontramos a Portugal, Austria, Polonia, Lituania, Estonia, Hungría, Croacia y Bosnia¹²⁴⁸. Por el contrario, protegen al verdadero acreedor hipotecario y no al cesionario Serbia, Rumanía, Bélgica, Holanda, Rep.

simple examination of the register, the exact nature of all interests existing in or over the land which he or she proposes to buy”, pp. 188 y 190. En el sistema torrens de la inscripción se derivan “las siguientes presunciones *iuris et de iure*: (1) de exactitud del Registro, (2) de integridad del Registro, (3) de validez del negocio inscrito, y (4) de posesión a favor del titular inscrito. Como consecuencia de las mismas el título es inatacable, aunque hay excepciones - calificadas como «termitas»- que pueden llegar a minar el **sistema TORRENS**; pero algunas de estas excepciones no afectan al adquirente de buena fe y a título oneroso: tercero «cualificado», ver RODRÍGUEZ OTERO, L., ob. Cit., p. 85.

¹²⁴⁶ S. 29 LRA 2002: “(1) If a registrable disposition of a registered estate is made for valuable consideration, completion of the disposition by registration has the effect of postponing to the interest under the disposition any interest affecting the estate immediately before the disposition whose priority is not protected at the time of registration”.

¹²⁴⁷ Vid. *supra*. Epígrafe 2.3.

¹²⁴⁸ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 42 y 43.

Checa¹²⁴⁹ y Ucrania. En Rumanía se da la circunstancia de que existe la fe pública registral pero prevalece el principio de que nadie puede transferir a otro lo que no tiene¹²⁵⁰. Es preciso señalar que Holanda ha hecho grandes avances en la práctica registral de tal forma que existe casi una completa seguridad para el tercer adquirente del contenido del catastro. En consecuencia, casi nadie realiza una búsqueda histórica del contenido del Registro y existe una compensación parcial al tercer adquirente¹²⁵¹. Sin embargo, ello no quita el hecho de que dogmáticamente sea un registro de títulos¹²⁵² y, en puridad, que siempre se acabe protegiendo al verdadero titular del derecho.

Por lo tanto, no todos los ordenamientos protegen de la misma forma al tercero de buena fe, pero en un contexto europeo debería primar la seguridad del tráfico jurídico.

El tercero de buena fe que adquiriera un bien mueble también debería estar protegido, en consonancia con la configuración de la posesión en un sistema de propiedad europeo que hemos propuesto en base a la doctrina angloamericana y francesa de equivalencia de posesión a título¹²⁵³.

3.4. La transmisibilidad de los derechos reales

Desde un punto de vista **económico**, cualquier derecho real debería ser transferible a terceras personas. En caso contrario, un bien con una menor productividad no podría alcanzar una mayor productividad, ni el propietario sacarle un rendimiento¹²⁵⁴. Además, la exclusividad del derecho de propiedad debería llevar de forma inseparable su transmisibilidad, en aras de su

¹²⁴⁹ Se ha discutido doctrinalmente la buena fe del tercer adquirente de un no propietario, ver BROSTA, Claudio, *Der vertragliche Erwerb von Grundeigentum in Tschechien*, Berlin Verlag, Berlin, 2000, pp. 175 y ss.

¹²⁵⁰ SACALSCHI, Adrian Stefan, "Länderbericht Rumänien", en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band II, Band 32, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlín, 2007: "Da im rumänischen Liegenschaft nach dem Grundsatz nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet niemand einem anderen ein Recht übertragen kann, das ihm selbst zusteht, ist ein gutgläubig einredefreier Erwerb der Hypothek unmöglich", p. 67.

¹²⁵¹ ZEVENBERGEN, J., ob. Cit., p. 135.

¹²⁵² Vid. *supra*. Epígrafe 2.3.1.

¹²⁵³ Vid. *supra*. Apartado II, epígrafe 2.6.

¹²⁵⁴ De acuerdo con POSNER, Richard, "Economic analysis of Law", en ACKERMAN, Bruce A., *Economic foundations of property law*, Little, Brown and Company, Boston, 1975, pp. 12 a 14. Además, el autor entiende que la creación de derechos reales debería tener su base en su universalidad (es decir, que algunos sean privativos y otros puedan pertenecer a la comunidad cuyo uso no provoque una reducción de su consumo). En segundo lugar, deberían ser exclusivos, no permitiendo interferencias externas en el goce y ejercicio del derecho.

asignación eficiente¹²⁵⁵.

3.5. La extinción de los derechos reales por el transcurso del tiempo

La repercusión del transcurso del tiempo en el ejercicio de los derechos es una característica común en los Derechos alemán, español, catalán e inglés. Su importancia radica en que mantiene el orden social y la seguridad jurídica, ya que el poder público no debe proteger indefinidamente a los derechos que no se usan ni se reconocen por su titular¹²⁵⁶. Por lo tanto, sería conveniente mantener esta institución, siempre y cuando el ejercicio del derecho se incardine dentro de una relación jurídica regulada por el derecho respecto a otra persona (podría admitirse, entonces, los derechos reales en cosa propia – p. e. servidumbres de propietario-).

3.6. La adquisición y pérdida de los derechos reales

Otra cuestión de importancia es el esclarecimiento de los títulos de adquisición y pérdida de los derechos reales¹²⁵⁷.

La **adquisición** de los derechos reales en el Derecho inglés puede tener lugar básicamente de forma derivativa u originaria. La primera tiene lugar cuando el título que se adquiere deriva de un título anterior, mientras que en la segunda se crea un título *ex novo*. Esta distinción también es predicable en el Derecho español, aunque el art. 609 CC no haga alusión a estos términos y realice una enumeración incompleta de los modos de adquirir y transmitir los

¹²⁵⁵ MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., “Estado, Propiedad, Mercado”, en *RCDI*, Núm. 708, Julio-Agosto 2008: “Desde una *perspectiva dinámica*, una propiedad con facultades suficientes de exclusión -y, por tanto, de aprovechamiento exclusivo-, bien definida y bien protegida por el Estado, es una condición necesaria para generar incentivos para la inversión y, en consecuencia, para un uso eficiente de los recursos a largo plazo [...] La *exclusividad* de aprovechamiento de los recursos que la propiedad confiere a su titular, no es, sin embargo, condición suficiente para el uso eficiente de los mismos. Para ello, la nota de exclusividad debe ir acompañada, inescindiblemente, de la de libre *transferibilidad*. En efecto, en la medida en que dicha propiedad sea *transferible voluntariamente con facilidad y seguridad* será reasignada a sus lugares de uso más eficientes, a través de los mecanismos de mercado, los más eficaces de los desarrollados por la humanidad -hasta el momento- para la creación de riqueza”, p. 1517.

¹²⁵⁶ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol I, 11ª Ed., Tecnos, 2003, p. 443.

¹²⁵⁷ HONORÉ, ob. Cit., pp. 134 y 135.

derechos reales¹²⁵⁸. El art. 531-1 CCC sólo hace referencia al título de adquisición y, si procede, a la tradición. Por lo tanto, no intenta enumerar los modos de adquisición como el CC sino que los trata separadamente en sus respectivos apartados.

En cuanto a la adquisición **derivativa**, BIRKS¹²⁵⁹ prevé como posibilidad de adquirir el derecho real el *consent*, es decir, la donación (*gift*), que requiere una intención de dar y puede tener lugar por el simple traspaso del bien. El donatario debe aceptarla, aunque se puede presumir su aceptación tácita si no se posiciona en contra. La donación también está presente en los Derechos español (art. 618 CC), catalán (art. 531-7 CCC) y alemán (§ 516 BGB). En el Derecho inglés también es posible transmitir la propiedad de los bienes a través de una compraventa (*sale*), lo que tampoco plantea problemas en los ordenamientos enunciados (art. 1445 CC y § 433 BGB), aunque la principal particularidad de este ordenamiento es que en los bienes inmuebles será necesaria la inscripción electrónica en el Registro de la Propiedad. Ello supone una nueva forma de creación y transmisión de los derechos reales que se aparta tanto de las otras modalidades presentes en Europa como de la propia tradición inglesa, que consideraba creado un *equitable interest* con la simple celebración del contrato si se no se seguían las formalidades previstas¹²⁶⁰. En efecto, este sistema de transmisión de los bienes inmuebles difiere:

a) De la teoría del título y del modo prevista en los Derechos español y catalán (arts. 609 CC y 531-1 CCC). En ambos derechos, por lo tanto, se necesita un título (p. e. una compraventa o una donación) y un modo (*traditio*), que puede tener lugar mediante la entrega física de la cosa, la entrega de un bien equivalente (p. e. llaves) o de forma simbólica, p. e. a través de escritura pública, utilizada en la transmisión de bienes inmuebles (arts. 1462 a 1464 CC y 531-4 CCC).

b) Del sistema alemán, que requiere únicamente la entrega de la cosa para la transmisión de la propiedad en los bienes muebles (por lo tanto, sólo la

¹²⁵⁸ El art. 609 CC establece que: “la propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción”.

¹²⁵⁹ BIRKS, P., *English Private Law*, Volume I, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 319 y

ss.

¹²⁶⁰ NASARRE AZNAR, S., “La reforma...”, ob. Cit., p. 1294.

traditio, § 929 BGB), mientras que para los bienes inmuebles se requiere únicamente el acuerdo real más inscripción en el Registro (§ 873.1 BGB). En el sistema holandés también se necesita la *traditio* para transmitir la plena propiedad¹²⁶¹.

c) Y del sistema consensual francés e italiano, en el cual el mero consentimiento es suficiente para transmitir la plena propiedad (arts. 711 y 1138 *Code* y 1376 y 1470 *Codi*)¹²⁶². El Registro en el sistema francés no está consolidado porque en caso contrario se iría en contra de la libertad de las partes para transmitir *solo consensu* la propiedad. Es por este motivo que el Registro de la Propiedad sólo afecta a terceros y no a la validez de la transmisión¹²⁶³.

Como ya hemos comentado, el sistema *e-conveyancing* inglés, en combinación con la plataforma EULIS, otorgaría eficiencia y seguridad jurídica gracias a la inscripción constitutiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles¹²⁶⁴. Ello podría en un primer momento ser una vía para todos los sistemas. De hecho, la *traditio* tiene lugar simbólicamente en el Derecho español, con lo que sólo haría falta inscribirla en el Registro.

Sin embargo, se observa una mayor disparidad en los bienes muebles, p. e. el sistema francés y el previsto en la SGA es consensual¹²⁶⁵, mientras que en el resto es necesaria la *traditio* (sistema alemán) o además de ésta un título (sistemas español y catalán). El DCFR da primacía a la autonomía de la voluntad de las partes para fijar las condiciones bajo las cuales tiene lugar la transmisión de la propiedad, de tal forma que podrían escoger el modelo consensual o el sistema del título y del modo. En su defecto, el DCFR exige la

¹²⁶¹ KLEIJN, W. M., JORDAANS, J. P., KRANS, H. D., PLOEGER, H. D. y STEKETEE, F. A.P., ob. Cit., pp. 103 y ss.

¹²⁶² Art. 1138 *Code*: “L’obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes”; art. 1376 *Codi*: “Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato (1155, 1265, 1465, 1472, 1520 e seguenti, 2644, 2684, 2808-2)”. Ver ROCA SASTRE, Ramón M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ i XIRGO, Joan, *Derecho hipotecario*, 9^a Ed., Tomo I, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 407 y 408.

¹²⁶³ BELL, J. BOYRON, S. y WHITTAKER, S., ob. Cit., p. 290.

¹²⁶⁴ Vid. *supra*. Epígrafe 2.3.1.

¹²⁶⁵ Ver al respecto *supra*. Capítulo 1º, apartado II, epígrafe 4.1.3.2.

entrega de la cosa (art. VIII.-2:101.(1).(e) DCFR)¹²⁶⁶. Esta regla ha sido bautizada como “*delivery default rule*”¹²⁶⁷, y es una solución similar a la prevista en el Derecho inglés. El sistema consensual implica que con la firma del contrato se producen unos efectos limitados *inter-partes*, que no tendrán plena efectividad hasta que se entregue la cosa. De esta manera, el vendedor/transmitente puede retener el bien hasta el pago del precio (incluso si entra en situación de insolvencia) o volver a transmitir el bien a un tercero de buena fe. Ello lleva a concluir a la doctrina que un sistema con *traditio* es más claro y respeta el concepto unitario de propiedad¹²⁶⁸. En nuestra opinión, éste es el sistema deseable no sólo por su mayor claridad sino también porque de esta manera la posesión permite dar publicidad del derecho real a terceros (con las debidas excepciones en las garantías mobiliarias)¹²⁶⁹.

Además, en el Derecho alemán y en el estonio (§§ 119 y 120 LP)¹²⁷⁰ se aplican los principios de separación y **abstracción** en la transmisión de la propiedad, con lo que son necesarios dos documentos para transmitir la propiedad o constituir un derecho real: un acuerdo bajo el derecho de obligaciones y un contrato real. La validez de la transacción tiene lugar simplemente con este último, es decir, el acuerdo real es suficiente para transmitir la plena propiedad y su eficacia no depende de la validez del contrato

¹²⁶⁶ “VIII.- 2:101: Requirements for the transfer of ownership in general. (1) The transfer of ownership of goods under this Chapter requires that: [...] (e) there is an agreement as to the time ownership is to pass and the conditions of this agreement are met, or, in the absence of such agreement, delivery or an equivalent to delivery”.

¹²⁶⁷ VON BAR, C. y CLIVE, E. (Ed.), ob. Cit., p. 4383.

¹²⁶⁸ DROBNIG, U., *Transfer of Property* (January 15, 2010): “2. Its limited effects create a second major disadvantage. Primarily, the principle of consent governs the legal situation between transferor and transferee. *Inter partes*, however, the terms of their underlying contract and the supplementary general rules of contract law provide the relevant regulation. By contrast, the relationship vis-à-vis third persons, be they transferees from, or creditors of one of the parties, is influenced by several rules which negate the transfer of property effected by virtue of the contract. In this respect, the principle of consent is a treacherous rule since it 'promises' more than it can fulfill. 3. From a dogmatic point of view, to differentiate between a contract's proprietary effects *inter partes* and as against third persons is not only complicated; it also conflicts with the basic principle of property law that real rights have effects *erga omnes*. 4. The scepticism against the principle of consent is confirmed by highly critical voices from countries that have adopted this system and have worked with it [...] 6. For these practical and theoretical reasons, a European Civil Code should make the transfer of property subject to delivery of the asset to the transferee and to an accompanying agreement of the parties on the passing of the property”, p. 7. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1537164> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

¹²⁶⁹ Vid. *supra*. Epígrafe 2.3.2.

¹²⁷⁰ CENTER OF LEGAL COMPETENCE, *Real Property Rights in Estonia*, Band 24, Intersentia, 2006, pp. 48 y 98. En cuanto al Derecho alemán, vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado II, epígrafe 4.2.2.

subyacente (p. e. de compraventa). En los sistemas causalistas, como el español (art. 1261 CC), el francés (art. 1108 *Code*) y el italiano (art. 1325 *Codi*) la transmisión de la propiedad depende de la validez del contrato subyacente, es decir, se exige que la transmisión patrimonial tenga una *causa* amparada por el ordenamiento jurídico¹²⁷¹. Esta disparidad ha llevado a la doctrina a concluir que es imposible poder adaptar el modelo alemán (el acuerdo real abstracto) en el Derecho español¹²⁷², y que en un hipotético código civil europeo sería difícil adoptar una u otra regla, aunque DROBNIG se decanta a favor del sistema alemán de abstracción para favorecer al mercado interior y sus integrantes¹²⁷³. Por el contrario, el DCFR toma como punto de partida el sistema causalista y rechaza adoptar el principio de abstracción. La razón es que este principio permite al tercer subadquirente de mala fe, es decir, que conoce que su transmitente no tenía la propiedad del bien porque el contrato obligacional por el que adquirió no era válido, adquirir igualmente la propiedad, y estamos de acuerdo en que ello supone una protección demasiado grande para el tercer adquirente y para el comercio en general¹²⁷⁴, y constituye la principal crítica al principio de abstracción (de hecho, la doctrina defiende que en una reforma del Derecho de obligaciones alemán este principio debería ser objeto de debate)¹²⁷⁵. La protección del tercer adquirente podría alcanzarse estableciendo la adquisición de buena fe a título oneroso. De esta manera, sería preferible un sistema causalista. El propietario podría recuperar la cosa en estos supuestos y no verse abocado a pedir una indemnización por enriquecimiento injusto como ocurre en el Derecho alemán (§ 812 BGB), lo que

¹²⁷¹ Así, el art. 1274 CC dispone que “en los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”.

¹²⁷² ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ i XIRGO, J., ob. Cit., p. 418.

¹²⁷³ DROBNIG, U., *Transfer of Property...*, ob. Cit., p. 11.

¹²⁷⁴ VON BAR, C. y CLIVE, E. (Ed.), ob. Cit., pp. 4425 y 4426. En el mismo sentido se pronuncia THOMAS FÜLLER, Jens, “The German Property Law and its Principles – Some Lessons for a European Property Law”, en FABER, W. y LURGER, B., ob. Cit.: “The most significant characteristic of German law – abstraction- cannot be recommended as a European model. It character an acquirer who must not be protected”, p. 214.

¹²⁷⁵ “La objeción más importante contra la naturaleza abstracta de los negocios de atribución consiste en que la abstracción puede conducir a una pérdida definitiva para el que dispuso sin causa, tanto en caso de disposición sin causa y subsiguiente ejecución forzosa contra el adquirente, como en caso de ulterior enajenación por el mismo”, ver ESTERMANN, H., WESTERMANN, H. P., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol. 1., ob. Cit., p. 93.

sin duda sería más gravoso para el propietario.

Por otra parte, la adquisición **originaria** en el Derecho inglés puede tener lugar en los siguientes casos¹²⁷⁶:

a) Cuando una persona es la primera en ser titular de un derecho sobre una cosa. Ello requiere que la persona se apropie (posea) una *res nullius*, es decir, un objeto que no ha tenido nunca dueño o, si lo tuvo, su propietario lo ha abandonado. El art. 610 CC prevé la ocupación para “*los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño*”, y el art. 542-20 CCC que se pueden adquirir por ocupación “*los bienes corporales abandonados indudablemente por sus propietarios que son susceptibles de apropiación por medio de un acto material*”. Por lo tanto, la idea de una *res nullius* como una cosa que no tiene propietario también está presente en los Derechos catalán y español, aunque este último añade otra situación: cuando el propietario sea ilocalizable¹²⁷⁷. En el BGB quien toma la posesión civil de una cosa mueble sin dueño adquiere la propiedad de la cosa (§ 958.1 BGB), y especifica que la cosa tiene tal condición cuando el propietario renuncia a su posesión (§ 959 BGB). El CC pone como ejemplos de ocupación los “*animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas*”, lo que también se encuentra en el § 960 BGB y en el art. 542-20.1.b) CCC. Pero encontramos algunas especialidades en cuanto al tesoro descubierto. El art. 351 CC prevé como regla general que la propiedad de este tesoro corresponde al dueño del lugar en que se encuentra (en el mismo sentido, art. 542-41.1 CCC). Si el descubrimiento tuvo lugar en propiedad ajena, o del Estado, y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor (art. 351.2 CC), previsión que no contempla específicamente el CCC aunque podría extraerse del art. 542-21.2 CCC¹²⁷⁸. El CC mantiene una concepción amplia de tesoro (el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no

¹²⁷⁶ CLARKE, A. y KOHLEN, P., ob. Cit., pp. 384 a 386; y BIRK, P., ob. Cit., pp. 346 y ss.

¹²⁷⁷ ALBADALEJO y PANTALEÓN definen la ocupación de una forma similar a la de BIRKS: “modo originario de adquirir la propiedad de un bien mueble apropiable por naturaleza, que el Ordenamiento considera «carente de dueño» -sea porque no lo tiene (*res nullius*, *res derelicta*), sea porque, aun teniéndolo, es ya imposible que pueda presentarse y probar su dominio (cosa «de dueño inhallable»)-, y que no se encuentra oculto, mediante la toma de la posesión civil”, ver ALBALADEJO, M. y PANTALEÓN, Fernando, “Artículo 610”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Vol 1º, 2004. Id. vLex: VLEX-233315.

¹²⁷⁸ “Quien descubre por azar el objeto oculto tiene derecho a percibir en metálico una cantidad equivalente a la mitad de su valor”.

conste, art. 352 CC), aunque también pueden tener un valor artístico o arqueológico¹²⁷⁹; el CCC sólo hace referencia a los objetos de valor extraordinario (art. 542-41.1 CCC); y en el Derecho inglés el tesoro varía en función de su antigüedad y el porcentaje de metales preciosos que contiene (s. 1 *Treasure Act* de 1996¹²⁸⁰). Por su parte, el BGB entiende como tesoro aquella cosa que ha permanecido oculta durante tanto tiempo que ya no es posible hallar a su propietario, adquiriendo la mitad su descubridor y la otra mitad el propietario de la cosa en la que estaba oculta el tesoro (§ 984 BGB). En el BGB no importa el tipo de cosa que sea ni su valor¹²⁸¹, con lo que lo importante es la situación en la que se encuentra la cosa (sin propietario conocido), lo que parece equipararse a la concepción de ocupación prevista en el Derecho inglés, en el CC y en el CCC.

b) Otra forma de adquirir originariamente un derecho real tiene lugar a través de la posesión continuada de la cosa (**usucapión**). En el Derecho inglés la posesión continuada sobre bienes inmuebles no supone la adquisición automática de la propiedad, sino que el usucapiente debe comunicar al propietario su intención de adquirir el título en cuyo concepto posee pasado el plazo establecido en la LRA de 2002 (estos efectos tienen lugar si la propiedad está registrada). El propietario puede oponerse en ese momento a la voluntad del usucapiente. A pesar de que en la doctrina civilista se ha discutido si la usucapión es un modo originario o derivativo de adquirir la propiedad¹²⁸², lo cierto es que en los Derechos alemán (bienes muebles § 937 BGB, bienes inmuebles § 900 BGB), español (prescripción, art. 1930 CC), catalán (prescripción adquisitiva, art. 531-23 CCC), húngaro¹²⁸³ e italiano (art. 1158 *Codi*), la posesión de la cosa sí que permite la adquisición de la propiedad y de

¹²⁷⁹ MONTÉS PENADES, Vicente Luis, "Artículos 351 y 352", en ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, Vol 1º, 2ª edición, 2008. Id. vLex: VLEX-229833.

¹²⁸⁰ *Chapter 24*: "(1) Treasure is— (a) any object at least 300 years old when found which— (i) is not a coin but has metallic content of which at least 10 per cent by weight is precious metal; (ii) when found, is one of at least two coins in the same find which are at least 300 years old at that time and have that percentage of precious metal; or (iii) when found, is one of at least ten coins in the same find which are at least 300 years old at that time; (b) any object at least 200 years old when found which belongs to a class designated under section 2(1)".

¹²⁸¹ ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol 1, ob. Cit., p. 809.

¹²⁸² RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., "Artículo 1.930", en ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código...*, Tomo XXV, Vol. 1º, 2005. Id. vLex: VLEX-255381.

¹²⁸³ HARMATHY, A., ob. Cit., p. 87.

derechos reales poseíbles sin necesidad de que la persona que adquiere por usucapión haga ninguna actuación (cfr. art. 531-23.2 CCC)¹²⁸⁴. Los plazos que contemplan las diferentes legislaciones son distintos en función de si se tiene en cuenta o no la buena fe del poseedor. Así, en Alemania el plazo es de 10 años en los bienes muebles (§ 937 BGB) y 30 años en los inmuebles (§ 900.1 BGB); en el CC el plazo es de 3 años en los bienes muebles si existe buena fe, si no son 6 años, y de 10 años en los bienes inmuebles con buena fe y 30 años con mala fe (arts. 1955 y 1957 CC). En el CCC no se tiene en cuenta la buena fe, y el plazo es de 3 años en los bienes muebles y 20 en inmuebles (art. 531-27.1 CCC)¹²⁸⁵.

En cuanto a los requisitos, la *adverse possession* reúne en el Derecho inglés¹²⁸⁶ un *corpus* y un *animus*. Así, en cuanto al primero, la posesión debe de ser: a) pública y notoria, idea de visibilidad o transparencia que también comparten el CCC (art. 531-24.1) y el CC (art. 1941); b) adversa hacia el propietario, es decir, no debe ser concurrente con el propietario ni debe haber un acuerdo. La idea esencial es que no puede existir p. e. un *lawful title* o título legítimo que justifique la posesión del poseedor (p. e. un arrendatario). Esta idea de posesión adversa se traduce en la necesaria existencia de un justo título que funde la adquisición del usucapiente (art. 1952 CC). Por lo tanto, usucapir en base a una posesión fundada en un arrendamiento no tiene esta condición¹²⁸⁷. El requisito de justo título sólo es necesario en los bienes inmuebles, porque en los bienes muebles la posesión ya equivale a título¹²⁸⁸; y c) por último, la posesión debe evidenciar un completo y exclusivo control físico. Ello quiere decir que la posesión también ha de ser ininterrumpida, y se presume que el poseedor actual ha poseído desde que demuestra que tomó posesión de la cosa (arts. 1960.2 CC y 531-24.3 CCC, y §§ 900 y 938 BGB).

¹²⁸⁴ En Alemania también sucede lo mismo, ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol 1, ob. Cit., pp. 706; del Vol.2, p. 1093.

¹²⁸⁵ Polonia sí que distingue entre la buena fe y mala fe. Si existe son 20 años para usucapir los inmuebles, en caso contrario son 30 años, ver FRANKOWSKI, S., ob. Cit., pp. 57 y 58.

¹²⁸⁶ GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., ob. cit., pp. 1180 y ss.

¹²⁸⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., "Artículos 1.952 a 1.954", en ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código...*, Tomo XXV, Vol. 1º, ob. Cit.: "A tenor de lo dicho, no son justos títulos los hechos que, aun proporcionando legalmente la posesión de una cosa o derecho, no son aptos para proporcionar la propiedad de la primera o la titularidad del segundo. Así, por ejemplo, si se nos da aquélla en depósito o en arrendamiento". Id. vLex: VLEX-255399.

¹²⁸⁸ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi, "El Justo título para usucapir", en *RCDI*, Núm. 711, Enero-Febrero 2009, p. 492.

El segundo requisito es la intención de poseer (*animus possidendi*), que se traduce en la intención de excluir a cualquier tercero, incluido el propietario, aunque este requisito se ha relajado recientemente en el Derecho inglés hasta considerar suficiente el poseer en beneficio propio. La intención es un elemento crucial, ya que si una persona recoge un bien mueble y lo lleva a objetos perdidos no hablaremos de usucapión¹²⁸⁹. En el CC, en el CCC y en el BGB se utilizan los conceptos de poseer en concepto dueño o titular del derecho (arts. 1941 CC, 531-24.1 CCC y § 937 BGB). El CC se refiere propiamente a la usucapión de la propiedad si ponemos en relación el art. 1941 CC con el 447 CC (“sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio”), pero hemos de considerar que esta posesión también puede recaer sobre otros derechos reales, p. e. el usufructo, en cuyo caso la posesión no sería en concepto de dueño sino en el de usufructuario¹²⁹⁰. El test del *animus* en el Derecho inglés no distingue entre casos de posesión normal o cuando haya existido una inocente o querida intromisión. Por el contrario, el CC se refiere a la buena fe para usucapir, en cuyo caso existe la usucapión ordinaria, si existe mala fe se habla entonces de usucapión extraordinaria. En el CC se presume (arts. 434 y 1.951 CC), y la principal repercusión es en los plazos, mientras que en el CCC catalán no se exige título ni buena fe (art. 531-24 CCC).

c) Cuando una persona transmite a otra un *title* sin tener propiamente título suficiente para ello, p. e. un adquirente de buena fe, que es una excepción a la regla general *nemo dat quod non habet*. Esta regla se aplica en estos ordenamientos¹²⁹¹.

d) Otros casos son el *proprietary estoppel* y la sucesión *mortis causa*¹²⁹².

El primero, como ya se ha dicho, es semejante a la doctrina de los actos propios¹²⁹³. Por otra parte, los Derechos español (art. 609 CC), catalán (art. 411-1 CCC) y alemán (§ 1922 BGB) también contemplan la sucesión como un modo de adquirir la propiedad. En el Derecho inglés se admite la *donatio mortis*

¹²⁸⁹ CLARKE, A. y KOHLER, P., ob. Cit., pp. 444 y 445.

¹²⁹⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., “Artículo 1.941”, en ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), *Comentarios al Código...*, Tomo XXV, Vol. 1º, 2005. Id. vLex: VLEX-255394.

¹²⁹¹ Ver al respecto *supra*. Epígrafe 3.3.

¹²⁹² GRAY, K. y GRAY, S. F., ob. Cit., pp. 1257 y ss.

¹²⁹³ Vid. *supra*. Apartado II, epígrafe 1.3.1.

causa, que debe reunir dos requisitos: a) ha de efectuarse de tal forma que sólo sea perfecta y válida a la muerte del donante, siendo revocable hasta entonces; y b) el objeto de la donación o algo que lo represente debe haberse entregado al donatario, p. e. la llave donde se guarda un anillo o la entrega del anillo mismo¹²⁹⁴. En cuanto a los bienes inmuebles, el *case law* ha admitido esta modalidad de donación en *Sen v Headley* [1991]¹²⁹⁵. El CCC admite la donación *mortis causa* en el art. 432-1, siempre que la acepte el donatario, y la transmisión de la propiedad puede tener lugar tanto a la muerte del donante como en el momento de la aceptación, conservando aquél el usufructo de la cosa y sujeta la donación a una condición resolutoria. En el CC sólo es posible llevar a cabo estas donaciones en el testamento, ya que el art. 620 CC dispone que estas donaciones “*participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria*”¹²⁹⁶.

No obstante, existen diferencias palpables en la manera de ordenar la sucesión entre el derecho angloamericano y los sistemas de derecho civil. Así, mientras que en el primero la sucesión intestada puede ser total (en ausencia de *will*) o parcial, si no ha dispuesto de todos sus bienes en testamento, en el Derecho catalán la existencia de un testamento imposibilita la apertura de la sucesión intestada, ya que la institución de heredero sucede al causante en todos sus derechos y obligaciones y es obligatoria, salvo en el derecho local de Tortosa (arts. 411-1. 423-1.1 y 2 y 411-3.2 CCC). La sucesión también puede ser reglada totalmente en testamento¹²⁹⁷. Otra diferencia se encuentra en la transmisión de la propiedad del causante a los herederos¹²⁹⁸.

Los casos de **pérdida** de los derechos reales en el Derecho inglés¹²⁹⁹ y que tienen su equivalencia en los sistemas civilistas son: a) la destrucción de la

¹²⁹⁴ KERRIDGE, Roger, *The law of succession*, 11th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2002, pp. 108 y ss.

¹²⁹⁵ Ch 425.

¹²⁹⁶ “Artículos 620 y 621”, en ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios ...*, Tomo VIII, Vol 2º, ob. Cit.: “Que con más o menos acierto en su literalidad, el artículo 620 elimina a partir del Código las donaciones *mortis causa*, es -como digo- el criterio común entre nosotros, compartido por los autores y por el Tribunal Supremo, sin perjuicio de alguna discrepancia”. Id. vLex: VLEX-254114; en contra BELUCHE RINCÓN, Iris, “La donación mortis causa (desde la prohibición de pactos sucesorios)”, en *ADC*, Núm. LII-3, Julio 1999, pp. 1073 y ss.

¹²⁹⁷ KERRIDGE, R., ob. Cit., pp. 7 y ss. y 108 y ss.

¹²⁹⁸ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 2.7.

¹²⁹⁹ BIRKS, P., ob. Cit., pp. 377 y ss.

cosa (o su pérdida, art. 532-2.1 CCC); b) cuando un tercero adquiere un derecho real de un propietario no posesorio, ello quiere decir que el derecho del primitivo propietario se extingue; y c) la *specification* (que consiste en hacer una cosa nueva) o la accesión (por la unión de una cosa a otra). Esta última está admitida en Suiza en el art. 667 ZGB, así como en Polonia (art. 191 de su Código Civil)¹³⁰⁰, en el CCC (arts. 542-1 y siguientes) y en el CC (arts. 353 y siguientes), tanto en los bienes muebles como inmuebles.

IV. La viabilidad de una armonización de los derechos reales a nivel europeo

En los anteriores apartados hemos visto cómo podría construirse un nuevo sistema de propiedad a nivel europeo que fuera factible desde un punto de vista jurídico, pero es igualmente necesario analizar si este escenario sería factible desde un punto de vista político, social y cultural.

1. Su repercusión en los Estados miembros

La diversidad cultural y jurídica es una característica indudable en el Derecho privado europeo, y no es menos cierto que los diferentes ordenamientos jurídicos expresan directa o indirectamente unos valores y una cultura subyacentes. Entre éstos encontramos: a) la identidad política (el derecho como expresión de una identidad nacional); b) unos valores morales comunes, p. e. el respeto a la propiedad ajena, a su privacidad y disfrute, están protegidas por los tribunales. Éste es un ejemplo de cómo el derecho privado encierra diversos estándares de justicia y respeto por la dignidad de los demás; y c) una cultura legal común, que encierra aspectos como la forma de enseñar, la regulación de las profesiones jurídicas y el razonamiento jurídico¹³⁰¹. Uno de los más firmes detractores de un código civil europeo es LEGRAND, que aboga por mantener el *status quo* actual debido a las divergencias irreconciliables tanto legales como culturales entre el derecho angloamericano y los sistemas de derechos civil. Su opinión es que en realidad nunca hubo un verdadero *ius*

¹³⁰⁰ FRANKOWSKI, S., ob. Cit., p. 58.

¹³⁰¹ COLLINS, Hugh, *The European Civil Code. The way forward*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 130 a 132.

commune que aglutinara a civilistas y angloamericanos bajo unas mismas reglas. Las consideraciones de LEGRAND en cuanto a los conflictos culturales y de razonamiento jurídico entre los sistemas de derecho civil y el derecho angloamericano han sido secundadas doctrinalmente¹³⁰².

En un primer momento, podríamos defender que la armonización de los derechos reales no haría peligrar la identidad local de cada Estado puesto que:

a) Por un lado, esta armonización sólo tendría una especial significación para los juristas, que deberían adaptarse a la nueva normativa (aunque evitarían de todas formas los costes de búsqueda e información del derecho en otro Estado miembro), pero sería mucho menor para los ciudadanos en general¹³⁰³.

b) Por otro, que cualquier armonización del Derecho privado europeo debería tener su base en una profunda labor de derecho comparado. En consecuencia, se presupone que los resultados conseguidos son fruto de una valoración previa de los diferentes ordenamientos y de la búsqueda de elementos comunes. Si ello es así, el nacimiento de una cultura europea no debería diferir en exceso de la existente en cada Estado miembro. LANDO parte de la base de que es indudable la existencia de obstáculos culturales en una armonización europea, ya que existen determinadas materias ancladas en

¹³⁰² “To promote the adoption of a European Civil Code is arrogant, for it suggests that the civilian representation of the world is more worthy than its alternative and is, in short, so superior that it deserves to *supersede* the common law’s world-view. The obvious objection arises: what recommends that particular discursivisation of reality over others? It would be more heuristic to claim that civil law and common law, as two competing forms of epistemological inquiry which develop in part beneath consciousness, are two modes of knowledge production potentially able to offer equally plausible accounts of the world”, ver LEGRAND, “Against a European Civil Code”, en *The Modern Law Review*, Vol. 60, 1997, p. 56. En igual sentido perfila sus dudas SMITS, J., “Convergence of Private Law in Europe: Towards a New *Ius Commune*?”, en ORUCU, Esin y NELKEN, David (Eds.), *Comparative Law: A Handbook*, Hart Publishing, 2007: “(4) There are usually two motives given for unification of private law: the development of the European common market (Articles 2 and 3 of the EC Treaty) and the need for a symbol of a European identity. However, it is questionable whether these arguments—if they are accepted—justify replacement of national private law by a uniform law of European origin: they need to be weighed against the arguments in favour of diversity. These arguments are that legal diversity allows different (national) preferences to be satisfied and allows innovations in the law”, p. 237.

¹³⁰³ Es la idea que sostiene ALPA, G., ob. Cit.: “As for the second criticism - the erosion of natural differences and the value of diversity - the elimination is not so important. Certainly, the rules contained in individual codes will no longer be applied individually, but they will continue to survive in the historical culture of the individual countries. It is of course true that the legal system is one of the fundamental characteristics of a country, but it is also true that one can easily renounce this and that its existence and importance is obvious only to jurists. Realistically speaking it is not considered an identifying characteristic by the ordinary citizen”, p 330.

el derecho nacional de los Estados miembros en las que existe una profunda diversidad. Sin embargo, rechaza este argumento ilustrando que una armonización sería beneficiosa para el derecho de contratos e incluso para el derecho de familia, ya que ayudaría a corregir disfunciones en ambos campos sobre una base más común de lo que a primera vista pudiera parecer¹³⁰⁴. Así, podríamos llegar a la conclusión de que la existencia de una proximidad conceptual permitiría pensar en una aproximación cultural. De hecho, es innegable desde un punto de vista conceptual que el Derecho inglés no difiere en sus aspectos esenciales de los sistemas de derecho civil, en particular en el tratamiento de la *ownership* y, en general, en la configuración de los derechos reales¹³⁰⁵.

A pesar de estas opiniones, la supresión de las normas de cada Estado miembro podría tener un coste demasiado elevado para sus identidades políticas, morales y culturales. Es cierto que hasta este momento los Estados miembros forman parte de la UE y, por lo tanto, que todos sus ciudadanos son europeos y comparten valores morales comunes reflejados en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (p. e. la protección de la dignidad humana, el derecho a la vida, la integridad física, la vida privada o familiar o la libertad de la persona, ver arts. 1 y siguientes de la Carta). Además, en algunos ámbitos del Derecho privado podemos defender una cultura jurídica común (p. e. en materia de consumidores y usuarios gracias a la política impulsada por la UE). Pero lo cierto es que el medio siglo de existencia de la UE (y de su Derecho privado europeo, que supera las dos décadas) tiene que competir con los Derechos nacionales de cada Estado miembro, que son sin duda más longevos. Claros ejemplos son la supervivencia del *estate* en el Derecho inglés después de la reforma operada por la LRA de 2002 y la aprobación en el año 2002 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera del CCC, reflejo de la voluntad de este territorio de tener un Derecho civil propio acorde con sus singularidades propias¹³⁰⁶. Por lo tanto, la adopción de un sistema propiedad

¹³⁰⁴ Ver LANDO, O., "Can Europe built unity of civil law whilst respecting diversity?", en *Europa e diritto privato*, 1/2006, p. 13.

¹³⁰⁵ Vid. *supra*. Apartado II, epígrafe 1 y ss.

¹³⁰⁶ ROCA TRÍAS defiende que el CCC describe la cultura jurídica catalana que contiene principios propios y que ha sido estudiado siguiendo la metodología histórica de Savigny, y asimismo que su promulgación es un símbolo de soberanía, ver ROCA TRÍAS, E., "Codification

Europeo exigiría un largo período de adaptación por parte de los Estados miembros. En otras palabras, una regulación a nivel europeo no podría llevarse a cabo sin que los ordenamientos de cada uno de los Estados hayan podido adaptarse de alguna forma. Por lo tanto, aunque estemos de acuerdo en el hecho de que una aproximación conceptual permitiría a su vez una aproximación cultural (LANDO), sólo por la vía expuesta podría reducirse el impacto de la legislación comunitaria sobre la identidad política, los valores morales y la cultura jurídica de cada Estado miembro. De esta manera, se podría conseguir con el paso del tiempo el fortalecimiento y unidad de los territorios, tal y como sucedió con el *Code de Napoleón*¹³⁰⁷. Una posible vía a seguir sería alcanzar primero una armonización a **corto plazo** y posteriormente una unificación a **largo plazo**¹³⁰⁸. Sin embargo, podrían existir más sacrificios por parte de los Estados miembros en la adopción de un sistema común de propiedad como el coste de oportunidad. Los Estados miembros compiten entre ellos por crear normas más eficientes y atractivas para los inversores y operadores del mercado, lo que provoca una competencia normativa saludable que no existiría bajo un mismo sistema de propiedad. Una unicidad de reglas aportaría beneficios al mercado interior pero no debería de afectar ni al comercio paneuropeo, en el cual intervienen otros factores de peso como el tratamiento fiscal de las operaciones (p. e. en la constitución de una hipoteca), ni al internacional, que ya ofrece instrumentos en el ámbito de las garantías reales mobiliarias¹³⁰⁹.

Por último, se ha afirmado que la UE respetaría el principio de proporcionalidad en aquellas áreas donde ya existe una regulación previa, como el derecho de consumo. Una nueva regulación en este ámbito aportaría una mayor transparencia y los costes de una armonización serían muchos menores que, por ejemplo, en el ámbito del derecho de propiedad, que sería muy costosa¹³¹⁰. En nuestra opinión, la relación coste beneficio de la

in Catalonia and in Europe. The Civil Code as an instrument for legal policy”, en PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, PALAO MORENO, Guillermo y REYES LÓPEZ, María José (Coords.), *Derecho Patrimonial Europeo*, Núm. 10, 2003, pp. 358 y 359.

¹³⁰⁷ OSAJDA, K., ob. Cit., p. 14.

¹³⁰⁸ Ver al respecto *infra*. Epígrafe 1.5.

¹³⁰⁹ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 3.

¹³¹⁰ BALDUS es de la opinión que en aquellas áreas aún sin regular, como la propiedad o el derecho de familia, no se respetaría el principio de proporcionalidad porque no se conseguirían

intervención comunitaria queda demostrada en el ámbito de las garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles (con estudios económicos en este último caso)¹³¹¹, y sería extensible en menor medida a todos aquellos derechos reales susceptibles de armonización, p. e. el *trust*, que facilitaría la movilización transfronteriza de todo tipo de bienes para una gran variedad de finalidades¹³¹². Pero el principal obstáculo a la hora de analizar estos aspectos es la falta de mayores estudios en esta temática, lo que no permite comparar el beneficio de una unificación a largo plazo con los costes de llevarla a cabo. Además, una unificación a largo plazo sólo tendría lugar cuando los ordenamientos de los distintos Estados miembros se hubieran acercado lo suficiente a unas bases comunes¹³¹³.

A continuación analizaremos si es posible encontrar algún punto en común entre el modelo legislado civilista y el jurisprudencial angloamericano, para discutir posteriormente cuál sería el instrumento idóneo en un sistema de propiedad europeo, todo sobre la base de una unificación a largo plazo

1.1. Un modelo legislado civilista o jurisprudencial angloamericano

Un elemento cultural importante en el derecho angloamericano y en los sistemas de derecho civil es el rol del **juez** en la resolución de conflictos. En el derecho angloamericano el juez tiene la posibilidad de crear derecho en base a las resoluciones precedentes (razonamiento inductivo). Los casos que resuelve son vinculantes para los tribunales jerárquicamente inferiores. Sin embargo, son las *Acts* o recopilaciones de leyes las que ocupan el primer rango en el Derecho inglés vigente. Estas normas no pueden ser revocadas o cuestionadas por los tribunales¹³¹⁴. Por el contrario, el juez no puede crear derecho en los sistemas de derecho civil sino que únicamente interpreta la norma (primera fuente del derecho) y la aplica al caso concreto (razonamiento deductivo).

El derecho angloamericano ha sido reacio a cualquier tipo de

los resultados beneficiosos como en el derecho de consumo, ver BALDUS, C., ob. Cit., pp. 98 y ss.

¹³¹¹ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 1.4.1.

¹³¹² Vid. *supra*. Apartado II, epígrafe 1.4.

¹³¹³ Ver al respecto *infra*. Epígrafe 1.5.

¹³¹⁴ Ver NASARRE AZNAR, S., "Seis temas de...", ob. Cit., p. 46.

codificación de su derecho en el sentido civilista, lo que no quiere decir que no existiera esta necesidad. En el siglo XIX se creó un vacío en el derecho angloamericano con la abolición de las *actios* en 1852, con lo que si bien no hubo una revolución francesa sí que la forma casuística de producción del derecho se encontró ante graves problemas de supervivencia. Por aquel entonces, la *actio* reflejaba y protegía la titularidad de un derecho. Su desaparición provocó que el Derecho inglés se viera ante la tesitura de otorgar un contenido sustantivo al derecho que protegía. Ante la ausencia de una tradición jurídica y científica anterior, no tuvo más remedio que acudir a los sistemas de derecho civil. El trabajo de las universidades inglesas en reelaborar el derecho angloamericano partió de las codificaciones continentales y dieron una continuidad sistemática a las anteriores *actios*, clasificando por ejemplo el derecho en *contracts, torts and property*. Los resultados tomaron la forma de *textbooks*, una recopilación de casos con la voluntad de extraer de ellos principios generales. No obstante, la presencia espiritual de los sistemas de derecho civil fue decayendo a medida que el derecho angloamericano progresaba en su supervivencia y en la adopción de un nuevo modelo¹³¹⁵.

La idea de **codificar** el Derecho inglés está presente en la actualidad. La causa no se debe a un problema de supervivencia del derecho sino a una necesaria clarificación de un derecho fragmentado y disperso. La jurista inglesa STEINER está a favor de la codificación del Derecho inglés que otorgaría a la ley un carácter más accesible, seguro y adaptado a las necesidades sociales¹³¹⁶, y argumenta además que la necesidad que vio nacer a los códigos continentales en una época de fragmentación del derecho y de normas inciertas y obsoletas provocó también el nacimiento de la *Law Commission* en 1965. Esta institución firmó con el Gobierno de Inglaterra un *report* en 2004 con la finalidad de crear un derecho lo más simple, justo, moderno y eficiente posible¹³¹⁷. Este *Report* nació con la voluntad de dar continuidad al firmado en

¹³¹⁵ Ver GEOFFREY, S., "Civil codes and the Restructuring of the Common Law", en FAIRGRIEVE, Duncan (Ed.), *The Influence of the French Civil Code on the Common Law and Beyond*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2007, pp. 101 y 103.

¹³¹⁶ STEINER, Eva, 'Codification in England: The Need to move from an Ideological to a Functional Approach-A Bridge too Far?', en *The Statute Law Review*, Vol 25, Nº 3, 2004, pp. 217 a 219.

¹³¹⁷ *The Law Commission and Government Working together to deliver the benefits of clear, simple, modern law June 2004 [updated August 2006]*. Disponible en

1965. Lo cierto es que en los últimos tiempos se está llevando a cabo una cierta sistematización del derecho de propiedad producto de esta iniciativa, como lo demuestran la LRA de 2002 o la LPA de 1925. Además, existen serios intentos de codificación en otras ramas del derecho, como el derecho penal o el derecho de familia, y de otorgar una mayor claridad en la redacción de las leyes a través de las *explanatory notes*, gracias a la influencia de las resoluciones del TEDH, de las cuales puede extraerse que la claridad y accesibilidad de una ley son cuestiones relacionadas con los derechos humanos (y que toda codificación intenta promover)¹³¹⁸. Por lo tanto, el trabajo de la *Law Commission* en las diversas áreas del derecho provoca *de facto* un cambio en la aproximación de los jueces, que deben por fuerza limitarse a interpretarlas. De esta forma, se llegan a unos resultados similares a los jueces civilistas.

En definitiva, se aprecia un razonamiento plenamente deductivo en algunas leyes desde el punto de vista de la interpretación del derecho (p. e. el nuevo procedimiento civil inglés)¹³¹⁹.

Por lo que respecta a los sistemas de derecho civil, el **juez** ha adquirido

<http://www.dca.gov.uk/majrepfr.htm>. El *Report* de 1965 propugnaba de acuerdo con el *Report* de 2004 lo siguiente: "One of the hallmarks of an advanced society is that its laws should not only be just but also that they should be keep up-to-date, and be readily accessible to all who are effected by them... English Law should be capable of being recast in a form which is accessible, intelligible and in accordance with modern needs".

¹³¹⁸ El espíritu codificador puede observarse en la *Children Act* de 1989 y en el *Draft Criminal Code Bill* de 1989, que finalmente no llegó a ver la luz. La influencia del TEDH se ha producido en el llamado principio de legalidad penal, de acuerdo con la STEDH de 2 de mayo de 2007 [TEDH 2007\28]. Caso Francisco Saiz Oceja y otros contra España. El tribunal "Considera que la Ley debe definir claramente las infracciones y las penas que les reprimen. Esta condición se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y con ayuda de la interpretación efectuada por los tribunales, qué actos y omisiones suponen su responsabilidad penal". Esto ha llevado a la doctrina a considerar que "there is, in this regard, body of case law emerging from the European Court of Human Rights showing that clarity, accessibility and foreseeability in the law, standards that codification tends to promote, are indeed human rights issues", ver STEINER, Eva, 'Codification in England...', ob. Cit., p. 210; de la misma autora ver "Adoption en Angleterre du Style Législatif en vigueur sur le Continent: Espoirs Déçus et Perspectives d'Avenir", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, N° 3, 2006, pp. 820 y ss.

¹³¹⁹ Es la opinión de STÜRNER, Michael, "Tendiendo un puente entre el common law y el derecho continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?", en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 15, Enero 2007, pp. 183 a 185. Según el autor, esta ley intenta crear un sistema coherente de reglas sin recopilar la jurisprudencia existente hasta la fecha sobre esa materia, modificando el estilo oral del proceso y el papel tradicional del juez como mero espectador de la lucha entre las partes. La nueva ley se mueve a un concepto más continental del juez en donde se restringe la autonomía de las partes adquiriendo un mayor protagonismo.

un mayor protagonismo a la hora de interpretar la ley, lo que no puede ser subestimado en una armonización europea. Además, también existe una vinculación respecto a los precedentes judiciales (en particular, de los órganos superiores). Un ejemplo lo encontramos en el ordenamiento jurídico español, en el que si bien los tribunales de justicia no tienen la potestad de crear derecho, sus resoluciones han creado reglas y principios para resolver determinados casos no previstos por las leyes o insuficientemente regulados por éstas, p. e. el negocio fiduciario, cuyas características esenciales han sido perfiladas únicamente en la jurisprudencia (STS de 26 de julio de 2004); la cláusula “*rebus sic stantibus*”, que no tiene una previsión legal (STS de 12 de noviembre de 2004¹³²⁰ y SAP de Barcelona de 12 de marzo de 2007¹³²¹); el error obstativo, que provoca la ausencia del consentimiento, elemento esencial del contrato (art. 1261 CC, STS de 10 de abril de 2001¹³²²); la acción reivindicatoria, que no se contempla expresamente en el CC y ha sido la jurisprudencia quien ha enumerado los requisitos para su ejercicio (STS de 24 de enero de 2003)¹³²³; o el enriquecimiento injusto, de raíces iusnaturalistas basados en la justicia y la equidad, que ha sido definido por la doctrina y la jurisprudencia en base al art. 1887 CC (SAP de Valencia de 2 de octubre de 2003¹³²⁴). En estos casos, es indudable que los conflictos en torno a estas cuestiones van a resolverse en base a criterios jurisprudenciales¹³²⁵.

Por lo tanto, existen influencias recíprocas entre los sistemas de derecho civil y el derecho angloamericano, tanto en el mayor papel asignado a los jueces en el primero como en la sistematización legislativa en el segundo¹³²⁶.

¹³²⁰ RJ 2004\6900.

¹³²¹ AC 2008\1602.

¹³²² RJ 2001\2027.

¹³²³ RJ 2003\611.

¹³²⁴ AC 2003\2206.

¹³²⁵ A mayor abundamiento, se argumenta en base al código civil francés que si se adopta un significado menos clásico de la noción de codificación es posible adaptarla al mundo angloamericano. Existen casos en la jurisprudencia francesa y alemana en donde el juez interpreta y crea nuevas soluciones no previstas en las leyes. La capacidad discrecional del juez en el BW se pone como referencia. Ver CHAMBOREDON, Anthony, “The debate on a European Civil Code: For an “Open Texture””, en VAN HOECKE, Mark y OST, Francois (Eds.), *The harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, Portland, 2000, pp. 71 a 81; DE LA MATA, Almudena, “Un paso más hacia la unificación del derecho privado europeo”, en *Aranzadi Civil*, Núm. 7/2003 (Estudio), pp. 15 y 16. BIB 2003\831; y ALPA, G, ob. Cit., pp. 329 y 330.

¹³²⁶ Ver la conclusión a la que llegan KÖTZ y ZWEIGERT, después de analizar el papel cada vez más relevante de la legislación en el derecho angloamericano y del juez en los sistemas de

Con todo, aunque los postulados del derecho angloamericano y de los sistemas de derecho civil no sean tan distantes en el derecho de propiedad desde un punto de vista sustantivo, sí lo son desde un punto de vista metodológico, es decir, en el uso de las fuentes del derecho para la resolución de conflictos. La cuestión que finalmente se plantea es qué modelo es el ideal para una armonización del derecho de propiedad.

1.2. La justificación de un modelo civilista

En los apartados anteriores hemos llevado a cabo un análisis comparativista de los distintos ordenamientos a tenor de su derecho vigente e histórico. MATTEI nos advierte de que una tarea comparativista siempre debe buscar convergencias con la máxima **eficiencia** posible¹³²⁷. Entre las pautas por las que mide la eficiencia encontramos, por ejemplo, “*whatever makes the legal system work better by lowering transaction costs*” o “*whatever legal arrangement “they” have that “we” wish to have because by having it they are better off*”. En otras palabras, hablamos de los costes de información y averiguación del resto de legislaciones nacionales, lo que constituye en sí mismo un argumento a favor de la armonización o unificación del Derecho privado¹³²⁸. Partiendo de estas premisas, la justificación de un modelo civilista o angloamericano debería basarse en criterios de eficiencia, que ya hemos utilizado con anterioridad (p. e. a la hora de decidir por la preeminencia de un

derecho civil (con anterioridad ponen de manifiesto la vinculación en la práctica de los precedentes en ambos sistemas): “Por lo tanto, hay razones para creer que aunque el common law y el derecho civil se hayan originado en posiciones contrarias, experimenten un acercamiento cada vez más estrecho, aun en sus métodos y técnicas”, ver ZWEIGERT, H. y KÖTZ, H., ob. Cit., p. 286.

¹³²⁷ “By using the tools of the comparativists together with those of lawyer-economists, we may be able to see if an institutional arrangement, a legal doctrine, or a legal rule of one legal system is more or less efficient than another. We may detect and explain phenomena of convergence. We may identify those aspects of a given legal system that stand in the way of the reception of an efficient solution. We may be able to foresee long-term efficiency consequences of a given legal arrangement that are impossible to identify if we do not have a term of comparison”, ver MATTEI, U., “Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics”, en *International Review of Law and Economics*, 14, 1994, p. 19.

¹³²⁸ SÁNCHEZ LORENZO defiende que la internalización de estos costes de información es un motivo suficiente y de peso para una unificación del Derecho privado europeo, pero es una base insuficiente para amparar una actuación global de la UE, ver SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho privado...*, ob. Cit., pp. 154 a 159.

sistema *numerus clausus*). Aunque LEGRAND¹³²⁹ se sitúa claramente en contra de un código civil europeo al entender que sería un paso retrógrado (esta idea sería una reliquia y legado del código de Napoleón), y califica de arrogante el hecho de considerar el modelo civilista como el más conveniente frente a otras alternativas (p. e. acoger un modelo mixto), la balanza se inclina en base a criterios de eficiencia hacia este último modelo.

La razón es que este modelo es más **simple** que el modelo angloamericano. Efectivamente, la doctrina enuncia una serie de ventajas y desventajas generales de los sistemas de derecho civil respecto al derecho angloamericano. Entre las ventajas encontramos su simplicidad, la facilidad que otorga el concepto de *ownership* respecto a los *estates*, los derechos limitados que pueden crearse y la ausencia de la división inglesa entre derechos legales y en equidad¹³³⁰. En particular, y por encima de todo, la adopción de reglas genéricas de aplicación deductiva es un sistema más simple, más claro y, en esencia, más eficiente. En el modelo angloamericano existe un entramado de derechos legales y en equidad que puede resultar de difícil entendimiento para los operadores jurídicos y ciudadanos de la UE. En nuestra opinión, en una armonización europea debería primar la claridad y la comprensión, cuestión que sin lugar a dudas excluye el modelo angloamericano en este aspecto¹³³¹. La adopción de un único cuerpo de

¹³²⁹ LEGRAND, P., ob. Cit., pp. 56 y 59.

¹³³⁰ "Legislation can never therefore succeed if it seeks to select between the existing systems and all that can be attempted is a super code, a functional superstructure above and beyond the two main existing systems. At that level it is believed that the main functional buildings blocks are universal – ownership, lease, mortgage, servitude (= the common law easement and covenant), though one needs to add the common law trust to get a fully functioning modern property law system [...] We need the simplicity of continental codes to be brought across the Channel and transplanted into our property legislation; it is time to excise the lingering law/equity divide which is the main source of unnecessary complexity" ver SPARKES, P., ob. Cit., pp. 128 y 523.

¹³³¹ A favor de adoptar un sistema civilista en lugar del angloamericano también encontramos ALPA, G., ob. Cit.: "It is then fundamental to choose written rules rather than those derived from case law. The choice of codification is no snub to the common law system. Many common law jurists and writers are now convinced that codification presents considerable advantages, such as simplification, certainty, and predictability of the rules. We must remember that 'the citizen of a European State has not the same easy access to the laws of his sister states'. Very often he or she 'cannot read them in the original' and it may not fully understand", ob. Cit., p. 332; y GEOFFREY, que también está a favor de una recepción por parte del derecho angloamericano de ideales civilistas, que bien podrían ser un modelo legislado como se propone: "It is simply to make the point that it is the common law that is likely to appear undisciplined and unscientific to a hierarchical mentality of legal dogmatics fashioned within most geometricus historical tradition. Or, put in another way, the common law relates to social discourse in a manner that is

normas ayudaría a evitar la fragmentación que existe en la actualidad con una pluralidad de normas de diverso origen: nacional, comunitario e internacional¹³³².

Sin embargo, el modelo civilista también presenta ciertas desventajas, como la dificultad de crear nuevos derechos reales, la facilidad del derecho angloamericano de adaptarse a las nuevas necesidades sociales y la figura del *trust* (aunque ya existen en algunos países *trusts* civilizados). Por lo tanto, estas cuestiones han de tenerse en cuenta para intentar conjugar las virtudes del derecho angloamericano con la eficiencia del modelo civilista.

Otro factor que puede ayudar a justificar la adopción de este modelo es la actuación de las instituciones europeas a la hora de crear derecho. En la actualidad, nos encontramos ante una revolución *europea* del derecho que busca precisamente evitar su fragmentación en los Estados miembros, lo que perjudica a las libertades comunitarias y al mercado interior. Hasta el momento, la UE ha basado su regulación en un modelo deductivo o continental. La promulgación de directivas y reglamentos tiene su base en un modelo civilista alejado del modelo angloamericano. Este hecho está provocando que las transposiciones por parte de los Estados miembros, en especial en el Derecho inglés, se realicen a través de *statutes* . Así, el ideal civilista va penetrando irremediabilmente en el derecho angloamericano como p. e. en la acción de restitución de bienes culturales que tiene una naturaleza jurídica similar a la *rei vindicatoria* ¹³³³.

En esta línea, VAN ERP¹³³⁴ defiende que sólo una regulación legal y

both seamless and fragmented in a cellular or dimensional way. Thus is capable of absorbing the impact of potentially irritating imports in ways that ought perhaps never to be underestimated. It is not a brittle structure. That said, the fundamental differences between the Roman and feudal models of property mean that English real property law cannot be harmonised with this model of thinking without a massive reception of Roman thinking. Such a reception may or may not be socially desirable when compared with present English property concepts”, GEOFFREY, S., “English private law in the context of the codes”, en VAN HOECKE, M. y OST, F. (Eds.), ob. Cit., p. 57.

¹³³² DE LA MATA, A.: “El derecho privado europeo actual se compone de tres cuerpos de normas. En primer lugar, los respectivos derechos nacionales de los países miembros; cada uno con sus características y especialidades; en segundo lugar, el importante cuerpo de normas de derecho europeo; directivas y reglamentos que han contribuido de forma decisiva pero parcial y generando un cierto nivel de incoherencia a la armonización del derecho privado, por carecer de visión de conjunto. Por último, también son ley aplicable en el territorio de la UE los Convenios Internacionales firmados por los países miembros”, ob. Cit., p. 8.

¹³³³ Vid. *supra* . Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 2.1.

¹³³⁴ VAN ERP, S., “Security interests...”, ob. Cit., p. 22.

vinculante ayudaría a superar los obstáculos a una armonización o unificación del derecho. Pero tal y como puntualiza ello no quiere decir que una futura legislación deba adoptar la forma de un código civil europeo. En efecto, un modelo civilista no tiene por qué asimilarse a un código al estilo de Napoleón. En este sentido, tanto el instrumento idóneo como su estructura serán tratados a continuación.

1.3. El instrumento idóneo en una armonización

Existen diferentes vías para conseguir normas comunes en el Derecho privado europeo y, por extensión, de los derechos reales¹³³⁵, tomando como punto de partida una armonización a corto plazo seguida de una unificación a largo plazo:

a) Elegir normas no vinculantes al estilo de los *restatements of the Law* presentes en el *common law* americano (denominados *soft law*). Estas normas son redactadas por una institución privada (la *American Law Institute*), que nació en 1923 con la voluntad de ordenar y clarificar el *common law* americano que se estaba convirtiendo en una masa de *case law* de difícil acceso y comprensión. Esta institución ha promulgado desde entonces diversas normas como los *Restatements of Property*, que no han tenido tanta repercusión en los tribunales de justicia como en el ámbito contractual y en la responsabilidad civil –*torts*–¹³³⁶. Algunos ejemplos europeos que han adoptado su filosofía son los PECL o los *Principles of European Tort Law*, aunque existen algunas diferencias con los *restatements*, p. e. éstos pueden ser aplicados por los tribunales de cualquier Estado de EEUU y se configuran como una unión legislativa más fuerte que en Europa, donde seguirían existiendo los Códigos de cada Estado miembro.

b) Adoptar un *model code*, es decir, un código que sirva de modelo a los Estados miembros para que adapten sus reglas a sus propios códigos (en caso

¹³³⁵ En general, ver JANSEN, Nils, “European Civil Code”, en SMITS, Jan (Ed.), *Elgar Enciclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2006, pp. 250 y ss.; ROCA TRIAS, E., ob. Cit., pp. 103 y ss; y HARTKAMP, Arthur, “Perspectives for the development of a European Civil Law”, en BUSSANI, Mauro y MATTEI, Ugo, *Making European Law: Essays on the ‘Common Core’ Project*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 39 y ss.

¹³³⁶ Ver THOMAS, David. A., “Restatements Relating to Property: Why Lawyers Don’t Really Care”, en *Real Property, Probate and Trust Journal*, Vol. 38, 2004, pp. 655 y ss. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1184059>.

contrario, este modelo carecería de vinculación legal).

c) Un código civil europeo, que ofrecería una completa, armonizada y sistemática recopilación del derecho privado.

d) Mediante directivas (art. 115 TFUE), que tienen un efecto vinculante respecto a los Estados miembros, pero delega en ellos la transposición interna en sus ordenamientos jurídicos (art. 288.3 TFUE). Una de sus principales cualidades es que se consigue una aproximación legislativa respetando el derecho interno de los Estados y, además, tiene como ventajas respecto a los tratados internacionales de que la adhesión de los países no es libre y existe un tribunal específico que las interpreta (el TJCE).

e) A través de reglamentos (art. 114 TFUE), que también tienen un efecto vinculante y los Estados miembros no pueden modificar su contenido. Sus disposiciones son directamente aplicables.

f) A través de la jurisprudencia del TJCE, que ha tenido un impacto principalmente en materia de responsabilidad civil y derecho contractual. Su tarea es imprescindible para alcanzar una correcta interpretación del derecho europeo, aunque esta institución tiene sus luces pero también sus sombras¹³³⁷.

g) Y finalmente también es posible que los Estados miembros vayan adoptando las soluciones que otros Estados prevén en sus legislaciones nacionales (o normas de carácter internacional o de otra índole, como la guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional sobre las operaciones garantizadas¹³³⁸). A esta situación se le ha denominado armonización descentralizada, que se produce “*a partir de la recepción espontánea de una solución de otro país, que igualmente resulta adecuada a los intereses nacionales y que, por eso, a la larga acaba siendo práctica común o costumbre o uso internacional*”¹³³⁹. Esta posibilidad puede

¹³³⁷ “Harmonisation by means of Community law, through legislation or case law, has a bright side (convergence between Member State laws in certain limited areas) and a dark side (disruption, within each Member State, of areas of the law which were previously united). That is so because the European Community (or Union for that matter), and their institutions, have only limited powers in certain areas of the law, mainly for interstate, or cross-border, matters”, ver VAN GERVEN, Walter, “Principles of Contract Law”, en HARTKAMP, A., HESSELINK, M., y otros, ob. Cit., p. 121.

¹³³⁸ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 3.

¹³³⁹ ARROYO i AMAYUELAS, E., “Estudio preliminar...”, en SCHULZE R. y ZIMMERMANN, R., ob. Cit., p. 46.

observarse en los derechos reales de garantía inmobiliaria¹³⁴⁰, en la *floating charge* inglesa, que ha sido adoptada por sistemas de derecho civil¹³⁴¹, en la propiedad horizontal prevista en los sistemas de derecho civil, que ha sido acogida en el Derecho inglés a través del CLRA¹³⁴², así como el principio de relatividad del contrato, que ya admite excepciones en el Derecho inglés gracias a los contratos en favor de tercero, admitidos anteriormente de forma general en los sistemas de derecho civil¹³⁴³.

De los instrumentos descritos podemos realizar las siguientes consideraciones:

1. La **directiva** es la que se presenta *a priori* como el mecanismo óptimo. La doctrina esta a favor de utilizar esta vía para una armonización del derecho de garantías. Su principal ventaja sería que los conceptos previstos en la normativa europea podrían adaptarse a las normas de los Derechos nacionales, preservando así sus disposiciones autóctonas¹³⁴⁴. Pero tal y como reconoce RANK una Directiva no deja de ser un instrumento que aproxima las legislaciones pero no las unifica. Una prueba fehaciente son las directivas promulgadas en el ámbito de los derechos reales que provocan que instituciones como el derecho de aprovechamiento por turnos no tengan un contenido uniforme en la UE¹³⁴⁵. En nuestra opinión, la especialidad de la materia que nos ocupa aconseja adoptar otras vías que impidan una fragmentación del derecho. Una Directiva no elimina los costes de transacción que se originan para conocer la regulación de una institución en otro Estado miembro, lo que repercute negativamente en su eficiencia, criterio básico para una armonización del Derecho privado europeo¹³⁴⁶. A mayor abundamiento, existen otras causas por las que la directiva no es la vía apropiada a seguir: a) una visión práctica de cómo se han interpretado las directivas en los Estados miembros lleva a la doctrina a afirmar que su aplicación ha sido un fracaso, debido al comportamiento de los agentes involucrados en el respeto de su

¹³⁴⁰ Vid. *infra*. Capítulo 4º, apartado I, epígrafe 2.

¹³⁴¹ Vid. *supra*. Apartado III, epígrafe 2.2.

¹³⁴² Vid. *supra*. Apartado II, epígrafe 3.1.1.

¹³⁴³ Vid. *supra*. Apartado I.

¹³⁴⁴ RANK, W., ob. Cit., pp. 210 y 213.

¹³⁴⁵ Ver el análisis de la normativa comunitaria en materia de derechos reales *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 2.

¹³⁴⁶ Vid. *supra*. Epígrafe 1.

espíritu y finalidad (p. e. los tribunales)¹³⁴⁷; b) otro inconveniente es la necesidad de concretar adecuadamente sus términos, ya que un redactado ambiguo podría provocar divergencias notables en la transposición por cada Estado miembro; c) la Directiva exige un control constante de su implementación y la correcta transposición en plazo por los Estados miembros, lo que no siempre ha tenido lugar (p. e. el Derecho español transpuso la Directiva 85/374, de 25 de julio, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos¹³⁴⁸ en 1994, 6 años más tarde de lo previsto en la Directiva¹³⁴⁹, y la Directiva 2004/35 de responsabilidad medioambiental, cuyo plazo de transposición expiraba el 30 de abril de 2007, fue incorporada al Derecho español a través de la Ley 26/2007, de 23 de octubre); y d) la Directiva nunca podría llegar a alcanzar el nivel de armonización que p. e. ofrecería un Reglamento¹³⁵⁰.

De acuerdo con los motivos apuntados la directiva no sería una opción viable para llevar a cabo una unificación a largo plazo.

2. La opción de los **restatements** o *soft law* tampoco parece acertada. Estos instrumentos podrían resultar útiles para ofrecer normas comunes en materias muy específicas delegando algunas cuestiones a los Estados miembros gracias a la *lex rei sitae*. Un ejemplo sería la eurohipoteca, un derecho de garantía contractualmente accesorio de la obligación que asegura que podría implementarse a través de un régimen 28¹³⁵¹. De esta forma, las hipotecas nacionales seguirían subsistiendo pero existiría como principal

¹³⁴⁷ Ver en este sentido las conclusiones NIGLIA, Leone, "The Non-Europeanisation of Private Law", en *ERPL*, Nº 4, 2001, pp. 598 y 599. Esta autora pone de relieve distintos ejemplos en los que los tribunales no han otorgado derechos contenidos en la Directiva, como los tribunales de Alemania e Italia a la hora de interpretar la cláusula de cancelación prevista en la Directiva 85/577, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

¹³⁴⁸ DOCE nº L 7 agosto 1985, núm. 210, [pág. 29].

¹³⁴⁹ Ley 22/1994, de 26 de julio, de Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (BOE 7 julio 1994, núm. 161, [pág. 21737]).

¹³⁵⁰ De acuerdo con MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian, "EC Directives as a Means of Private Law Unification", en HARTKAMP, A., HESSELINK, M.; y otros, ob. Cit.: "If the political wills trives for a common private law in the European Community –and the actual work on European contract law seems to be a step into this direction- directives are only second-best to coherent codification-like regulations, voluntary treaties no- directives alternative to Community law, and 'restatements' as well as proposals of model statutes and recommendations of uniform rules no convincing substitute to binding law", p. 87. Ver también pp. 83 y ss; y KURCZ, *Mgr* Bartłomiej, "Harmonisation by means of Directives – never-ending story?", en *European Business Law Review*, Nov/Dec 2001, p. 290.

¹³⁵¹ Vid *infra*. Capítulo 4º.

dificultad la necesaria coordinación de los Estados miembros en esas materias delegadas a sus respectivas legislaciones. Sin duda, una unificación en este ámbito (o, en nuestro caso, un nuevo instrumento común) aportaría beneficios a largo plazo¹³⁵². Sin embargo, la opción del *soft law* no sería la más adecuada en una armonización más amplia de los derechos reales. Pensemos que los particulares y otros agentes económicos europeos podrían acogerse a un determinado concepto de derecho de propiedad o posesión distinto del de su Estado miembro. Al no ser los *restatements* un instrumento europeo, ¿qué órgano interpretaría su contenido, el TJCE o los tribunales de los distintos Estados miembros? Ello podría provocar la paradoja, tomando como ejemplo el DCFR, de que un tribunal español tuviera que interpretar -debido a una cláusula contractual de sumisión expresa- la disputa de un contrato creado en base al DCFR que no exige causa alguna (art. II-1:101 DCFR), mientras que ésta sí es preceptiva en el Derecho español (art. 1261 CC). La doctrina también se ha posicionado en este sentido respecto al DCFR, al considerar que es un instrumento que podría existir como un régimen 28 en cuanto su contenido contractual, pero no en cuanto a su contenido real¹³⁵³.

Los *restatements*, pues, serían una vía óptima para crear un derecho real que conviviese con los previstos en las regulaciones nacionales en base a la *lex rei sitae*, pero no sería un instrumento idóneo para una unificación a largo plazo de los derechos reales.

3. Otra vía por la que optar es el **Reglamento**. BASEDOW defiende este instrumento para regular principalmente el derecho de obligaciones y contratos,

¹³⁵² Es la duda que se plantea DROBNIG, U., "Recognition and Adaptation of Foreign Security Rights", en DROBNIG, U., SNIJDERS, H. J., ZIPPRO, E., ob. Cit., pp. 114 y 115.

¹³⁵³ "Of course the DCFR can be a reference tool, a restatement without binding force, in which case the discussion is moot. If the DCFR is an optional instrument –a 28th legal system in the EU- the downsides of harmonization or unification, as described above, are less likely to arise. At the same time, the benefits will probably also be smaller [...] In other areas, such as non-contractual liability (Book VI), but also other areas of non-contractual obligations (Books V and VII) or in property matters (Books VIII to X), the choices are starker. These areas of law do not tend themselves so easily to optional regimes, given that they are concerned with situations where the actions of individuals impose costs or provide benefits on third parties without the latter having consented. The DCFR in these areas can then either remain an invaluable resource, or be enacted as mandatory law. In the latter case, as outlined above, it is open to question whether harmonization or unification will truly be beneficial at this stage in the evolution of European private law", ver CHIRICO, Filomena, VAN DAMME, Eric y LAROUCHE, Pierre, "Conclusion", en CHIRICO, F. y LAROUCHE, P. (Eds.), *Economic Analysis of the DCFR. The work of the Economic Impact Group with CoPECL*, Sellier, Munich, 2010, pp. 329 y 330.

debido a que la Directiva distorsionaría el funcionamiento de las instituciones reguladas¹³⁵⁴. Su razonamiento podría aplicarse, *mutatis mutandi*, a los derechos reales. La propiedad y los derechos reales en cosa ajena deberían tener el mismo contenido uniforme en todos los Estados miembros. El carácter marcadamente local de este derecho aconseja su regulación unitaria y vinculante en el Derecho privado europeo, como ha ocurrido en el ámbito de la propiedad intelectual y su protección a nivel comunitario. Ésta sería la línea a seguir si se quiere conseguir un cuerpo unificado de normas a nivel europeo.

4. Los Estados miembros han adoptado las soluciones de otras legislaciones, pero en casos específicos (garantías mobiliarias o inmobiliarias). Es difícil pensar en un consenso en torno a un sistema de propiedad europeo por parte de todos los Estados miembros en todos sus aspectos. Por lo tanto, es necesaria la imposición de reglas comunes por parte de la UE¹³⁵⁵.

Por lo tanto, el **reglamento** sería el instrumento más apropiado en una armonización a corto plazo y una unificación a largo plazo¹³⁵⁶, pero lo que debemos plantearnos es si este instrumento podría abarcar un contenido más amplio que el derecho de propiedad. En este sentido, la doctrina se ha posicionado en contra no sólo de la posibilidad de crear un código europeo de contratos por falta de competencia de la Comunidad¹³⁵⁷, sino también de una unificación global del derecho privado europeo, en tanto que existen materias que no inciden de forma directa en el mercado interior (p. e. familia y sucesiones) y, por ende, excedería de la competencia de la UE el elaborar un

¹³⁵⁴ “The form of such a European act would by necessity be a regulation, the adoption of a directive must be excluded. For a civil code or a code of obligations is the core of a private law system, it inspires the systematic structures of a legal system. It therefore must be directly applicable and is incompatible with the peculiar characteristics of the directive which allows each Member State to implement its content in the form which best can be reconciled with the systematic structures of its own legal order”, ver BASEDOW, Jürgen, “Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid”, en *ERPL*, N° 1, 2001, p. 47.

¹³⁵⁵ En el mismo sentido, ARROYO i AMAYUELAS, E., “Estudio preliminar...”, ob. Cit., p. 65.

¹³⁵⁶ Ver al respecto *infra*. Epígrafe 1.5.

¹³⁵⁷ MASIDE MIRANDA, E., ob. Cit. Id. vLex: VLEX-328755. Después de analizar los arts. 2 y 3 del antiguo TCE (en cuanto los fines y objetivos de la Comunidad); el 308, que permite a la Comunidad actuar, por unanimidad, aún sin plenos poderes concedidos por el Tratado pero siempre atendiendo a sus objetivos primordiales); el 94 y 95 (que permite aproximar legislaciones); y el 11, que contempla la cooperación reforzada, es decir, que un determinado grupo de Estados miembros adopte actos comunitarios que sólo tendrían valor para ellos y no para el resto. El autor llega a la siguiente conclusión: “A la vista de las consideraciones anteriores, la conclusión es clara. Con la normativa vigente, la Unión Europea no tiene base jurídica suficiente para publicar un Código europeo de contratos”.

código civil europeo¹³⁵⁸. A la misma conclusión llegan otros autores aplicando expresamente los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, de aplicación cuando la UE no tiene una competencia exclusiva sobre una materia determinada¹³⁵⁹. Por último, otra posibilidad enunciada es la de regular únicamente el derecho de obligaciones, quedando el resto de materias sometidas a la legislación nacional¹³⁶⁰. Estas opiniones doctrinales nos muestran como la UE no tiene una competencia expresa para regular de forma omnicompreensiva todo el derecho privado. En puridad, eliminar los obstáculos que permiten alcanzar un mercado interior permitiría a la UE regular la mayoría del derecho privado sin restricciones. Sin embargo, como existen reglas competenciales, a ellas nos debemos atener¹³⁶¹, y de acuerdo con estas reglas sería posible regular aquellos derechos que, como la eurohipoteca, redundarían en beneficio del mercado interior. En este sentido, la doctrina defiende en base a un criterio de eficiencia la posibilidad de llevar a cabo una unificación en aquellos ámbitos que son necesariamente útiles para el funcionamiento del mercado interior, respetando de esta forma las particularidades de los Estados miembros¹³⁶².

Por lo tanto, no existe una competencia para regular todos los ámbitos del Derecho privado europeo, lo que afecta negativamente al objetivo de alcanzar un mercado interior.

¹³⁵⁸ En este sentido, ver GARCÍA GARNICA, M^a del Carmen, “El ámbito material de la unificación del derecho privado europeo: ¿una unificación global o sectorial?”, en SÁNCHEZ LORENZO, Sixto y MOYA ESCUDERO, Mercedes (Ed.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en europea*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 273 y 274; y SÁNCHEZ LORENZO, S., “Vías y límites a la unificación del derecho privado europeo: «soft law versus hard law» o Comisión contra Parlamento”, en DÍAZ ROMERO, M^a R., ob. Cit., p. 382.

¹³⁵⁹ ROCA TRIAS, E., ob. Cit., pp. 121 y 122.

¹³⁶⁰ Ver BASEDOW, J., “Codification of Private Law...”, ob. Cit., p. 47.

¹³⁶¹ “El buen funcionamiento del mercado interior exigiría, en consecuencia, eliminar las diversidades entre las legislaciones nacionales, más allá del régimen de los contratos, hacia otros muchos sectores del Derecho privado: responsabilidad extracontractual, derechos reales, sociedades, situaciones concursales, etc. De hecho, puede mantenerse que cualquier divergencia en el Derecho privado, introduce una diversidad de costes que potencialmente introduce situaciones diferenciales en la posición competitiva, de forma que la consecución de un auténtico mercado interior requeriría una unificación global del Derecho privado europeo, esto es, un Derecho privado europeo construido exclusivamente “desde arriba”. Sin embargo, en el estado actual del Derecho comunitario, la limitación de las competencias de la Comunidad Europea impide alcanzar este objetivo desde el Derecho privado comunitario, si se tienen en cuenta los límites claramente expuestos por el TJCE en su decisión “Alemania/Parlamento y Consejo”, ver SÁNCHEZ LORENZO, S., “Aproximación del Derecho civil...”, ob. Cit., pp. 57 y 58.

¹³⁶² ARROYO i AMAYUELAS, E., “Estudio preliminar...”, ob. Cit., p. 53.

1.4. Su estructura

Si partimos de la base de un modelo legislado en un sistema de propiedad europeo, el siguiente paso es analizar su alcance, es decir, la disyuntiva surge entre optar por una **regulación omnicomprendiva** del derecho de propiedad o sólo por unas **directrices generales**.

La doctrina se decanta por establecer una serie de principios generales sin una regulación exhaustiva. En este sentido, CHAMBODERON explica su particular visión sobre lo que el denomina “*open texture rule*”. La idea de un código civil debería ser reemplazada por la de unos *restatements* con principios generales y flexibles. El TJCE realizaría una labor de interpretación de estos principios y crearía nuevas normas atendiendo a las circunstancias específicas del caso, adaptando el derecho a las necesidades sociales del momento. Así, la norma se refina y se reformula en un proceso que involucraría a todos los agentes jurídicos¹³⁶³. Por su parte, VAN ERP propugna la aplicación de principios al estilo del DCFR con un título preliminar en el que consten las reglas generales de creación, transmisión y extinción de los derechos reales. Aunque defiende el modelo legislado como solución para conciliar las concepciones del derecho angloamericano y de los sistemas de derecho civil, no comparte la idea de un código civil europeo que regule todos los aspectos posibles¹³⁶⁴. En el mismo sentido, COLLINS advierte que a mayor número de reglas de un hipotético código civil europeo mayor fricción con la cultura jurídica y legal de los Estados miembros (por este motivo, defiende un sistema basado principalmente en principios generales)¹³⁶⁵.

Por lo tanto, estos autores coinciden en el hecho de que la mejor vía no es un código civil europeo o una regulación omnicomprendiva del Derecho privado europeo. En nuestra opinión, una unificación sí que debería ser detallada en aras de alcanzar la mayor eficiencia y seguridad jurídica. Un

¹³⁶³ CHAMBOREDON, A., ob. Cit.: “The legal rule with “open texture” is not solely soft law. In fact, it is a normative provision created within a legal system, but it is also the result of a deeper procedure of cooperation between the classical producers of legal rules, the State or supra-State institutions, the judge, the legal doctrine and the society represented for example by the contracting parties. The validity of the “open texture rule” is the outcome of a long and constraining process of negotiation between these different entities”, pp. 98 y 99.

¹³⁶⁴ VAN ERP, S., “Security interests...”, ob. Cit., p. 22.

¹³⁶⁵ COLLINS, H., ob. Cit., p. 135.

sistema de propiedad debería establecer claramente los límites y aspiraciones que corresponden a cada uno de los sujetos implicados, de tal forma que pudieran trazarse líneas geométricas a partir de las cuales denegar cualquier actuación que exceda de su ámbito de acción¹³⁶⁶. Pero lo cierto es que una regulación omnicompreensiva sería difícil de llevar a cabo por el aspecto competencial de la UE tanto en materia de derechos reales como en todo el Derecho privado europeo¹³⁶⁷.

En su lugar, podríamos adoptar una posición ecléctica, es decir, compaginar una regulación detallada con unos principios generales, que dejarían al juez el suficiente margen para adaptar la norma al caso concreto (p. e. el principio de que nadie puede ser perturbado en su propiedad por injerencias externas). La conjunción de una regulación exhaustiva y principios generales tiene su fiel reflejo en el modelo adoptado por el BW, que contiene una gran cantidad de cláusulas o principios generales (p. e. el principio de buena fe). Estas reglas *open-ended* o conceptos jurídicos indeterminados posibilitan al juez una amplia discreción a la hora de desarrollar el derecho legislado y prevenir resultados injustos. Se considera un sistema a caballo entre el derecho angloamericano y los sistemas de derecho civil¹³⁶⁸, en el que se otorgan amplios poderes al juez. Estos principios generales deberían interpretarse a la luz del derecho comunitario por el TJCE¹³⁶⁹.

¹³⁶⁶ GAMBARO nos transmite la idea de que es necesario ser precisos en el derecho de propiedad mediante lo que el denomina “esprit de géométrie”, fijando límites a la actuación de los particulares, pero aún más importante es la forma en la que la debe interpretarse, aplicar y entender esta legislación, ver “European aspects for...”, ob. Cit., pp. 86 a 88. Esta idea entronca con el ideal de ROSE de *crystal and muddy rules*. Las primeras definen y clarifican *ab initio* los derechos y obligaciones que derivan de una posible transacción. En contraposición, las *mud rules* provocan confusiones a las partes implicadas con el consiguiente uso ineficiente de recursos. La justificación de las *crystal rules* tiene su origen tanto en una eficiente transmisión de recursos (mayor claridad, menor consumo ineficiente por las partes), como desde la óptica de los costes de transacción (mayor claridad en las reglas, menores costes de transacción). Ver ROSE, Carol M., “Crystals and Mud in Property Law”, en *Stanford Law Review*, Vol. 40, Nº 3, Febrero 1988, pp. 590 y ss.

¹³⁶⁷ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 1.4.1; y epígrafe 1.3.

¹³⁶⁸ “The new Dutch Civil Code, while containing a comprehensive and detailed system of private law, nonetheless grants remarkably broad discretion to the courts, both to further develop the written law and to prevent its leading to an unjust result in given case. In this sense it is perhaps not straying too far from the mark to regard the new Dutch system of private law, more particularly the law of obligations, as situated somewhere in the middle continental legal systems and the common law”, ver HARTKAMP, A., “The Dutch Civil Code – A Mode to be Imitated”, en *ERA-Forum. Extra Issue. Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, 2002, p. 29.

¹³⁶⁹ Vid. *infra*. Epígrafe 1.6.

1.5. La armonización y unificación paulatina de los derechos reales

Una **unificación** debería ser dilatada en el tiempo permitiendo una adaptación de los derechos nacionales al nuevo Derecho comunitario. Por lo tanto, este nuevo derecho, que compaginaría principios generales con regulaciones más específicas en el ámbito de los derechos reales, debería coexistir en un primer momento con los derechos locales de cada Estado miembro. En este sentido, un complemento al reglamento sería la idea que subyace bajo el *model code*. BASEDOW propone una triple fase de unificación: una primera en la que se apruebe un conjunto de normas no vinculantes (aunque únicamente en sede de obligaciones); una segunda de adaptación de los Estados miembros, de los prácticos del derecho y de las universidades; y una tercera de adopción completa de la normativa europea¹³⁷⁰. Es la misma idea que defiende NASARRE AZNAR respecto a la posible introducción de una hipoteca común para Europa –la eurohipoteca¹³⁷¹- y COLLINS. Este autor también propone un conjunto de principios que se situarían a nivel supranacional dejando intactas las normas de cada Estado miembro. Pero la particularidad de estos principios es que se regularían a través de una directiva con un efecto indirecto: los tribunales de cada Estado miembro interpretarían las normas de su propio ordenamiento pero respetando los principios generales del Derecho comunitario. De esta manera, podría alcanzarse paulatinamente interpretaciones comunes respetando la forma que utiliza cada Estado para llegar a ellas (razonamiento inductivo o deductivo)¹³⁷². A través de la solución que propugna COLLINS podrían aproximarse las legislaciones nacionales preservando la identidad política de cada Estado, pero nunca se llegaría a alcanzar una unificación, al dejar intacta la normativa nacional. En nuestra opinión, su idea sería factible en nuestro caso siempre y cuando se adoptase como premisa un reglamento no aplicable directamente desde un principio. La idea sería parecida a la que subyace en el *soft law*. Los principios y normas de

¹³⁷⁰ BASEDOW, J., ob. Cit., pp. 48 y 49. El mismo autor repite la idea expuesta en cuanto a la posibilidad de un código europeo de contratos en "The European Union and the Harmonisation of Private Law", ob. Cit., pp. 54 y 55.

¹³⁷¹ NASARRE AZNAR, S., "The Eurohypothe: a Common...", ob. Cit., pp. 50 y 51.

¹³⁷² Ver COLLINS, H., ob. Cit., pp. 189 y ss. y pp. 208 y ss.

este reglamento se encontrarían en permanente discusión, con lo que podrían irse eliminando paulatinamente las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros¹³⁷³.

La entrada en vigor de este reglamento podría tener lugar una vez las legislaciones nacionales se hayan aproximado lo suficiente entre ellas, tanto desde un punto de vista normativo como jurisprudencial. Ésta podría ser una vía para una unificación escalonada de los derechos reales en el Derecho privado europeo, basada en una primera fase de armonización y una posterior de unificación. La base competencial se encontraría en el art. 288 TFUE¹³⁷⁴. Ello presupone la necesaria incidencia del reglamento en las libertades comunitarias como coadyuvantes del mercado interior, cuestión que en algunos derechos reales ya ha quedado constatada¹³⁷⁵. Esta paulatina integración, que podría durar años o décadas, permitiría a los Estados miembros acoger paulatinamente una identidad política europea, unos principios morales comunes y, sobretodo, una cultura jurídica común.

1.6. El papel del TJCE

En el esquema citado de COLLINS, los nacionales de cada Estado miembro podrían apelar a un tribunal superior si no están conformes con la resolución del tribunal nacional. Ello supondría la creación en un nuevo sistema judicial de corte federal¹³⁷⁶. Esta estructura parte de la base del mantenimiento de dos regulaciones (la europea y la nacional), y del debido respeto del juez nacional hacia el derecho comunitario que sirve de guía para la interpretación del derecho local. En nuestro caso partimos de la base de una unificación. Por

¹³⁷³ “If, on the other hand, codification is understood, as it is in the American experience, as the creation of a common vocabulary for further discussion, then a European codification may prove not only possible but fruitful. A codification of the American variety would emphasise the creative diversity that exists with the context of the European Union [...] Open-ended and flexible drafting would encourage colloquy among the national courts of the Member States [...] One might imagine drafting the European code a uniform act, which would be debated and enacted by the legislatures of each of the member states”, HYLAND, Richard, “The American experience: Restatements, the UCC, Uniform Laws, and Transnational Coordination”, en HARTKAMP, A., HESSELINK, M. y otros, ob. Cit., pp. 70 y 71.

¹³⁷⁴ “Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”.

¹³⁷⁵ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 1.4.1.

¹³⁷⁶ COLLINS, H., ob. Cit., p. 208.

este motivo, el **TJCE** debería erigirse como el único órgano judicial a la hora de dirimir conflictos, ya que se correría el riesgo de que cada Estado miembro interpretara de acuerdo a su propia cultura un determinado precepto¹³⁷⁷. El TJCE no sólo interpretaría el Derecho comunitario sino que también crearía derecho en determinadas ocasiones. Efectivamente, este modelo podría complementarse con la posibilidad de que las resoluciones emanadas por el TJCE constituyesen verdadero derecho como en el derecho angloamericano. De hecho, existen ejemplos que muestran que el TJCE ha creado derecho a escala comunitaria. Esta institución ha sido quien ha sentado las bases del principio de reconocimiento mutuo¹³⁷⁸, del principio de primacía, en virtud del cual el Derecho comunitario tiene preferencia sobre el derecho interno de los Estados miembros (STJCE de 9 de marzo de 1978¹³⁷⁹), del principio de efecto directo, en virtud del cual la normativa comunitaria crea derechos en favor de los particulares que pueden alegarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios (STJCE de 5 de febrero de 1963¹³⁸⁰), del principio de la responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le son imputables, que en virtud de la STJCE de 19 de noviembre de 1991¹³⁸¹ es inherente al sistema del Tratado, así como de otros principios, p. e. el de seguridad jurídica en el contrato¹³⁸². Además, pensemos que en una futura unificación del derecho de propiedad no existiría una interpretación propia del TJCE de estas normas. En otras palabras, la tarea jurisprudencial que tan arraigada se encuentra en los derechos nacionales no está tan desarrollada en el ámbito comunitario¹³⁸³. Por

¹³⁷⁷ Es el peligro que advierte COLLINS incluso con una unificación total de las normas a un nivel europeo, ob. Cit., p. 133.

¹³⁷⁸ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 2.3.

¹³⁷⁹ Asunto Simmenthal. Asunto 106/77.

¹³⁸⁰ Van Gend en Loos. Asunto nº 26-62.

¹³⁸¹ TJCE 1991\296. Caso Andrea Francovich y otros contra República Italiana.

¹³⁸² Ver ARROYO i AMAYUELAS, E., "Estudio preliminar...", ob. Cit., pp. 40 a 42.

¹³⁸³ "The Member States did not completely surrender their sovereignty as to private law matters. They work together in a Union and a Community aimed at creating a common (internal) market and establishing the four freedoms, though within the limits laid down in the European treaties. Private law, including case law, remains national law, unless it is vital for the creation of the common market and the establishment of the four freedoms that uniform European law exists. This is what the principles of subsidiarity and proportionality are all about and the case law of the ECJ makes this clear: European private case law is the exception, not the rule", ver VAN ERP, S., "European union case law as a source of European private law: A Comparison with American Federal Common Law", en *EJCL*, Vol. 5.4, Diciembre 2001, p. 43. Disponible en <http://www.ejcl.org/> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

lo tanto, sería deseable que la nueva normativa se adaptase lo más rápidamente posible a una nueva mentalidad e infinidad de posibles supuestos de hecho, pero creemos conveniente restringirla únicamente a ocasiones puntuales. Esta actividad del TJCE debería realizarse dentro de los siguientes estándares:

a) Las resoluciones del TJCE sólo crearían derecho en aquellos casos en los que la normativa de la propiedad no fuera en ningún caso suficiente para resolver el supuesto planteado o diera directamente al TJCE dicha posibilidad, p. e. en materia de creación de nuevos derechos reales (legislador positivo)¹³⁸⁴, o bien en aquéllos casos en los que a la luz del Derecho comunitario la norma aplicable exigiría un nuevo redactado (legislador negativo, p. e. a la luz de las libertades comunitarias)¹³⁸⁵. En el resto de casos en los que no existieran estas circunstancias, el TJCE se limitaría a interpretar la norma. Por lo tanto, la interpretación prevalecería sobre la creación del derecho.

b) La cuestión competencial de la UE afecta por igual al TJCE. Este órgano sólo podría resolver cuestiones relacionadas con la normativa europea, puesto que el resto quedaría en manos de los tribunales nacionales. Si entendemos que un derecho real no debería ser recogido en una futura regulación (p. e. los derechos de uso o habitación), nada tendría que decir al respecto el TJCE. De acuerdo con la doctrina¹³⁸⁶, existen 3 niveles a tener en cuenta en el mundo del derecho: a) un nivel superficial, formado por las previsiones legales y la jurisprudencia; b) un segundo nivel, compuesto por la cultura legal o jurídica, que incluye aquellos conceptos, principios y razonamientos jurídicos propios de cada ordenamiento; y c) un último nivel donde se ubica una estructura profunda del derecho, que es más estática y refleja cada período histórico. LÓPEZ RODRÍGUEZ entiende que promulgándose un código civil europeo se conseguiría el primer nivel, pero la diferente interpretación por los tribunales nacionales impediría alcanzar los restantes¹³⁸⁷. Es por este motivo que defendemos que el TJCE es quien

¹³⁸⁴ Vid. *supra*. Epígrafe 2.1.3.

¹³⁸⁵ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 1.3.1.

¹³⁸⁶ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Ana M., "Towards a European Civil Code Without a Common European Legal Culture? The Link Between Law, Language and Culture", en *Brooklyn Journal of International Law*, Volume 29, Issue 3, 2004, p. 1206.

¹³⁸⁷ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M., ob. Cit., p. 1207.

debería interpretar la nueva normativa europea y no los tribunales nacionales. Sólo de esta forma sería posible que la nueva regulación fuese interpretada de una forma europeísta y no de acuerdo con las particularidades de cada derecho nacional. No obstante, la conveniencia de una regulación uniforme de todo el derecho privado europeo vuelve a surgir con fuerza.

c) Que las funciones propias que tiene atribuidas en la actualidad el TJCE son insuficientes. El art. 267 TFUE prevé su competencia para resolver cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los Tratados o de los actos de la Comunidad. Este alcance debería ampliarse, así como la extensión de la rama judicial europea en todos los Estados miembros, tanto el tribunal de 1ª instancia, que actuaría como el órgano *a quo*, como el TJCE, que se debería poder acceder en apelación como órgano *ad quem*.

1.7. La terminología

Una vez tenemos un modelo de propiedad y cómo debería de llevarse a cabo, surge la problemática de la **terminología**. En la STJCE de 4 de octubre de 2001¹³⁸⁸ se discutía el concepto de base imponible del art. 5 de la Directiva 1977/388, de 17 mayo¹³⁸⁹, que pretendía establecer un sistema común del impuesto sobre el valor añadido. La entrega de bienes era un concepto gravado por esta Directiva, que consistía en la transmisión del poder de disposición de un bien corporal. Los Estados miembros podían considerar como bienes corporales a los derechos reales que confirieran a su titular un poder de utilización sobre bienes inmuebles (art. 5.3.b). Por su parte, el art. 13.B.b consideraba exento al arrendamiento y al alquiler de bienes inmuebles. La cuestión en discordia era saber si un Estado miembro podía considerar a un usufructo sobre un bien inmueble como un arrendamiento, a efectos de evitar la aplicación del impuesto. La Comisión alegaba que *“los conceptos de alquiler y de arrendamiento, por una parte, y de usufructo, por otra, presentan diferencias considerables en los sistemas de Derecho civil derivados del Derecho romano”* (explicando sus diferencias en el apartado 42, p. e. la naturaleza personal del

¹³⁸⁸ TJCE 2001\258. Caso Stichting «Goed Wonen» contra Staatssecretaris van Financiën.

¹³⁸⁹ Que ha sido derogada por la Directiva 2006/112, de 28 noviembre, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido [DOUE nº L 11 diciembre 2006, núm. 347, [pág. 1], que mantiene en el art. 135.1.l) la exención discutida *infra*.

primero y real del segundo), y que *“la definición comunitaria del arrendamiento y del alquiler debe basarse en las similitudes que existen entre los conceptos jurídicos correspondientes en vigor en el Derecho civil de los Estados miembros en los cuales el Derecho romano ha ejercido mayor influencia”*. El TJCE admite que la Directiva no define el arrendamiento o alquiler y tampoco remite a las legislaciones nacionales (apartado 44), con lo que establece unas bases comunes tanto para el arrendamiento como para el usufructo: *“confiere al interesado, por un plazo pactado y a cambio de una retribución, el derecho a usar un inmueble con las facultades atribuidas a su propietario y a impedir que cualquier otra persona disfrute de ese derecho”*¹³⁹⁰. El TJCE resuelve finalmente en base a criterios económicos: si es un medio que contribuye a la producción de bienes o de servicios y supone una explotación más activa de los bienes inmuebles, queda justificada una tributación adicional con independencia de la denominación que adopte el derecho (apartado 53). En definitiva, el TJCE rehúye utilizar el derecho civil para calificar cuándo nos encontramos ante un derecho real y acude a criterios meramente económicos para determinar cuándo nos encontramos ante un usufructo o ante un arrendamiento.

Esta sentencia esconde dos grandes problemas: a) la dificultad del TJCE para definir y diferenciar a ambos derechos, lo que es un reflejo de los problemas que surgen de la falta de armonización de los derechos reales en Europa; y b) los problemas terminológicos que existen actualmente en el Derecho privado europeo.

Efectivamente, una regulación europea se encuentra ante el problema de adoptar una determinada terminología, entendida como aquel *“conjunto de*

¹³⁹⁰ Con posterioridad el arrendamiento ha sido definido como “el derecho que el propietario cede al arrendatario, a cambio de una retribución y por un plazo pactado, a ocupar este inmueble y a impedir que cualquier otra persona disfrute de tal derecho (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Irlanda [TJCE 2000, 187], antes citada, apartados 52 a 57; «Goed Wonen», antes citada, apartado 55; de 9 de octubre de 2001 [TJCE 2001, 269], Mirror Group, C-409/98, Rec. p. I-7175, apartado 31; de 9 de octubre de 2001 [TJCE 2001, 270], Cantor Fitzgerald International, C-108/99, Rec. p. I-7257, apartado 21; Sinclair Collis [TJCE 2003, 171], antes citada, apartado 25; Temco Europe [TJCE 2004, 336], antes citada, apartado 19, y Fonden Marselisborg Lystbådehavn [TJCE 2005, 55], antes citada, apartado 30)”, ver STJCE de 6 de diciembre de 2007 [TJCE 2007\349]. Caso Gabriele Walterdorff contra Finanzamt Waldvierte, apartado 17.

*términos o vocablos propios de determinada profesión, ciencia o materia*¹³⁹¹.

El derecho y la lengua, como medios de expresión y entendimiento de cualquier ordenamiento jurídico, se encuentran íntimamente relacionados¹³⁹².

La UE considera como un derecho fundamental el debido respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística (art. 22 de la Carta de Derechos Fundamentales), y existe la necesidad de que las directivas y los reglamentos comunitarios se traduzcan a la lengua oficial propia de cada Estado miembro (27 en total), en virtud del principio de legalidad¹³⁹³.

Un claro ejemplo de armonización que utiliza la lengua inglesa es el DCFR. Las partes conocen el significado y alcance de cada término gracias a la existencia de un glosario. La plataforma EULIS¹³⁹⁴ también utiliza un listado de términos con la finalidad de que sus usuarios conozcan la naturaleza jurídica de los derechos reales que consultan, así como el grupo del *common core*, que incluye una serie de definiciones en los cuestionarios que envían a los representantes de cada Estado miembro participante¹³⁹⁵. La utilidad de esta clase de instrumentos es aceptada por la doctrina, junto con una explicación llana de los términos en base al destinatario. La idea es que “*the European*

¹³⁹¹ De acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua. Disponible en <http://www.rae.es/>.

¹³⁹² LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M., ob. Cit.: “Law and language are closely connected in that they usually are products of the same social, economic and cultural influences. In the same sense, cultural heritage is embedded in law, including the linguistic dimension. In this regard, some scholars have affirmed that as legal thinking cannot be easily separated from the language in which it is formed, any future codification of contract law in Europe must be multilingual. Only with a multilinguistic form of contract law will the linguistic and cultural differences within Europe be respected”, p. 1217.

¹³⁹³ Esta necesidad tiene su origen en el Reglamento nº 1 del Consejo, de 15 de abril de 1958, por el que se fija el régimen lingüístico de la Comunidad Económica Europea (DOCE 6 octubre 1958, núm. 17, [pág. 385]), modificado por el Reglamento (CE) nº 920/2005 del Consejo, de 13 de junio de 2005. Este Reglamento establece que los Reglamentos y demás textos de alcance general se redactarán en las lenguas oficiales y que el DOUE de la UE se redacte también en estas lenguas. Junto con el principio de legalidad existe también el principio de protección, ver en este sentido, FENET TÍTOL, Alain, “Diversité linguistique et construction européenne Font”, en *Revue de Droit Européen*, Núm. 2, 2001, pp. 235 y ss.

¹³⁹⁴ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado I, epígrafe 5.2.4.1.

¹³⁹⁵ El cuestionario sobre garantías inmobiliarias, disponible en <http://www.common-core.org/> (consultado el día 1 de mayo de 2010), utiliza por ejemplo la siguiente terminología: “The following terminology should be used throughout: “Security right” or “security” indicates the right (e.g. mortgage/hypothec) held over the immovable asset. “Immovable asset” or “immovable property” or “land” indicates the interest in land (e.g. freehold/lease) over which the security right is held. “The Holder” indicates the holder of the security right/security. “The Owner” indicates the owner of the immovable asset/immovable property/land over which the security right is held. “The Loan” indicates the contract of indebtedness which is secured by the “security right””, p. 2.

*legislator is enacting law for European citizens and not especially for lawyers*¹³⁹⁶. Otra posibilidad podría ser adaptar a los ciudadanos y administraciones alrededor de Europa a las lenguas que *de facto* dominan las instituciones europeas actuales (salvo en el Parlamento europeo), como son el francés, el inglés y el alemán. Este hecho implicaría también una preparación en las universidades para que los abogados pudieran comprender la nueva normativa¹³⁹⁷.

En nuestra opinión, la posibilidad de utilizar una *lingua franca* como el inglés tiene sentido si lo que se pretende es crear *soft law*, es decir, un instrumento optativo para los Estados miembros. No obstante, una regulación unitaria y obligatoria del derecho en toda Europa exigiría su conocimiento exacto por cada persona física o jurídica, lo que sólo podría alcanzarse con su debida traducción a la lengua oficial de cada Estado miembro. Además, tenemos más circunstancias a tener en cuenta: a) tal y como resalta VAN ERP, las iniciativas de alcanzar un código civil europeo utilizando la lengua inglesa son contradictorias con la política contenida en la Carta y en otras actuaciones, p. e. el *European Day of Languages* y la Base de Datos *Eurodicautom*¹³⁹⁸; b) el inglés utilizado no es el tradicional sino el neutral, es decir, que entre ambos pueden haber diferencias, lo que rompe la relación entre cultura y derecho¹³⁹⁹; y c) utilizar una lengua de referencia no es congruente, hoy por hoy, ni con las directrices de la UE ni con el grado de conocimiento de idiomas de sus ciudadanos¹⁴⁰⁰. Así, el eurobarómetro *Europeans and their Languages*

¹³⁹⁶ HEUTGER, Viola, "Law and Language in the European Union", en *Global Jurist Topics*: Vol. 3, Iss. 1, Article 3, 2003, pp. 4 a 6. Disponible en: <http://www.bepress.com/gj/topics/vol3/iss1/art3> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

¹³⁹⁷ LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M., ob. Cit., pp. 1216 a 1218 y 1219; y FENET TÍTOL, A., ob. Cit., p. 264. Este autor apunta que en el año 1998 la lengua inglesa era la utilizada en los documentos originales de la Comisión Europea en un 48% y en el Consejo Europeo en un 50%.

¹³⁹⁸ VAN ERP, S., "Linguistic Diversity and a European Legal Discourse", en *EJCL*, Vol. 7.3, 2003, Editorial. Disponible en <http://www.ejcl.org/>. La finalidad del *European day of Languages* es "Promoting the rich linguistic and cultural diversity of Europe, which must be preserved and fostere", ver <http://www.ecml.at/>. La Base de Datos está disponible en <http://europa.eu.int/eurodicautom/Controller> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

¹³⁹⁹ VITTORIA ONUFRIO, Maria, "Harmonisation of European contract law and legal translation: a role for comparative lawyers", en *Indret*, 2/2004, p. 9. Disponible en <http://www.indret.com/es/> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

¹⁴⁰⁰ Ello podría destruir la diversidad europea y suponer un retroceso. En palabras de FENET TÍTOL, A., ob. Cit.: "«La vraie unité de l'Europe est (le) polyglottisme», alors l'Europe unilingue est la fin de l'Europe", p. 268. Este autor está en contra de una adoptar una lengua común.

elaborado por la Comisión Europea¹⁴⁰¹ refleja que el 44% de los ciudadanos de la UE es incapaz de comunicarse con otra persona en un idioma que no sea su lengua materna, lo que constata el hecho de que cualquier instrumento europeo debería ser traducido en todos los idiomas oficiales. Sentado este hecho, la lengua de elaboración tiene que ser lo más completa y precisa posible aunque las leyes tengan como destinatarios a todos los ciudadanos. Sin lugar a dudas, una de las lenguas que podrían ofrecer la mayor seguridad jurídica es el alemán, con lo que una unificación podría partir de un **texto auténtico** en esta lengua y posteriormente traducirse al resto de lenguas oficiales. En caso de conflicto en torno a la interpretación de un término, siempre debería prevalecer aquél.

Una última cuestión relacionada con la frase citada de HEUTGER (“*the European legislator is enacting law for European citizens and not especially for lawyers*”) es el estilo que debería tener la nueva legislación europea. LANDO¹⁴⁰² muestra que existen diferencias en la técnica legislativa en los diferentes Estados miembros. Así, el legislador inglés tiende en los *statutes* a definir las normas con mucho detalle, ya que algunas de ellas se crean para corregir una determinada interpretación por los tribunales y necesitan por este motivo redactarse de forma exhaustiva. Por su parte, el legislador alemán intenta utilizar un lenguaje muy preciso, pero el BGB tiene como inconveniente una estructura complicada (p. e. al separar la parte general de la especial); y el *Code* tiene conceptos que han quedado obsoletos con el tiempo y han debido ser reinterpretados. En cuanto al ámbito internacional, la CISG utiliza un lenguaje sencillo, con unos principios con caracteres amplios y fácilmente entendibles. LANDO recomienda finalmente seguir el estilo de normas de este Convenio¹⁴⁰³. En nuestra opinión, la precisión de las normas jurídicas es necesaria para su correcta aplicación, con independencia de si su lenguaje es

¹⁴⁰¹ Febrero 2006, p. 63. Disponible en http://ec.europa.eu/education/index_en.htm (consultado el día 1 de mayo de 2010).

¹⁴⁰² LANDO, O., “On Legislative Style and Structure”, en *ERPL*, N° 4, 2006, pp. 475 y ss.

¹⁴⁰³ “Admittedly, drafting laws for domestic use is not the same as drafting uniform rules. Those who draft for domestic use do not have to resort to a language for which there are words of common contents in the various languages. This, however, does not mean that the draftsmen should draft rules which the citizens cannot understand. It is, therefore, submitted that the CISG style as described by Honnold and advocated by Huber should be in the mind of anyone who drafts laws”, ver LANDO, “On Legislative Style...”, ob. Cit., p. 485.

poco entendible para el conjunto de los ciudadanos, ya que las normas deberán ser interpretadas por los organismos encargadas de aplicarlas (jueces, abogados, etc.).

1.8. La eficiencia de los derechos reales en general

En las líneas precedentes hemos tratado la eficiencia del modelo propuesto en sus respectivos apartados. Ahora nos centraremos propiamente en la eficiencia que debería tener cualquier derecho real a nivel europeo. Para responder a esta cuestión tomaremos como base el informe “*Mortgages in transition economies*” (enero de 2008), elaborado por el *European Bank for Reconstruction and Development* (en adelante, EBRD)¹⁴⁰⁴. La finalidad del informe es servir de guía para que aquellos países en vías de desarrollo puedan conseguir un mercado hipotecario eficiente económica y jurídicamente.

El EBRD se centra básicamente en las características del derecho real de hipoteca desde diferentes ópticas, aunque podemos adaptar sus premisas *mutatis mutandi* a cualquier derecho real¹⁴⁰⁵. Indudablemente, la eficiencia del derecho real vendrá en ocasiones determinada por la eficiencia del modelo, con lo que será necesario recordar algunas referencias ya expuestas. El informe toma como punto de partida dos aspectos fundamentales: la función jurídica básica de la institución y la maximización del beneficio económico.

El primero tiende a respetar el contenido básico del derecho real¹⁴⁰⁶. Así, un derecho real de prenda debería permitir garantizar un crédito otorgando al acreedor el poder ejecutar el bien con preferencia si resulta impagado; un derecho real de usufructo el uso, goce y frutos de una cosa; y una servidumbre el poder sobre el predio vecino. Los criterios que permiten identificar a los derechos reales en la UE se han puesto de relieve en el presente trabajo, y pueden servir de guía al legislador europeo para que lleve a cabo una

¹⁴⁰⁴ Disponible en <http://www.ebrd.com> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

¹⁴⁰⁵ Respecto a la eurohipoteca, vid. *infra*. Capítulo 4º, apartado I, epígrafe 4.

¹⁴⁰⁶ En este sentido, el Informe EBRD define así las función básica de la hipoteca: “mortgage law is to allow the creation of a proprietary security right over real property in favour of a creditor which, in the case of non-payment of a debt, entitles him to have the property realised and the proceeds applied towards satisfying his claim before those of other creditors. If a mortgage law only gives the creditor a personal right but no right in the property, or if there is no right to enforcement or no priority over other creditors, the law fails to achieve its basic legal function”, p. 11.

regulación europea que respete el espíritu y finalidad de estos derechos¹⁴⁰⁷. Además, el acreedor garantizado con un derecho real de garantía debería tener la posibilidad de ejecutar el derecho sobre el bien gravado con preferencia a otros posibles derechos, requisitos que a través de los principios *prior in tempore potior in iure*, oponibilidad y reipersecutoriedad quedan sobradamente cumplidos. La reipersecutoriedad es la principal cualidad del derecho real que permite a su titular perseguir la cosa allá donde esté, y es el principal criterio de distinción respecto a los derechos personales.

La segunda variable consta de una serie de requisitos propios¹⁴⁰⁸:

a) La simplicidad, que significa la adaptación del derecho a las necesidades del mercado. El EBRD escoge como criterios la simplicidad en la constitución y en la ejecución del derecho real.

En cuanto a la propiedad inmueble, la constitución de un derecho real a través de un portal web es más eficiente que acudir frente a un notario. El problema de nuevo es si debe existir una persona que cumpla un rol similar. Pensemos que el notario cumple una importante función en el Derecho español, y que sería recomendable la existencia de un control preventivo a nivel europeo que garantizara p. e. la identidad de las partes, aunque los problemas de autenticación se resuelven gracias a la firma electrónica introducida por la Directiva 1999/93, de 13 diciembre¹⁴⁰⁹, que ha sido regulada por los Estados miembros aunque se encuentra en un proceso lento de adaptación por los particulares y empresas. La Comisión apoya decididamente la firma electrónica, con lo que los Estados miembros podrían adaptarse paulatinamente a este nuevo régimen¹⁴¹⁰. La intervención del notario, registrador o práctico del derecho sería *ex ante* del registro del derecho. En cuanto a los bienes muebles, la transmisión de la posesión podría verse sustituida por el mantenimiento por el deudor en algunos casos, p. e. en las garantías reales.

La ejecución, así como la defensa del derecho frente a terceros, debería

¹⁴⁰⁷ Vid. *supra*. Epígrafe 3.3.

¹⁴⁰⁸ Informe EBRD, pp. 11 y 12.

¹⁴⁰⁹ DOCE nº L 19 enero 2000, núm. 13, [pág. 12].

¹⁴¹⁰ Ver el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo - Informe sobre la aplicación de la Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica. COM/2006/0120 final.

ser lo más ágil posible, aunque este terreno queda en manos de la rapidez del auxilio judicial.

b) La celeridad, en el sentido más amplio (generalmente, a menor tiempo mayor eficiencia). Este concepto incluiría por ejemplo el registro del derecho real o la entrega o no de la posesión y la ejecución. La adopción de un registro telemático en base al proyecto EULIS permitiría un sistema rápido, eficaz y de fácil acceso e intercambio de la propiedad inmueble.

c) Los costes, basados en el retraso, complejidad o inseguridad del derecho. Este requisito engloba no sólo la forma en la que se lleva a cabo la transmisión del dominio sino los costes fiscales que conlleva. La armonización de las vías de transmisión debería conllevar un régimen fiscal beneficioso y común en el mercado interior.

d) La seguridad, como la transparencia de la información a terceros. El Registro de la Propiedad en los bienes inmuebles y un Registro de garantías podrían otorgar una información suficiente, siempre y cuando se proteja esta información frente a terceros. La posesión es el mecanismo óptimo de publicidad en los bienes muebles. Además, los derechos reales estarían protegidos de interferencias externas así como los terceros de buena fe.

e) Por último, su adaptación económica social y jurídica en el contexto en el que opera (*fit-to-context*) y su respuesta a las nuevas necesidades o el adecuado balance con otras ramas, como la de consumo. Aquí se hace referencia a la no petrificación del derecho que podría conllevar una armonización europea. La regulación de unos derechos reales típicos debería abarcar tanto su uso particular como empresarial, y el TJCE debería aceptar la creación de nuevos derechos reales que podrían aparecer en este ámbito para dar respuesta a las necesidades sociales de estos dos colectivos.

2. El respeto al principio de proporcionalidad

A través de una armonización a corto plazo y una unificación a largo plazo es posible en el ámbito de los derechos reales que la UE respete el principio de proporcionalidad, y consiga por esta vía mantener las identidades políticas de los estados miembros, sus valores morales y sus identidades culturales.

V. Conclusiones

I. La armonización de los derechos reales en la UE debería tener su base en dos pilares: a) los criterios de identificación y reconocimiento de la propiedad y de los derechos reales (en base a su *common core*); y b) los principios que caracterizan el sistema de propiedad tal y como los enuncia VAN ERP, que se aplicarán sobre estos derechos reales.

II. La característica esencial de cualquier derecho real, que permite distinguirlo con mayor claridad de los derechos personales, es su reipersecutoriedad, la cual posibilita a su titular perseguir el bien con independencia de quien sea su titular. Por lo tanto, el elemento diferencial no es ni la oponibilidad ni la publicidad del derecho real. En el primer caso, los derechos personales también pueden ser oponibles a terceras personas porque el contrato tiene en ocasiones una eficacia mediata, que les impide realizar actos que interfieran en el derecho creado. El contrato a favor de terceros también es una excepción al principio de relatividad del contrato, que está presente en todos los ordenamientos que han sido objeto de estudio (p. e. el español, el alemán y el inglés). En el segundo caso, la publicidad de los derechos personales también puede tener lugar a través del Registro de la Propiedad en diversos ordenamientos (como sucede en España con los arrendamientos), lo que provoca la adquisición por parte de estos derechos de eficacia o efectos reales y una discusión en torno a la clásica distinción entre los derechos personales y reales tanto en España como en Italia, por la especial protección que reciben sus titulares.

III. La reipersecutoriedad del derecho real permite perseguir al objeto sobre el cual recae, con lo que éste constituye otro elemento inseparable del derecho real, que puede recaer sobre bienes inmuebles, muebles o, en su caso, derechos. El análisis de la relación de la persona con la cosa en el Derecho inglés y en los sistemas de derecho civil nos permite observar diferencias importantes en relación con la propiedad inmueble, aunque desde un punto de vista económico el derecho de propiedad es el equivalente económico del *freehold*. Así, en el Derecho inglés aún rige un sistema feudal que ha permitido históricamente la fragmentación de la propiedad, mientras que en los sistemas de derecho civil el concepto de propiedad es absoluto desde la revolución

francesa. Sin embargo, en ambos sistemas se admiten excepciones a estas reglas generales: a) por un lado, el Derecho inglés ha evolucionado con la LRA de 2002 hacia un concepto de propiedad absoluta. El Registro de la Propiedad ha sustituido a la posesión como fuente de título, ha reducido las posibilidades de fragmentar la propiedad (que tendrá lugar en equidad p. e. a través del *trust*) y ha provocado que aquellos derechos legales o en equidad que no constan en el Registro de la Propiedad no vinculen al tercer adquirente (salvo p. e. los *overriding interests*). La propiedad feudal de la Corona persiste pero va perdiendo fuerza con el paso del tiempo (p. e. los *freeholders* ya no tienen ninguna obligación de tipo feudal con la Corona); b) por otro, los sistemas de derecho civil prevén instituciones fiduciarias o parafiduciarias así como la posibilidad de desdoblar la propiedad a través del censo enfiteúutico.

Lo anterior lleva a concluir que es posible adoptar un sistema unititular en el que sólo sea posible, en un principio, la existencia de un solo título de propiedad sobre un bien, situación que en los bienes muebles puede identificarse con mayor claridad ya que no es posible dividir la propiedad. Esta estructura adopta la sencillez del concepto de propiedad civilista, que podría complementarse con la flexibilidad del *trust*. De esta forma, tanto el derecho angloamericano como los sistemas de derecho civil tendrían que realizar sacrificios, pero se alcanzaría un grado óptimo de convergencia entre ambas.

IV. El *trust* debería adoptar una estructura que permitiera atender a las necesidades financieras del mercado, p. e. operaciones sindicadas, fondos de titulización o fondos de pensiones, ya que éstas son tanto por volumen de negocio como por número de personas que intervienen las principales operaciones articuladas a través de un *trust* en Inglaterra. La estructura que sería más flexible es aquella en la cual nadie es titular del patrimonio fiduciario. Los modelos que más se ajustarían a este esquema son: a) aquel en el cual existe un patrimonio de afectación, presente en Québec y en el Anteproyecto catalán de regulación de los patrimonios fiduciarios; y b) aquel en el cual el patrimonio está en cierto modo personificado, respondiendo él mismo de las obligaciones contraídas con terceros. Las estructuras fiduciarias basadas en la fiducia romana pura (seguida por el Derecho español durante la primera mitad del siglo XX) o corregida (seguida por Francia o el DCFR) no son eficientes a la

hora de realizar negocios con el patrimonio fiduciario en el ámbito financiero. Con independencia del modelo que finalmente se escoja, el patrimonio ha de estar blindado de las acciones de los acreedor del fiduciario o fiduciante (no de los acreedores del propio fondo), aunque lo cierto es que el último modelo permitiría superar el obstáculo del principio de responsabilidad personal universal al estar el patrimonio personificado.

El *trust* sería la única manifestación de la equidad en una armonización europea. Los derechos y acciones que la equidad concede a los particulares han quedado muy disminuidos en el ámbito de la propiedad inmueble, aunque mayores excepciones serían necesarias en el ámbito de los derechos reales sobre bienes muebles.

V. La adopción de un sistema unititular conllevaría que el derecho primario sería el de propiedad, mientras que el resto de derechos reales tendrían su origen en él. Los derechos reales en la UE se pueden identificar en base a los siguientes criterios:

a) El derecho de propiedad tiene un contenido en los Estados miembros muy similar al previsto en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Las facultades de uso, disfrute y gravamen son inherentes a este derecho tanto en el derecho angloamericano como en los sistemas de derecho civil. La exclusividad del derecho de propiedad tiene su origen en su consideración como un recurso limitado, que está sujeto a las limitaciones legales de cada Estado miembro y se protege frente a la actuación expropiatoria de la administración. Además, la propiedad no es un derecho absoluto, ya que pueden existir limitaciones atendiendo a su función social (el CCC es uno de los que mejor refleja en su articulado esta función). La posesión es una situación de hecho que está construida dogmáticamente de forma distinta en el BGB y en los países de su influencia, que sólo requieren un contacto físico (*corpus*), y en los sistemas de influencia del *Code*, que requieren, además, de un *animus*. Pero estas diferencias son menores en la práctica: a) por un lado, quien está en contacto con la cosa, sea un poseedor o un detentador, tiene a su disposición acciones para proteger su estado; y b) por otro, para usucapir es necesario un determinado *animus*. Si partimos de la base de una posesión única y de la presunción de buena fe del poseedor, podrían resolverse los

conflictos entre poseedores en base a títulos posesorios (alegando un mejor derecho a poseer), sin perjuicio de la especial protección del propietario a través de la acción reivindicatoria.

b) El resto de derechos reales en cosa ajena sobre bienes inmuebles (junto con la propiedad horizontal) se pueden identificar a tenor de los siguientes criterios:

- La propiedad horizontal consiste en la existencia de unos elementos privativos y unos elementos comunes, así como de una serie de obligaciones y derechos que recaen sobre todos los propietarios.

- Las vertientes real y personal del *leasehold* angloamericano se asimilan al censo enfiteútico y al arrendamiento personal en los sistemas de derecho civil. La opción más interesante sería regular el censo enfiteútico con finalidades de vivienda, permitiendo a su propietario tanto vivir de forma prolongada en ella como tener a su disposición un derecho real que podría usar como fuente de financiación (p. e. a través de la constitución de una eurohipoteca)¹⁴¹¹.

- La servidumbre es una relación que se establece entre un predio sirviente y uno dominante, el primero al servicio de aquel.

- El usufructo es el derecho a gozar de una cosa ajena, que debería conllevar la posesión del usufructuario (en caso contrario, podría asimilarse a una servidumbre personal).

- A través del derecho de opción se concede la posibilidad de comprar un bien en el futuro de acuerdo a la cantidad establecida en el momento de su constitución.

- Los derechos de adquisición preferente otorgan el derecho a adquirir preferentemente sobre un tercero un bien determinado.

- La hipoteca inmobiliaria es un derecho real de garantía, que podría ser un derecho real en cosa ajena sin que el hipotecante pierda la propiedad del bien hipotecado, prescindiendo de las ficciones que existen actualmente en el Derecho inglés.

- Los *restrictive covenants* se asimilan a las servidumbres y a los derechos reales de aprovechamiento parcial cuando recaen sobre bienes

¹⁴¹¹ Vid. *infra*. Capítulo 4º, apartado I, epígrafe 5.1.

inmuebles.

Los criterios que permiten identificar a los derechos reales son la base para una armonización de los derechos reales en la UE.

c) En cuanto a los bienes muebles, es significativo que en el Derecho inglés sólo podamos hablar propiamente de derechos reales cuando persiguen funciones de garantía, como sucede con la prenda y el derecho de retención. Así tenemos:

- La esencia de la prenda es que el acreedor adquiere la posesión del bien pignorado en garantía de una determinada obligación, cuyo incumplimiento permite al acreedor pignoraticio proceder a la venta del bien, p. e. en subasta pública.

- En cuanto al derecho de retención, el elemento común es su origen: nace cuando una de las partes ha llevado a cabo una determinada actuación sobre un bien (p. e. ha procedido a su reparación), pero lo que varía es su naturaleza jurídica, real en algunos ordenamientos (Derecho catalán) y personal en otros (Derechos alemán, inglés y español).

- La hipoteca sobre bienes muebles cumple una función de garantía pero se estructura de forma dispar. En el Derecho inglés es necesaria la transmisión de la propiedad reteniendo el transmitente un derecho en equidad, la *equity of redemption*. En los sistemas de derecho civil algunos admiten la hipoteca mobiliaria sobre determinados bienes (CC), y otros las excluyen o no los contemplan expresamente (BGB y CCC).

d) Por último, es necesario resaltar que junto con la propiedad y los derechos reales en cosa ajena existen otro tipo de derechos, que son aquellos que permiten que el propietario y el titular de un derecho real en cosa ajena sean la misma persona. Por lo tanto, nos encontramos realmente ante derechos reales en cosa propia (p. e. la servidumbre en el Derecho catalán), que posibilitan a sus titulares negociar con estos derechos sin que sea necesaria la intervención de un tercero en su constitución.

VI. Los derechos reales se incluirían en un sistema de propiedad europeo y se les aplicaría los principios esenciales que integrarían este sistema (que otorgan al derecho real su cognoscibilidad y predicibilidad), que son:

a) El de *numerus clausus* o *numerus apertus*. La necesidad de evitar el

work flow o costes innecesarios de averiguación de los diversos derechos reales se configura como la piedra angular en un proceso de armonización europeo. Un sistema *numerus quasi-clausus*, en conjunción con una inscripción constitutiva de los derechos reales en el Registro de la Propiedad, ofrecería una clasificación casi cerrada de derechos reales pero no restringiría la evolución del derecho, que tendría lugar a través del TJCE. Por lo tanto, se acoge una de las mayores ventajas del derecho angloamericano. De esta manera, se evitaría la petrificación del Derecho privado europeo y la influencia recíproca de las tradiciones jurídicas del derecho angloamericano y de los sistemas de derecho civil. Esta idea de flexibilización debe orientar una futura unificación, evitando una excesiva rigidez. Sólo de esta manera podría evitarse su creación indiscriminada y sujeta a unos estándares, tanto subjetivos como objetivos. No obstante, es recomendable que la armonización vaya acompañada de la consolidación de la plataforma EULIS a nivel europeo o, incluso, de un eurorregistro. Aunque un derecho real goce de las mismas características en toda la UE, sin un Registro de la Propiedad europeo no se eliminarían completamente los costes de información en busca de otros gravámenes que puedan recaer sobre la propiedad inmueble. En cuanto a los bienes muebles, la mejor solución sería adoptar un *numerus clausus* (con la posibilidad de excepcionarse en los derechos reales de garantía).

b) El de especialidad, que únicamente debería excepcionarse en los derechos reales de garantía sobre bienes muebles. Un claro ejemplo es el de la *floating charge* inglesa, que también está presente en su forma pura en otros ordenamientos, como Escocia. En los sistemas de derecho civil existen figuras próximas a la *floating charge*, como la garantía sobre fondos de comercio en Francia, pero es necesario que los bienes estén identificados. Esta garantía es útil cuando las restantes previstas en una legislación no permiten a una persona obtener el desembolso de un préstamo. En el resto de derechos reales ya se exige por los diversos ordenamientos un bien sobre el cual recaiga el derecho, incluso en los de garantía (p. e. la prenda sobre bienes muebles en el Derecho alemán). Este requisito es necesario para que los terceros puedan reconocer el objeto del derecho real (reconoscibilidad de los derechos reales).

c) El de publicidad, que en materia de bienes inmuebles debería llevarse

a cabo a través de un eurorregistro. Este Registro de la Propiedad europeo clarificaría las operaciones transfronterizas sobre bienes inmuebles y debería registrar derechos y no documentos, en la línea de las reglas comunes para un Registro de la Propiedad europeo elaboradas por la doctrina. Hasta llegar a este Registro, sería conveniente en un primer momento que fuera posible el acceso electrónico a todos los Registros de la UE, que podría llevarse a cabo a través de la plataforma EULIS. En un segundo estadio, el Registro (información jurídica) y el Catastro (información física) deberían coordinarse, y un ulterior paso podría ser la adopción de un eurorregistro sujeto a unas reglas comunes a nivel europeo. A este Registro accederían los derechos reales identificados anteriormente de forma constitutiva como sucede actualmente en el Derecho inglés.

En los bienes muebles la publicidad ha sido tradicionalmente la transmisión de la posesión, aunque en el ámbito de las garantías ya existe la posibilidad de constituir las sin una transmisión posesoria, lo que es eficiente ya que permite al deudor continuar con su actividad empresarial. La falta de publicidad de estas garantías podría suplirse a través de un Registro de folio personal (que también defiende el DCFR).

Así, la posesión y el Registro se configuran como los mecanismos de publicidad más importantes de los derechos reales.

VII. Los derechos reales se incluirían en un sistema de propiedad europeo y se les aplicarían los otros principios que integrarían este sistema, que son:

a) El de separación de los derechos reales del derecho contractual, que debería adoptarse como punto de partida ya que el sistema propuesto se basa en un sistema unititular en el cual la propiedad es un derecho absoluto, lo que significa la existencia de un derecho de cosas construido en base a este derecho. Además, se toma como punto de partida un sistema *numerus clausus* (con una versión más laxa en los bienes inmuebles), lo que significa la ausencia de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los derechos reales (que si existiría en el ámbito del derecho contractual). Esta separación puede verse mitigada concediendo a los derechos personales, cuando proceda, efectos reales (p. e. a través de su inscripción en el Registro de la Propiedad). La facultad de la que no gozaría este derecho personal sería la

reipersecutoriedad, que es exclusiva y connatural a todo derecho real.

b) El de prioridad de los derechos reales, característica inherente a todo derecho real y que otorga la seguridad a su titular de que podrá disfrutarlo con preferencia a otros derechos posteriores, con excepción de aquellos derechos que el legislador considere que deben tener prioridad sin necesidad de acceder al Registro de la Propiedad (p. e. los *overriding interests*).

c) El de defensa y transmisibilidad de los derechos reales. La reivindicabilidad de la cosa y su alienabilidad son características que otorgan eficiencia a los derechos reales desde el punto de vista del análisis económico del derecho. La defensa del derecho de propiedad y de la posesión tendría lugar a través de la acción reivindicatoria o de las acciones posesorias, aunque también debería incluirse a la *actio negatoria* para el propietario o titulares de derechos reales que comporten posesión (así como la *protection order* para los poseedores), como el usufructo o la servidumbre, que están presentes en los sistemas de derecho civil, en el DCFR y ha sido citada (con un alcance amplio) por el TPICE. En cuanto a los bienes muebles, en una armonización europea es más beneficioso concederle al propietario la posibilidad de reivindicar la cosa que verse abocado a su pérdida irreversible.

d) El de no poder transmitir más de lo que uno tiene (*nemo dat quod non habet*). Los Derechos inglés, español, catalán y alemán ofrecen una solución similar a la adquisición de un tercero de un no propietario: el adquirente queda protegido en su adquisición. La diferencia radica en la forma de llegar a este resultado: en el primero el Registro se presume exacto y veraz el título inscrito, con independencia de si su exactitud es conocida o por un tercero, mientras que en los restantes existe la protección del tercer adquirente de buena fe (en la que si se entra a valorar el aspecto subjetivo del adquirente). Sin embargo, el título del tercero está sujeto en ambos casos a determinadas excepciones. A nivel europeo el tercer adquirente (de buena fe) debería gozar de protección en la gran mayoría de los casos, con excepción p. e. de los casos de fraude.

VIII. El derecho angloamericano y los sistemas de derecho civil comparten vías de adquisición y pérdida de los derechos reales.

La adquisición derivativa es posible a través de la donación, por sucesión *mortis causa* (aquí se presentan diferencias en torno a la donación

mortis causa y en la manera de ordenar la sucesión) o por vía contractual, como la compraventa. La principal diferencia radica en los sistemas de transmisión de la propiedad. Así, en los bienes inmuebles el sistema inglés exige la inscripción de la transmisión en el Registro de la propiedad. Este sistema difiere de la teoría del título y del modo del CC y del CCC, del sistema alemán que exige un acuerdo real y la inscripción en el Registro, y del sistema consensual francés e italiano. En cuanto a los bienes muebles, el sistema inglés es consensual, como el francés; en Alemania es necesaria la tradición de la cosa (así como el acuerdo real); y en los Derechos español y catalán es necesario tanto un título como un modo (tradición). El sistema inglés del *e-conveyancing*, en combinación con la plataforma EULIS, base para un futuro eurregistro, otorgaría eficiencia y seguridad jurídica a las transacciones inmobiliarias transfronterizas gracias a la inscripción constitutiva de los derechos reales sobre bienes inmuebles. Ello podría en un primer momento ser una vía para todos los sistemas en cuanto a la propiedad inmueble. En cuanto a los muebles, el sistema consensual implica que la firma del contrato sólo produce unos efectos limitados *inter-partes*, que no tendrán plena efectividad hasta que se entregue la cosa. De esta manera, el vendedor/transmitente podría volver a transmitir el bien a un tercero de buena fe. Un sistema con *traditio* otorgaría una mayor publicidad a la transmisión posesoria, con las debidas excepciones en las garantías mobiliarias.

Además, mientras que el sistema de transmisión de la propiedad es causalista en el CC, CCC y DCFR, en el Derecho alemán es abstracto. Sería preferible un sistema causalista porque el sistema abstracto permite al tercer subadquirente de mala fe adquirir la propiedad (corregida después mediante enriquecimiento injusto), lo que supone una protección demasiado grande para el tercer adquirente y para el comercio en general.

La adquisición originaria tiene lugar a nivel europeo por ocupación, es decir, cuando una persona es la primera en ser titular de un derecho sobre una cosa, con algunas diferencias en el tratamiento del tesoro descubierto; por usucapición, es decir, por la posesión pública y notoria de una bien por un período de tiempo. La diferencia entre el derecho angloamericano y los sistemas de derecho civil es que en estos últimos la usucapición tiene lugar de

forma automática llegado el período previsto (que es diferente según cada ordenamiento), mientras que en el primero es el propietario quien tiene que iniciar un proceso para la adquisición de la propiedad inmueble; y, cuando se den las circunstancias específicas, por adquisición de buena fe (extinguiéndose en consecuencia el derecho del transmitente).

Por el contrario, el *estoppel* no tiene un derecho semejante en los sistemas de derecho civil más allá de la doctrina de los actos propios, y se presenta junto con la diversidad de regímenes de transmisión de la propiedad como un obstáculo en una armonización europea. El resto de sistemas de adquisición presentan suficientes bases comunes para ser armonizados.

IX. Los casos de pérdida de los derechos reales en el Derecho inglés y que tienen su equivalencia en los sistemas civilistas son la destrucción o pérdida de la cosa, cuando un tercero adquiere un derecho real de un propietario no posesorio, la *specificatio* o la accesión.

X. El modelo propuesto mantiene intactos a corto plazo los valores políticos, sociales y culturales de los Estados miembros, hasta que a largo plazo llegue el momento de dar el paso hacia unos valores políticos, sociales y culturales de carácter europeo. El medio óptimo para unificar el Derecho privado europeo sería un reglamento con una regulación lo más omnicompreensiva posible dentro de la competencia de la UE, y con unos principios generales que inspiren al TJCE en la interpretación de las normas a la luz del Derecho comunitario y no de la normativa nacional. De esta manera, obtendríamos una estructura en la que parte del derecho de propiedad se encontraría uniformemente regulado a nivel europeo, mientras que el resto quedaría en manos de las legislaciones nacionales. Los costes de información y transacción quedarían solucionados. Es cierto que quedarían aspectos sin regular, pero podríamos argumentar que si no han pasado el filtro de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad no redundarían en beneficio de las libertades comunitarias y, por ende, que el beneficio que aportarían al conjunto de la UE no sería suficiente para compensar su supresión en cada Estado miembro por una regulación común.

El principio de proporcionalidad encierra una profunda discusión en torno a los efectos de una unificación o armonización global del derecho privado o

sectorial del derecho de propiedad sobre los valores culturales presentes en cada Estado miembro. Este principio podría respetarse a través de un largo camino hacia una unificación, que debería involucrar a todos los juristas europeos, sean académicos o prácticos del derecho, y con la posibilidad de que la lengua alemana fuera la lengua de referencia de un conjunto de normas precisas y claras (texto auténtico) para resolver los posibles conflictos que pudieran plantearse.

XI. La adopción de un modelo legislativo no tiene su origen en que el modelo civilista sea mejor que el angloamericano, sino en que es más simple, más claro y más eficiente. La unificación europea de los derechos reales y del derecho privado en general (futura, seguida de una previa armonización) podría ser el impulso definitivo para eliminar los prejuicios del derecho angloamericano hacia el modelo codificado y viceversa (p. e. el *trust*). De esta manera, la supuesta ruptura actual podría convertirse gradualmente en una convergencia, gracias a las fases escalonadas en las que debería basarse la unificación del derecho de propiedad.

XII. El resumen del sistema de propiedad lo encontramos en la **Figura 5**:

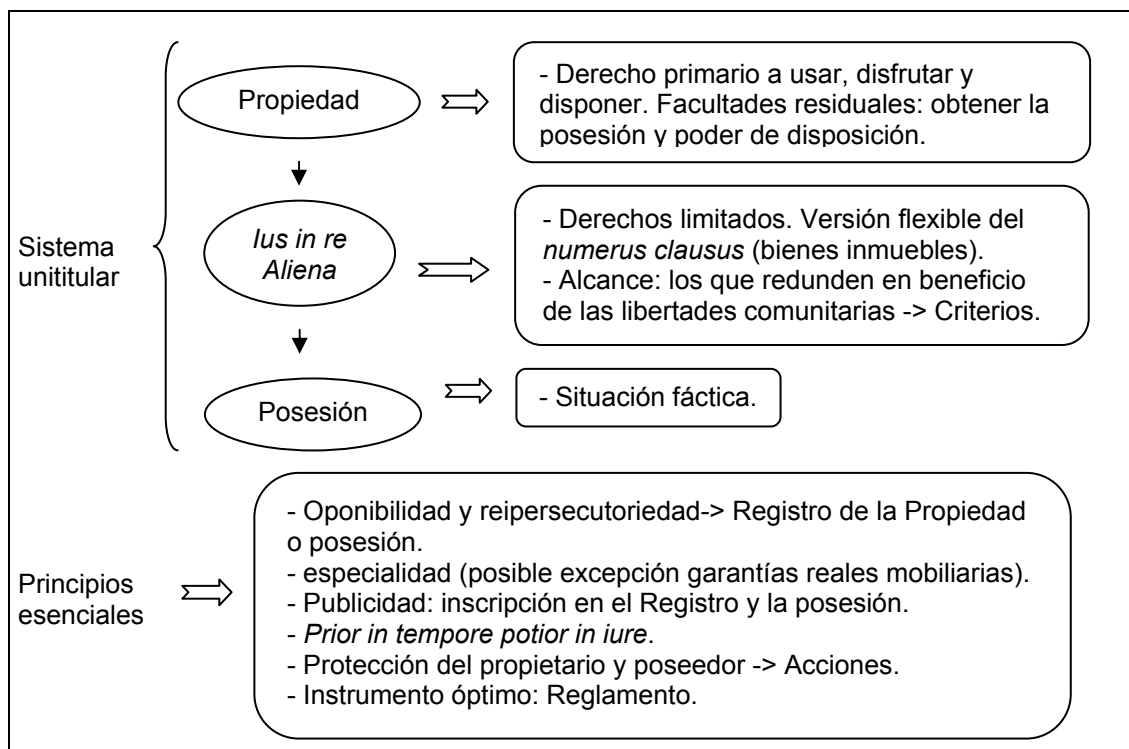


Figura 5. Hacia un sistema de propiedad europeo. Fuente: elaboración propia.

PARTE II. La hipoteca en Europa. La creación de un mercado hipotecario europeo

CAPÍTULO 4º. Contexto actual del mercado hipotecario europeo

I. Introducción

En los capítulos anteriores hemos tratado de ofrecer unas bases comunes para la unificación (a largo plazo) de los sistemas de propiedad en la UE. Sin embargo, hemos podido constatar que aún existen dificultades para alcanzar una convergencia entre el derecho angloamericano y los sistemas de derecho civil (p. e. respecto a los derechos reales sobre bienes muebles). Un paso importante en esta integración es la aproximación en el derecho real de hipoteca por su importancia jurídico-económica tanto en operaciones activas (préstamos hipotecarios) como pasivas (refinanciación hipotecaria). Esta posibilidad es analizada en los siguientes capítulos, centrándonos en el presente en analizar el contexto actual del mercado hipotecario europeo.

1. La necesidad de un mercado hipotecario paneuropeo para la consecución de las libertades comunitarias

El préstamo hipotecario transfronterizo no superaba el 1% del total del negocio hipotecario europeo en 2005, de acuerdo con el **Libro Verde sobre el crédito hipotecario en la UE**¹⁴¹². Este dato constituye una prueba fehaciente de la ausencia de un mercado hipotecario paneuropeo. La *London School of Economics* concluía en 2005 que un mercado de estas características provocaría un incremento del 0,7% del producto interior bruto europeo y de un 0,5% del consumo privado. Un estudio elaborado por *Mercer Oliver Wyman* se pronunciaba en el mismo sentido en 2003, al cuantificar dicho incremento entre un 0.06% y un 0.12% del producto interior bruto¹⁴¹³. En 2007 el volumen de

¹⁴¹² "The level of direct cross-border sales is low, less than 1% of overall residential mortgage credit activity", p. 6.

¹⁴¹³ *Study on the Financial Integration of European Mortgage Markets*, octubre de 2003. Sin embargo, dejan claro que "this estimate is for the benefits accruing to mortgage borrowers and producers only and do not include any externalities associated with changes to the mortgage markets", p. 78. Disponible en <http://www.hypo.org>.

préstamos hipotecarios con fines de vivienda en la UE ascendía a 6,1 billones de euros¹⁴¹⁴, y el saldo vivo de crédito hipotecario para la adquisición de una vivienda representaba en 2007 el 47% del PIB de la UE de acuerdo con el Libro Blanco de 2007. Estas cifras aumentarían significativamente con una integración de los mercados de crédito hipotecario.

Estos datos evidencian la necesidad de adoptar medidas que permitan incrementar el préstamo hipotecario transfronterizo y alcanzar, de esta manera, un mercado interior. De hecho, la principal aspiración de los Estados miembros firmantes del TCEE de 1957 fue de forma prioritaria la consecución de un mercado común u interior en los territorios pertenecientes a la Comunidad (art. 2 TCEE)¹⁴¹⁵. Desde aquél Tratado hemos asistido a la consecución de nuevos acuerdos, p. e. el Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea -1992- y el Tratado de Amsterdam -1999-, que pretendieron cristalizarse en una Constitución Europea que fue firmada en Roma el 29 de octubre de 2004 y cuyo texto, no obstante, acabó decayendo. El Tratado de Lisboa prevé finalmente en el art. 26 TFUE que la UE “*adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento*”, que implicará “*un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados*”. En virtud del Tratado de Lisboa, las **libertades comunitarias** (la libre circulación de mercancías, trabajadores y de capitales así como las libertades de establecimiento y de servicios)¹⁴¹⁶ son la base para alcanzar un mercado interior. Por lo tanto, las medidas que se adopten para

¹⁴¹⁴ Fuente: Informe Anual de la Federación Hipotecaria Europea de 2006: “According to our estimates, the EU mortgage market grew by 12%, which corresponds to an increase of residential lending outstanding from EUR 4.7 trillion in 2004 to EUR 5.2 trillion in 2005”, p. 7. El documento puede consultarse en www.hypo.org (consultado el día 1 de mayo de 2010). En su informe de 2009 “In the EU 27 the total volume of residential mortgage lending outstanding increased from 5.7 trillion Euros in 2006 to 6.1 trillion Euros in 2007, which represents an annual growth rate of 7.4%, in comparison with the 11.2% growth rate recorded in the previous year”, p. 30. Es necesario recordar que el término inglés *trillion* no tiene el mismo significado en los Estados Unidos de América que en Europa. Así, mientras que el término *million* expresa la misma cantidad (1 × 10⁶), en caso de hablar de billones existe una diferencia importante. En Europa *billion* corresponde a un millón de millones (1 × 10¹²), es decir, un billón; mientras que el significado de *billion* en los Estados Unidos de América es de mil millones (1 × 10⁹). Para expresar la cantidad europea equivalente a *billion* (1 × 10¹²), los estadounidenses utilizan la denominación *trillion*. La nomenclatura empleada por la Comisión Europea es la estadounidense *trillion*.

¹⁴¹⁵ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 1.1.

¹⁴¹⁶ En cuanto a las libertades comunitarias, vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 1.2.

conseguir un mercado de crédito hipotecario europeo han de redundar necesariamente en beneficio de las libertades comunitarias, de la misma manera que los posibles derechos reales que integren un hipotético sistema de propiedad europeo¹⁴¹⁷.

Los siguientes supuestos ejemplifican las necesidades que debería satisfacer este mercado: un ciudadano de la UE desea trabajar por cuenta ajena en otro Estado miembro durante un período de tiempo o de forma indefinida, p. e. por las ventajosas condiciones laborales que le ofrecen. El art. 45 TFUE contempla la libertad de trabajadores entre los Estados miembros y la posibilidad de que este ciudadano se desplace sin más dificultades que las que tendría en su propio país a su lugar de destino. En el mismo sentido se pronuncia el art. 15 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Su primera necesidad y preocupación será la de encontrar un alojamiento, ya sea en régimen de alquiler o a través de una vivienda en propiedad. Los ciudadanos de la UE tienen preferencia hacia la segunda opción, ya que casi un 75% reside en una vivienda en propiedad¹⁴¹⁸. Por lo tanto, el ciudadano se encontrará ante la tesitura de financiar su adquisición. Sin embargo, también cabe la posibilidad de que este ciudadano desee comenzar una nueva actividad comercial en otro Estado miembro a través de una sociedad mercantil, p. e. por una conocida por él como podría ser la sociedad anónima europea introducida por el Reglamento 2001/2157, de 8 octubre¹⁴¹⁹, que convive con las restantes previstas en cada ordenamiento jurídico. Esta sociedad puede necesitar a su vez contratar trabajadores provenientes de otros Estados miembros. Esta iniciativa estaría protegida por la libertad de establecimiento, que no puede estar sujeta de forma general a ninguna restricción dentro de la UE (art. 49 TFUE). Este ciudadano se encontrará de nuevo ante problemas de financiación, en este caso para el comienzo y desarrollo de su actividad empresarial. Esta preocupación ha sido recogida por el art. 50.2.e) TFUE, que prevé que la adquisición transfronteriza de bienes inmuebles es un elemento clave en la libertad de establecimiento. Una vez

¹⁴¹⁷ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 1.4.1.

¹⁴¹⁸ Fuente: EUROSTAT *in figures. Eurostat yearbook* 2009, p. 253. Disponible en <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

¹⁴¹⁹ DOCE nº L 10 noviembre 2001, núm. 294, [pág. 1].

establecido este ciudadano en otro Estado miembro a través de una sociedad anónima europea, es posible que su actividad le requiera contratar servicios de carácter industrial o mercantil (p. e. de alta tecnología o de transporte de pasajeros) o adquirir mercancías de los proveedores para su transformación y venta al consumidor. Las empresas que ofrecen estos servicios o mercancías pueden residir tanto en el mismo Estado miembro como en otro distinto, y pueden requerir al empresario la constitución de determinadas garantías (entendibles, claras y precisas) para la celebración de los respectivos contratos. En este supuesto actúan la libre circulación de servicios (arts. 56 y 57 TFUE) y de mercancías (arts. 23 y 24 TFUE).

La UE debe por lo tanto preocuparse porque este ciudadano pueda financiar su casa, su empresa y sus operaciones mercantiles con cualquier entidad de crédito europea (lo que es posible con la 2ª Directiva de coordinación bancaria)¹⁴²⁰, a la que puede dar las garantías que considere, especialmente las de carácter inmobiliario. Para este segundo supuesto no hay una solución eficiente hoy por hoy en la UE, porque la garantía del país de destino no la reconocería ni este ciudadano ni la entidad de crédito, si ésta es de su país de origen, en virtud del principio *lex rei sitae* que obligaría a aplicar el derecho real de garantía del país de destino.

De este modo, para encontrar un instrumento que permita a los ciudadanos y empresarios de la UE llevar a cabo de forma eficiente estos ejemplos, hay que identificar en primer lugar cuáles son las **barreras reales** que impiden alcanzar un mercado hipotecario integrado, es decir, las causas del escaso porcentaje actual de préstamos hipotecarios transfronterizos. Éstas son las siguientes atendiendo al *Oliver Wyman Report* de 2003¹⁴²¹:

a) La relación coste/beneficio de la apertura un negocio en otro Estado miembro. El coste de establecimiento para el prestamista es elevado al comienzo de la actividad y los beneficios que obtiene a corto plazo no son relevantes (*low financial return*).

b) Las dificultades de acceder a la información de los mercados hipotecarios de otros Estados miembros, que tienen lugar por varios motivos, p.

¹⁴²⁰ Vid. *infra* en este mismo epígrafe.

¹⁴²¹ *Oliver Wyman Report*, pp. 80 y ss.

e. porque el Registro de la Propiedad no siempre da una información completa de las cargas registrales o porque no se prevé un acceso electrónico a esta institución.

c) La divergencia de los sistemas hipotecarios de los Estados miembros, que provoca problemas diversos, p. e. a la hora de determinar por el acreedor hipotecario la protección que recibe en sede ejecución cuando el deudor no satisface la deuda.

d) La dificultad de ceder préstamos entre prestamistas en algunos mercados.

e) La regulación divergente en otros aspectos, p. e. en materia de consumidores y usuarios.

f) Las tasas fiscales que se aplican. Así, es posible que el impuesto aplicado al préstamo hipotecario en un Estado miembro sea menor para un banco autorizado por la Ley de dicho Estado que para uno que no tiene tal condición. Para conseguir estar en la primera clase es necesaria una representación estable en ese Estado que conlleva una inversión costosa que no ayuda al préstamo transfronterizo.

g) La falta de una moneda común, p. e. en Inglaterra y Dinamarca.

h) La acción del Estado en la regulación de fusiones transfronterizas, que en ocasiones pueden favorecer a las entidades nacionales y discriminar a las extranjeras.

i) Por último, la política de *housing* también podría ser una barrera para alcanzar un mercado interior.

Estas cuestiones ilustran los problemas de los prestamistas a la hora de garantizar la obligación en un contexto transfronterizo.

Para solucionar el escaso volumen de préstamo transfronterizo el **Libro Verde** de 2005 decidió someter a debate las posibles vías para alcanzar un mercado hipotecario europeo. En particular, sus propuestas de actuación se centraban en cuatro grandes áreas: a) la protección de consumidores y usuarios, que incluía p. e. la necesidad de un asesoramiento claro por parte del prestamista, la amortización anticipada, la tasa anual equivalente -TAE- y las normas de usura; b) los asuntos legales, que incluían la tasación inmobiliaria, el

procedimiento de venta forzosa o la modificación del CR de 1980; c) la garantía real hipotecaria, que incluía el Registro de la Propiedad y una garantía inmobiliaria común para Europa, la eurohipoteca; y d) los mecanismos de refinanciación hipotecaria, p. e. la titulización de préstamos hipotecarios.

La Comisión Europea, en base a las respuestas recibidas al Libro Verde de 2005 por parte de los operadores jurídicos europeos¹⁴²², fijó la política a seguir en el **Libro Blanco** de 2007. Las prioridades de actuación se centraron en los siguientes aspectos: a) el régimen de amortización anticipada; b) el aumento de la calidad y la comparabilidad de la información para el consumidor (p. e. a través de una información precontractual estructurada), que le posibilitaría comparar las ventajas e inconvenientes entre distintos productos hipotecarios europeos (una opción prevista por el Libro Blanco es la armonización del cálculo de la TAE, un aspecto que dificulta una correcta comparación entre productos hipotecarios); c) la concesión y contratación responsable de los préstamos hipotecarios, cuya finalidad es lograr que el consumidor pueda elegir el producto hipotecario en las mejores condiciones posibles, gracias a una completa información por parte del prestamista que debería incluir unas explicaciones adecuadas al perfil de cada consumidor; y d) en materia de tasación, Registro de la Propiedad y ejecución hipotecaria. La finalidad es buscar procedimientos de ejecución forzosa más eficientes y un Registro de la Propiedad más eficaz, p. e. a través de la adhesión a EULIS¹⁴²³, así como una mayor transparencia de las cargas que recaen sobre la propiedad inmueble –en particular, las cargas ocultas, p. e. las tácitas–.

Estas prioridades del Libro Blanco de 2007 pretenden ayudar a la Comisión Europea a alcanzar una serie de objetivos. A continuación analizaremos cuáles son estos **objetivos** y la efectividad de las prioridades citadas. Éstos son:

a) Facilitar la oferta y financiación transfronterizas de créditos hipotecarios. El Libro Blanco de 2007 afirma que *“la existencia de diversos marcos reglamentarios y de protección del consumidor, de infraestructuras fragmentadas (p. e. registros de crédito), así como la inexistencia de marcos*

¹⁴²² Respecto a este impacto del Libro Verde de 2005 vid. *infra*. Epígrafe 2.3.1.

¹⁴²³ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 5.2.4.

reglamentarios apropiados en algunos casos (p. e. para la financiación hipotecaria), crean obstáculos jurídicos y económicos que restringen la actividad de préstamo transfronteriza e impiden el desarrollo de estrategias paneuropeas de financiación que ofrezcan una buena relación eficacia coste". La idea que subyace en este objetivo es la de fomentar los préstamos hipotecarios transfronterizos (operaciones activas) y la refinanciación hipotecaria, p. e. a través de la titulización hipotecaria (operaciones pasivas). En nuestra opinión, la búsqueda de un sistema registral más eficiente o el incremento de la protección al consumidor sólo solucionan parcialmente los obstáculos jurídicos y económicos presentes actualmente en la UE. Ambas medidas no evitan que tanto prestamistas como prestatarios (consumidores) deban investigar ante un posible préstamo hipotecario transfronterizo cuál es la regulación sustantiva de la hipoteca en otro Estado miembro (naturaleza jurídica, régimen de constitución, cesión...), así como su comportamiento en sede de ejecución e insolvencia. Una desconfianza en las operaciones activas se extiende necesariamente a las operaciones pasivas. De esta manera, los prestamistas y los consumidores se formularían diversas preguntas de vital importancia para sus intereses ante una operación de préstamo hipotecario transfronterizo, p. e. ¿estará la hipoteca sujeta a un plazo determinado? ¿será posible incluir a varios acreedores hipotecarios bajo la misma garantía? ¿hasta qué punto la hipoteca puede garantizar obligaciones de diverso alcance y contenido? ¿es la hipoteca accesoria a una obligación? ¿como se comporta la garantía en un procedimiento concursal? ¿qué derechos me pertocan como inversor en un fondo de titulización hipotecaria? Estas cuestiones no obtendrán una respuesta satisfactoria aunque se logren alcanzar los objetivos previstos en el Libro Blanco de 2007, porque dependen de las legislaciones de cada Estado miembro, dispares entre sí¹⁴²⁴, y tienen un gran impacto en la realidad jurídico-financiera, hasta el punto que deciden si se puede o no hacer un negocio y cuanto costaría.

b) Aumentar la gama de producto. En virtud del Libro Blanco de 2007

¹⁴²⁴ En este sentido, el siguiente trabajo ilustra las diferencias existentes en cada Estado miembro: STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights Over Real Property in Europe*, Vol. III, Band 39, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2009.

“ningún mercado nacional por sí solo dispone de todos los productos hipotecarios posibles”, y que “el aumento de la gama de productos es el factor esencial para obtener la mayoría de los beneficios que cabe esperar de la integración de los mercados hipotecarios”. El Libro Blanco de 2007 no utiliza la expresión producto hipotecario como sinónimo de hipoteca (como derecho real), sino que hace referencia al “préstamo hipotecario” considerado de una forma global, incluyendo la estructura de los tipos de interés, el sistema previsto de amortización anticipada o las posibilidades del deudor de afrontar el pago¹⁴²⁵. La voluntad última de la Comisión es “incrementar la gama de productos que pueden satisfacer las necesidades del consumidor, eliminando para ello los obstáculos a la distribución y venta de productos, en especial los productos hipotecarios nuevos e innovadores”. El hecho de ofrecer nuevos productos a los consumidores por parte de los distintos Estados miembros puede ayudar a incrementar los préstamos hipotecarios transfronterizos, pero lo cierto es que la inseguridad jurídica del consumidor persiste porque todos estos productos están basados en una modalidad concreta de hipoteca cuya naturaleza jurídica es desconocida para él.

c) Aumentar la confianza de los consumidores, que se traduce básicamente en un asesoramiento claro, correcto y completo por parte de la entidad prestamista. Una adecuada información al consumidor es importante para potenciar el préstamo transfronterizo, pero ésta debería abarcar no sólo la vertiente contractual sino también un análisis detallado de la vertiente real (garantía inmobiliaria), es decir, la reconocibilidad de los efectos de constituir una hipoteca sobre finca propia (p. e. en la ejecución).

d) Facilitar la movilidad del cliente. La Comisión “quiere facilitar la movilidad del cliente velando por que el consumidor que desee cambiar de prestamista hipotecario no se vea impedido o disuadido de hacerlo por la existencia de obstáculos jurídicos o económicos injustificables”.

En primer lugar, el Libro Blanco de 2007 se está refiriendo a las denominadas **tying practices** (prácticas de vinculación), que tienen lugar cuando el prestamista vende dos o más productos de forma conjunta y al

¹⁴²⁵ Commission Staff Working Document Accompanying the White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets. Impact Assessment. Annex 1: Mortgage market characteristics. COM (2007) 807 final, p. 6.

menos uno de ellos no se vende de forma separada, p. e. cuando una entidad obliga al cliente que ha contratado un préstamo hipotecario a abrir una cuenta bancaria o a contratar un seguro. Las *tying practices* están presentes de forma significativa en la UE. Así, el 39% de los préstamos hipotecarios están vinculados a cuentas corrientes, mientras que la vinculación sólo es de un 6% si hablamos de seguros de vida o domiciliaciones de la nómina¹⁴²⁶. Para el Libro Blanco de 2007 esta clase de actuaciones “*atan al cliente en la práctica a un determinado proveedor de servicios financieros, de tal modo que se restringe la movilidad y se debilita la competencia*”. Pero la vinculación del deudor al prestamista no tiene por qué tener lugar únicamente a través de la venta de productos. En el Derecho español encontramos otros ejemplos. Así, el art. 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios¹⁴²⁷, permite al deudor hipotecario subrogar a otra entidad financiera en su obligación, p. e. porque le ofrece unas mejores condiciones de tipo de interés. Esta entidad debe presentar al deudor una oferta vinculante en la que constarán las condiciones financieras del nuevo préstamo hipotecario (art. 2.2 Ley 2/1994). El prestamista inicial, tras la reforma de la Ley 2/1994 en 2007, puede enervar el procedimiento de subrogación si iguala las condiciones que ofrece al deudor la entidad que pretende subrogarse. Por lo tanto, el deudor puede verse abocado a continuar con el mismo prestamista aunque desee cambiar de entidad¹⁴²⁸. Otro ejemplo lo encontramos en el art. 122 LH, que impide al propietario reducir la hipoteca una vez el préstamo se encuentra parcialmente satisfecho, de manera que no puede utilizar este exceso para garantizar otro préstamo con el mismo prestamista u otro distinto¹⁴²⁹.

En segundo lugar, la voluntad de la Comisión de facilitar la movilidad del cliente se ve superada por la realidad de los hechos. Pensemos que cambiar de prestamista para un consumidor no sólo significa superar la barrera que suponen las *tying practices*, sino que en un contexto transfronterizo cambiar de

¹⁴²⁶ Commission Staff Working Document - Accompanying the White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets. Annex 3: Impact assessment on specific issues. COM(2007) 807 final, pp. 81 y 82.

¹⁴²⁷ BOE 4 abril 1994, núm. 80, [pág. 10364].

¹⁴²⁸ Ver en mayor profundidad *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.1.1.2.

¹⁴²⁹ Ver en mayor profundidad *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 2.5.

prestamista supone, como ya se ha dicho, averiguar qué protección va a tener como consumidor en el nuevo Estado miembro y cual es el régimen de la hipoteca.

Por lo tanto, la Comisión Europea ha optado por armonizar temas muy específicos. Tanto el Libro Verde de 2005 como el Libro Blanco de 2007 son la evolución de una serie de normas que se habían ocupado con anterioridad a nivel europeo de los préstamos hipotecarios. En este sentido podemos citar la Directiva 89/646, de 15 de diciembre, para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio¹⁴³⁰; la Directiva 2002/65, de 23 de septiembre, de comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores¹⁴³¹, y el Plan de acción para el Mercado Financiero Único de 11 de mayo de 1999¹⁴³², que posteriormente ha derivado en otras actuaciones¹⁴³³. En palabras ANGUITA RÍOS, “*los préstamos hipotecarios se han afrontado como requisito previo a la consecución de un mercado único de capitales*”¹⁴³⁴. La pregunta que nos planteamos es si las actuaciones previstas en el Libro Blanco de 2007 y las llevadas a cabo con anterioridad pueden ayudar a incrementar los préstamos hipotecarios transfronterizos y conseguir así un mercado único (interior, común) de capitales. Es decir, ¿las anteriores medidas permiten solucionar los obstáculos identificados en el *Oliver Wyman Report* de 2003 que impiden la consecución de las libertades comunitarias? En nuestra opinión, la respuesta debe ser negativa. Es cierto que las medidas previstas en el Libro Blanco de 2007 ayudan a solucionar algunos de los problemas identificados por el *Oliver Wyman Report*, p. e. las dificultades de acceder a la información de los mercados hipotecarios de otros Estados miembros y la regulación divergente en materia de consumidores y usuarios, pero no solucionan el problema principal: la divergencia de los sistemas

¹⁴³⁰ DOCE n° L 30 diciembre 1989, núm. 386, [pág. 1].

¹⁴³¹ DOCE n° L 9 octubre 2002, núm. 271, [pág. 16].

¹⁴³² Comunicación de la Comisión, de 11 de mayo de 1999, sobre la «Aplicación del marco de acción para los servicios financieros: Plan de acción» [COM (1999) 232 final - no publicada en el Diario Oficial].

¹⁴³³ Ver http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_services/ (consultado el día 1 de mayo de 2010).

¹⁴³⁴ ANGUITA RÍOS, Rosa M^a, *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 93.

hipotecarios de los Estados miembros y el impacto que éstos tienen en la libre circulación de mercancías, personas, trabajadores, capitales y servicios.

En definitiva, con todas estas medidas no se estaría creando un mercado hipotecario común real, lo que constituye una oportunidad perdida para la UE y los Estados miembros¹⁴³⁵. Las diferencias entre estos sistemas condicionan la consecución de cada uno de los objetivos previstos en el Libro Blanco de 2007.

2. La insuficiencia de las vías tradicionales de convergencia para alcanzar un mercado hipotecario europeo

Una vez vistas las prioridades de la Comisión Europea plasmadas en el Libro Blanco de 2007, que aún están pendientes de concretarse en una acción definitiva (p. e. la adopción de una Directiva¹⁴³⁶), veamos si los demás **mecanismos de armonización** que ya hemos analizado respecto al sistema de propiedad europeo permitirían alcanzar un mercado hipotecario europeo¹⁴³⁷:

a) Una primera posibilidad es la adopción de un instrumento común, ya sea a través de un convenio internacional o *soft law*. El convenio se aplica de forma inmediata una vez incorporado al Derecho interno de los Estados miembros, a no ser que las partes decidan excluirlo de forma expresa. Un ejemplo es el Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980 y el Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil de 2001¹⁴³⁸. Por el contrario, la aplicación del *soft law* depende de la voluntad de las partes, es decir, es un instrumento optativo. Como ejemplos encontramos los principios UNIDROIT y los principios contenidos en el DCFR¹⁴³⁹. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos regula de forma específica un derecho real de garantía

¹⁴³⁵ De acuerdo con DI LUIGI, M. Cristina, "Divergences of Security and Property Law in the European Union", en *Journal of Business Law*, Nº 6, 2008: "To conclude, the actual fragmented European security scenario and the lack of correspondence and recognition of security rights/interests may result in a missed opportunity for domestic and European economic growth, distortion of competition and discrimination between economic actors; in others words, the act as obstacles to or at least in the Single Market", pp. 540 y 541.

¹⁴³⁶ Ver http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/credit/mortgage_en.htm (consultado el día 13 de abril de 2010).

¹⁴³⁷ Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado IV, epígrafe 1.3.

¹⁴³⁸ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 3.

¹⁴³⁹ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 3.

sobre inmuebles. La única propuesta en este ámbito es la denominada eurohipoteca, creada por el grupo de investigación de la eurohipoteca¹⁴⁴⁰.

b) Otra posibilidad es la adopción de un *model code*, es decir, de una ley que sirva de modelo a los Estados miembros para que adapten sus reglas a sus propias legislaciones. Como ejemplo tenemos la Ley Modelo interamericana sobre garantías mobiliarias¹⁴⁴¹.

Aparte de la eurohipoteca, no existe un instrumento que pueda servir de modelo para las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la UE.

c) En las directivas y reglamentos comunitarios no encontramos una regulación completa y armonizada de los derechos reales sobre bienes inmuebles, sino sólo actuaciones en ámbitos específicos, p. e. la reserva de dominio o el régimen de garantías financieras¹⁴⁴². Además, las garantías inmobiliarias están excluidas de las directivas promulgadas en materia de consumidores y usuarios. La exclusión más llamativa es la prevista en la Directiva 2008/48, de 23 de abril, de créditos al consumo¹⁴⁴³, que “*no se aplicará a los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble*” (art. 2.2.a). La misma solución adoptan la Directiva 1985/577, de 20 diciembre, de protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (art. 3.2.a), y la Directiva 1997/7, de 20 mayo, de protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (art. 3.1)¹⁴⁴⁴.

d) El TJCE ha decidido cuestiones relacionadas con las garantías reales inmobiliarias¹⁴⁴⁵, p. e. en la Sentencia de 13 de diciembre de 2001 consideró que los compradores gozaban de un derecho a desistir de un contrato de crédito celebrado fuera del establecimiento comercial que, a todos los efectos, estaba garantizado con garantía real; y en la Sentencia de 16 de marzo de 1999 (*Trummer v Mayer*), concluyó que el Registro de la Propiedad austriaco

¹⁴⁴⁰ Ver en mayor profundidad la estructura de la eurohipoteca *infra*. Epígrafe 2. Respecto al grupo de investigación de la eurohipoteca, vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 5.2.2.

¹⁴⁴¹ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 3.

¹⁴⁴² Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 2.4.

¹⁴⁴³ DOUE nº L 22 mayo 2008, núm. 133, [pág. 66].

¹⁴⁴⁴ DOCE nº L 4 junio 1997, núm. 144, [pág. 19].

¹⁴⁴⁵ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 1.3.1.

había obstaculizado la libre circulación de capitales al denegar la inscripción de la hipoteca sobre una cuota de propiedad por expresarse su importe en marcos alemanes en lugar de en *schilings* austriacos, moneda nacional de Austria en aquella época. Sin embargo, es difícil pensar que este órgano, por las funciones que tiene atribuidas, p. e. resolver cuestiones prejudiciales (art. 256 TFUE), pueda integrar los mercados hipotecarios europeos.

e) El principio de reconocimiento mutuo consiste en que la validez y efectos de los derechos constituidos en un Estado miembro son reconocidos en otro Estado en el que se pretenden hacer valer sus efectos. El TUE lo recoge en algunas situaciones, como en las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil (art. 67.4 TUE) y penal (art. 82 TUE), y había sido recogido previamente por el TJCE en las sentencias Dijon y Centros¹⁴⁴⁶. El reconocimiento mutuo era una de las bases de la propuesta de Directiva del Consejo sobre la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en materia de crédito hipotecario de 1984, que finalmente no llegó a aprobarse¹⁴⁴⁷, y asimismo de la Directiva 89/646. Su art. 18.1 preveía que los Estados miembros estaban obligados a que las actividades enumeradas en el Anexo pudieran ser ejercitadas en su territorio, tanto a través del establecimiento de una sucursal como mediante la prestación de servicios por cualquier entidad de crédito autorizada y supervisada por las autoridades competentes de otro Estado miembro. Entre las actividades del Anexo se encontraba el crédito hipotecario. Esta normativa fue derogada por la Directiva 2000/12, de 20 de marzo, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio¹⁴⁴⁸, que mantiene el principio de reconocimiento mutuo (art. 18.1). Sin embargo, este principio, aplicado a los derechos reales de garantía inmobiliaria, supondría la aceptación por parte de cada Estado miembro de, como mínimo, otras 27 hipotecas nacionales, cada una con sus particularidades propias (p. e. la relación entre la obligación y la garantía o su comportamiento en sede de ejecución y concurso)¹⁴⁴⁹. Este hecho pone en duda la viabilidad del

¹⁴⁴⁶ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 2.3.

¹⁴⁴⁷ STÖCKER, O., "La eurohipoteca...", ob. Cit., p. 92 y pp. 126 y ss.

¹⁴⁴⁸ DOCE nº L 26 mayo 2000, núm. 126, [pág. 1].

¹⁴⁴⁹ La diversidad de sistemas hipotecarios puede observarse en la obra de STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit.

reconocimiento mutuo al resultar tal reconocimiento en un sistema caótico¹⁴⁵⁰. Este principio también plantea problemas en la exportación paneuropea de bienes muebles con reserva de dominio. En este sentido, DROBNIG¹⁴⁵¹ refleja el diferente tratamiento de los tribunales de cada Estado miembro: mientras que unos países son más proclives a aceptar las reservas de dominio constituidas de acuerdo a un derecho extranjero (p. e. Alemania), otros son más estrictos (p. e. Italia).

Por lo tanto, esta vía no parece la más adecuada para poder conseguir un mercado hipotecario europeo, ya que si bien puede ayudar a alcanzar este objetivo no es un instrumento definitivo.

f) Si el principio de reconocimiento mutuo no se aceptara, podría aplicarse entonces el deber de reconocer por parte de un Estado miembro (p. e. España) los derechos constituidos en otros ordenamientos (p. e. la *Grundschild* alemana) a través de un derecho equivalente. Aplicado a las hipotecas, este principio supondría un perjuicio tanto para los acreedores hipotecarios, ya que verían empeorar la fortaleza de su derecho en otro Estado miembro, como para los deudores hipotecantes, que se encontrarían en una situación más gravosa o con una mayor indefensión, p. e. la *Grundschild* alemana, que tiene una naturaleza no accesorio, podría verse equiparada en el Derecho español a la hipoteca de máximo. En este caso, el titular de la *Grundschild* perdería los derechos previstos el Derecho alemán que no tienen equivalencia en el Derecho español, p. e. la posibilidad de ceder la garantía y la obligación a dos acreedores distintos. Esta situación ha recibido el nombre de *transposition into a minus*¹⁴⁵².

g) Otra posible opción es que los Estados miembros vayan adoptando las soluciones que otros Estados prevén en sus legislaciones nacionales (armonización descentralizada). Además de la *floating charge* inglesa, la propiedad horizontal y el principio de relatividad del contrato, ejemplos de esta situación los encontramos en los Derechos español y francés, que han modernizado sus sistemas hipotecarios por influencia directa de la

¹⁴⁵⁰ NASARRE AZNAR, S., "Eurohypothek & Eurotrust...", ob. Cit., p. 11.

¹⁴⁵¹ DROBNIG, U., "Recognition and Adaptation...", ob. Cit., pp. 106 a 111.

¹⁴⁵² SCHMID, Christoph, "Options under EU Law for the Implementation of a Eurohypothec", en AGNIESZKA DREWICZ-TULODZIECKA, ob. Cit., pp. 63 y 64. Respecto a la *Grundschild*, vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 3.

eurohipoteca¹⁴⁵³, así como los ordenamientos de Bosnia y Polonia, que están inmersos en un proceso legislativo con la finalidad de modernizar sus sistemas hipotecarios con la influencia del Derecho alemán¹⁴⁵⁴. Sin embargo, esta clase de armonización no puede potenciar los préstamos hipotecarios transfronterizos como un instrumento común, porque algunos Estados miembros podrían modificar sus respectivas legislaciones, pero otros podrían descartar tal posibilidad. De esta forma, seguiría existiendo una fragmentación en los sistemas hipotecarios de los Estados miembros y, por ende, la ausencia de un mercado hipotecario europeo integrado.

De todo ello debe concluirse que la **eurohipoteca** es el instrumento más avanzado en la actualidad para conseguir un mercado hipotecario europeo, ya que es el único que prevé la regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria común que podría servir tanto como un *soft law* como un *model code*. Sin embargo, falta por ver si esta garantía podría ayudar a conseguir un mercado interior, que no puede alcanzarse por el momento ni a través del Libro Blanco de 2007 ni del resto de mecanismos de convergencia citados.

3. La eurohipoteca como un instrumento para la creación de un mercado hipotecario europeo

3.1. La historia de la eurohipoteca

Varios grupos académicos y prácticos, conscientes de la necesidad de tener un mercado hipotecario común, desarrollaron diversas teorías alrededor de la naturaleza jurídica que un derecho real sobre bienes inmuebles debería tener en un contexto paneuropeo para alcanzar este objetivo.

El primer documento data de 1966, conocido como “El Informe Segré” (ya que el presidente de la Comisión en aquel entonces era el profesor Claudio Segré), que propuso una **garantía real no accesorio** a imagen de la deuda territorial alemana, pero cuyo estudio fue interrumpido en beneficio del principio de reconocimiento mutuo, a través del cual se pretendía un progreso más rápido en este ámbito. A lo largo de los años se sucedieron diversas

¹⁴⁵³ Vid. *infra*. Epígrafe 2.3.3.

¹⁴⁵⁴ Vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 3.

propuestas al respecto, destacando: a) la Federación Hipotecaria Europea a principios de los años 70, que al igual que el Informe Segré tomó como base la deuda territorial alemana; y b) la Unión Internacional del Notariado Latino (1987), que proponía la carta hipotecaria suiza transmisible como un título valor (*Schuldbrief*) en convivencia con los derechos reales ya existentes en cada Estado miembro.

Con posterioridad, la *Verband Deutscher Hypothekenbanken* (hoy VDP), en colaboración con diversos grupos de expertos de ámbito universitario, notarial y bancario, redactaron y publicaron las “*Guidelines for a Non-Accessory Security Right over Real Property for Central Europe*”¹⁴⁵⁵, que fueron incorporadas en 2004 por el *Forum Group on Mortgage Credit* (en adelante, FGMC), a su lista de recomendaciones para la integración de un mercado europeo de capitales¹⁴⁵⁶. El grupo de investigación de la eurohipoteca¹⁴⁵⁷ ha estado desarrollando desde 2004 un marco común en materia de derechos reales de garantía sobre bienes inmuebles.

Los trabajos preparatorios por parte de este grupo se complementaron con dos *workshops* en Valladolid (2004) y Tarragona (2005), y dos más en Berlín los años 2004 y 2005, donde se congregaron también otros grupos de investigación europeos como el FGMC, EULIS¹⁴⁵⁸ y el EUI¹⁴⁵⁹, así como representantes de diversos organismos europeos y prácticos del derecho especialistas en Derecho privado¹⁴⁶⁰. Las diversas discusiones que tuvieron lugar entre los integrantes de estos *workshops* cristalizaron en las BG, que giran en torno a un derecho real de naturaleza “contractualmente dependiente”

¹⁴⁵⁵ NASARRE AZNAR, S. y STÖCKER, O., “Propuesta de regulación...”, ob. Cit., pp. 930 y ss.

¹⁴⁵⁶ *The integration of the EU Mortgage Credit Markets*. Disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/home-loans/integration_en.htm, p. 30, apartado 117. La evolución de los esfuerzos doctrinales en torno a la Eurohipoteca, desde el Informe Segré hasta nuestro días, pueden consultarse en STÖCKER, Otmar, “La Eurohipoteca...”, ob. Cit., pp. 118 y ss.; MUÑIZ ESPADA, Esther, *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 111 y ss.; SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, “La Eurohipoteca”, en *Estudios jurídicos homenaje...*, Tomo III, pp. 4279 y ss.; NASARRE AZNAR, S., y STÖCKER, O., ob. Cit., pp. 917 y ss.; NASARRE AZNAR, S., “La reforma del...”, pp. 1303 y ss.; y SÁNCHEZ JORDÁN, M^a E., “Historia de la Eurohipoteca”, en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, M^a E., *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.

¹⁴⁵⁷ Ver www.eurohypothec.com.

¹⁴⁵⁸ www.eulis.org.

¹⁴⁵⁹ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado I, epígrafe 5.2.3.

¹⁴⁶⁰ Por ejemplo, el Dr. Rolf Stürner, profesor en la Universidad de Freiburg.

(es decir, la obligación y la garantía están unidas por un contrato y no de forma imperativa por ley)¹⁴⁶¹.

3.2. La estructura de la eurohipoteca

Las **características** de la eurohipoteca son las siguientes:

a) Naturaleza jurídica: la eurohipoteca es un derecho real contractualmente accesorio de la obligación que garantiza cuando persiga funciones de garantía. El nexo unión entre ambos elementos (el elemento real, la hipoteca, y el elemento obligacional, el préstamo) tiene lugar a través del contrato de garantía¹⁴⁶².

b) Constitución: la eurohipoteca debe inscribirse en el Registro de la Propiedad y las BG admiten que el propietario pueda constituir por sí mismo la eurohipoteca y mantenerla en su propio patrimonio. Pero también prevén que las legislaciones nacionales puedan exigir la existencia de un acreedor hipotecario en el momento de su constitución. Además, la eurohipoteca puede existir no sólo en el Registro de la Propiedad sino también fuera de él en forma de carta hipotecaria.

c) Cesión: es posible la cesión de la eurohipoteca a terceros sin hacerla depender de la obligación garantizada. De esta manera, el acreedor personal y el acreedor hipotecario pueden ser diferentes personas.

d) Reducibilidad: la eurohipoteca es reducible por su propietario, es decir, una vez la obligación esté parcial o totalmente satisfecha es posible recuperar el exceso de cobertura hipotecaria y destinarlo a diferentes finalidades: a) mantenerlo en el patrimonio del propietario; b) proceder a la extinción parcial o total de la garantía; o c) cederlo a otro acreedor.

e) Extinción: la eurohipoteca se extingue cuando se cancela del Registro de la Propiedad y no está sujeta a ningún plazo de prescripción.

f) Ejecución: la eurohipoteca es directamente ejecutable por su titular sin que tenga que demostrar los detalles de la obligación asegurada. Además, se prevé la creación de un título personal directamente ejecutable contra el

¹⁴⁶¹ Respecto a los conceptos de accesoriedad legal, contractual y no accesoriedad, vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafes 2 y 3.

¹⁴⁶² Definición basada en las *Basic Guidelines for a Eurohypothec*, ob. Cit., p. 13.

propietario junto con la eurohipoteca.

g) Insolvencia: la eurohipoteca tiene un régimen de ejecución separada en procedimientos de insolvencia.

3.3. El impacto de la eurohipoteca

3.3.1. En el legislador europeo

El Libro Verde sobre el crédito hipotecario de 2005 sometió a audiencia pública lo que recibió el nombre de “Eurohipoteca”¹⁴⁶³, y citó como un posible modelo para esta figura las BG elaboradas por los grupos de investigación antes reseñados en 2005¹⁴⁶⁴. No obstante, el Libro Blanco de 2007 no consideró prioritaria la introducción de una eurohipoteca a nivel europeo, lo que no quiere decir que esta idea se haya dejado de lado definitivamente. En efecto, los **anexos** al Libro Blanco de 2007 la citan expresamente como un mecanismo que podría facilitar la transmisión de préstamos hipotecarios, pero aplazan una decisión al respecto debido a la necesidad de mayores estudios en este ámbito¹⁴⁶⁵. Lo mismo puede predicarse de los mercados de refinanciación hipotecaria, que la Comisión seguirá examinando en el futuro. Por lo tanto, ni las operaciones activas ni las pasivas se contemplan en el Libro Blanco de 2007 como prioridades a corto plazo. Esta decisión está en consonancia con las disposiciones del propio Libro Verde de 2005, que ya apuntaba que *“está claro, sin embargo, que no todas estas recomendaciones precisarían la misma línea de actuación y que algunas requieren más trabajo de campo antes de adoptar cualquier decisión”*.

De hecho, la idea de una eurohipoteca fue acogida positivamente por

¹⁴⁶³ Recogida en sus apartados 47 y 48: “(47) La idea de una Eurohipoteca no es nueva. Es un intento por crear un instrumento a escala comunitaria para *garantizar los préstamos* sobre la propiedad, es decir para la *garantía real* hipotecaria, que puede utilizarse de manera flexible. Los que proponen la idea defienden que su aspecto central – el debilitamiento del vínculo (la accesibilidad) entre la *garantía real* hipotecaria y el crédito hipotecario – facilitaría la creación y transferencia de hipotecas, lo cual repercutiría de forma beneficiosa en el mercado del crédito hipotecario en conjunto, en especial en su financiación. (48) La Comisión tiene conocimiento de proyectos de participantes en el mercado y de los dirigidos por medios académicos, encaminados a concebir un modelo de Eurohipoteca realizable bajo la forma de un 26º régimen. La Comisión revisará cómo proponen estas iniciativas que se trate un asunto tan complejo, que afecta a muchos otros ámbitos relacionados”.

¹⁴⁶⁴ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 5.2.2.

¹⁴⁶⁵ NASARRE AZNAR, S., “Eurohypothech & Eurotrust...”, ob. Cit., p. 10.

los diversos organismos y operadores jurídicos europeos¹⁴⁶⁶. No sólo los Estados miembros han dado su apoyo a la eurohipoteca, como Chipre o Hungría (*"The introduction of a 26th regime could be crucial from the point of view of integrating both the primary market of home loans and the secondary market of mortgage backed securities"*), sino también organismos muy representativos en el ámbito del mercado hipotecario europeo, como el Citigroup Inc. (*"Citigroup is strongly in favour of the Euromortgage initiative. It is a basic building step towards the emergence of a single market for mortgage lending and funding"*). Los dos únicos órganos comunitarios que contestaron y lo hicieron favorablemente fueron el Banco Central Europeo y el Comité Económico y Social. El primero recomendó llevar a cabo un análisis exhaustivo de todas las posibles normas afectadas por una garantía común¹⁴⁶⁷, mientras que el segundo afirmaba que una eurohipoteca sería el primer paso hacia una integración de los mercados de crédito hipotecario, con lo que este proyecto merecía ser en su opinión apoyado y fomentado.

Además, el Tratado de Lisboa ha introducido una nueva previsión en el art. 50.2.e) TFUE, que impone al Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, a efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, ejercer sus funciones *"haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro"*. Por lo tanto, la UE es consciente de la necesidad de evitar las barreras existentes a la adquisición de bienes inmuebles en otro Estado miembro.

3.3.2. En la doctrina y en los operadores jurídico-económicos

¹⁴⁶⁶ Información disponible en la siguiente página web: http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home-loans/comments_en.htm (consultado el día 1 de mayo de 2010). Ver más ampliamente NASARRE AZNAR, S., "Reacciones al Libro Verde de la Unión Europea sobre el crédito hipotecario en torno a la Eurohipoteca", en NASARRE AZNAR, S., MUÑIZ ESPADA, E. y SÁNCHEZ JORDÁN, E., *Un modelo para...*, ob. Cit., pp. 125 y ss.

¹⁴⁶⁷ "While the Eurosystem welcomes any initiatives that might facilitate the achievement of this objective, it would emphasize that such initiatives raise complex legal issues warranting a careful assessment as to their feasibility since they touch upon national property and contract law - areas that are firmly rooted in the national legal traditions of each Member State", p. 7.

La eurohipoteca también ha tenido impacto en la **doctrina científica**¹⁴⁶⁸, que se ha referido a la eurohipoteca desde diferentes puntos de vista:

1) Parte de la doctrina considera que la idea de una eurohipoteca es beneficiosa para conseguir un mercado hipotecario europeo, y aceptan el modelo propuesto ya sea expresa o tácitamente (no posicionándose expresamente en contra). Entre estos autores podemos citar:

a) SCHMID y TOBIAS (Alemania) consideran que el Derecho español ha dado un paso en la buena dirección con la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria¹⁴⁶⁹, pero *“one step could have been the contractualisation of property law by introducing a land-charge with contractual accessoriness”*¹⁴⁷⁰. Esta clase de accesoriedad es la presente en la eurohipoteca¹⁴⁷¹.

b) FIORENTINI (Italia) se hace eco de la necesidad de una regulación uniforme en el ámbito de las garantías inmobiliarias, que favorecería un mejor acceso a los mecanismos de refinanciación hipotecaria¹⁴⁷².

c) SCALAMOGNA¹⁴⁷³ (Italia) afirmaba que *“nel rispetto del principio della*

¹⁴⁶⁸ Estas referencias se utilizarán, en su caso, posteriormente en el presente trabajo.

¹⁴⁶⁹ BOE 8 diciembre 2007, núm. 294, [pág. 50593]. Vid. *infra*. Epígrafe 3.3.1 respecto a las modificaciones que introduce en el Derecho español.

¹⁴⁷⁰ SCHMID, C. y TOBIAS, Pinkel, “The Spanish Mortgage Reform from a Foreign Perspective – A Step Forward in Flexibility and Liberalisation?”, en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, M^a E., *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de crisis económica*, Edisofer, Madrid, 2009, pp. 578 y 579.

¹⁴⁷¹ En mayor profundidad vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 5.

¹⁴⁷² “It is necessary to note, however, that the process of European integration of mortgage credit laws is strongly affected by the so-called ‘financialization’ of the economy. This is a global phenomenon capable of having an explosive impact on the categories, rules and institutes of the national legal traditions. It is clear that the practices of the financial economy aim at transforming movable assets in circulating wealth in the capital market. This inevitably pushed the request for a regulation of the traffic of immovable assets that is functional to the need of secured lenders to make recourse to securitization. It is the financial lobbies that are pressing on so that the legal regimes of security rights over immovables provide for techniques that are as uniform as possible for the appraisal of immovable assets and are based on land registration rules that are increasingly convergent. If these are homogeneous needs, it is likely that all legal systems (not only within the European borders) will search for a way to adapt their national structures to these imperatives, compatibly with their own traditions”, ver FIORENTINI, F., *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Stämpfli Editore SA, Berna, 2009, p. 559.

¹⁴⁷³ SCALAMOGNA, Pierluigi, ““Eurohipoteca”, lo strumento per armonizzare il mercato ipotecario europeo?”, *Congreso Nazionale del Notariato*, Pesaro, 18/21 settembre 2005.

“lex rei sitae”, presente in tutti gli Stati membri, l’Euroipoteka appare come uno strumento idoneo ad uniformare il mercato ipotecario europeo senza stravolgere i sistemi legali nazionali”.

d) WEHRENS (Alemania) expresa su apoyo a la eurohipoteca debido a que el principio de reconocimiento mutuo *“does not bring about a breakthrough to the European International Market in the field of land charges”*, y por estas razones *“all possible efforts should be made to introduce –besides national kinds of land charge which continue in existence- a Euro-mortgage being uniformly in force within the EU”*¹⁴⁷⁴.

e) MARTHINUSSEN¹⁴⁷⁵ (Noruega) estudia la relación entre la hipoteca y la obligación asegurada, concluyendo p. e. que la hipoteca sueca puede servir de base para una eurohipoteca y que las hipotecas de máximo de algunos países pueden servir de punto de partida para su implementación.

f) JARDIM¹⁴⁷⁶ (Portugal) enuncia los beneficios de una eurohipoteca aunque centra su estudio en la necesaria armonización de los sistemas registrales. Este autor defiende un registro de derechos a nivel europeo, lo que otorgaría una mayor seguridad jurídica a terceros¹⁴⁷⁷. Sólo por esta vía la eurohipoteca podría alcanzar la relevancia práctica que se le espera.

g) La doctrina también ha testado en sus propios ordenamientos la posible implementación de una eurohipoteca, como WATT (Gran Bretaña) en el Derecho inglés¹⁴⁷⁸.

2) Otros autores están a favor de la idea de una eurohipoteca pero discuten si el modelo previsto en las BG es el más conveniente a nivel europeo. Entre éstos podemos citar a WACHTER¹⁴⁷⁹ o GÓMEZ GÁLLIGO¹⁴⁸⁰. Por otra

¹⁴⁷⁴ WEHRENS, Hans G., “Real Security regarding Immovable Objects – Reflections on a Euro-Mortgage”, en HARTKAMP, A., HESSELINK, M. y otros, ob. Cit., pp. 779 y 780.

¹⁴⁷⁵ Recensión realizada por Sergio Nasarre Aznar. En prensa.

¹⁴⁷⁶ JARDIM, M., ob. Cit., *A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus*.

¹⁴⁷⁷ Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado III, epígrafe 2.3.1.

¹⁴⁷⁸ WATT, G., “The Eurohypothech...”, ob. Cit., pp. 173 y ss.

¹⁴⁷⁹ “Les efforts d’harmonisation ponctuels comportent le risque de régler de nombreuses question en entrant dans les détails, en y perdant la vue d’ensemble des principes généraux de base du droit euopén. En plus, les réglemmentations sont souvent peu armonices entre elles. Une réglemmentation européenne dans le domaine des garanties de crédit devrait donc se baser sur les principes de structure largement reconnus dans la tradition juridique euopéene. L’accessoriété, la publicité, la spécialité et la priorité devraient donc constituer les structures portantes d’un droit de gage immobilier européen”, ver WACHTER, Thomas, “La garantie de crédit transfrontailier sur les immeubles au sein de l’Union euopéenne”, en *Notarius*

parte, VAN ERP¹⁴⁸¹ defiende que una hipoteca común para Europa debería prever grados de accesoria distintos según las partes implicadas. De esta manera, si intervienen consumidores y usuarios en los préstamos hipotecarios transfronterizos sería preferible que la garantía fuera accesoria de la obligación como mecanismo de protección, mientras que no podría imponerse una garantía accesoria en aquellos préstamos hipotecarios concluidos exclusivamente entre profesionales, ya que sería más útil en estos casos disponer de una hipoteca más flexible.

3) Por último, varios autores e instituciones se han preocupado en sus estudios de una garantía común a toda Europa. Así, RODRÍGUEZ DE ALMEIDA¹⁴⁸² considera que la eurohipoteca no podría tener cabida en el Derecho español por su naturaleza independiente y está a favor de flexibilizar la hipoteca hasta unos ciertos límites (hipoteca flotante) sin llegar a adquirir esa naturaleza¹⁴⁸³. Otros autores explican la estructura de la eurohipoteca y sus ventajas e inconvenientes en una posible unificación europea, como DÍEGUEZ OLIVA¹⁴⁸⁴; por el objeto de estudio (el principio de accesoria), JUBERA HIGUERO¹⁴⁸⁵ realiza una referencia sucinta a la estructura, principios y problemas que plantea la eurohipoteca; en la misma situación encontramos a PARRA LUCÁN¹⁴⁸⁶ en su estudio de las innovaciones de la Ley 41/2007; VADILLO CASERO realiza una aproximación al concepto y origen de la

International, Vol. 4, 1999, pp. 183 a 185.

¹⁴⁸⁰ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "La reforma hipotecaria desde el la perspectiva del ministerio de justicia", en *RCDI*, Núm. 702, Julio-Agosto 2007, p. 1714. En el resumen de la posición del Ministerio de Justicia en materia de eurohipoteca declara que "1.º *Eurohipoteca sí, pero eurohipoteca única no. El modelo alemán no es el mejor ni el único*".

¹⁴⁸¹ VAN ERP, S., "Surety agreements and the Principle of Accessory – Personal Security in the Light of a European Law Principle", en *ERPL*, N° 3, 2005, pp. 328 y ss.

¹⁴⁸² RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G., "Hacia la flexibilización de la hipoteca: la hipoteca flotante como nueva hipoteca de máximo", en GÓMEZ GÁLLIGO, Javier, *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 1141 a 1146.

¹⁴⁸³ Respecto a las causas que alega vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 7.1.4.

¹⁴⁸⁴ DÍEGUEZ OLIVA, Rocío, "La Eurohipoteca: luces y sombras de la pretendida unificación en materia hipotecaria", en *Berkeley Program in Law & Economics*, 2009. Disponible en <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/060509-00>. Respecto a la posición de la autora en cuanto a la eurohipoteca vid. *infra*. Epígrafe 3.

¹⁴⁸⁵ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, pp. 203 y ss.

¹⁴⁸⁶ PARRA LUCÁN, Mª Ángeles, "Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario", en *RCDI*, Núm. 711, Enero-Febrero 2009, p. 267.

eurohipoteca¹⁴⁸⁷; MARTÍN DIZ¹⁴⁸⁸ se ha referido a la vertiente procesal de una posible eurohipoteca, es decir, a la posibilidad de que ésta pueda conceptuarse como un título ejecutivo europeo; CÁMARA LAPUENTE¹⁴⁸⁹ se refiere a la importancia de la inscripción registral incluso en materias *soft law*, como la eurohipoteca o los *trusts*; MÉNDEZ GONZÁLEZ¹⁴⁹⁰ pone de manifiesto que la inversión extranjera en bienes inmuebles no tiene una relación clara con los sistemas registrales de cada Estado miembro. Las operaciones transfronterizas serían muy escasas por la fragmentación interna de la mayoría de los mercados hipotecarios europeos ante la ausencia de una eurohipoteca (no obstante, sería interesante que a una hipotética armonización de los mercados hipotecarios le acompañara también la de los sistemas registrales europeos – euroregistro-¹⁴⁹¹); MASIDE MIRANDA¹⁴⁹² comentaba que en vista de la Resolución del Parlamento europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros de 2001¹⁴⁹³ que “*no hay que descartar que, en un futuro, la armonización europea comprenda también los sistemas de transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, las garantías sobre los mismos, en concreto la «eurohipoteca», o el sistema de Registros de la Propiedad*”; ANGUITA RÍOS¹⁴⁹⁴ estudia la historia, el concepto, la utilidad y los posibles problemas de una eurohipoteca en el Derecho español, y opina que “*el tiempo intenta suavizar o corregir los inconvenientes sobre la misma institución o crear una nueva. Así sucedió con al hipoteca respecto a la posesión y a la ejecución [...] y así sucederá con la eurohipoteca*”; FÁTIMA FERREIRO¹⁴⁹⁵

¹⁴⁸⁷ VADILLO CASERO, Teresa J., “La eurohipoteca”, en *El notario del Siglo XXI*, Noviembre – Diciembre 2006, nº 10. Disponible en <http://www.elnotario.com/> (consultado el día 1 de mayo de 2010).

¹⁴⁸⁸ Ver MARTÍN DIZ, F., “Notas para la revisión del modelo de ejecución general de garantías reales inmobiliarias: hacia la Eurohipoteca”, en DE DISO, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardo y TORIJANO, Eugenia (Coords.), *Historia de la propiedad, crédito y garantía, V Encuentro Interdisciplinar*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, p. 786.

¹⁴⁸⁹ CÁMARA LAPUENTE, S., “Los sistemas registrales...”, ob. Cit., ob. Cit., p. 933.

¹⁴⁹⁰ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., “Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario”, en *RCDI*, Núm. 700, Marzo–Abril 2007, p. 601.

¹⁴⁹¹ Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado III, epígrafe 2.3.1.

¹⁴⁹² MASIDE MIRANDA, ob. Cit. Id. vLex: VLEX-328755.

¹⁴⁹³ Respecto a esta resolución, vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 5.1.

¹⁴⁹⁴ ANGUITA RÍOS, R. Mª, ob. Cit., p. 110.

¹⁴⁹⁵ FÁTIMA FERREIRO, Maria de, “A Europa e a Terra: Património ou Mercadoria?”, en Actas del 14º Congresso da Associação Portuguesa para o Desenvolvimento Local de 4 a 6 de Julho de 2008, p. 174.

nombra la eurohipoteca en su estudio en torno a los regímenes de la propiedad en la UE; CARAVACA y CARRASCOSA nombran a la eurohipoteca y afirman que “*en estos momentos, los trabajos relativos a la eurohipoteca proceden con lentitud*”¹⁴⁹⁶; y BAUR y STÜRNER opinan que la idea de una eurohipoteca es la iniciativa más importante hoy por hoy en la UE en el ámbito de las garantías inmobiliarias¹⁴⁹⁷.

La idea de una eurohipoteca también ha sido objeto de debate en diferentes congresos y seminarios, tanto de ámbito nacional, p. e. los Cursos de Verano de Aranjuez de la Universidad Rey Juan Carlos en 2007¹⁴⁹⁸ y el Seminario sobre seguridad jurídica y Derechos del consumidor, que se celebró el 16 de diciembre de 1996 en Colegio Notarial de Barcelona¹⁴⁹⁹; como internacional, p. e. en el X Congreso Internacional de Derecho registral celebrado en París en 1994¹⁵⁰⁰. Además, también ha habido repercusiones en la prensa después de la publicación del Libro Verde de 2005¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁶ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., ob. Cit., Vol II, p. 756.

¹⁴⁹⁷ BAUR, J. y STÜRNER, R., ob. Cit., pp. 939 y 940.

¹⁴⁹⁸ GÓMEZ GÁLLIGO, Javier (Dir.), «La reforma del Mercado Hipotecario», Curso de Verano de Aranjuez de la Universidad Rey Juan Carlos, 9-13 de julio 2007. Objeto de reseña por Sergio Nasarre Aznar, en *ADC*, LXI-1, Enero 2008, pp. 325 y 326.

¹⁴⁹⁹ Objeto de recensión por J. Ignacio Navas Oloriz en la revista *La Notaría*, Núm. 11-12/96, Noviembre 1996: “El diputado a Cortes por el Partido Popular y presidente de la Comisión de Economía del Congreso de Diputados, Excmo. Sr. D. Fernando Fernández de Trocóniz, que habló de lo que se ha venido en llamar la rehabilitación de hipotecas, y por último el diputado a Cortes por Unió Democràtica de Catalunya, Excmo. Sr. D. Manuel Silva, que en su magnífica intervención sobre la llamada eurohipoteca despejó algunas dudas y fijó lo deseable en una hipotética y futura regulación de dicho derecho real”. Id. vLex: VLEX-44466990.

¹⁵⁰⁰ Este Congreso “Volvió a insistir en el tratamiento del Registro Mercantil o de Comercio, pero, sobre todo, marcó una serie de criterios en materia de hipotecas. Por una parte, estudió la función de esta figura en el sistema financiero, en contraposición al sistema de crédito personal, se refirió a la relación íntima entre el crédito y su garantía, distinguió entre la hipoteca de tráfico y de seguridad, trató del tradicional problema entre la protección del acreedor hipotecario y el principio de conservación de la empresa, ratificó las ideas expuestas en Roma sobre las ventajas del mercado hipotecario secundario y admitió la existencia y conveniencia de hipotecas con efectos directos en diferentes países, sobre la base de la institución que empieza a ser denominada “eurohipoteca”, de acuerdo con ARNÁIZ EGUREN, Rafael, “La publicidad registral en el panorama mundial actual”, en *Anales (I) 1996-1997. Centro para la investigación y desarrollo del derecho registral inmobiliario y mercantil*, 1998, p. 36.

¹⁵⁰¹ Diario El País, 1 de diciembre de 2006 (“La Eurohipoteca está en camino”): “En palabras sencillas, la *eurohipoteca* es un préstamo flexible, un derecho de préstamo común para toda Europa. El Grupo de Investigación Europeo sobre la Eurohipoteca, creado en 2003, defiende que “definitivamente, después de 40 años (desde el Informe Segré) a la búsqueda de una armonización en Europa, la Comisión Europea-Mercado Interior se decida a dar el paso que marcará las grandes líneas del futuro en materia de derecho y economía y que es la creación de una *eurohipoteca*”.

4) Impacto en **organizaciones internacionales**. La Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) consideraba en 2007 que la eurohipoteca podría ayudar a incrementar el escaso porcentaje de préstamo hipotecario residencial de carácter transfronterizo¹⁵⁰².

Además, el EBRD ha establecido una serie de criterios que determinan la eficiencia de un sistema hipotecario, que serán analizados posteriormente en relación a la eurohipoteca¹⁵⁰³.

Por su parte, el Consejo Registral Inmobiliario de Centroamérica y Panamá, que tiene como objetivo impulsar la modernización y el fortalecimiento institucional de los Registros de la Propiedad y los catastros regionales, ha dado su apoyo a la creación de una **hipoteca centroamericana**. En la 5ª sesión ordinaria de esta institución, celebrada el 21 de abril de 2005 en Montelimar, Nicaragua, se acordó trabajar en un Proyecto de Hipoteca Uniforme para Centroamérica y Panamá¹⁵⁰⁴. El resultado ha sido el Tratado para la Creación e implementación de la Hipoteca Centroamericana entre las Repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá y República Dominicana¹⁵⁰⁵. Por lo tanto, la idea de un instrumento común para Europa (la eurohipoteca) ha servido como modelo para esta hipoteca centroamericana, que también admite, por ejemplo, la hipoteca de vida cartular. Las características de esta hipoteca de acuerdo con el Tratado son (arts. 2, 3, 4, 12 y 25):

a) Debe estar consignada en instrumento público otorgado ante notario, que debe contener las cláusulas mínimas acordadas por los Estados Parte.

b) Las obligaciones que garantiza han de estar descritas en este instrumento público.

¹⁵⁰² *Organisation for Economic Co-operation and Development - Economic Surveys. European Union*. Volume 17/11. Septiembre 2007, p. 96.

¹⁵⁰³ Vid. *infra*. Epígrafe 5.1.

¹⁵⁰⁴ <http://www.natlaw.com/hipcen.pdf> (consultado el día 13 de abril de 2010). En la Declaración constaba lo siguiente: "Declaración de XXVIII Cumbre de Mandatarios del SICA Ciudad de Panamá, 11 de julio de 2006 15. Los Presidentes de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Panamá, reconocen los esfuerzos que el Consejo Registral Inmobiliario de Centroamérica y Panamá (CRICAP), realiza para la creación y el funcionamiento de la Hipoteca Centroamericana, a fin de promover y brindar mayor seguridad jurídica a las inversiones inmobiliarias en sus países, cuyo desarrollo contribuirá a fortalecer la integración regional. En ese sentido, instruimos al CRICAP, que en coordinación con las instituciones nacionales competentes de nuestros países continúe con los trabajos para la elaboración de un Tratado Regional que sea el marco regulatorio de la Hipoteca Centroamericana".

¹⁵⁰⁵ Documento disponible en <http://www.sica.int/> (consultado el día 13 de abril de 2010).

c) Constituye un derecho preferente sobre cualquier otra garantía posterior, excepto sobre las constitucionalmente establecidas por los Estados parte.

d) Es constitutiva, con lo que deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad. Esta garantía adquiere prioridad desde la fecha de su presentación al Registro, condicionada a su inscripción en un período de 90 días.

e) Podrá constituirse como hipoteca simple (la garantía se constituye por el propietario en favor de un acreedor para la garantía de una obligación), abierta (se concede al deudor una apertura de crédito hasta una cantidad máxima con la posibilidad de utilizar estos fondos como considere conveniente), y en forma de carta hipotecaria, que es un instrumento *“constituido para responder por un crédito representado por una cédula, sin que nadie, aun el dueño se obligue personalmente al pago de la deuda. Es un título valor y un derecho real de garantía”*.

f) Confiere fuerza ejecutiva. El propietario puede oponerse a la ejecución por prescripción o caducidad de la hipoteca, por error en la liquidación o por encontrarse cancelada la garantía.

3.3.3. En los ordenamientos jurídicos

Hemos visto como el Libro Verde del mercado hipotecario de 2005 hacía una referencia expresa al modelo de eurohipoteca previsto en las BG. Este hecho ha tenido repercusiones en los ordenamientos jurídicos europeos, que han flexibilizado sus sistemas hipotecarios anticipándose a la respuesta final del Libro Blanco de 2007. Los Derechos francés y español son ejemplos de esta situación¹⁵⁰⁶. Sin embargo, otros ordenamientos han incorporado normativa hipotecaria pero no han llevado a cabo reformas sustanciales en cuanto a la flexibilidad de la hipoteca. Este es el caso del Derecho catalán, a pesar de que así se le había propuesto a través un Borrador de hipoteca

¹⁵⁰⁶ De acuerdo con NASARRE AZNAR, S., “Eurohypothech: Drafting a Common Mortgage for Europe”, en *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, Vol. 2, Issue 1, 2010: “In fact, following the Basic Guidelines 2005, two “traditional” mortgage systems were reformed: the French, through the *Ordinance 23-3-2006* and the Spanish one, through the *Act 41/2007*. These have some things in common: they both reconsidered their mortgage laws to make them more useful and flexible following the Basic Guidelines”, pp. 50-62.

independiente¹⁵⁰⁷.

3.3.3.1. En el Derecho español

La Ley 41/2007 incorpora novedades en el sistema hipotecario español, que son las siguientes:

1. Se introducen cambios en la **Ley 2/1994**, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios: se modifica el baremo para la fijación de los honorarios notariales y registrales, es decir, disminuye la presión fiscal de estas operaciones; se amplían las materias susceptibles de gozar de un beneficio fiscal por las partes¹⁵⁰⁸; y se altera el régimen de la comunicación de la oferta por parte de la entidad bancaria que va a ser subrogada en el préstamo hipotecario (art. 13 Ley 41/2007). Dentro del abanico de posibilidades que ofrece la Ley 41/2007 para la modificación de las condiciones del préstamo (art. 4 Ley 2/1994) se contempla la ampliación o reducción del capital, y especifica que en *“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 de la hipoteca objeto de novación modificativa”* (art. 12.2). La finalidad es evitar las consecuencias perjudiciales que la ampliación del capital causa actualmente para la hipoteca y, en particular, para su prioridad registral (art. 24 LH). Las partes, en la hipoteca ordinaria, podrán garantizar nuevos préstamos sin necesidad de constituir una nueva hipoteca o proceder a una ampliación de la ya existente, siempre y cuando el nuevo préstamo no sobrepase la garantía hipoteca estipulada (es decir, este préstamo no podrá superar, si se quiere cobijar bajo la misma cobertura hipotecaria, la diferencia existente entre la responsabilidad real de la hipoteca y la cuantía del préstamo que ha sido amortizada por parte del deudor hipotecario)¹⁵⁰⁹.

2. Se añaden nuevas disposiciones a la LH (art. 11 Ley 41/2007), con especial repercusión en la **cesión de créditos hipotecarios**, cuyos requisitos

¹⁵⁰⁷ Vid. *infra*. Epígrafe 3.3.3.

¹⁵⁰⁸ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.

¹⁵⁰⁹ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.1.1.1.2.

se equiparan a la constitución de una hipoteca, estos son, escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. No obstante, la Ley 41/2007 no especifica si son requisitos necesarios para la validez de la cesión, sino que simplemente se limita a equipararlos¹⁵¹⁰.

3. Se regula otra modalidad de hipoteca de máximo y se regula *ex novo* una nueva modalidad de hipoteca: por un lado, se modifica el art. 153 de la LH para dar cabida a otra modalidad de **hipoteca de máximo** (a través de un nuevo art. 153 *bis*), más flexible, en principio, que la hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente (art. 11.4 Ley 41/2007)¹⁵¹¹; por otro, la denominada hipoteca inversa, en virtud de la cual una persona de edad igual o mayor de 65 años percibirá una pensión hasta el día de su fallecimiento, donde los herederos del deudor hipotecario podrán cancelar el préstamo o, en caso contrario, el acreedor hipotecario podrá ejecutar la finca (Disposición Adicional 1ª)¹⁵¹².

Las modificaciones introducidas por la Ley 41/2007 tanto en la Ley 2/1994 como en la LH buscan dotar a la hipoteca de una mayor flexibilidad.

3.3.3.2. En el Derecho francés

La reforma de la legislación hipotecaria francesa tuvo lugar en la *Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés*¹⁵¹³. Esta norma buscaba flexibilizar el mercado hipotecario tomando como punto de partida el informe que la Comisión Grimaldi elaboró para tratar de ampliar la gama de productos hipotecarios y, de esta manera, permitir a los consumidores el uso de una hipoteca convencional ya constituida para garantizar posteriormente nuevos préstamos inmobiliarios¹⁵¹⁴. La *Ordonnance* intenta cumplir con estos objetivos a través de la **hipoteca rechargeable**, que permite que la hipoteca “*peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l’acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoit expressément*” (art. 2422 Code). De esta manera, es posible que el prestamista desembolse

¹⁵¹⁰ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.1.1.3.

¹⁵¹¹ Vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 4.2.1.1.2.4.

¹⁵¹² Ver al respecto SIMÓN MORENO, H., “La hipoteca inversa”, en *RCDP*, 2009, pp. 45 y ss.

¹⁵¹³ Journal Officiel du 24 mars 2006.

¹⁵¹⁴ MUÑIZ ESPADA, E., “La hipoteca de máximo del art. 153 bis Ley Hipotecaria”, en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, Mª E., ob. Cit., pp. 199 a 201.

más cantidades al deudor una vez amortizada parcialmente la obligación, sin la necesidad de constituir una nueva hipoteca.

3.3.3.3. En el Derecho catalán

3.3.3.3.1. La regulación del derecho real de hipoteca en el Libro Quinto del CCC

La regulación que el Libro Quinto del CCC dedica a la hipoteca queda reducida a tres artículos de carácter general y a recoger diversos supuestos de hipotecas propios del Derecho civil catalán. La accesoriedad de la garantía respecto a la obligación garantizada está presente en todos los derechos reales que regula (retención, prenda, hipoteca y anticresis), ya que a tenor del art. 569-1 CCC estos derechos “*pueden constituirse para asegurar el cumplimiento de una obligación principal*”, cuya redacción es similar al art. 104 LH respecto a la hipoteca¹⁵¹⁵, y porque el art. 121-8.2 CCC prevé que “*la extinción por prescripción de la pretensión principal se extiende a las garantías accesorias, aunque no haya transcurrido su propio plazo de prescripción*”. Por lo tanto, la extinción por prescripción de la acción personal (que tiene su origen en la obligación garantizada) provoca la imposibilidad de ejecutar la garantía accesoria (la hipoteca). De esta manera, el acreedor hipotecario deberá ejercitar la acción hipotecaria durante el plazo establecido para el ejercicio de las acciones personales (10 años, art. 121-20 CCC)¹⁵¹⁶.

Las disposiciones generales tratan sobre los bienes y derechos hipotecables, las obligaciones susceptibles de ser garantizadas con hipoteca y la capacidad y legitimación para constituir una hipoteca (arts. 529-27, 529-28 y 529-29 CCC), pero no aportan ninguna novedad a lo dispuesto por la legislación estatal o incluso realizan remisiones expresas a la LH (p. e. el art.

¹⁵¹⁵ En el mismo sentido, DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E., ob. Cit., pp. 416 y 417.

¹⁵¹⁶ Ver ARROYO i AMAYUELAS, E., “Article 121-8. Efectes”, en VAQUER ALOY, Antoni i LAMARCA i MARQUÈS, Albert (Eds.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2005, pp. 121 a 123. La regulación catalana, por lo tanto, acaba con la dualidad del plazo de prescripción en la legislación estatal.

569-28 CCC)¹⁵¹⁷. Las novedades se encuentran en las modalidades de hipoteca que contempla la subsección segunda de la Ley (arts. 569-30 y siguientes CCC), que son las siguientes:

a) Hipoteca *constituída por los cónyuges* (art. 569-30 CCC), sobre bienes comprados con pacto de supervivencia o sobre bienes comunes comprados en los regímenes matrimoniales de comunidad. En el primer caso, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para la constitución de la hipoteca, en congruencia con el art. 44.2.a) del *Codi de Família* de 1998 (en adelante, CF)¹⁵¹⁸. Respecto al segundo supuesto, podemos incluir como regímenes matrimoniales la comunidad de bienes (arts. 66 a 75 CF), la asociación a compras y mejoras (arts. 61 a 63 CF), el *agermanament o pacte de mig per mig* (art. 64 CF) y el *pacte de convivença o mitja gadanyeria* (art. 65 CF). El art. 70 CF exige el consentimiento de ambos cónyuges salvo que exista un pacto o disposición que admita expresamente que un solo cónyuge disponga unilateralmente de los bienes inmuebles comunes. El CC también exige el consentimiento de ambos para realizar actos de disposición en la sociedad de gananciales (art. 1377 CC), pero la jurisprudencia ha admitido un consentimiento tácito del cónyuge que no ha dado su consentimiento expreso a la enajenación llevada a cabo por el otro cónyuge, p. e. por permanecer pasivo sin oponerse a ella (STS de 2 de julio de 2003¹⁵¹⁹). Por otra parte, acudiendo a la regla general de constitución de la hipoteca por el apoderado (art. 569-29 CCC, en cuya virtud “*si la hipoteca se constituye por medio de apoderados, los poderes deben contener expresamente la facultad de hipotecar, tanto si es en poderes especiales como en poderes generales*”), debería poder incluirse el poder otorgado por uno de los cónyuges dentro del “pacto o disposición” a que hace referencia el art. 569-30 CCC. Para el resto de regímenes matrimoniales también se requiere de forma general el consentimiento de ambos cónyuges¹⁵²⁰.

b) Hipoteca sobre la *vivienda familiar o común del matrimonio o de la*

¹⁵¹⁷ “Puede constituirse una hipoteca en garantía de todas las clases de obligaciones, de acuerdo con lo establecido por la legislación hipotecaria y con lo que, para cada caso, dispone la subsección segunda”.

¹⁵¹⁸ DOGC 23 julio 1998, núm. 2687, [pág. 9132].

¹⁵¹⁹ RJ 2003\4461.

¹⁵²⁰ GINEBRA MOLINS, M^a Esperanza, “Art. 569-30. Comentario”, en GINER GARGALLO, A. (Dir.), Tomo III, ob. Cit., pp. 1939 a 1941.

unión estable de pareja (art. 569-31 CCC). El consentimiento del otro cónyuge o conviviente es necesario si se desea constituir una hipoteca sobre los derechos o participaciones que ostenta en virtud de la copropiedad de la vivienda familiar, o en su defecto consentimiento judicial. Tal previsión ya existe en el art. 9 CF, con independencia del régimen económico matrimonial. Y ello tanto si el conviviente es titular o no de algún derecho sobre el bien que se desea hipotecar.

c) Hipoteca del *usufructo legal de los cónyuges viudos* que le corresponde en la sucesión intestada de su cónyuge premuerto (art. 569-32 CCC). Esta hipoteca también puede extenderse al usufructo universal reconocido al conviviente sobreviviente¹⁵²¹. El art. 108 LH prohíbe constituir una hipoteca sobre los usufructos legales, excepto el concedido al cónyuge viudo por el CC (arts. 834 y siguientes). La previsión del art. 539-2.2 CCC remite a la regulación propia del derecho de usufructo del CCC en cuanto a la pérdida de tal derecho y la extinción automática de la hipoteca, salvo que los nudos propietarios hayan consentido su constitución, en cuyo caso se extiende al pleno dominio.

d) Hipoteca sobre los *derechos resultantes de la venta a carta de gracia* (art. 569-33 CCC). El derecho de redención o de recuperación del bien vendido a carta de gracia puede hipotecarse si la duración de la hipoteca no es superior al plazo fijado para ejercerlo. Este derecho puede ser gravado con hipoteca pues es un derecho que tiene un carácter real (arts. 326.2 y 4 de la *Compilació de Dret Civil de Catalunya*, en adelante CDCC)¹⁵²². El carácter indivisible del derecho a redimir provoca que si se vendieron diversos inmuebles a carta de gracia deba repartirse la responsabilidad hipotecaria entre las fincas vendidas (arts. 119 LH y 216 RH)¹⁵²³.

e) Hipoteca del *derecho de superficie* (art. 569-34 CCC), tanto si lo han concedido entes públicos como si lo han concedido personas privadas. El derecho de vuelo también puede ser hipotecado aunque no lo cite

¹⁵²¹ GINEBRA MOLINS, M^a E., "Art. 569-32. Comentario", en GINER GARGALLO, A. (Dir.), ob. Cit., Tomo III, p. 1949.

¹⁵²² Decreto Legislativo 1/1984, de 19 julio, de 19 de julio, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña (DOGC 27 julio 1984, núm. 456).

¹⁵²³ MURO VILLALÓN, J., "Art. 569-33. Comentario", en GINER GARGALLO, A. (Dir.), ob. Cit., Tomo III, p. 1955.

específicamente este precepto, de acuerdo con el 567-2.1c) CCC que, al contrario que el derecho de superficie, atribuye lo que se construya a su titular de forma definitiva¹⁵²⁴.

f) Hipoteca en *garantía de pensiones compensatorias y en garantía de alimentos* (arts. 569-36 y 37 CCC). La primera se prevé a favor de los cónyuges, que en caso de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial pueden exigir que se les garantice la percepción de la pensión por medio de una hipoteca sobre los bienes de los cónyuges deudores. Su regulación no difiere de la contemplada en el art. 157 LH que recoge la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas. Del texto del articulado parece desprenderse que nos encontramos ante una hipoteca legal de constitución expresa (los cónyuges pueden exigirla), pero no se pronuncia expresamente¹⁵²⁵. La segunda se regula para asegurar la obligación de prestar alimentos a los parientes que tengan derecho a los mismos, y quedará sometida a las reglas de la hipoteca en garantía de pensiones compensatorias del CCC. En este caso es el juez quien debe admitir la constitución de la hipoteca sin que el acreedor tenga el derecho a exigirla (art. 569-37 CCC).

g) Hipoteca en garantía de *pensiones periódicas* (art. 569-38 CCC). La obligación de pagar la pensión periódica derivada de la constitución de un censal o de una pensión vitalicia puede garantizarse con una hipoteca. El CCC remite a la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas de la LH (art. 157).

h) Hipoteca por *razón de tutela o administración patrimonial* (art. 569-39 CCC). La caución exigible judicialmente por razón del ejercicio de un cargo tutelar (en base al art. 189 CF) o de una administración patrimonial (donde podría incluirse de igual forma la patria potestad ex art. 145 CF) puede consistir en:

- Una hipoteca de máximo en garantía de las indemnizaciones y obligaciones de los tutores en el ejercicio de su cargo.
- Una hipoteca unilateral, que debe ser aprobada, si procede, por la

¹⁵²⁴ MURO VILLALÓN, J., "Art. 569-34. Comentario", en GINER GARGALLO, A. (Dir.), ob. Cit., Tomo III, p. 1962.

¹⁵²⁵ GINEBRA MOLINS, M^a E., "Art. 569-36. Comentario", en GINER GARGALLO, A. (Dir.), ob. Cit., Tomo III, p. 1969.

autoridad judicial.

- Un expediente de toma de posesión del cargo de tutor o tutora o administrador o administradora patrimonial.

i) Hipoteca por razón de *reserva vidual* (art. 569-40 CCC). Puede exigirse, en garantía del valor de los bienes muebles reservables, la constitución de una hipoteca legal de máximo sobre cualquier bien inmueble de los reservistas que sea suficiente para garantizar dicho valor. Dicha previsión se encuentra recogida en la LH en el art. 168 (“*tendrán derecho a exigir la constitución de hipoteca los reservatarios sobre los bienes de los reservistas en los casos señalados por los artículos 811, 968 y 980 del CC y en cualesquiera otros comprendidos en leyes o fueros especiales*”). El CCC añade que la publicidad en el Registro de la Propiedad se ha de realizar por nota marginal.

j) Hipoteca sobre los *derechos de adquisición preferente*, siempre y cuando tengan un carácter real (art. 569-35 CCC). Estos derechos son el de opción, tanteo y retracto (art. 568.1 CCC), que tienen tal naturaleza al contrario que en el derecho estatal, a salvo del retracto que sí puede ser hipotecado (art. 107.8 LH)¹⁵²⁶. La novedad más importante de este precepto es la posibilidad de hipotecar cualquier tipo de arrendamiento con opción de compra, que recae sobre este derecho en su conjunto. Esta previsión supone aceptar la hipotecabilidad del *leasing*¹⁵²⁷.

k) Hipoteca en caso de *sustitución fideicomisaria* (art. 569-41 CCC). Debe fijarse, si la caución a que se refiere el art. 426-21 CCC es hipotecaria, una cantidad máxima de responsabilidad de los fiduciarios en garantía de los bienes muebles objeto de fideicomiso, de la indemnización por los daños y perjuicios causados por los fiduciarios a dichos bienes y de las costas.

Aunque expresamente no se haga mención de la modalidad de hipoteca, puede deducirse que el fideicomisario será titular de una hipoteca de máximo.

l) Hipoteca en garantía de la *obligación de urbanizar* (art. 569-42 CCC), que busca asegurar al ayuntamiento o al órgano actuante la obligación de urbanizar que tienen los promotores de los planes de iniciativa particular. Esta iniciativa se encuentra recogida en el art. 96 del Decreto Legislativo 1/2005, de

¹⁵²⁶ Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 3.1.7.

¹⁵²⁷ MURO VILLALÓN, J., “Art. 569-35. Comentario”, en GINER GARGALLO, A. (Dir.), ob. Cit., Tomo III, p. 1965.

26 de julio, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de urbanismo¹⁵²⁸. Esta hipoteca puede constituirse unilateralmente y queda pendiente de ser aceptada por la administración actuante como hipoteca de máximo, en el plazo de 2 meses desde su constitución aplicando las reglas del art. 141 LH. Además, la garantía debe constituirse por un valor suficiente para cubrir el importe del porcentaje exigido por la legislación urbanística del valor de las obras de urbanización, que se trata de un 12% (art. 101.3 DL 1/2005); o de una cantidad menor si se completa con otra garantía. La administración actuante puede aceptarla mediante escritura pública o documento administrativo, requisito no exigido por la LH, pero sí que se hará constar en el Registro por nota marginal (art. 141 LH).

De especial interés es la previsión del art. 569-42.5 CCC: *“Si el proyecto de reparcelación o distribución equitativa tiene por objeto la ejecución de una unidad comprendida en el ámbito territorial de un plan de ordenación de iniciativa particular, la aprobación definitiva del proyecto en el que se hace constar que las fincas resultantes se afectan al pago del saldo de la liquidación de los gastos de urbanización y de los demás gastos del proyecto o que se ha constituido una garantía suficiente de la obligación de urbanizar ante el órgano actuante implica la cancelación de la hipoteca constituida por los promotores del plan de iniciativa particular en garantía de las obras de urbanización”*.

Tiene una gran importancia el hecho de que se prevea la cancelación de la hipoteca una vez aprobado el proyecto pero, a su vez, se afecten las diversas fincas resultantes de la reparcelación a los gastos de urbanización que se originen. No se determina en este caso el alcance de esta *afección* y si podríamos encontrarnos ante una carga inmobiliaria táctica, pues no tiene publicidad registral, y si podría tener un rango superior a otros derechos reales inscritos, como la hipoteca (art. 90.2 LC).

Esta afección tiene como beneficiario al órgano actuante, que si se adopta el sistema de compensación básica (art. 115.4 RD 1/2005) recae sobre la junta de compensación, que es una agrupación de los diversos propietarios afectados por la reparcelación (art. 124 RD 1/2005). Precisamente, los

¹⁵²⁸ DOGC núm. 4436, de 28-07-2005, pp. 23360-23398. Art. 96.1: “La iniciativa privada puede formular planes especiales urbanísticos, planes de mejora urbana y planes parciales urbanísticos de acuerdo con el planeamiento urbanístico general aplicable”.

propietarios se sitúan como sujetos pasivos de las fincas una vez finalizada la reparcelación¹⁵²⁹.

3.3.3.3.2. El Borrador del Proyecto de Ley de hipoteca independiente para Cataluña

En marzo de 2002 se presentó al *Observatori de Dret Privat de Catalunya*, a instancias de éste, la propuesta de regulación de una **hipoteca independiente** para Cataluña¹⁵³⁰. El Borrador guarda semejanzas con los principios que inspiran la eurohipoteca, aunque con un planteamiento más rígido en algunos aspectos:

1. La propuesta definía la hipoteca independiente como “*derecho real necesariamente no accesorio a ninguna obligación*” (art. 1). Se apostaba de esta forma por superar la estrecha vinculación que existe actualmente entre garantía y obligación asegurada¹⁵³¹, es decir, lo que estipula el vigente art. 569-1 CCC.

Sin embargo, este postulado no es absoluto, pues cuando la hipoteca persiga funciones de garantía –aunque en la Memoria se especifique que puede cumplir otras funciones, como la compraventa, no se especifican en el articulado, con lo que la función de garantía debe ser considerada como la más común–, la conexión entre ambos elementos se llevaría a cabo a través del denominado contrato de garantía –en un principio, obligatorio según se desprende del Borrador–, que recogería las condiciones de ejercicio del derecho real y permitiría en este caso hablar de una accesoriedad contractual u obligacional, en vez de legal. En este sentido, se acoge la misma solución prevista para la eurohipoteca.

¹⁵²⁹ Art. 118.2 RD 1/2005: “En virtud de la reparcelación, y una vez hecha, si procede, la agrupación de las fincas afectadas, se adjudican a las personas propietarias las parcelas resultantes, en proporción a sus derechos respectivos, y se adjudican al ayuntamiento y a la administración actuante, si procede, los terrenos y las parcelas que les corresponden, de acuerdo con esta Ley y con el planeamiento urbanístico”.

¹⁵³⁰ A cargo del Dr. Sergio Nasarre Aznar, Profesor de Derecho civil en la Universidad Rovira i Virgili, a petición del Observatori de Dret Privat de Catalunya.

¹⁵³¹ Este vínculo se observa con claridad en el hecho de que la hipoteca nace con la obligación, vive con ésta y muere cuando la obligación se extingue, sin perjuicio de algunas situaciones en las cuales la obligación puede no estar totalmente determinada *ab initio* (p. e. en las hipotecas de seguridad), o incluso puede que exista registralmente una hipoteca aunque en la realidad jurídica extrarregistral ya se haya extinguido (p. e. por la falta de cancelación de la hipoteca, a pesar de haberse amortizado todo el crédito). Vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 2.

2. La importancia del contrato de garantía se refleja en el Borrador en el art. 14. Este contrato debería contener una serie de menciones mínimas *ex lege* para proteger al propietario de la ausencia de una accesoriadad legal, sin perjuicio de las cláusulas y pactos que pudieran insertar las partes de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad (art. 111-6 CCC, que regula el principio de libertad civil). Este contenido coincide en su mayor parte con el previsto en la eurohipoteca¹⁵³², pero difiere en algunos aspectos. Así, existe en el Borrador la obligación de determinar si las amortizaciones realizadas por el deudor o el propietario de la finca tienen por objeto la obligación garantizada o la hipoteca independiente (g). Por otra parte, debería pactarse el destino del remate en sede de ejecución cuando el producto obtenido es superior a la obligación garantizada (f), aunque esta previsión podría ir en contra de las normas de derecho procesal al tratarse de normas de orden público que regulan específicamente esta cuestión (las BG delegan el proceso de ejecución a cada uno de los Estados miembros en base a la *lex fori regit processum* – apartado 8.6 BG).

3. El carácter contractual de la relación entre acreedor y propietario implica una responsabilidad por daños y perjuicios si el titular de la hipoteca no respeta las condiciones establecidas en el contrato de garantía (art. 15.1). Un aspecto que no soluciona el Borrador (y al cual la eurohipoteca sí que da diversas soluciones al respecto, apartado 5.6) es la vinculación a terceros de las cláusulas del contrato de garantía cuando se ceda la garantía de forma aislada, dado que este contrato estaría sujeto a una forma determinada (*“el contracte de garantia no requereix forma especial”*, art. 12.2), y no podría ser vinculante a terceros mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 38 LH).

4. Su naturaleza jurídica permitiría al propietario decidir el destino de la hipoteca desde su constitución, que puede ser unilateral sin necesidad de la existencia de un acreedor *ab initio* (art. 1.3). Las BG también prevén la eurohipoteca de propietario, si bien cabe la posibilidad de que la ley nacional

¹⁵³² Entre las cuales encontramos la finalidad de garantía en virtud de la cual se celebra el contrato, con el compromiso por parte del acreedor de utilizar la hipoteca independiente sólo con la finalidad de garantizar aquella obligación (a); la concesión al propietario de la finca grava una acción de recuperación de la hipoteca (b); las condiciones para la cancelación o para la reducción parcial (c); o los supuestos en los cuales el acreedor podrá ejecutar la garantía y el nivel de tolerancia (e).

exija un acuerdo entre el propietario y acreedor para la constitución de la garantía (apartado 3.1 BG).

5. La hipoteca podría adoptar un carácter registral o cartular. En este último caso, la hipoteca se convertiría en un bien mueble que podría constituirse y transmitirse sin necesidad de inscripción registral, publicitando su constitución por nota marginal en el Registro de la Propiedad (art. 6). Una previsión similar la encontramos en las BG (apartado 3.3). El Borrador establece tres posibilidades para el legislador, dada la dificultad de introducir una hipoteca de vida cartular en nuestro actual sistema hipotecario:

a) No prever esta clase de hipoteca, de manera que la hipoteca siempre tendría vida registral.

b) Regularla de forma similar a la *Grundschild* alemana¹⁵³³ al ser un término medio entre ambas modalidades -registral y cartular-: es un documento pero no un título-valor, de manera que si el acreedor hipotecario quiere tener una acción ejecutiva de carácter personal, se debería pactar entre las partes.

c) Regularla como la *Schuldbrief* suiza, que es un título-valor que incorpora tanto una acción ejecutiva como personal.

6. La transmisión de la hipoteca no implicaría necesariamente que la obligación garantizada siguiera sus pasos (art. 10.1), lo que otorgaría una mayor flexibilidad al tráfico. La posibilidad de ceder la obligación y la garantía a dos acreedores distintos es un extremo no contemplado en el contrato de garantía y que el propio art. 15 del Borrador considera como causa específica que da origen a una responsabilidad por daños y perjuicios por parte del acreedor¹⁵³⁴. Cuando ambas transmisiones se realicen conjuntamente a favor de otro titular, se exige como *conditio sine qua non* que el transmitente sea titular del derecho de crédito y que se comunique al deudor (art. 10.2).

7. Se concede al propietario, en el caso de que las obligaciones garantizadas estén total o parcialmente satisfechas, la posibilidad de su recuperación total o parcial (arts. 21.1 y 21.2), facultad que forma parte del contenido mínimo del contrato de garantía. En estos casos, el acreedor

¹⁵³³ Ver respecto a la *Grundschild* el capítulo 5º, apartado I, epígrafe 3.

¹⁵³⁴ Art. 15: "En cas d'incompliment de les estipulacions del contracte de garantia, l'infractor serà responsable pels danys i perjudicis. El mateix succeirà si el creditor deslliga la hipoteca independent de l'obligació garantida, al-llenant-los cadascun a tercers diferents".

hipotecario está ostentando fiduciariamente ese exceso a favor del propietario de acuerdo con la Memoria del Borrador. En caso de recuperación parcial, la hipoteca subsistiría en manos del propietario de la finca gravada en la parte satisfecha y tendría el rango hipotecario inmediatamente posterior del que goza la parte de la hipoteca independiente aún no satisfecha (la parte que aún se encuentra en manos del acreedor). Esta previsión podría indicar que entre los posibles diversos titulares de la hipoteca contractualmente accesoria existiría un rango hipotecario al que podría aplicarse el principio registral *prior in tempore potior in iure* (art. 24 LH), de la misma forma que cuando concurren otros derechos reales por remisión del art. 2 del Borrador a la legislación hipotecaria en todo aquello no regulado expresamente por éste.

El Borrador también recoge la institución de la fiducia en beneficio del titular de la hipoteca con fines de refinanciación hipotecaria¹⁵³⁵. La naturaleza contractualmente accesoria de la eurohipoteca permitiría llevar a cabo de forma eficiente estas operaciones a través de un *eurotrust*¹⁵³⁶.

8. El propietario que grava su bien inmueble mediante la constitución de la hipoteca contractualmente dependiente podría verse ejecutado por un título personal directamente ejecutable por el acreedor, siempre y cuando exista su consentimiento expreso (arts. 5.3 y 16.2). Este título también se prevé en el apartado 8.5 BG.

9. La hipoteca puede gravar diversas fincas en garantía de una única obligación. En ese caso, y en defecto de pacto expreso por las partes, cada una de ellas respondería por todo el montante de la hipoteca (art. 7). En el Borrador esta clase de hipoteca recibe el nombre de colectiva, que también está prevista en las BG (apartado 3.5 BG).

10. La hipoteca no se extinguiría por confusión de derechos (ya que se admite la hipoteca de propietario), siendo las únicas causas de extinción su ejecución y su cancelación. En la eurohipoteca se contempla de forma expresa que en el caso de amortización total o parcial el propietario pueda optar entre tres soluciones diferentes: su redención, extinción o transferencia a otro titular (apartado 4.3 BG). En el Borrador se recoge la posibilidad de recuperación o de

¹⁵³⁵ Art. 15.2: “En qualsevol cas, el creditor pot realitzar les operacions de finançament i de refinançament hipotecari que admetin les lleis, incloent les operacions de naturalesa fiduciària”.

¹⁵³⁶ Ver al respecto *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 5.

reducción de la responsabilidad del Registro de la Propiedad, pero la extinción y la posibilidad de transferencia a otro acreedor son facultades que no se establecen de forma expresa en favor del propietario sino que se estaría a lo dispuesto en el contrato de garantía (art. 14.d).

3.3.3.3. Conclusiones

I. El legislador catalán no actúa sobre la accesoriedad de la hipoteca dotándola de una mayor flexibilidad, como sí lo hace la Ley 41/2007 a través de la hipoteca reutilizable y la hipoteca de máximo del art. 153 bis LH¹⁵³⁷. Esta fue una de las críticas de PAU PEDRÓN a la regulación de la hipoteca en el CCC, que la calificó de fragmentaria y lamentó que el legislador catalán no hubiera previsto la hipoteca unilateral abogando por una hipoteca independiente y una ruptura de la accesoriedad de la hipoteca¹⁵³⁸. De hecho, el decaído Borrador de 2002 ya preveía una hipoteca que guarda fuertes similitudes con la eurohipoteca.

II. Si se observan las diversas modalidades de hipoteca reguladas en el CCC, llegamos a las siguientes conclusiones:

1. En ocasiones se especifica la naturaleza de la hipoteca a constituir por las partes implicadas (hipoteca de máximo en la hipoteca *por razón de tutela o administración patrimonial* –art. 569-39.1 CCC y *por razón de reserva viudal* –art. 569-40 CCC, e incluso en alguna modalidad de hipoteca se hace referencia a la constitución de una hipoteca unilateral (hipoteca *por razón de tutela o administración patrimonial* –art. 569-39.2 CCC- y *en garantía de la obligación de urbanizar* –art. 569-42.2 CCC-). En el resto de modalidades las partes deberán elegir la modalidad de hipoteca -ordinaria o de seguridad-¹⁵³⁹.

2. Sin embargo, el CCC no va más allá: ni regula en profundidad estas dos modalidades de hipoteca, que tácitamente reenvía al derecho estatal en cuanto a su constitución y funcionamiento (arts. 141, 142, 143 y 153 bis LH); ni aclara en determinados supuestos si nos encontramos o no ante una hipoteca legal

¹⁵³⁷ Ver al respecto *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.1.1.1.2 y capítulo 5º, apartado I, epígrafe 4.2.1.1.2.1.

¹⁵³⁸ PAU PEDRÓN, A., *La hipoteca en el libro quinto del Código Civil de Cataluña*, Ponencia en las XIV Jornades de Dret Català a Tossa, 21 i 22 de setembre de 2006.

¹⁵³⁹ Ver respecto a estas modalidades *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 4.2.1.1.

(p. e. en la hipoteca en *garantía de pensiones compensatorias* –art. 569-36 CCC-).

3. El legislador catalán podría haber optado por una modalidad única de hipoteca que, además de englobar a todas las modalidades previstas ya en él, supusiese un avance en el crédito territorial, favoreciendo todo tipo de operaciones hipotecarias tanto para acreedores hipotecarios como para deudores hipotecarios, como podría ser la hipoteca contractualmente dependiente siguiendo el modelo de eurohipoteca.

4. La eurohipoteca y el Libro Blanco de 2007

En los apartados anteriores hemos constatado los siguientes hechos: a) que no podemos hablar actualmente de un mercado hipotecario europeo real; b) que las medidas adoptadas por el Libro Blanco de 2007 y los demás mecanismos de convergencia no permiten, por el momento, alcanzar este objetivo; y c) que la idea de una eurohipoteca ha sido apoyada, directa o indirectamente, en el ámbito doctrinal, comunitario y estatal.

A continuación, analizaremos en qué medida la eurohipoteca puede ser un instrumento que ayude a la UE a conseguir un mercado hipotecario europeo.

En primer lugar, la eurohipoteca permitiría alcanzar los objetivos previstos en el **Libro Blanco** de 2007 de una forma más eficiente:

a) En cuanto a facilitar la oferta y financiación transfronterizas de préstamos hipotecarios, la eurohipoteca es un instrumento que ayudaría a eliminar los obstáculos jurídicos y económicos que impiden alcanzar un verdadero mercado hipotecario europeo. Los prestamistas y prestatarios podrían utilizarla en sus operaciones transfronterizas minimizando riesgos y costes y facilitando la confianza mutua.

b) Respecto a la gama de productos hipotecarios, la eurohipoteca podría ser un producto estándar con una estructura preestablecida donde quedasen claros los aspectos más relevantes de la garantía, de tal forma que el asesoramiento del prestamista al consumidor sobre el producto hipotecario ya sería suficiente, sin la necesidad de invertir tiempo y costes en averiguar su regulación en cada Estado miembro.

c) La eurohipoteca no tendría una incidencia directa sobre el objetivo de aumentar la confianza de los consumidores, pero a lo que sí que ayudaría un instrumento común es a hacer más reconocibles las operaciones para ambas partes, especialmente las transnacionales, facilitando así la transparencia.

d) Por último, en cuanto a facilitar la movilidad del cliente, la eurohipoteca no prevé ningún tipo de vinculación para el consumidor (*tying practices*), el cual puede cambiar de acreedor fácilmente. La eurohipoteca ofrecería un régimen estándar y la posibilidad al deudor hipotecario de negociar libremente la concesión de un préstamo con otro prestamista gracias a su reducibilidad, total o parcial, y a su reutilización (a diferencia p. e. del art. 2.4 Ley 2/1994, modificado por la Ley 41/2007).

Por lo tanto, las acciones de la UE sientan las bases para una integración de los mercados hipotecarios, al fomentar una mayor protección al consumidor, una mayor variedad de productos hipotecarios, un régimen transparente de publicidad de los derechos reales inmobiliarios que recaen sobre una finca y un procedimiento eficaz de ejecución. Pero estas actuaciones sólo permiten alcanzar los objetivos anteriores de **forma parcial**¹⁵⁴⁰. La eurohipoteca permitiría alcanzarlos de una forma plena. Además, esta garantía también ayudaría a superar otras barreras al préstamo hipotecario transfronterizo identificadas por este informe. En este sentido, el FGMC alentaba a la Comisión en 2004 a explorar el concepto de eurohipoteca para promover la integración de los mercados de capitales¹⁵⁴¹, y así lo hizo en el Libro Verde de 2005¹⁵⁴². Esta garantía, que no conllevaría cambios sustanciales en las legislaciones de los Estados miembros, podría aportar de acuerdo con el FGMC las siguientes ventajas¹⁵⁴³:

a) Evitar costosas averiguaciones de las legislaciones hipotecarias de cada Estado miembro.

¹⁵⁴⁰ La doctrina entiende no obstante que la política marcada por el Libro Blanco “quizás sea ésta la vía más adecuada, la de superación de cada una de las barreras jurídicas, económicas y políticas con las que se encuentra el crédito transnacional en lugar de una intervención directa y soluciones globales sobre el mercado el crédito hipotecario”, ver DIEGUEZ OLIVA, ob. Cit., p. 14.

¹⁵⁴¹ *The integration of the EU Mortgage Credit Markets*, apartado 38, p. 6.

¹⁵⁴² Vid. *supra*. Epígrafe 1.

¹⁵⁴³ *The integration of the EU Mortgage Credit Markets*, apartado 117, pp. 30 y 31.

- b) Reducir las diferencias formales existentes.
- c) Ofrecer una hipoteca en garantía de más de una obligación.
- d) Facilitar la transmisión de la hipoteca así como de la finca.
- e) Conocer los requisitos para la creación de garantías transfronterizas así como para la gestión de fondos de titulización.
- f) Permitir la creación de bancos sindicados.

De esta manera, la eurohipoteca ayudaría a superar los siguientes problemas identificados por el *Oliver Wyman Report* de 2003: 1) la diversidad de legislaciones nacionales en el ámbito de las garantías reales inmobiliarias, que crea en los prestamistas inseguridad, riesgo y falta de confianza a la hora de estructurar estas operaciones, lo que se traduce usualmente en un aumento del tipo de interés a pagar por el deudor¹⁵⁴⁴; 2) la dificultad para ceder préstamos de forma transfronteriza; y 3) todo lo anterior repercutiría favorablemente en la estructura de costes de la entidad prestamista, que se vería reducida al poder utilizar una estructura idónea con la que conceder préstamos transfronterizos con las máximas garantías para los consumidores y usuarios (a mayor cantidad de préstamos mayores beneficios a corto plazo). La integración de los mercados hipotecarios en la UE aportaría seguridad para los prestamistas a la hora de conocer la regulación de la hipoteca en otros mercados y favorecería la seguridad jurídica en el préstamo transfronterizo, tanto en las operaciones activas (préstamos) como pasivas (refinanciación hipotecaria).

No obstante, la eurohipoteca no podría por sí misma eliminar algunos de los obstáculos previstos por el *Oliver Wyman Report* de 2003, que precisarían en consecuencia de otras actuaciones adicionales:

- a) Es importante una armonización de los sistemas registrales de los Estados miembros, que tienen una influencia decisiva en el mercado hipotecario y en el modo de constituir las hipotecas. Su principal función es ordenar la propiedad inmueble y otorgar seguridad jurídica a los terceros que quieran operar con ella en el tráfico jurídico. Como ya se ha dicho, nuestra preferencia es optar por un sistema registral de derechos (eurorregistro), empezando con la adhesión de los Estados miembros a la plataforma

¹⁵⁴⁴ RANK, W., ob. Cit., pp. 205 y 206.

EULIS¹⁵⁴⁵. En este sentido, tanto JARDIM¹⁵⁴⁶ (especialmente para la eurohipoteca) como DI LUIGI¹⁵⁴⁷ (en general para los derechos reales de garantía) también recomiendan un Registro a nivel europeo que de confianza a las transacciones transfronterizas.

b) Una eurohipoteca no podría ayudar a tener una moneda común (el euro), cuya adopción dependería de la voluntad política de los Estados miembros de la UE que no la han adoptado todavía como moneda oficial (p. e. Dinamarca o Reino Unido).

c) El coste fiscal y las políticas de fusiones y adquisiciones dependen de la política interna de cada país. Un informe elaborado por la *European Mortgage Federation* refleja que los costes totales para el adquirente de una vivienda con préstamo hipotecario son aproximadamente un 5% del valor total de la propiedad¹⁵⁴⁸. Estos costes son de diversa naturaleza, p. e. notariales, registrales, de tasación de la propiedad e impuestos, y tienen un impacto negativo en el mercado de vivienda. Los encargados del informe destacan que “*lower transactions would help foster a more efficient housing market, which would better meet the needs of home-buyers and home sellers*”¹⁵⁴⁹.

De esta manera, y con exclusión de aquellas materias fiscales que no entran dentro del ámbito del Derecho privado, podrían superarse a través de la eurohipoteca las barreras actuales a la integración de los mercados hipotecarios. Esta garantía posibilitaría que un ciudadano pudiera pedir un préstamo hipotecario no sólo en el Estado de destino sino en su propio Estado miembro, al ser una garantía común a toda Europa. La adquisición de bienes inmuebles es un elemento clave en la libertad de establecimiento, que podría facilitarse sin lugar a dudas a través de un instrumento como la eurohipoteca.

¹⁵⁴⁵ Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado III, epígrafe 2.3.1.

¹⁵⁴⁶ JARDIM, M., ob. Cit., *A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus*.

¹⁵⁴⁷ “In order to ensure transparency and information about the debtor wealth (therefore a better assessment of risks), a European register for security rights/interests is probably necessary in the short term. It may be possible to create an electronic register online to which national registers transfer the registration of security rights/interests in real time, with the possibility of reading the data inserted at least in the European official languages if not in all the European languages (translation of data may be automatic; it may be done through electronic translators by setting in advance the correspondence vocabulary”, ver DI LUIGI, M. C., ob. Cit., p. 546.

¹⁵⁴⁸ *Study on the Cost of Housing in Europe*, pp. 11 y 12. Disponible en <http://www.hypo.org> (consultado el día 13 de abril de 2010).

¹⁵⁴⁹ *Study on the Cost of Housing in Europe*, p. 17.

El empresario que ha empezado su actividad empresarial en otro Estado miembro a través de una sociedad anónima europea podría ofrecer en un primer momento a las empresas que le suministran servicios una hipoteca constituida de acuerdo a la normativa de su propio Estado miembro, lo que les provocará desconfianza, p. e. al no conocer los derechos que les asisten en caso de impago de la deuda. La solución reside en la posibilidad de ofrecer un instrumento común, con una estructura clara para ambas partes, que pudiera ser constituida tanto en el Estado donde reside el empresario como en el que residen los prestadores de servicios. Todas estas transacciones incidirían en la libre circulación de capitales en la UE.

En definitiva, la **eurohipoteca** es el instrumento que permitiría alcanzar en mejores condiciones los objetivos del Libro Blanco de 2007 y superar la mayoría de las barreras identificadas por el *Oliver Wyman Report* de 2003 para conseguir un mercado hipotecario europeo, en particular la diversidad de sistemas hipotecarios nacionales. En este sentido se pronuncian DROBNIG y VON BAR¹⁵⁵⁰ al afirmar que *“the present divergencies of security regimes are not compatible with a fully effective internal market which demands removal of all artificial barriers to competition”*. La doctrina defiende la necesaria e inevitable armonización o unificación del derecho sustantivo a nivel europeo en el ámbito de las garantías reales para superar estos obstáculos¹⁵⁵¹.

5. La estructura eficaz y eficiente de la eurohipoteca en operaciones tanto activas como pasivas

La eurohipoteca es un instrumento que además de redundar en beneficio del mercado interior ofrecería las siguientes características:

a) Es **paneuropea**, es decir, la eurohipoteca sería un instrumento común en toda la UE y los prestamistas y consumidores podrían residir en diferentes Estados miembros. La eurohipoteca también podría utilizarse en un contexto local, pero su utilidad se encuentra sin lugar a dudas en el préstamo hipotecario transfronterizo.

¹⁵⁵⁰ VON BAR, C. y DROBNIG, U., ob. Cit., p. 469.

¹⁵⁵¹ RANK, W., ob. Cit., pp. 205 y 206.

b) Es **flexible**, ya que gracias a su naturaleza contractualmente dependiente podría dar una respuesta eficiente a los casos más habituales del mercado hipotecario¹⁵⁵². De esta forma, el propietario tendría la posibilidad de garantizar más de una obligación con el mismo acreedor al mismo tiempo y, además, poder utilizar la garantía con uno o más acreedores. Por lo tanto, varios préstamos con varios acreedores con la misma eurohipoteca. Además, sería posible aprovechar el máximo valor de una o varias fincas por parte del propietario otorgándole la posibilidad de utilizar la garantía una vez la obligación haya sido parcialmente satisfecha, ya sea para fines de garantía u otras finalidades. La eurohipoteca es un reflejo del valor económico de la finca¹⁵⁵³. Estas posibilidades son beneficiosas para la dinamización de cada economía relacionada con bienes inmuebles en toda Europa.

c) Es **segura**, tanto para el prestamista como para el prestatario. La eurohipoteca es un instrumento que no busca ser un producto de las características comunes de los diferentes Estados miembros, sino que intenta ser un modelo lo más eficaz y eficiente posible. Éste también ha sido el propósito de la guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional sobre las operaciones garantizadas¹⁵⁵⁴. Con el término eficacia hacemos referencia a la fortaleza la garantía. La eurohipoteca permitiría como en esta guía la existencia simultánea de garantías reales con mayor o menor preferencia sobre un mismo bien, y protegería al acreedor hipotecario en el sentido de podría ejecutar la garantía para cobrar la deuda en las mejores condiciones posibles. Con el término eficiencia hacemos referencia a la flexibilidad de la garantía. En este sentido, la guía legislativa afirma que un sistema hipotecario debería estar estructurado de tal manera que permitiera a las empresas obtener crédito sacando el máximo provecho del valor de sus bienes inmuebles. Aplicado este principio a la eurohipoteca, ésta debería representar el valor económico del bien inmueble y adaptarse a las necesidades de prestamistas y prestatarios, lo que resulta demostrado al dar una solución óptima a los casos más habituales en el mercado hipotecario¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵² Vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 4.

¹⁵⁵³ NASARRE AZNAR, S., "Eurohypothec & Eurotrust...", ob. Cit., p. 13.

¹⁵⁵⁴ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 3.

¹⁵⁵⁵ Ver al respecto *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 4.

Por otra parte, el EBRD ha determinado los **principios esenciales** de cualquier sistema hipotecario (el informe de esta organización ya lo hemos utilizado para determinar la eficiencia de un posible sistema común de propiedad en la UE¹⁵⁵⁶). Por lo tanto, analizaremos a continuación si los principios básicos y connaturales a cualquier sistema hipotecario se cumplen para la eurohipoteca, es decir, aquellos “*essential requirements that the legal framework has to meet*”. Estos principios son los siguientes:

a) “1. *A mortgage should reduce the risk of giving credit, leading to an increased availability of credit on improved terms*”. El riesgo es un elemento imprescindible y sirve de base para la interpretación de los demás requisitos.

b) “2. *The law should enable the quick, cheap and simple creation of a proprietary security right without depriving the person giving the mortgage of the use of his property*”. Aquí el EBRD prevé básicamente dos pasos para determinar la eficiencia de un sistema hipotecario:

1) En primer lugar, se ha de poder probar que el hipotecante es el propietario (o lo será) de la propiedad objeto de hipoteca. Esta publicidad tiene lugar a través del Registro de la Propiedad, que es la institución que debe realmente proveer esta información y otorgar seguridad jurídica al tercer adquirente. La eurohipoteca necesita estar registrada para ser oponible a terceros (apartado 3.2 BG). La inscripción constitutiva de la garantía reduce el riesgo para el prestamista sobre la posible existencia de otras garantías no inscritas en el Registro que pudieran tener un mejor rango.

2) En segundo lugar, ha de existir un acuerdo entre el hipotecante y el acreedor hipotecario. Este acuerdo ha de contener: a) la identidad de las partes contratantes; b) la persona del deudor; c) la propiedad gravada; d) la deuda garantizada; y e) otras condiciones relacionadas con la finca. Además, la hipoteca debería poder garantizar cualquier tipo de obligación que pudiera ser valorable económicamente. En cuanto a la eurohipoteca, el contrato de garantía es el instrumento que vincula la garantía con la obligación. Este contrato contiene una serie de requisitos mínimos que incluyen tanto los exigidos por el EBRD como otros adicionales, p. e. las condiciones de reducibilidad y ejecución de la eurohipoteca (apartado 4.2. BG). El EBRD indica

¹⁵⁵⁶ Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado IV, epígrafe 1.8.

que “*specify and quantify the debt immediately at the time of mortgage creation are unnecessary and can greatly reduce the simplicity and flexibility of mortgage as a means of security*”, a lo que añade que “*the core requirement is that the description enables the debt to be determined with certainty at the moment of enforcement of the mortgage*”. Por lo tanto, no sería necesaria una previsión detallada de la obligación en el momento inicial porque la función de seguridad de la hipoteca nace cuando se incumplen las obligaciones garantizadas. La eurohipoteca permitiría a las partes tener plena libertad para incluir dentro de la cobertura hipotecaria las obligaciones nacidas de un *master agreement* o contrato similar, sean presentes, futuras o periódicas.

El EBRD relaciona esta cuestión con la accesoriedad de la hipoteca. La posición del EBRD es que “*when the issues surrounding accessority are looked at detached from any specific legal system and are analysed in the context of the practical effect they may have on a mortgage transaction it becomes clear that the advantages of non-accessority may be illusory*”. Esta afirmación es discutible porque como veremos más adelante la eurohipoteca da una solución eficiente a los casos más usuales de la práctica bancaria, que no pueden conseguirse con una hipoteca legalmente accesoría¹⁵⁵⁷. En este sentido, la doctrina ha criticado el punto de vista del EBRD porque “*any dogmatically consistent approach would require a certain number of exceptions from the principle of accessoriness of mortgage securities in order to ensure flexibility and efficiency of this instrument. A contractual solution could offer an appropriate compromise to merge all interests involved*”¹⁵⁵⁸.

c) “*3. If the secured debt is not paid the mortgage creditor should be able to have the mortgaged property realised and to have the proceeds applied towards satisfaction of his claim prior to other creditors*”. Como ya hemos visto, la eurohipoteca es un derecho real de garantía eficaz, es decir, permite a su titular iniciar el procedimiento de ejecución si el deudor incumple con la obligación garantizada con las máximas garantías. El rango de la eurohipoteca dependería o bien del momento en el que se presenta su solicitud de inscripción en el Registro de la Propiedad o bien de su inscripción definitiva

¹⁵⁵⁷ Vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 5.

¹⁵⁵⁸ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 111.

(apartado 7.2 BG). La eurohipoteca tendría desde ese momento prioridad sobre otros derechos posteriores en el tiempo, con excepción de las cargas legales tácitas (apartado 7.2 BG).

d) “4. *Enforcement procedures should enable prompt realisation at market value of the mortgaged property*”. Para el EBRD el acreedor hipotecario no debería demostrar a través de un proceso largo y costoso la existencia y validez de la obligación y de la garantía, pero es importante que el hipotecante pueda tener la posibilidad de oponerse a la ejecución. El EBRD prevé que tanto el acreedor hipotecario como el hipotecante deberían poder acudir a los tribunales para comenzar la ejecución o discutir la existencia de la deuda. Por lo que respecta a la eurohipoteca, su ejecución debería llevarse a cabo a través de un juez (o, al menos, la legislación debería prever tal posibilidad, apartado 8.3 BG). Además, las BG limitan el plazo de tiempo para llevar a cabo la ejecución a un año, pero ello depende en buena medida de los procesos previstos en cada Estado miembro¹⁵⁵⁹. Una solución podría ser la regulación de un nuevo proceso alternativo a los existentes en cada Estado miembro¹⁵⁶⁰.

e) “5. *The mortgage should continue to be effective and enforceable after the bankruptcy or insolvency of the person who has given it*”. Para el EBRD la validez de la hipoteca no debería quedar afectada por un concurso, aunque el derecho del acreedor hipotecario pudiera ser suspendido de forma temporal. En este caso, el acreedor debería ser compensado por las posibles consecuencias adversas de esta suspensión (p. e. el deterioro del valor de la garantía) y siempre debería mantener la prioridad de rango para la realización de la propiedad (sujeto a cualquier derecho anterior y de mejor rango). La eurohipoteca se configura en sede concursal como un derecho al que no le afectaría el inicio del proceso, es decir, su rango permanecería inalterado y el acreedor hipotecario gozaría de un derecho de ejecución separada. El riesgo del acreedor hipotecario en caso de apertura de un proceso concursal disminuye considerablemente. No obstante, la ejecución podría posponerse por orden judicial en interés del concurso en casos determinados y justificados por el período de un año. En estos casos no se prevé una compensación para el

¹⁵⁵⁹ Estos plazos varían en función de cada Estado miembro, vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 7.2.

¹⁵⁶⁰ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 6.1.3.

propietario si tiene lugar una disminución de la garantía.

f) “6. *The costs of taking, maintaining and enforcing a mortgage should be low*”. Estos costes dependen de las políticas de cada Estado miembro y no directamente de la eurohipoteca (no es una cuestión de Derecho privado), aunque las diferencias fiscales pueden ser un obstáculo para conseguir un mercado hipotecario europeo que afecta de forma global a todos los Estados miembros de la UE¹⁵⁶¹.

g) “7. *Mortgage should be available (a) over all types of immovable assets (b) to secure all types of debts and (c) between all types of person*”. La eurohipoteca podría recaer sobre bienes inmuebles y garantizar una pluralidad de obligaciones (apartado 4.1 BG). Su naturaleza contractualmente accesoria le permite incluir varios acreedores dentro de la misma cobertura hipotecaria.

h) “8. *There should be an effective means of publicising the existence of a mortgage*”. La publicidad de la eurohipoteca tendría lugar a través de su inscripción en el Registro de la Propiedad. En cuanto al contenido del registro, el EBRD establece que sería de utilidad que incluyese la identidad del acreedor hipotecario y la cuantía máxima de la obligación o, en su caso, de la responsabilidad hipotecaria si es fluctuante. En su opinión, no es recomendable hacer constar la duración de la hipoteca porque ello depende directamente de la obligación. La eurohipoteca no está sometida a ningún plazo de prescripción (apartado 5.6 BG) y el contenido que accede al registro de la propiedad respeta el previsto por el EBRD (apartado 3.2 BG). La plataforma EULIS sería de gran utilidad en este apartado y ayudaría a la eficiencia de la eurohipoteca y, en general, del conjunto de hipotecas europeas.

i) “9. *The law should establish rules governing competing rights of persons holding mortgages and other persons claiming rights in the mortgaged property*”. En la eurohipoteca el Registro de la Propiedad reflejaría el rango de cada uno de los acreedores y, por lo tanto, el orden de satisfacción en caso de ejecución o insolvencia.

j) “10. *As far as possible the parties should be able to adapt a mortgage to the needs of their particular transaction*”. La eurohipoteca da una solución óptima a los casos más usuales de la práctica bancaria, lo que demuestra su

¹⁵⁶¹ Vid. *supra*. Epígrafe 3.

flexibilidad y eficiencia en el tráfico jurídico¹⁵⁶².

La eurohipoteca cumple casi todos los estándares de eficiencia del informe del EBRD.

En definitiva, la eurohipoteca es un mecanismo **eficaz y eficiente** para alcanzar un mercado hipotecario europeo, que es un concepto global que incluye tanto aquellas operaciones activas (préstamos) como pasivas (refinanciación hipotecaria). En este sentido, la doctrina entiende que *“it now seems definitely clear that mortgage lending operations cannot be understood without a complete and well-functioning (from a financial and from a legal point of view) mortgage funding system”*¹⁵⁶³; y el Tratado para una hipoteca centroamericana prevé que esta hipoteca *“permitirá el desarrollo de un mercado primario y secundario de hipotecas, las cuales además de estandarizadas podrán constituirse como garantías en cualquiera de nuestros países independientemente del lugar de ubicación de los bienes y de las partes, posibilitando un mayor acceso al crédito”* (Considerando 2). Por lo tanto, analizaremos a continuación la incidencia de la eurohipoteca en el mercado de operaciones activas y pasivas del crédito hipotecario.

5.1. Operaciones activas. Especial referencia al acceso a la vivienda

Desde el punto de vista de las operaciones activas, la eurohipoteca es una garantía que tiene la misma eficacia que el resto de hipotecas europeas, es decir, otorga al prestamista el derecho preferente a cobrar la obligación a través de un procedimiento de ejecución ágil y flexible sobre la finca gravada. Desde el punto de vista del consumidor, el hecho de poder contratar con las máximas garantías con entidades de crédito situadas en cualquier Estado miembro provocaría una generalización de las operaciones de préstamo transfronterizas alrededor de Europa y una saludable competencia entre éstas, que podría contribuir a reducir los altos costes que suponen para los consumidores la adquisición de una vivienda (p. e. el tipo de interés). Y es que

¹⁵⁶² Vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 5.

¹⁵⁶³ NASARRE AZNAR, S., “Eurohypotheck & Eurotrust...”, ob. Cit., p. 7.

la **vivienda** en propiedad es un indicador que utilizan las instituciones europeas para calcular la pobreza de una sociedad. Los ciudadanos europeos que tenían una vivienda en propiedad en el año 2007 tenían un menor riesgo de pobreza que los que habían accedido a una vivienda en régimen de alquiler¹⁵⁶⁴. La principal razón por la que la juventud de la UE no puede independizarse es porque no puede asumir el coste que supone el adquirir una vivienda¹⁵⁶⁵, especialmente en España, donde la ratio de endeudamiento en el momento de la contratación (esfuerzo) alcanzaba el 47% en 2008¹⁵⁶⁶, aunque en diciembre de 2009 había descendido al 35% debido a la disminución de los tipos de interés¹⁵⁶⁷.

En nuestra opinión, si se quiere un mercado de vivienda a nivel europeo es necesaria no sólo una política europea común en este ámbito sino también un instrumento de financiación que de certeza y seguridad tanto a prestamistas como a prestatarios. Además, existe una interdependencia entre la política de vivienda adoptada por un Estado y la predisposición de las entidades extranjeras a intervenir en su mercado residencial. Así lo afirma el *Oliver Wyman Report* de 2003 al considerar que “*other forms of government intervention that act as barriers to integration include intervention via housing policy, which is closely related to residential mortgage lending and can act to change the attractiveness of individual markets to foreign entrants*”¹⁵⁶⁸. Por lo tanto, las políticas de vivienda de cada Estado podrían constituir un obstáculo al préstamo transfronterizo, lo que indica que debería adoptarse una política común este ámbito. Estas consideraciones están en consonancia con la posible introducción de un arrendamiento real o de un censo enfiteútico en la UE para fines de vivienda¹⁵⁶⁹. Los ciudadanos de la UE podrían utilizar este derecho como mecanismo de financiación o como una alternativa al régimen de

¹⁵⁶⁴ Fuente: EUROSTAT. *Combating poverty and social exclusion. A statistical portrait of the European Union 2010*. p. 41. Disponible en <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home> (consultado el día 13 de abril de 2010).

¹⁵⁶⁵ Fuente: EUROSTAT. *European Commission. Combating poverty and social...*, ob. Cit., p. 48.

¹⁵⁶⁶ Fuente: Asociación Hipotecaria Española. *Resumen Anual de cifras del Mercado Hipotecario de 2008*. Disponible en <http://www.ahe.es> (consultado el día 13 de abril de 2010).

¹⁵⁶⁷ Fuente: Asociación Hipotecaria Española. *Indicador del BDE sobre el Esfuerzo para la adquisición de vivienda de los hogares* (DIC 2009). Disponible en <http://www.ahe.es> (consultado el día 13 de abril de 2010).

¹⁵⁶⁸ Ver en este sentido el *Oliver Wyman Report*, p. 83.

¹⁵⁶⁹ Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafes 3.1.2 y 3.3.

propiedad. La idea es que tanto la hipoteca como el alquiler den una respuesta eficiente a esta necesidad sin que ello repercuta en un mayor riesgo de pobreza. Un ejemplo de la mala gestión del acceso a la vivienda la encontramos en España, en el que existe un alto porcentaje de vivienda en propiedad debido a que los otros mecanismos disponibles para acceder a una vivienda no otorgan las debidas garantías, p. e. el alquiler. Para paliar esta situación se promulgó por el legislador estatal la Ley 11/2009, de 26 octubre, de Sociedades Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (SOCIMI)¹⁵⁷⁰, que ya existen en otros países y cuya eficacia ha sido cuestionada por la doctrina¹⁵⁷¹. Uno de los posibles objetos de estas sociedades es “*la adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento*” (art. 1). Lo que se busca a través de las SOCIMI es la profesionalización en el mercado del alquiler de viviendas. Por otra parte, el legislador catalán ha promulgado la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda¹⁵⁷², cuyo art. 42.1 recoge una declaración de principios: “*la Generalidad, en coordinación con las administraciones locales, debe impulsar políticas de fomento para potenciar la incorporación al mercado, preferentemente en alquiler, de las viviendas vacías o permanentemente desocupadas*”. Esta clase de viviendas pueden ser cedidas a la Administración para su gestión (art. 44.4). Esta aparente optatividad de la Ley se transforma en una dura consecuencia para el propietario si hace caso omiso de esta opción. La Administración puede declarar en estos casos el incumplimiento de la función social de la propiedad (art. 33 CE), y acordar la expropiación forzosa de su usufructo por un período no superior a cinco años para su alquiler a terceros (art. 42.6). Esta iniciativa también está prevista en otros países, como Francia, Bélgica e Inglaterra¹⁵⁷³.

En definitiva, un instrumento común como la eurohipoteca es de vital importancia para conseguir un mercado de vivienda a nivel europeo, que debería ir de la mano de una alternativa en materia de alquiler en base a la

¹⁵⁷⁰ BOE 27 octubre 2009, núm. 259, [pág. 89693].

¹⁵⁷¹ Un análisis de esta regulación desde una perspectiva tanto civil como tributaria en NASARRE AZNAR, S. y RIVAS NIETO, E., “Las nuevas sociedades anónimas...”, ob. Cit., pp. 15 y ss.

¹⁵⁷² DOGC 9 enero 2008, núm. 5044, [pág. 1609].

¹⁵⁷³ Ver el análisis de este artículo en VAQUER ALOY, Antoni y CASTELLS ALCUBIERRE, Gerard, “L'Expropiació forçosa de l'usdefruit d'habitatges buits per a arrendar-los en la Llei 18/2007, del dret a l'habitatges”, en *RCDP*, Vol. 10, 2009, pp. 9 y ss.

función social de la propiedad.

5.2. Operaciones pasivas

Desde el punto de vista de las operaciones pasivas, la posibilidad de ceder de forma separada la obligación y la hipoteca puede sin lugar a dudas mejorar las estructuras de **refinanciación hipotecaria** mediante *mortgage backed securities* (MBS) y cédulas hipotecarias¹⁵⁷⁴. En un contexto de crisis, como la que ha tenido lugar con las hipotecas *sub-prime* desde su aparición en septiembre de 2007 (que no tiene precedentes desde la segunda guerra mundial y se acerca a la que tuvo lugar en la gran depresión), la confianza y seguridad en los mercados hipotecarios es esencial. La crisis *sub-prime* tuvo su origen en la titulización de préstamos hipotecarios estadounidenses sin que el originador analizase convenientemente la calidad del préstamo, es decir, las posibilidades del deudor de devolver el dinero prestado en tiempo y forma¹⁵⁷⁵. La UE es consciente de la necesidad de regular los mecanismos de refinanciación hipotecaria y de llevar a cabo una política financiera de prevención que supervise adecuadamente los mercados de capitales para minimizar el riesgo de aparición de otra crisis¹⁵⁷⁶. El informe elaborado por el *European Financial Markets Lawyers Group* (en adelante, EFMLG) recomendaba en este sentido la convergencia de los mecanismos de refinanciación hipotecaria en la UE¹⁵⁷⁷. La Comisión propuso una amplia reforma de los mercados financieros para recuperar la confianza en la

¹⁵⁷⁴ Ver al respecto NASARRE AZNAR, S. y STÖCKER, O., "Eurohypothec and Eurotrust. Future instruments of a pan-European mortgage market", en Jan JOB DE VRIES, Jan y ALI, Paul (Coords.), *Securitisation of derivatives and alternative asset classes*. Yearbook 2006, Kluwer Law International, The Hague, 2006.

¹⁵⁷⁵ Ver en mayor profundidad *Economic Crisis in Europe: Causes, Consequences and Responses*. European Economy 7/2009. European Commission. Directorate-General for Economic and Financial Affairs, pp. 13 y ss. Disponible en <http://europa.eu>.

¹⁵⁷⁶ "The EU has agreed to make changes to the regulatory treatment of securitisations, hybrid capital and home-host supervisory arrangements and key improvements in the flows of regulatory information", *Economic Crisis in Europe...*, ob. Cit., pp. 56 y 80.

¹⁵⁷⁷ *Working Group on Securitisation. Legal obstacles to cross-border securitisations in the EU*, 7 de mayo de 2007: "There is a need for the convergence of securitisation laws in Europe to overcome the current legal fragmentation of securitisation markets. An EU legislative initiative on certain legal aspects of securitisation is warranted, which takes into account the recommendations set out in the Report", p. 20. Disponible en <http://www.efmlg.org/> (consultado el día 13 de abril de 2010).

Communication Driving European Recovery de 4 de marzo de 2009¹⁵⁷⁸. Una de las medidas previstas en esta Comunicación era la creación de un “*comprehensive legislative instrument establishing regulatory and supervisory standards for hedge funds, private equity and other systemically important market players*” (apartado 3.1). La eurohipoteca no sólo aportaría confianza a los préstamos transfronterizos (operaciones activas) sino que también podría ser la base para llevar a cabo la titulización de una forma óptima y transparente (*eurotrust*), puesto que los mecanismos de refinanciación hipotecaria son divergentes en la actualidad¹⁵⁷⁹. En nuestra opinión, un instrumento común para operaciones activas sería de gran utilidad para poder alcanzar, a su vez, uno de común en las operaciones pasivas, si bien VAN ERP entiende lo contrario, es decir, que una eurohipoteca no es factible hoy por hoy porque crearía aún más inseguridad e inestabilidad en los mercados¹⁵⁸⁰.

6. La implementación de la eurohipoteca en la UE

La eurohipoteca podría ser, en consecuencia, una vía para integrar los mercados hipotecarios de la UE, dada la dificultad que existe para armonizar el derecho de propiedad e incluso los derechos reales de hipoteca¹⁵⁸¹. La cuestión a resolver es de qué manera podría **implementarse** la eurohipoteca a nivel europeo.

Una primera posibilidad sería adoptar una regulación que sustituyera a las hipotecas existentes en cada Estado miembro, pero sería cuestionable si esta acción respetaría el principio de proporcionalidad ya que afectaría a cada uno de los sistemas hipotecarios de la UE (productos de una determinada cultura jurídica)¹⁵⁸². Una posible solución sería dilatar la entrada en vigor de la eurohipoteca y dar tiempo a las legislaciones nacionales para adaptarse a sus estándares, como hemos propuesto en un posible sistema común de propiedad

¹⁵⁷⁸ COM (2009) 114 final.

¹⁵⁷⁹ Vid. *infra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 5.

¹⁵⁸⁰ “It is submitted that this is quite understandable given the mortgage credit crisis that is now heavily affecting financial markets and the resulting “credit crunch”. New mortgage law might cause even more instability and should therefore be avoided, at least for the time being”, ver VAN ERP, S., “Security interests...”, ob. Cit., p. 9.

¹⁵⁸¹ De acuerdo con el estudio de STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit.

¹⁵⁸² Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado IV.

europeo. Antes de llegar a la promulgación de una norma comunitaria concreta para la eurohipoteca, ésta podría ser un instrumento que sirviese de modelo para aquellos Estados que no tienen un mercado hipotecario muy desarrollado (p. e. países del Este de Europa) o de inspiración para aquellos Estados miembros que ya lo tienen¹⁵⁸³. Como ya se ha visto, la eurohipoteca ya ha influenciado algunos sistemas hipotecarios europeos¹⁵⁸⁴. De esta manera, la posible implementación de una eurohipoteca a nivel europeo podría tener lugar con mayor facilidad.

En este sentido, la doctrina ha defendido la competencia de la UE en base a los arts. 11, 43 a 45 y 308 del TCE, que permiten al Consejo adoptar la acción que resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el Tratado haya previsto específicamente ninguna competencia al respecto (art. 308 TCE, actual 352 TFUE). Este objetivo no es otro que el mercado interior a través de las libertades comunitarias. La actuación de la Comunidad cumpliría en cualquier caso los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (respecto al primero, ya hemos constatado los beneficios de una eurohipoteca para el mercado interior¹⁵⁸⁵, y es difícil que los Estados miembros se pongan de acuerdo para regular por ellos mismos una garantía de estas características). No obstante, la doctrina difiere entre utilizar un reglamento o una directiva¹⁵⁸⁶. Cualquiera de estas dos opciones implicaría que cada uno de los Estados miembros debería adaptar a su derecho interno las disposiciones de las BG, aún siendo la eurohipoteca un instrumento más en el ordenamiento jurídico europeo¹⁵⁸⁷. Pero aunque estos cambios no se produjeran en un momento inicial, serían los

¹⁵⁸³ NASARRE AZNAR, S., "Eurohypothec: Drafting...", ob. Cit., p. 52.

¹⁵⁸⁴ Vid. *supra*. Epígrafe 2.3.3.

¹⁵⁸⁵ Vid. *supra*. Epígrafe 1.

¹⁵⁸⁶ A favor de un reglamento SCHMID, C., ob. Cit., p. 66. Al considerar la barrera del art. 295 TCE la doctrina entiende que es posible actuar en cuanto a la eurohipoteca en base al art. 308 TCE respetando los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, si "tale intervento appaia necessario per la realizzazione di uno degli scopi della Comunità, quale quello dalla libera circolazione dei capitali, anche attraverso la realizzazione di un mercato unico del credito ipotecario", es decir, beneficia a las libertades comunitarias, ver SCALAMOGNA, P., ob. Cit., p. 7. Este autor en cambio opina que la mejor opción es adoptar una directiva: "Nonostante tutto, però, tenuto conto delle notevoli differenze talvolta esistenti tra gli ordinamenti giuridici dei vari Stati membri in materia di diritti reali, lo strumento comunitario più idoneo appare ancora la direttiva. Il suo utilizzo, infatti, permetterebbe di indicare un modello uniforme di garanzia da introdurre nei singoli ordinamenti senza stravolgere i singoli sistemi nazionali", p. 8.

¹⁵⁸⁷ El capítulo 6º del presente trabajo analiza precisamente las modificaciones que el Derecho español debería realizar para adaptarse a la eurohipoteca.

propios Estados miembros lo que, viendo que los prestamistas conceden sus préstamos en otro Estado miembro (p. e. porque éste prevé un sistema de ejecución separada en sede de insolvencia), modificarían sus respectivas legislaciones hipotecarias para competir en igualdad de oportunidades en el mercado hipotecario europeo (p. e. admitiendo esta ejecución separada)¹⁵⁸⁸.

Una segunda vía respetuosa con este principio de proporcionalidad, y más factible a corto plazo, sería la convivencia de la eurohipoteca con el resto de modalidades de hipoteca ya existentes en cada Estado miembro a través de un **nuevo régimen** (apartado 11 BG). Ésta es una de las soluciones que propugnan tanto DROBNIG (junto con la posible armonización o unificación de las legislaciones nacionales) como SNIJDERS en las garantías reales mobiliarias¹⁵⁸⁹. De esta manera, la eurohipoteca no sustituiría a las hipotecas nacionales sino que coexistiría con las hipotecas existentes en cada Estado miembro a través de un régimen 28. De hecho, la idea de una garantía inmobiliaria común en toda Europa es similar a la mantenida por los autores del DCFR, que no excluyen la posibilidad de que este texto pueda convertirse en un futuro en un instrumento optativo al alcance de los Estados miembros¹⁵⁹⁰. El DCFR ha recogido una regulación de los derechos reales de garantía sobre bienes muebles (Libro IX), detallando su prioridad (art. IX, 4:401.2), la cesión del crédito y de la garantía (art. IX, 5:301), su extinción (art. IX, 6:101) y las opciones de ejecución (art. IX, 7:103), así como la creación de un registro europeo de garantías reales sobre bienes muebles (incluyendo la reserva de dominio) de folio personal (arts. IX, 3:301 y 302). Por lo tanto, el DCFR ha propuesto un modelo de derecho real de garantía sobre bienes muebles. La misma idea subyace *mutatis mutandi* en la eurohipoteca respecto a los bienes inmuebles, con la ventaja de que sus beneficios respecto al mercado interior

¹⁵⁸⁸ NASARRE AZNAR, S., “Eurohypothec and & Eurotrust...”, ob. Cit.: “If a jurisdiction has a defective enforcement system that prevents speedy full recovery of the borrowed amount to the lender, few or more expensive (higher interest rates and worse conditions) Eurohypothecs would be granted in that country when compared with other jurisdictions with better enforcement procedures”, p. 19.

¹⁵⁸⁹ SNIJDERS, Henk J., “Access to Civil Securities and Free Competition in the EU, a Plea for One European Security Right in Movables”, en DROBNIG, U., SNIJDERS, H. J y ZIPPRO, E.-J., ob. Cit., pp. 160 y ss; y DROBNIG, U., “Recognition and Adaptation...”, ob. Cit., pp. 114 y 115.

¹⁵⁹⁰ *Draft of the Common Frame of Reference*, Outline Edition, p. 46.

están demostrados desde un punto de vista económico¹⁵⁹¹. De esta forma, la idea de un instrumento único para Europa como lo es la eurohipoteca no constituye un fenómeno aislado en la realidad de la UE. Al contrario, en materia de Derechos reales sobre bienes muebles se está potenciando a través del DCFR la creación de una normativa común.

II. Conclusiones

I. El porcentaje de préstamos hipotecarios transfronterizos evidencia que no existe un mercado hipotecario europeo real. Esta situación llevó a la Comisión Europea a abrir un debate sobre las distintas posibilidades de alcanzar un mercado hipotecario europeo que se concretaron en el Libro Blanco de 2007. Sus medidas van encaminadas en la buena dirección pero son insuficientes para alcanzar un mercado hipotecario europeo. El principal problema desde un punto de vista civil (no fiscal) es la regulación dispar de la hipoteca en los diferentes Estados miembros. Ninguna actuación prevista por la UE ayuda a superar este obstáculo. Es útil tener una regulación protectora de los consumidores y usuarios a la hora de contratar un producto hipotecario en otro Estado miembro, con un régimen armonizado de la amortización anticipada y de otras cláusulas, p. e. el TAE, pero la hipoteca seguirá siendo desconocida para ellos. Asimismo, es de utilidad poder conocer las cargas que pesan sobre un inmueble situado en otro Estado miembro, pero los prestamistas no conocen la eficacia de la hipoteca en ese Estado. Por lo tanto, ni los consumidores ni los prestamistas obtienen la seguridad jurídica necesaria para llevar a cabo con garantías un préstamo hipotecario transfronterizo con las medidas previstas en el Libro Blanco de 2007. Tampoco otros posibles mecanismos de convergencia, como las directivas y los reglamentos, permiten a los ciudadanos y empresas de la UE obtener financiación de prestamistas situados en otros Estados miembros (p. e. de su Estado de origen) y favorecer así a las libertades comunitarias.

II. La consolidación de un mercado interior de capitales y la existencia de un auténtico mercado hipotecario europeo necesitan una pronta respuesta a la

¹⁵⁹¹ Así lo pone de manifiesto el informe del *London School of Economics*. Vid. *supra*. Epígrafe 1.

falta de una infraestructura legal apropiada para poder llegar a este fin. Para poder alcanzar estos objetivos es necesario buscar mecanismos que permitan superar y mejorar el escaso volumen de préstamos hipotecarios que actualmente existe en Europa. Después de 40 años de estudio, no se pueden obviar las ventajas que comportaría la instauración de una nueva herramienta común para todos los Estados miembros en claro beneficio de los consumidores y prestamistas: la eurohipoteca, que es el instrumento más desarrollado en el ámbito de los derechos reales de garantía inmobiliaria en la actualidad y el que permite alcanzar plenamente los objetivos del Libro Blanco de 2007. La posibilidad de adoptar un instrumento común de esta naturaleza ha sido acogida de forma positiva por los operadores jurídicos y los académicos, y ha tenido impacto en algunos ordenamientos jurídicos europeos e internacionales, como es el caso de la hipoteca centroamericana. Es significativo que los ordenamientos español y francés, anticipándose a una respuesta positiva respecto a la eurohipoteca en el libro Blanco de 2007, modificasen sus respectivas legislaciones hipotecarias. De hecho, la doctrina española ha defendido, con base a la nueva Ley 41/2007, que la hipoteca española puede ser un modelo para una eurohipoteca.

III. La eurohipoteca destaca por ser una garantía eficaz y eficiente, que otorgaría al acreedor hipotecario la posibilidad de cobrar su crédito con la ejecución preferente de la garantía y, además, permitiría a las partes estructurar sus negocios jurídicos de manera óptima gracias a su flexibilidad. Un ejemplo de garantía eficaz y eficiente similar a la eurohipoteca también lo encontramos en el Derecho internacional, p. e. la garantía mobiliaria de la guía legislativa de comisión de las Naciones Unidas sobre las operaciones garantizadas. Además, la eurohipoteca cumple con casi todos los estándares que exige el EBRD para la eficiencia de un sistema hipotecario. De esta manera, la eurohipoteca sería el instrumento ideal para un mercado hipotecario europeo en un futuro y, hasta ese momento, un modelo de referencia para que los Estados miembros optimicen sus respectivos sistemas hipotecarios. Esta paulatina adaptación facilitaría en un futuro la implementación de la eurohipoteca como un instrumento más en la UE, sin suprimir las hipotecas existentes en cada Estado miembro respetando así el principio de

proporcionalidad.

IV. Un instrumento único como la eurohipoteca lograría impulsar el mercado común o interior y la libre circulación de capitales, en beneficio del mercado hipotecario considerado globalmente, es decir, tanto en operaciones activas (vivienda) como pasivas (refinanciación hipotecaria). Tanto la una como la otra están íntimamente relacionadas. La eurohipoteca permitiría estructurar una política coherente de *housing* inspirada alrededor de un instrumento común que facilitaría en toda la UE la adquisición de bienes inmuebles con fines residenciales. Esta política tendría que ir acompañada de otros instrumentos que permitan el acceso a una vivienda en régimen de alquiler sin que ello tuviera consecuencias a nivel de pobreza. Además, la eurohipoteca sería una base para estructurar operaciones de refinanciación hipotecaria (*eurotrust*), que son de vital importancia para el conjunto de la economía de la UE tal y como se ha comprobado con la crisis *sub-prime* que se originó a finales del año 2007.

CAPÍTULO 5º. La accesoriadad como elemento esencial para la eficiencia de las hipotecas europeas

I. Introducción

La especial conexión que existe entre la obligación y la eurohipoteca (accesoriadad contractual) lleva necesariamente a analizar con detenimiento cómo se presenta esta relación en los diversos ordenamientos jurídicos europeos, especialmente cuando la eurohipoteca ha sido concebida como un instrumento no sólo eficaz (garantía) sino eficiente (flexible) y útil para todo tipo de negocios hipotecarios, de manera que pretende dar respuestas a las necesidades tanto de los prestamistas como de los prestatarios en el mercado hipotecario. La accesoriadad es considerada por la doctrina como la clave para la evolución de la hipoteca¹⁵⁹².

1. La distinción entre la accesoriadad y la causa

La **accesoriadad** es la conexión que se establece entre el derecho personal (la obligación) y el derecho real (la hipoteca), que puede derivar directamente de la Ley (accesoriadad legal) o de un contrato (accesoriadad contractual).

Con independencia de la naturaleza de esta conexión, la hipoteca es un elemento que coadyuva a la obligación a lograr una misma finalidad: la devolución por parte del deudor de las cantidades pendientes de amortización¹⁵⁹³. Cuando esta conexión no existe, la hipoteca tiene una

¹⁵⁹² La accesoriadad ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina como hemos puesto de relieve en el capítulo 4º, apartado I, epígrafe 3.3.2. Así, STÖCKER defendía que “los derechos de garantía real inmobiliaria de naturaleza accesoria no se corresponden con las exigencias actuales de flexibilidad y costes. Tanto en Francia como España existen en muchos ámbitos problemas debido a la poca flexibilidad de la hipoteca de naturaleza accesoria. El mercado del crédito tiende a apartarse de construcciones especiales”, ver STÖCKER, O., “La eurohipoteca...”, ob. Cit., p. 181; SCHMID y TOBIAS defendían que el Derecho español debe adoptar una hipoteca contractualmente accesoria si quiere flexibilizar su mercado hipotecario; y GÓMEZ GÁLLIGO que la eurohipoteca es beneficiosa, pero discute su modelo posicionándose a favor de una hipoteca de naturaleza accesoria por diversas razones, p. e. la protección de los consumidores, vid. *infra*. Epígrafe 6.1.4.

¹⁵⁹³ “La finalidad de la accesoriadad es unir derechos que tienen objetivos idénticos. Por lo tanto, en el caso de las hipotecas, el préstamo obliga al deudor a realizar un pago y la hipoteca actúa como garantía en el caso de que el deudor esté poco dispuesto a pagar o no pueda realizar el pago. Los objetivos de los instrumentos son los mismos y el principio de accesoriadad es el medio a través del cual ambos están enlazados”, ver STÖCKER, O., *La*

naturaleza no accesoría, que le permite vivir de forma aislada en el ordenamiento jurídico. Junto a las clases de accesoriedad de una hipoteca (legal, contractual o no accesoría) podemos identificar a su vez tipos de accesoriedad¹⁵⁹⁴, según el comportamiento de la garantía con respecto a la obligación garantizada en determinadas situaciones. De esta forma, tenemos:

a) Accesoriedad en su nacimiento: la hipoteca sólo puede nacer si existe una obligación determinada.

b) Accesoriedad de alcance o amplitud: el alcance de la hipoteca viene determinado por el alcance de la obligación asegurada, p. e. por su cuantía.

c) Accesoriedad de competencia: el acreedor personal debe ser el mismo que el acreedor hipotecario.

d) Accesoriedad en su extinción: la extinción de la obligación conlleva la extinción de la hipoteca.

e) Accesoriedad en la ejecución: la hipoteca sólo puede ser ejecutada si la obligación asegurada es exigible.

Por otra parte, la **causa** de la hipoteca es el cumplimiento del negocio jurídico (p. e. cláusula en un contrato de préstamo) que obliga al propietario a constituir la (celebración del contrato de hipoteca e inscripción de ésta) en garantía de una determinada obligación. Es en este *pactum de hypothecando* donde descansa la causa de toda hipoteca con independencia de su naturaleza (legal o contractualmente accesoría o no accesoría)¹⁵⁹⁵.

Eurohipoteca: ¿La accesoriedad como dogma?, Traducción de Héctor Simón Moreno, en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena, "Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy", Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, pp. 239 y 240. Ver también REY PORTOLÉS, Juan Manuel, "La hipoteca como derecho real divorciado del crédito garantizado", en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993, p. 173; y MEDICUS, Dieter, "Durchblick: Die Akzessorietät im Zivilrecht", en *Juristische Schulung*, Heft 10, 1971: "Auch die Akzessorietät bedeutet eine Verbindung zwischen zweckidentischen Rechten. Im Gegensatz zur Gesamtschuld ist diese Verbindung aber einseitig: Das eine Recht bestimmt das Schicksal des anderen, aber nicht auch umgekehrt. Daher kann man das eine Recht als das "bestimmende, führende" bezeichnen; das Andere Recht ist das "angelehnte, geführte", p. 497.

¹⁵⁹⁴ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 45 y ss.

¹⁵⁹⁵ "El fonament jurídic (causa) dels dos tipus d'hipoteca és el compliment del negoci jurídic (p. ex. clàusula en un contracte de préstec) que obliga el propietari a crear la hipoteca (celebració del contracte d'hipoteca i inscripció d'aquesta) en garantia d'una determinada obligació", de acuerdo con NASARRE AZNAR, S., y STÖCKER, O., "Un pas més en la "movilització" de la hipoteca: la naturalesa i la configuració jurídica d'una hipoteca independent", en *RCDP*, Vol. I,

2. La accesoriadad de la hipoteca en el Derecho español

A continuación vamos a tratar de averiguar qué **clase** de accesoriadad existe en el Derecho hipotecario español y cómo influye en las modalidades de hipoteca previstas en él¹⁵⁹⁶.

La hipoteca española se encuentra regulada, básicamente, de forma general en los arts. 1857 a 1862 CC junto con la prenda, y en los arts. 1874 a 1880 CC; y de forma específica en la LH, a la que remite el propio CC en su art. 1880. Esta ley fue desarrollada posteriormente por el RH.

2.1. La doctrina tradicional

La doctrina tradicional defiende que “*en nuestro sistema la hipoteca es un derecho accesorio del crédito asegurado; aquella nace y muere con ésta*”, y que la garantía “*está íntimamente ligada y subordinada, en su existencia, extensión y extinción con el crédito*”¹⁵⁹⁷. La accesoriadad desde este punto de vista conlleva las siguientes consecuencias jurídicas:

a) La hipoteca no puede constituirse sin una obligación a garantizar. Por lo tanto, no se admite la hipoteca de propietario¹⁵⁹⁸. Los arts. 142 y 143 LH recogen la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, pero aunque la hipoteca se encuentre inscrita en el Registro de la Propiedad, “*eso no significa realmente que exista ya tal hipoteca, sino que, presupuesta su accesoriadad, se sobreentiende que no nace hasta que llegue a nacer la obligación*”¹⁵⁹⁹.

2002, p. 60. También hacen alusión a esta definición STADLER, Astrid, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Mohr Siebeck, 1996: “Allerdings beschränkt sich der Inhalt des pactum de hypothecando wegen der gesetzlichen Regelungsdichte der Hypothek meist auf die Verpflichtung des Eigentümers, das Grundpfandrecht zur Sicherung einer bestimmten Forderung zu gewähren”, p. 564; y FIKENTSCHER, Wolfgang, *Schuldrecht*, 9ª Ed., Walter de Gruyter, 1997: “Hierher zählt z. B. die Verpflichtung eines Grundstückseigentümers, sein Grundstück mit einer Hypothek zu belasten (pactum de hypothecando)”, p. 430.

¹⁵⁹⁶ El razonamiento en torno a la accesoriadad de la hipoteca en este apartado y a la hora de hablar de la eurohipoteca es una reproducción con las debidas actualizaciones de las consideraciones que pueden encontrarse en SIMÓN MORENO, H., “La cesión de créditos hipotecarios”, en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, Mª E., *La reforma del mercado hipotecario...*, ob. Cit., pp. 150 y ss. Estas opiniones se han reproducido aquí por el interés que la accesoriadad tiene en el presente trabajo.

¹⁵⁹⁷ ROCA SASTRE, R. Mª, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ i XIRGO, J., ob. Cit., p. 97.

¹⁵⁹⁸ Vid. *infra*. Epígrafe 6.2.

¹⁵⁹⁹ ALBALADEJO, M., *Derecho civil...*, ob. Cit., p. 716. Que la hipoteca depende de la existencia de una obligación principal lo reitera Díez Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas*, ob. Cit., p. 440.

b) La cesión de la obligación puede tener lugar sin la hipoteca ya que el art. 1528 CC tiene un carácter dispositivo, pero la única posibilidad de transmitir la hipoteca a un tercero es a través de la cesión de la obligación que garantiza (art. 149 LH). El derecho real no puede cederse de forma aislada¹⁶⁰⁰.

c) Las vicisitudes la obligación afectan a la hipoteca pero no al revés. De esta manera, el pago de la obligación provoca la extinción de la hipoteca¹⁶⁰¹, pero la invalidez o ineficacia de la hipoteca no afecta a la obligación garantizada, que subsiste sin la garantía (SAP de Baleares de 25 de marzo de 2003¹⁶⁰²).

d) Quien es el titular de la obligación ha de ser necesariamente el titular de la hipoteca. No es posible que ambas titularidades puedan recaer en dos personas distintas¹⁶⁰³.

e) Existe la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto a la obligación (RDGRN de 14 de septiembre de 2002¹⁶⁰⁴).

f) La naturaleza de la hipoteca como derecho real accesorio implica que la garantía de varias obligaciones tan sólo quepa a través de otros tantos derechos de hipoteca, uno para cada obligación, incluso en el caso de que un mismo acreedor sea titular de todas las obligaciones que se pretenden garantizar (RDGRN de 28 de julio de 1998¹⁶⁰⁵). En otras palabras, no es posible garantizar más de un crédito bajo la misma cobertura hipotecaria entre un mismo acreedor y deudor ni entre varios acreedores y el mismo deudor (incorporando una vez constituida la hipoteca a nuevos acreedores).

En definitiva, esta tesis sostiene que la hipoteca está subordinada a la obligación que garantiza y no puede tener una vida autónoma. En cualquier caso, algunas de estas hipótesis no pueden sostenerse en el Derecho español vigente. La hipoteca existe desde que se inscribe en el Registro de la Propiedad aunque esté en una situación de pendencia hasta el nacimiento de la obligación asegurada (arts. 141, 142 y 143 LH). De hecho, la hipoteca

¹⁶⁰⁰ LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. Cit., p. 223.

¹⁶⁰¹ ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ i XIRGO, J., ob. Cit., p. 97.

¹⁶⁰² JUR 2003\199856.

¹⁶⁰³ LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. Cit., p. 223.

¹⁶⁰⁴ RJ 2002\10031.

¹⁶⁰⁵ RJ 1998\5984.

adquiere su prioridad desde la inscripción en el Registro con independencia de si la obligación futura llega o no a nacer. Además, es posible garantizar diversas obligaciones a través de la hipoteca de máximo (arts. 142, 143 y 153 bis LH), y la cesión de la hipoteca a un tercero a través de la novación¹⁶⁰⁶.

2.2. La teoría de la accesoriad funcional

Un sector doctrinal configura la obligación y la hipoteca como dos derechos autónomos en su funcionamiento. La hipoteca se comporta entonces como un derecho autónomo hasta la hora de su ejecución pero no deja de ser accesoria, es decir, necesita estar conectada a una obligación ya que *“es de esencia a la relación entre el crédito y la hipoteca el que ésta necesite de un crédito para su ejecución. La ejecución de los bienes hipotecados está condicionada al incumplimiento del crédito. Queda así puesto de manifiesto que es en orden al cumplimiento de una finalidad de garantía de un crédito por lo que la hipoteca se manifiesta accesoria, vinculada, a dicho crédito”*¹⁶⁰⁷. Esta teoría logra explicar, por ejemplo, cómo es posible que no se extinga la obligación en el caso previsto en el art. 118.2 LH. Este precepto prevé qué sucede cuando se vende una finca hipotecada sin que el tercero se subroge en la obligación garantizada y el comprador descuenta su importe del precio de la venta. El deudor quedará subrogado en la posición del acreedor hipotecario si satisface finalmente esta obligación, hasta que el comprador le reintegre el importe total que había descontado del precio de venta. De acuerdo con la tesis tradicional, si el deudor hipotecario satisface la obligación la hipoteca se extingue, pero en base a este precepto el deudor hipotecario se subroga en la posición de su acreedor hipotecario y en la titularidad de la misma hipoteca, ahora ejecutable contra el tercer adquirente.

La principal novedad de esta tesis es la posibilidad de cesión separada de la hipoteca sin la obligación que garantiza. Aunque la hipoteca tiene que estar ligada a una obligación por el principio de accesoriad, no siempre debe ser la misma: *“un titular puede decidir ceder esa hipoteca a otro sujeto para que garantice un crédito de éste, de modo que el cedente dejará de ser acreedor*

¹⁶⁰⁶ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.1.1.3.

¹⁶⁰⁷ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., ob. Cit., p. 599.

*hipotecario para ser titular de un crédito ordinario, mientras que el cesionario ostentará desde entonces (desde la inscripción de la cesión) ya la cualidad de acreedor hipotecario*¹⁶⁰⁸. El ejemplo más próximo y que posibilitaría sostener esta interpretación es la excepción al principio de accesoriedad prevista en el art. 118.2 LH.

Por lo tanto, esta tesis no pone en duda que la hipoteca necesita en el momento de su constitución de la existencia de una obligación determinada o determinable, que la extinción de la obligación provoca la de la garantía o que el acreedor hipotecario y el acreedor personal han ser necesariamente la misma persona, sino que su interpretación de la accesoriedad intenta huir de una subordinación de la garantía a la obligación¹⁶⁰⁹.

2.3. La teoría de la unidad del crédito hipotecario

Esta teoría defiende que la unión de la obligación y de la hipoteca crea un nuevo ente, una unidad indisoluble: el crédito hipotecario. La interrelación que existe entre la obligación y la hipoteca provoca el nacimiento de un nuevo derecho sometido a su propia regulación, lo que impide la transmisión aislada de ningún elemento: la cesión siempre tendrá lugar con la obligación y la hipoteca¹⁶¹⁰. La misma teoría sostiene GULLÓN BALLESTEROS: el crédito se convierte en un bien inmueble o en un crédito hipotecario con la posibilidad de hipotecarse (art. 107.4 LH), lo que demuestra que tiene una consideración unitaria adoptando características reales¹⁶¹¹.

Esta tesis no logra explicar todos aquellos casos en los que la hipoteca tiene un funcionamiento autónomo respecto a la obligación garantizada, p. e. su diferente régimen de prescripción¹⁶¹². Además, la accesoriedad no existe en esta teoría porque la hipoteca pasa a formar parte junto con la obligación de un nuevo derecho, es decir, *“como consecuencia de negar la existencia de dos*

¹⁶⁰⁸ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., ob. Cit., p. 567.

¹⁶⁰⁹ Vid. *supra*. Epígrafe 2.2.

¹⁶¹⁰ AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, “La unidad del crédito hipotecario”, en *Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pp. 547 y ss.

¹⁶¹¹ Ver esta figura con mayor profundidad en GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *El Derecho real de subhipoteca*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957, pp. 101 y ss. El autor defiende que el objeto de la subhipoteca es el crédito hipotecario, entendiendo crédito e hipoteca como una unidad. En el mismo sentido NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., p. 469.

¹⁶¹² Vid. *supra* respecto a la accesoriedad tradicional.

*elementos, la relación de accesoriedad se elimina, pues ésta se presupone existente entre dos objetos: uno principal y otro accesorio. En la medida en que la hipoteca pasa a sustantivarse en una figura unitaria junto con el crédito, la relación entre los elementos desaparece*¹⁶¹³. Como veremos posteriormente¹⁶¹⁴, la obligación y la garantía son tratadas en ocasiones como un único derecho, pero ello tiene su causa en el propio funcionamiento de algunas instituciones jurídicas.

De las teorías anteriores podemos concluir:

1) El principio de accesoriedad, que tiene como función primordial la conexión entre la obligación y la garantía, tiene en el Derecho español una **naturaleza legal**. Es decir, es la propia ley la que exige que la hipoteca siempre esté conectada a una obligación determinada o determinable. Ello implica que todas las modalidades de hipoteca presentes en el Derecho español son accesorias de la obligación que aseguran¹⁶¹⁵. No obstante, el legislador ha flexibilizado el alcance de esta conexión en determinados supuestos (p. e. en la hipoteca de máximo del art. 153 bis LH)¹⁶¹⁶.

2) La creación de la garantía tendrá su causa en el **pacto** que obliga al propietario a constituirla, momento en el cual tendrá que existir una obligación determinada o determinable para que la constitución de la hipoteca pueda ser válida y no ser declarada ineficaz por falta de causa (ex art. 1275 CC). Ello es debido a que rige en el Derecho español el principio de unidad, de tal forma que la validez de la constitución del derecho real (hipoteca) va a depender directamente de la validez del negocio obligacional del cual trae causa (el previsto en el *pactum de hypothecando*). Además, la hipoteca cumple desde su constitución tanto una función de garantía, que es la única que puede tener, como de seguridad¹⁶¹⁷. En efecto, a tenor de la jurisprudencia (SSTS de 29 de

¹⁶¹³ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., ob. Cit., p. 146.

¹⁶¹⁴ Vid. *infra*. Epígrafe 6.1.3.

¹⁶¹⁵ Vid. *infra*. Epígrafe 4.2.1.1.

¹⁶¹⁶ Vid. *infra*. Epígrafe 4.2.1.1.2.4.

¹⁶¹⁷ Así lo entiende la doctrina: "La razón de ser de la hipoteca está en la seguridad; en la seguridad patrimonial proporcionada por la jurídica resultante de la regulación legal de la hipoteca. Primera advertencia, la hipoteca, como institución jurídica o tipo legalmente configurado, nace, o se regula, con la finalidad de proporcionar seguridad a algo que está fuera de la hipoteca, a la obligación principal cuyo cumplimiento asegura", ver BLANQUER UBEROS, Roberto, "Desde la accesoriedad de la hipoteca a la accesoriedad del crédito: los problemas de

enero de 1997 y 28 de noviembre de 1997¹⁶¹⁸) la finalidad de la hipoteca es la de “*garantizar la satisfacción del crédito*” y, correlativamente, satisfacer el interés del acreedor en cobrar su derecho. Es por esta “*finalidad económico-jurídica*” lo que hace que “*la legislación hipotecaria nazca, entre otras cosas, para protegerlo y favorecer la seguridad de los préstamos*”.

3. Clases de accesoriedad en los sistemas hipotecarios europeos

A continuación vamos a analizar qué clase de accesoriedad existe en varios sistemas hipotecarios europeos, es decir, si la hipoteca es accesorial legal o contractualmente a una obligación o si por el contrario este vínculo no existe¹⁶¹⁹. La accesoriedad respecto a la obligación garantizada depende en ocasiones de su vida registral o cartular:

a) En Alemania la hipoteca clásica es la *Verkehrshypothek* o hipoteca de tráfico, que no está tipificada como tal en el BGB y engloba a la *Hypothek* y la *Grundschild*. Ambas pueden tener una vida registral o pueden adoptar la forma de carta hipotecaria (*Hypothekenbrief*), que es la elegida por defecto por el BGB. El acreedor y el deudor hipotecarios pueden excluir la emisión de la carta siempre que el acuerdo tenga acceso al Registro de la Propiedad (§ 1116.1 BGB), con lo que la hipoteca pasaría a tener vida registral. La hipoteca suele existir en la práctica bajo la forma de carta hipotecaria, que tendrá vida propia fuera del Registro sin necesidad de inscribir su cesión. Un requisito para que el acreedor adquiera la hipoteca es la entrega de la carta (§ 1117.1 BGB).

Por su parte, la hipoteca de seguridad o *Sicherungshypothek* (que tiene acceso al Registro de la Propiedad con esa misma nomenclatura, § 1184.1 BGB) sólo puede existir en el Registro y no se especifican las obligaciones garantizadas, con lo que la fe pública registral no alcanza a éstas (§ 1185.1 BGB).

El BGB regula la llamada hipoteca de propietario (*Eigentumshypothek*)

una inversión”, en *AAMN*, Tomo 40, 2001, pp. 439 y 440. En este sentido, CANALS BRAGE defiende que la hipoteca “en todo caso y momento debe desarrollar una función de garantía”, ver CANALS BRAGE, Fernando, *La recarga de la hipoteca*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010, p. 30.

¹⁶¹⁸ RJ 1997\145 y RJ 1997\8430 respectivamente.

¹⁶¹⁹ Ver en general NASARRE AZNAR, S. y STÖCKER, O., “Models d’hipoteca independent...”, ob. Cit., pp. 155 y ss.

en determinados supuestos, donde el propietario puede retener la hipoteca en su patrimonio sin que garantice una obligación determinada. Los casos son los siguientes (§§ 1117, 1163, 1168 y 1177 BGB):

1) Si la obligación garantizada no llega finalmente a nacer o está completamente satisfecha, a no ser que el propietario y los titulares de cargas posteriores en rango hubiesen previsto la obligación de cancelar la garantía mediante anotación en el Registro de la Propiedad (§ 1179 BGB). La utilidad de esta anotación es posibilitar el avance de rango de los titulares de derechos posteriores, que no sería posible si el propietario recuperase la garantía.

2) Durante el período de tiempo entre la inscripción de la hipoteca y la entrega de la carta hipotecaria al acreedor, siempre que su constitución no esté excluida. La adquisición de la carta por parte del acreedor hipotecario requiere el cumplimiento de cuatro requisitos: a) el acuerdo real; b) su inscripción en el Registro de la Propiedad (§ 873 BGB); c) el nacimiento de la obligación garantizada; y d) la entrega de la carta al acreedor. Hasta entonces, la garantía se considera válidamente constituida y queda en manos del propietario. El acreedor gozará de un derecho en expectativa¹⁶²⁰.

3) En la hipoteca de máximo las obligaciones pueden nacer desde un inicio o en un momento posterior a su constitución. Si nace una obligación que alcanza hasta un 50% de la responsabilidad hipotecaria, el otro 50% se considera una deuda territorial en favor del propietario que se encuentra condicionada en su existencia al nacimiento de otra obligación. Esta posibilidad permite al acreedor rechazar la recuperación de la garantía por el propietario¹⁶²¹.

4) En los tres casos citados, si el acreedor hipotecario renuncia a la garantía, que podrá volver entonces al patrimonio del propietario de la finca.

En los supuestos anteriores la hipoteca de propietario nace por la concurrencia de alguna circunstancia sobre la *Hypothek*. Sin embargo, el § 1196 BGB permite que la *Grundschild* pueda constituirse directamente en favor del propietario sin necesidad de una obligación, definiéndola de la

¹⁶²⁰ ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., ob. Cit., pp. 1142 y 1143.

¹⁶²¹ ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol II, ob. Cit., pp. 1142 y 1316.

siguiente manera: “*Una finca puede ser gravada de forma que aquel a cuyo favor se constituye el gravamen se le debe pagar una cantidad de dinero a costa de la finca (deuda territorial)*”. La principal diferencia entre la *Hypothek* y la *Grundsschuld* se encuentra en su finalidad: la primera conlleva un derecho de realización de valor como medio para satisfacer una deuda, mientras que la segunda la realización del valor de la finca es un fin en sí misma¹⁶²².

b) En el Derecho suizo no es posible que la hipoteca (*Grundpfandverschreibung*, §§ 824 a 841 ZGB) tenga vida propia debido al principio de accesoriedad, ya que nace y se extingue en función de los avatares de la obligación garantizada. En este último caso el § 826 ZGB permite al propietario exigir al acreedor su consentimiento para cancelar la garantía¹⁶²³. En las otras modalidades (la carta hipotecaria, *Schuldbrief*, §§ 842 a 846 y 853 a 874, y la letra de renta, *Gült*, § 848 a 852 y 853 a 874 ZGB), la hipoteca puede tener un carácter no accesorio. El § 845 ZGB define a la primera de la siguiente forma: “*Durch den Schuldbrief wird eine persönliche Forderung begründet, die grundpfändlich sichergestellt ist*”; y el § 847 ZGB a la segunda de la siguiente: “*Durch die Gült wird eine Forderung als Grundlast auf ein Grundstück Teleg*”. La extinción de la obligación garantizada en ambas hipotecas faculta al propietario tanto a proceder a su cancelación como a dejarla subsistente y volver a reutilizarla. De esta manera, la garantía no se extingue sino que permanece en el Registro de la Propiedad (§ 863 ZGB). Fuera del supuesto anterior, sólo pueden ser canceladas si el título no es válido o es declarado nulo judicialmente (§ 864 ZGB)¹⁶²⁴.

c) Hungría conoce tanto una hipoteca naturaleza accesorio (*Hypothek*) como no accesorio (*Pfandrecht*). La primera no está expresamente regulada pero su existencia se desprende del § 251.4.2 del CCH, y necesita para su validez de una obligación. La segunda puede nacer de forma aislada sin necesidad de garantizar una obligación específica (§ 269 CCH)¹⁶²⁵.

¹⁶²² ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol II, ob. Cit., pp. 1340.

¹⁶²³ TUOR, Peter, SCHNYDER, Bernhard, SCHMID, Jörg y RUMO-JUNGO, Alexandra, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12 Auflage, Schulthess, Zurich, 2003, p. 1004.

¹⁶²⁴ Ver STÜRNER, R. y STADLER, A., *Hypothekpfandbriefe und Deckungswerte in der Schweiz*, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Band 31, pp. 12 y 13.

¹⁶²⁵ EBNER, Wolfgang y ILLA, Balázs, *Grundeigentum und Sicherheiten in Ungarn*, Band 27, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2007, pp. 116 y ss. y 128 y ss.

d) En Noruega existen dos modalidades de hipotecas: a) la *Skades/Osbrev*, que se considera una hipoteca de máximo; y b) la *Pantobligasjon*, que es un documento negociable que contiene tanto una declaración independiente de deuda como el derecho real de hipoteca. El documento se clasifica como una deuda. Un dato relevante es que la constitución de la carta hipotecaria no está permitida cuando intervienen consumidores y usuarios¹⁶²⁶.

En este ordenamiento tanto la hipoteca de vida registral como la carta hipotecaria tienen una naturaleza no accesoria. El § 1.1 de la *Lov om pant* (ley hipotecaria) de 1980¹⁶²⁷ define a la *lien* como aquel “*special right to seek the satisfaction of a claim in specific property*”, lo que podría hacer denotar su naturaleza accesoria de una obligación. Sin embargo, ha sido la jurisprudencia y la doctrina la que ha definido el carácter no accesorio de la *Skades/Osbrev* en base al § 1.4 de la *Lov om pant*, que se refiere a su inscripción registral y establece que “*such protection is conditional on the amount of the maximum amount to be secured by the lien being specified in the document which serves as evidence of the lien*”.

La naturaleza no accesoria de la hipoteca permite su nacimiento con independencia de la existencia de alguna obligación. De hecho, lo usual en este país desde hace más de un siglo es que primero se conceda la hipoteca para asegurar la prioridad registral y luego el acreedor desembolse el préstamo al deudor. Sin embargo, la situación es diferente cuando todas las obligaciones son satisfechas. En este caso, es dudoso que el propietario pueda reclamar la hipoteca para sí mismo, aunque la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que el propietario pueda mantener la hipoteca registrada y cederla posteriormente a otro acreedor¹⁶²⁸.

e) En Estonia el titular de la hipoteca (*Hüpoteek*) “*has the right to satisfaction of a claim secured by the mortgage out of the pledged immovable*” (§ 325.1 LP), y esta ley puntualiza que con la creación de la hipoteca no se presupone la existencia de una obligación a garantizar (§ 325.4 LP). De esta

¹⁶²⁶ MARTHINUSSEN, Hans Fredrik, “Country Report Norway”, en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte...*, pp. 19, 20, 23 y 24.

¹⁶²⁷ Nr. 2.

¹⁶²⁸ MARTHINUSSEN, H. F., ob. Cit., pp. 29, 34 y 35.

manera, la LP admite la hipoteca de propietario, que puede nacer de distintas formas: a) por iniciativa de propietario; b) cuando el acreedor extingue la garantía; c) cuando la obligación está amortizada; o d) si finalmente la obligación no llega a nacer (§§ 328, 329 y 349 LP). Además, en este sistema rige el principio de abstracción, que guarda similitudes con el Derecho alemán¹⁶²⁹.

f) En Eslovenia la introducción de una *Grundschild* no accesorial y que obligatoriamente ha de constituirse en *Wertpapier* ha sido relativamente reciente (2005). En este ordenamiento la *Grundschild* se define de la siguiente manera: “*Ist die grundschild das Recht, die Zahlung eines bestimmten Geldbetrages aus dem Wert der Liegenschaft vor allen anderen Gläubigern in einem schlechteren Rang zu verlangen*”¹⁶³⁰. Por lo tanto, puede observarse en este precepto la influencia alemana ya que el derecho del acreedor puede realizarse directamente sobre el fundo. La *Grundschild* puede constituirse a favor del propietario o de un tercero.

g) Por último, en Holanda la hipoteca (*Hypotheek*) se regula junto con la prenda. El BW considera a ambos como derechos reales limitados que garantizan una deuda determinada (art. 3:227 BW), y que permiten dirigirse contra un bien con preferencia a otros acreedores. En un principio, la hipoteca tiene una naturaleza accesorial pero el art. 231 BW permite que se puedan garantizar obligaciones presentes o futuras. En ambos casos la obligación o, en su defecto, los hechos que sirvan de base para su determinación, han de indicarse en el documento notarial por el que se constituye la hipoteca (art. 260 BW)¹⁶³¹. En la constitución de la garantía también debe señalarse la cuantía de responsabilidad hipotecaria, aunque se permite especificar únicamente un máximo (art. 260 BW).

Por lo tanto, no existe en el Derecho holandés un modelo plenamente

¹⁶²⁹ Capítulo 1º, apartado I, epígrafe 4.2.2.

¹⁶³⁰ LEITFADENREIHE ZUM KREDITRISIKO, *Kreditsicherungsrecht in Slowenien*, Oesterreichischen Nationalbank, 2004, p. 43.

¹⁶³¹ Art. 260 BW: “A mortgage is established by a notarial instrument drawn up between the parties in which the grantor grants a mortgage to the mortgagee over registered property, followed by the entry of the instrument in the appropriate public registers provided for that purpose. The instrument must contain an indication of the claim for which the mortgage serves as security, or of the facts, on the basis of which that claim can be determined”. Ver WARENDORF, Hans, THOMAS, Richard, CURRY-SUMMER, Ian, *The Civil Code of the Netherlands*, Walters Kluwer, cop. 2009

asimilable a la *Grundschild* alemana. Ello impide, por ejemplo, la hipoteca de propietario¹⁶³². Sin embargo, la flexibilidad de la garantía se refleja en dos modalidades de hipoteca: a) la *Kredithypothek*, que nace para el cumplimiento de las obligaciones que nazcan de una cuenta corriente de crédito; y b) la *Bankhypothek*, que se constituye para garantizar en un sentido amplio todas aquellas obligaciones que puedan surgir entre el acreedor y deudor. La característica común de ambas es que permiten garantizar diversas obligaciones presentes o futuras. De esta manera, no es necesaria la existencia de ninguna obligación para el nacimiento de la hipoteca¹⁶³³. La *Bankhypothek* es la modalidad más utilizada en la práctica y por su especial configuración se ha afirmado doctrinalmente que “*in gewissem Sinne ist diese Hypothekenform mit der deutschen Grundschild zu vergleichen*”¹⁶³⁴. Sin embargo, la diferencia con la *Grundschild* es que no puede cederse aisladamente. De esta manera, tendríamos una hipoteca a caballo entre la *Grundschild* alemana y las hipotecas accesorias (a continuación).

En los otros países la hipoteca tiene una naturaleza legalmente **accesoria**, hecho que puede constatarse de las definiciones que contemplan en sus respectivas legislaciones y que relacionan la existencia de la hipoteca o bien con una obligación o bien con un deudor¹⁶³⁵. Las hipotecas no accesorias,

¹⁶³² “A mortgage cannot be set up also for the land owner. A principle of property law in Dutch law is that limited rights and the (nude) ownership of the thing cannot be in one and the same hand (*vermenging*). See also article 3:81 par. 2 sub e BW: a limited right *in rem* ends by merger (confusion) or real right and ownership”, PLOEGER, Hendrik, VAN VELTEN, Aart y ZEVENBERGEN, Jaap, *Report for the Netherlands, Real Property Law and Procedure in the European Union Projekt*, 2005, p. 38.

¹⁶³³ De acuerdo con KLEIJN, W. M., JORDAANS, J. P. y KRANS, H. B., ob. Cit.: “Beyond this there is the possibility to hypothecate property as security, not for a fixed principal sum, but for one or more uncertain or floating personal rights up to a specified maximum, provided that the facts on the basis of which the claim, for which the hypothec serves as security, can be determined, as well as the estimated maximum amount of that claim, are expressed in the deed (BW 3:260 para 1). These can be future personal rights as well. e. g. as pursuant to a credit arrangement or banking connection (so-called *kredithypothek*, credit hypothec, and *bankhypothek*, bank’s hypothec, respectively)”, p. 131.

¹⁶³⁴ KEMPER, Hans, “Einleitung und das Hypothekenrecht” y VAN NIEVELT, Börre, “Vollständige oder teilweise Abtretung einer Hypothekenforderung”, en *Länderseminar Niederlande*, 2 Juli 2003, dbb Forum, Berlin, p. 10 y pp. 8 y 9 respectivamente.

¹⁶³⁵ Algunos ejemplos son los siguientes: la Rep. Checa define la hipoteca en el art. 152 CCCh: “Das Pfandrecht dient der Sicherung einer Forderung im Fall, dass die ihr entsprechende Schuld nicht rechtzeitig erfüllt wird und in diesem Fall die Befriedigung aus dem Erlös der Pfandverwertung erlangt werden kann”; Bosnia como “Zur Sicherung bestimmter Forderungen kann eine Immobilie mit einem Pfandrecht zu Gunsten eines Gläubigers belastet werden (Hypothek), der ermächtigt ist, ohne Rücksicht auf eine Änderung des Eigentümers der belasteten Immobilie, auf die durch Gesetz festgelegte Art die Befriedigung seiner Forderung

como se ha visto, no efectúan ninguna mención a este elemento y, en ese caso, la doctrina o la propia Ley especifican el carácter no accesorio de la garantía. En la actualidad existen proyectos legislativos en Bosnia y Polonia cuyo objetivo es regular una nueva modalidad de hipoteca inspirada en la *Grundschild* alemana¹⁶³⁶. Por su parte, como ya hemos visto¹⁶³⁷, en el Derecho inglés existe la *charge by way of legal mortgage* que se asimila en su naturaleza a la hipoteca continental, es decir, a un derecho real de garantía en cosa ajena. La doctrina defiende que es posible la introducción de una hipoteca no accesorio en este ordenamiento, pero la realidad es que la hipoteca inglesa tiene una naturaleza accesorio, porque no se admite la hipoteca de propietario

aus dem Wert dieser Immobilie vor dem Gläubigern, die daran keine Hypothek haben sowie auch vor den Gläubiger, die nach ihm eine Hypothek erworben haben, zu verlangen”, ver el art. 68 de la *Gesetz über die eigentumsrechtlichen Verhältnisse* (der Föderation Bosnien und Herzegowina), Vom 17. März 1998; en Austria se define en el § 447 ABGB como “das dingliche Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu erlangen. Die Sache, worauf dem Gläubiger dieses Recht zusteht, heißt überhaupt ein Pfand”; en Portugal el art. 686 CCP como aquel derecho que “confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo. 2. A obrigação garantida pela hipoteca pode ser futura ou condicional”; en Bélgica “L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation” (art. 41 LoiH); en Rumanía la “*ipoteca este un drept real asupra imobilelor afectate la plata unei obligatii*” (art. 1746 CCR); en Lituania la “Mortgage is the pledge of an immovable thing to secure the performance of a present or future debt obligation, when the mortgaged thing is not transferred to the creditor”, art. 4.170 CCL; en Italia “L'ipoteca attribuisce al creditore il diritto di espropriare (1505) anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo credito (Cod. Proc. Civ. 555 e seguenti)” (art. 2808 *Codi*); en Polonia “Zum Zwecke der Besicherung einer bestimmten Forderung kann eine Liegenschaft mit einem Recht belastet werde, aufgrund dessen der Gläubiger die Befriedigung aus der Liegenschaft vorrangig vor den persönlichen Gläubiger des Eigentümers der Liegenschaft und unabhängig davon, wessen Eigentum sie geworden ist, verlangen kann (Hypothek)”, art. 65 *Gesetz über Grundbücher und Hypothek*; en Croacia “Das Pfandrecht ist ein beschränktes dingliches Recht an einer bestimmten Sache (Pfand), das seinen Träger (Pfandgläubiger) berechtigt, eine bestimmte Forderung, sofern sie ihm bei Fälligkeit nicht erfüllt wird, aus dem Wert dieser Sache – wem auch immer sie gehören mag – zu befriedigen; der jeweilige Eigentümer der Sache (Pfandschuldner) ist verpflichtet, dies zu dulden” (art. 297 Abs 1 *Gesetz über das Eigentum und andere dingliche Rechte*).

¹⁶³⁶ En cuanto a Bosnia, “ein Verwertungsrecht vor, das seinen Inhaber berechtigt, einen Geldbetrag aus dem Wert der Immobilie zu verlangen”, ver POVLAKIS, Meliha, “Länderbericht Bosnien und Herzegowina”, en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, Band 23, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlín, 2006, pp. 39 y 44. En cuanto a Polonia: “Los inmuebles pueden ser gravados con un derecho a favor de una determinada persona (el titular), en virtud del cual el titular puede, en caso de incumplimiento, exigir la satisfacción del crédito con el inmueble, con un rango preferente a los acreedores personales del titular del inmueble (deuda territorial). La deuda territorial se expresará en una suma de dinero determinada”). En este último se admite la hipoteca de propietario, ya que “el establecimiento o la cesión de la deuda territorial no se puede hacer depender de otra relación jurídica o de un crédito”, ver SÁNCHEZ JORDÁN, M^a. E., “La propuesta polaca...”, ob. Cit., pp. 616 y 617.

¹⁶³⁷ Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 3.1.3.

y la amortización de la obligación garantizada conlleva la extinción de la garantía¹⁶³⁸.

En definitiva, los ordenamientos europeos prevén diversas clases de hipotecas:

a) La primera es la **carga o deuda inmobiliaria**, que la encontramos en Alemania (*Grundschuld*) así como en otros países¹⁶³⁹. La naturaleza no accesoria de estas cargas inmobiliarias permite que su nacimiento o su extinción no dependan de la existencia de una obligación garantizada.

b) Sin embargo, hemos visto como la *Grundschuld* puede cumplir funciones de garantía (*Sicherungsgrundschuld*). En este caso, la conexión entre la obligación y la garantía tiene lugar a través de un contrato (contrato de garantía, *Sicherungsvertrag*, §§ 1191.1 y 1117.2 BGB¹⁶⁴⁰), lo que permite hablar de una **accesoriedad contractual**. El funcionamiento de la garantía dependerá de las cláusulas pactadas en el contrato, p. e. en qué casos puede cederse a un tercero.

c) Por último, existe una **accesoriedad legal** en aquellos ordenamientos donde la hipoteca aparece legalmente vinculada a una obligación.

4. Comparativa entre los tipos de accesoriedad del Derecho español y otros ordenamientos europeos

En los apartados anteriores hemos comprobado que la accesoriedad está presente tanto legal como contractualmente en algunos ordenamientos europeos, mientras que en otros se permite que la garantía pueda existir sin ningún tipo de vínculo con una obligación. La clase de accesoriedad afecta decisivamente a la relación entre la obligación y la garantía desde diferentes perspectivas, que analizamos a continuación a través de los tipos de

¹⁶³⁸ De acuerdo con WATT, G., *The Eurohypotheec...*, ob. Cit., p. 188.

¹⁶³⁹ "Mit der Bestimmung, dass die Geldsumme "aus dem Grundstück zu zahlen ist", ist die Befugnis des Grundschuldgläubigers gemeint, das belastete Grundstück im Wege der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung zu verwerten und den auf die Grundschuld entfallenden Verwertungserlös im Zwangsversteigerungsverfahren mit Vorrang vor anderen Gläubigern aus der Teilungsmasse zu entnehmen. Die Grundschuld ist eine von einer Forderung unabhängige Grundstücksbelastung", ver CLEMENTE, C., *Recht der Sicherungsgrundschuld*, 4. Auflage, RWS Verlag, Köln, 2008, p. 25.

¹⁶⁴⁰ Este contrato desempeña un papel importante al ser el punto de unión entre la obligación y la garantía. Ver en mayor profundidad *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 1.3.

accesoriedad¹⁶⁴¹.

4.1. La accesoriedad de nacimiento (*Enstehensakzessorietät*)

La existencia de una accesoriedad de nacimiento¹⁶⁴² implica que la hipoteca sólo puede existir válidamente si existe a su vez una obligación garantizada.

4.1.1. La hipoteca de propietario. Supuesto de hecho

Una empresa desea pedir un préstamo para expandir su actividad empresarial a nuevos ámbitos o adquirir un bien inmueble con fines comerciales, y pregunta al encargado del Registro de la Propiedad la posibilidad de constituir la hipoteca antes de acudir a la entidad de crédito. La finalidad es poder negociar en mejores condiciones las cláusulas del préstamo (p. e. el tipo de interés) y agilizar su desembolso, ya que una garantía ya constituida otorga a la entidad de crédito una mayor confianza al reducir el riesgo de la operación. A pesar de tener una garantía ya constituida a su disposición, la entidad de crédito es reacia a concederle el préstamo, debido a que las circunstancias económicas adversas han motivado una política restrictiva de la entidad. Ante esta eventualidad, el empresario decide mantener la garantía en su patrimonio hasta que una entidad de crédito le conceda finalmente el préstamo. Las condiciones económicas de la empresa empeoran y provocan la necesidad urgente de liquidez para atender a los pagos de los proveedores, con lo que el empresario decide obtener un rendimiento de la hipoteca que ha constituido a través de su cesión a un tercero. Esta operación reporta un beneficio tanto para el propietario/vendedor como para el tercer adquirente: el primero obtiene de forma inmediata la cantidad necesaria para poder continuar con su negocio empresarial, y el segundo una garantía real inmobiliaria con la que puede negociar en el tráfico jurídico. El propietario es consciente de que su finca puede ser ejecutada en cualquier momento si el tercer adquirente de la hipoteca no cumple con sus obligaciones, pero no es

¹⁶⁴¹ Recogidos por MEDICUS, D., ob. Cit., pp. 498 y ss: y STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 45 y ss.

¹⁶⁴² STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 45.

menos cierto que la cuantía de la ejecución hipotecaria no será mayor que el dinero que el empresario ha recibido que, en su caso, podría destinar a impedir la ejecución sobre su finca.

Veamos a continuación si este supuesto es posible en los sistemas hipotecarios europeos.

4.1.2. En el Derecho español

La accesoriadad de nacimiento está presente en la hipoteca española, aunque flexibilizada en las hipotecas en garantía de obligaciones futuras y de máximo (arts. 142, 143, 153 y 153 bis LH)¹⁶⁴³. Así, es necesaria la existencia de una obligación determinada o determinable en el momento de constitución de la garantía. La única manifestación de una hipoteca creada unilateralmente por el propietario es la denominada **hipoteca unilateral**, pero se exige para su validez la aceptación por parte del acreedor en los dos meses siguientes a su constitución (arts. 141 LH y 237 RH). El TS y la DGRN han mantenido posturas diversas sobre los efectos jurídicos de su constitución, considerando la hipoteca unilateral plenamente inscrita desde el momento de su inscripción – TS- o bien considerándola inscrita desde que el acreedor la acepta posteriormente, siendo hasta entonces un *hecho real* y no un *derecho real* – DGRN-. La tesis del TS es la más extendida¹⁶⁴⁴. En cualquier caso, existe en el Derecho español la necesidad de aceptación por parte del acreedor hipotecario, con lo que no está admitida la hipoteca de propietario. Tal admisión produciría una confusión de derechos al confluir en el mismo titular los conceptos de dueño y acreedor hipotecario (dueño y titular de la hipoteca). El

¹⁶⁴³ Vid. *infra*. Epígrafe 4.2.1.1.

¹⁶⁴⁴ Así, de acuerdo con la RDGRN de 16 de mayo de 2005 [RJ 2005\5642]: “El Tribunal Supremo ha tendido a considerar la hipoteca unilateral como nacida en virtud de la inscripción de la escritura de constitución mientras este Centro Directivo se ha referido a la teoría de la constitución unilateral como reserva de rango siendo la aceptación del acreedor «conditio iuris» para el nacimiento del derecho real, y en algún otro supuesto ha definido la inscripción de la constitución como «hecho real» con efectos frente a terceros, si bien la aceptación determinará la plena eficacia del derecho de hipoteca”. Por lo tanto, ambas instituciones discrepan sobre el momento en el cual nace el derecho real. La posición mayoritaria es la mantenida por el TS, aunque también se ha mantenido lo contrario, ver SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La hipoteca unilateral*, Ed. Thompson-Civitas, Madrid, 2004, p. 66; SAÉNZ DE JUBERA HIGUERO, B., “Hipoteca de constitución unilateral”, en *RCDI*, Julio-Agosto 2005; y ARJONA GUAJARDO FAJARDO, José Luis, “La hipoteca de constitución unilateral”, en *ADC*, II, 1994, pp. 119 a 121.

resultado de esta unión es extintivo en cuanto al derecho real (SSTS de 30 de enero de 1998 y 9 de enero de 2003¹⁶⁴⁵). Esta clase de hipoteca ha sido rechazada sistemáticamente por la jurisprudencia y la DGRN¹⁶⁴⁶.

Por lo tanto, y de acuerdo con el principio de especialidad, tienen que detallarse en el Registro de la Propiedad *“el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración”* (art. 12 LH)¹⁶⁴⁷.

4.1.3. En el Derecho comparado

Un grupo de países no requieren ninguna obligación ni ninguna relación obligacional subyacente para el nacimiento de la garantía, como Holanda, Noruega, Estonia, Hungría, Eslovenia, Alemania y Suiza, cuyas legislaciones

¹⁶⁴⁵ RJ 1999\522 y RJ 2003\958 respectivamente.

¹⁶⁴⁶ Así, la STS de 16 de noviembre de 2000 [RJ 2000\9915], cuando resuelve un caso acerca de las hipoteca sobre títulos al portador, establece lo siguiente: “Desde el punto de vista hipotecario este tipo de hipotecas han sido vistas con recelo a causa del riesgo de fraude que entraña la inscripción de una hipoteca cuyo verdadero titular no sea otro que el mismo dueño de la finca (Resoluciones 5 noviembre 1990 y 17 agosto 1993 [RJ 1993, 7116]). Una admisión indiscriminada de estas emisiones podría afectar al principio de veda la hipoteca de propietario, que pareció oportuno conservar en nuestro sistema hipotecario en armonía con el apotegma «nemine res sua servit» -la hipoteca constituye un «ius in re aliena»- y el carácter accesorio (E. de M. de la Ley de 1944 [RCL 1945, 1 y NDL 18731]; Res. 17 enero 1994 [RJ 1994, 239]), pues (sin necesidad de entrar aquí en la incidencia de la hipoteca de seguridad en el principio de la especialidad), se entiende que se vulneraría tal prohibición cuando se constituye una hipoteca en favor de cualquier deuda futura de no importa qué acreedor (Res. 22 marzo 1988), o cuando la hipoteca constituida supone una reserva de rango abstracta (prohibida en nuestro Derecho, Res. 5 noviembre 1990, 17 agosto 1993) por no constar el desembolso o entrega alguna de dinero en contrapartida a los títulos suscrito”. Ver, también las RRDGRN de 5 de noviembre de 1990 [Rj 1990\9310], 22 de marzo de 1988 [RJ 1998\2563] y 14 de enero de 1999 [RJ 1999\47], con idéntica temática: “no cabe en nuestro sistema la hipoteca en garantía de obligación derivada de un título individual que permanece aún en manos de su acreedor, por cuanto se vulnera flagrantemente la prohibición general de la hipoteca de propietario (no hay obligación actual y su futura existencia depende absoluta y exclusivamente de la voluntad del deudor e hipotecante: arts. 1857 CC, 104, 142 y 143 LH) y se eludiría el carácter de “ius cogens” de las normas sobre prelación de créditos”.

¹⁶⁴⁷ Ver también las RRDGRN de 23 febrero 1996 [RJ 1996\1032], 29 de julio de 1997 [RJ 1997\5804], 21 de enero de 1998 [RJ 1998\274] y 25 de abril de 2005 [RJ 2005\5538], entre muchas otras. Este principio, por tanto, impone que se anoten en el Registro los distintos conceptos que se incluyen en la obligación y son los siguientes: el capital; los intereses, que pueden ser compensatorios, que son los debidos como retribución o rendimiento (derivan directamente de la obligación principal), y los moratorios, que son los debidos como indemnización por retraso en el cumplimiento de la obligación (STS de 17 de marzo de 1994 [RJ 1994\1989]). Al ser dos intereses diferentes, en la inscripción debe determinarse una configuración diferente de la cobertura real asignada a cada uno de ellos (STS 12-3-91 [Rj 2219]); así como las costas”.

ya hemos comentado con anterioridad¹⁶⁴⁸. Este hecho no supone siempre la aceptación de la hipoteca de propietario, ya que, por ejemplo, en Holanda no se admite. El hecho de que estos países permitan el nacimiento de la hipoteca sin ninguna vinculación a una obligación no significa que no prevean en sus respectivas legislaciones determinadas hipotecas a las cuales sí se les exija tal requisito para su nacimiento¹⁶⁴⁹.

4.2. La accesoriadad de alcance (*Umfangszessorietät*)

La existencia de una accesoriadad de alcance¹⁶⁵⁰ significa que la cuantía de responsabilidad hipotecaria debe coincidir con la cuantía de la obligación asegurada.

4.2.1. La garantía de varias obligaciones con una misma hipoteca. Supuesto de hecho

Un ciudadano de la UE desea adquirir un bien inmueble en uno de sus Estados miembros con finalidades de vivienda y, a su vez, empezar su actividad empresarial en el bien inmueble que ya tenía en su patrimonio. El deseo de este ciudadano es que tanto la adquisición de su vivienda como las obligaciones de su empresa queden garantizadas bajo una misma garantía, que debería ofrecerle la posibilidad de incluir múltiples obligaciones de muy variado contenido, p. e. aquellas derivadas de proveedores, servicios técnicos o alquiler de maquinaria industrial.

Veamos a continuación si este supuesto es posible en los sistemas hipotecarios europeos.

4.2.1.1. En el Derecho español

4.2.1.1.1. La hipoteca ordinaria o de tráfico

¹⁶⁴⁸ Vid. *supra*. Epígrafe 3.

¹⁶⁴⁹ Vid. *infra*. Epígrafe 4.2.1.

¹⁶⁵⁰ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 45.

Las RRDGRN de 27 de septiembre de 2000 y 27 de julio de 1999¹⁶⁵¹ exponen que “*el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba (cfr. artículos 9.2º de la Ley Hipotecaria y 51.6º del Reglamento Hipotecario), lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado exige que, como regla general, se expresen circunstanciadamente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.)*”. Además, la propia accesoriedad de la hipoteca implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca¹⁶⁵².

Esta determinación de la obligación garantizada, fruto de la conjunción de los principios de especialidad y accesoriedad, tiene su fiel reflejo en la **hipoteca tradicional** o también denominada **hipoteca ordinaria o de tráfico** la cual, por lo tanto, garantiza una obligación existente (no futura ni sujeta a condición –arts. 142 y 143 LH-) y de cuantía perfectamente determinada en el Registro de la Propiedad (junto con los intereses, plazos, causa...), al margen de cuál sea el sistema previsto para su pago o devolución (ver RDGRN de 26 de mayo de 2001¹⁶⁵³).

En estos casos, la fe pública se extiende no sólo al derecho real (hipoteca) sino también al híbrido “crédito hipotecario”¹⁶⁵⁴. De esta forma, el título constitutivo es al propio tiempo título ejecutivo, toda vez que acredita de modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda, desprendiéndose del mismo una cantidad líquida imprescindible para que se pueda despachar ejecución (AAP de Madrid de 19 enero de 1999¹⁶⁵⁵).

La hipoteca ordinaria es una modalidad acorde con los principios de accesoriedad y especialidad, pero las Resoluciones de la DGRN citadas respecto a este último principio exponen una posible excepción a la regla general (determinación de la obligación en el Registro de la Propiedad):

“[...] y aunque -con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito- se permite en

¹⁶⁵¹ RJ 2000\10206 y RJ 1999\6083 respectivamente.

¹⁶⁵² Vid. *supra* respecto a la accesoriedad tradicional. Epígrafe 2.1.1.

¹⁶⁵³ RJ 2001\4808.

¹⁶⁵⁴ Ver al respecto ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ i XIRGO, J., ob. Cit., Tomo VIII, p. 119.

¹⁶⁵⁵ AC 1999\7022.

ciertos supuestos la hipoteca sin la previa determinación registral de todos sus elementos, siempre se imponen algunas *exigencias mínimas*".

Cuando se produce esta indeterminación registral de algún aspecto de la obligación nos alejamos del concepto de hipoteca ordinaria y nos adentramos en el terreno de la **hipoteca de seguridad**, que describimos a continuación junto con las condiciones indispensables (exigencias mínimas) para su validez.

4.2.1.1.2. La hipoteca de seguridad

Al contrario que en la hipoteca ordinaria o de tráfico, en las **hipotecas de seguridad** la obligación no está plenamente determinada en el Registro de la Propiedad y la fe pública registral, por ende, no alcanza a la obligación garantizada. De acuerdo con la RDGRN de 4 de diciembre de 1980¹⁶⁵⁶, para considerar una hipoteca como de seguridad debe concurrir alguna de las siguientes circunstancias¹⁶⁵⁷:

1. Una obligación futura o sujeta a condición suspensiva. En este caso la obligación se halla en estado potencial, pudiendo o no nacer, con lo que existe una indeterminación en cuanto a su existencia. Aquí se incluye la regulación que los arts. 142 y 143 LH y 238 RH dispensan para la hipoteca sobre obligaciones futuras.

2. Una indeterminación tanto en la existencia de la obligación como en su cuantía, que se fija normalmente por procedimientos extrarregistrales al no poderse acreditar este extremo mediante el título constitutivo. En este apartado podemos incluir a la hipoteca sobre apertura de crédito en cuenta corriente y la hipoteca de máximo (arts. 142, 143, 153 y 153 bis LH y 245 y 246 RH).

3. Una indeterminación del acreedor, como sucede en la hipoteca cambiaria o en la hipoteca en garantía de títulos a la orden o al portador (arts. 154 y 155 LH).

Sobre estas bases analizaremos a continuación, por este orden, a la hipoteca de máximo (arts. 142 y 153 LH), a la hipoteca en garantía de cuentas

¹⁶⁵⁶ RJ 1980\4833.

¹⁶⁵⁷ A las cuales también hacen referencia FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena Bellod, *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pp. 15 y ss.

corrientes de crédito (art. 153 LH), a la hipoteca flotante y a la hipoteca de máximo sin pacto novatorio final (art. 153 bis LH).

4.2.1.1.2.1. La hipoteca de máximo (arts. 142 y 143 LH)

Esta hipoteca es una de las más flexibles en el Derecho español, gracias a la posibilidad del deudor de disponer, dentro del máximo establecido, de la cuantía que necesite de acuerdo a sus intereses. Sus **principales características**, desde un punto de vista jurisprudencial, son las siguientes (ver STS de 27 de mayo de 2002¹⁶⁵⁸):

1. Fijación de un tope máximo de responsabilidad hipotecaria.
2. Indeterminación de la cuantía de los créditos asegurados.
3. Fijación del crédito en sus líneas fundamentales.
4. Fijación del crédito mediante mecanismos ajenos al Registro.
5. Especial referencia al objeto de la hipoteca de máximo.

1. Fijación de un tope máximo de responsabilidad hipotecaria.

La protección a terceros en el sistema hipotecario español sólo puede conseguirse en esta modalidad de hipoteca mediante la fijación de una cantidad máxima en el Registro de la Propiedad, ya que existe una indeterminación registral de las obligaciones garantizadas por las partes y la extensión de la fe pública registral únicamente alcanza al derecho real de hipoteca.

De esta manera, los terceros que consulten el Registro de la Propiedad no observarán nítidamente la cuantía exacta a la que asciende la obligación asegurada, pero sí un tope máximo de responsabilidad hipotecaria por la que responde de la finca hipotecada. Esta indicación les permitirá decidir sobre la conveniencia de constituir una hipoteca sobre el resto del valor de la finca y conocer perfectamente el alcance de la hipoteca de máximo constituida con anterioridad.

¹⁶⁵⁸ RJ 2002\4484. Ver también ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ i XIRGO, J., Tomo IX, pp. 365 y ss.

Sin embargo, piénsese que esta indeterminación también ocurre en la hipoteca ordinaria, pues desde el primer plazo la cantidad amortizada por el deudor hipotecario ya no concuerda con la cuantía establecida en el Registro de la Propiedad. En puridad, los terceros se encuentran en una situación similar en ambas modalidades de hipoteca, sin perjuicio de los efectos dispares que provoca su naturaleza jurídica y que se traducen p. e. en la necesidad de concretar la obligación exigible en la hipoteca de máximo para en el momento de su ejecución.

Para cumplir con las exigencias del principio de especialidad en materia hipotecaria (arts. 9 LH y 51 RH), el tope máximo de responsabilidad no sólo se referirá a las obligaciones garantizadas, es decir, también afectará por igual a los *intereses*. Así, deberá constar una cantidad máxima de responsabilidad tanto para las relaciones entre acreedor y deudor como frente a terceros, ya se traten de intereses compensatorios o moratorios (ver las RRDGRN de 24 de agosto de 1998, 9 de octubre de 1997 y 12 de julio de 1996¹⁶⁵⁹). También tiene que fijarse un tope máximo en materia de *costas judiciales*.

2. Indeterminación de la cuantía de los créditos asegurados.

El grado de determinación de las obligaciones aseguradas ya ha sido puesto de relieve con anterioridad, y cobra una especial importancia a la hora de determinar la naturaleza jurídica de la hipoteca. Un ejemplo donde puede observarse esta trascendencia es en la RDGRN de 7 de junio de 2005¹⁶⁶⁰:

“se constituye la hipoteca para garantizar, tal y como en la misma se expresa, una deuda preexistente por importe de 120 millones de pesetas que no es sino consecuencia del saldo negativo que arrojaba un crédito en cuenta corriente anteriormente concertado y signado con el núm. 010-0350-000365.5, saldo deudor que se enjuga mediante el apunte contable de la suma garantizada mediante la hipoteca, en cuya escritura constitutiva se establece el plazo de 10 años para la devolución de esos 120 millones ya dispuestos, a razón de 12 millones anuales más los intereses al 12% del capital pendiente de amortizar en cada vencimiento anual”.

¹⁶⁵⁹ RJ 1998\6585, RJ 1997\7366 y RJ 1996\5613 respectivamente.

¹⁶⁶⁰ RJ 2005\4425.

El supuesto de hecho de la resolución consiste en una apertura de crédito en cuenta corriente inicial cuyo saldo final se decide finalmente asegurar mediante la constitución de una hipoteca. A pesar de que las partes deseaban constituir una hipoteca sobre apertura de crédito en cuenta corriente (un subtipo de las hipotecas de máximo regulada en el art. 153 LH¹⁶⁶¹) la DGRN decidió atribuir a la hipoteca la condición de ordinaria o de tráfico:

“No se concede, por tanto, poder dispositivo sobre un máximo de 120 millones, sino que lo que se garantiza hipotecariamente es la cantidad ya dispuesta, como consecuencia de un previo contrato de apertura de crédito, en cuenta corriente, concediendo nuevo plazo y condiciones para cumplir con la obligación de devolverlo. Nos hallamos, por tanto, ante una hipoteca ordinaria y no de seguridad, en la que la cuantía de la obligación garantizada se halla perfectamente determinada «ab initio», por lo que no precisa de ninguno de los procedimientos de determinación del saldo exigible que el artículo 153 de la Ley Hipotecaria prevé para poder utilizar el procedimiento judicial sumario”.

La indeterminación del crédito se convierte en un elemento fundamental para caracterizar la hipoteca como ordinaria o de máximo. Las partes deberán cumplir este requisito y no determinar o especificar en ningún caso la cuantía de la obligación en el Registro de la Propiedad sino desean correr el riesgo de que finalmente se considere una hipoteca ordinaria.

3. Fijación del crédito en sus líneas fundamentales.

En la hipoteca ordinaria la obligación está perfectamente delimitada en el Registro de la Propiedad, lo que no ocurre en la hipoteca de máximo. Por este motivo, y porque existe en el Derecho español una accesoriedad de nacimiento, la LH exige la fijación de una *relación obligacional básica* para dar cumplimiento al principio de especialidad, en virtud de la cual puedan nacer y concretarse las diversas obligaciones que quedarán garantizadas por la hipoteca de máximo, siempre y cuando no superen la cuantía máxima de responsabilidad. Esta exigencia tuvo su origen en la RDGRN de 23 de

¹⁶⁶¹ Vid. *infra*. Epígrafe 4.2.2.2.2.2.

diciembre de 1987¹⁶⁶², cuyo redactado más importante es el siguiente:

“TERCERO.- La escritura, al referirse a la obligación que se garantiza, no cumple las exigencias establecidas para su determinación, ni siquiera aquellas exigencias mínimas que bastan cuando la hipoteca que se constituye sea de las de deuda futura o de las de máximo, a pesar de que la determinación de las obligaciones es una exigencia estructural de la hipoteca. **Al tener ésta una naturaleza esencialmente accesoria (cf. artículos 1857.1.º del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria) no puede constituirse sin que se precise la obligación, presente o futura, a la que inequívocamente la hipoteca habrá de servir de garantía.** La hipoteca que se ha pretendido constituir viene a ser una especie de hipoteca «flotante» en la que, si bien queda fijada la cifra máxima de la responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del Banco determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes totales o parciales, de dos obligaciones ya existentes, procedentes de sendas operaciones (de préstamo o de crédito) -y cuya suma total ya supera el máximo que ahora se pretende garantizar con la hipoteca- o con el importe de otra u otras obligaciones que en el futuro puedan contraer los mismos deudores en favor del Banco [...]

QUINTO.- También se infringe el principio de especialidad al pretender, finalmente, no sólo que esta «hipoteca de máximo» garantice, unitariamente, créditos que entre sí no tienen conexión causal y a los que se identifica con datos más o menos completos, sino también, el importe de otras obligaciones que quedan en total indeterminación tanto en su futura existencia -que queda al arbitrio del Banco- como en cuanto a su fuente y causa: según la escritura, en el máximo garantizado pueden entrar también «las cantidades que, por cualquier concepto, resulten adeudar los señores comparecientes al Banco... en cualquiera de sus sucursales»”.

La RDGRN impide la inscripción por la falta de concreción del origen de las obligaciones que quedarán bajo la cobertura hipotecaria, que queda a la discreción de la entidad bancaria acreedora. La necesidad de concretar este origen dio lugar al nacimiento del concepto de relación obligacional básica en esta modalidad de hipoteca. En la jurisprudencia encontramos los siguientes ejemplos de esta relación:

- RDGRN de 25 de abril de 2005. La cláusula de la escritura pública es la siguiente:

¹⁶⁶² RJ 1987\9722.

“Mediante la escritura calificada se constituye una **hipoteca de máximo** en garantía del cumplimiento de «todas las obligaciones comerciales derivadas del suministro de piedras y mármoles naturales» que determinada sociedad tiene concertado a favor de otra, de modo que «todos los pagos que resulten a favor de la entidad acreedora, como consecuencia de los diversos suministros efectuados o que se vayan a efectuar, dentro del plazo que se dirá y hasta un máximo total de ... euros, quedan, pues, garantizados a través de la hipoteca que aquí se constituye, junto con cualquier eventualidad por pérdida, deterioro o falta de pago de las mercancías suministradas, todo ello hasta el máximo antes señalado»; y se fija una fecha máxima «a efectos de la garantía aquí constituida, de liquidación del saldo existente entre ambas entidades derivado del suministro de material antes reseñado»”.

- STS de 27 de mayo de 2002 (que recoge las características esenciales de esta hipoteca):

“Primera.-Obligaciones garantizadas: La hipoteca que se constituye por la presente escritura, garantiza el pago de todas las cantidades que al final del plazo que se dirá resulten a favor del "Banco Pastor, SA", tanto por principal, intereses, comisiones o gastos, por razón de operaciones que se realicen en el futuro por dicha entidad a favor de "Inmobiliaria Peñarrubia, SA" y que con carácter enunciativo y sin limitaciones se relacionan: saldos de deudores en cuentas corrientes, de crédito, pólizas de préstamo o crédito, descuentos comerciales, descuentos financieros, cantidades derivadas del uso de Tarjetas de Crédito o Cajeros Automáticos, y cantidades prestadas por avales, fianzas, y además en documentos de crédito y giro, incluso recibos que "Banco Pastor, SA" descuenta o negocie en lo sucesivo y en los que "Inmobiliaria Peñarrubia, SA" aparezca conjunta, indistinta o solidariamente, bien como librador, endosante, aceptante o avalista. Las cantidades que el Banco pudiere pagar en razón de contribuciones, tributos o exacciones, que afecten directamente a la finca hipotecada, o las primas de los seguros concertados en relación con la misma o con la actividad que en ella se desarrolle, sin perjuicio del posible vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas. Las cantidades que el Banco por cuenta de los acreditados, entregue al Notario autorizante de esta escritura, para atender los gastos que ocasione, hasta que una primera copia de la misma, librada para el Banco acreedor, quede inscrita en el Registro de la Propiedad, incluidos los de cualquier título previo, cuya inscripción sea necesaria para la de la hipoteca”.

- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 16 enero de 1999¹⁶⁶³:

SEGUNDO.- A diferencia de la hipoteca ordinaria, la hipoteca de máximo separa la garantía del crédito garantizado, de tal manera que existe una cierta indeterminación del crédito, propio de la naturaleza de estas hipotecas de máximo, y que es la certificación de la entidad acreedora la que determinará el saldo resultante según la contabilidad llevada de la cuenta abierta, y lo que sí tiene que estar delimitado son las operaciones que se pueden realizar en la misma, cosa que sucede en el presente caso, al precisarse en la cláusula segunda serlo «las operaciones crediticias o comerciales, financiación de exportaciones, créditos a corto plazo, prefinanciación de exportaciones, créditos y préstamos financieros, descubiertos en cuenta corriente, avales y fianzas, cuyo vencimiento sea anterior al 16 de enero de 1997 (16 enero 1992), fecha de cierre improrrogable de la cuenta».

La doctrina entiende que la hipoteca de máximo tiene su ámbito de aplicación natural en los contratos de largo tracto o tracto sucesivo¹⁶⁶⁴. Sin embargo, en las sentencias citadas la hipoteca de máximo garantiza tanto obligaciones de largo tracto, es decir, de **suministro** (en este caso, a modo de ejemplo, de mármoles), como obligaciones propias de las relaciones que se establecen entre **banco y cliente** (letras de cambio, descuentos, avales, disposiciones de crédito...), aunque normalmente se utilizará la hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente para este tipo de obligaciones por su regulación específica (art. 153 LH).

El contenido de esta relación obligacional básica dependerá de la voluntad de las partes (principio de autonomía de la voluntad, art. 1255 CC), siempre y cuando se ajusten a los requisitos que exigen el principio de especialidad y accesoriedad en relación a la determinación de la obligación garantizada.

¹⁶⁶³ AC 1999\88.

¹⁶⁶⁴ "Son hipotecas que suelen asegurar obligaciones de tracto sucesivo, o de carácter continuado como las emanadas de pagar periódicamente el precio de un arrendamiento (Resolución de 28 de febrero de 1928), o relaciones credituales reiteradas entre las partes, como las derivadas de operaciones bancarias representadas por letras de cambio libradas, aceptadas, endosadas o avaladas por el hipotecante, o cualquier otra obligación que pueda surgir en el futuro de aquellas relaciones o de otras de otro tipo como cláusulas comerciales, de negocio, siempre que estén determinadas sus líneas fundamentales", ver FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. B., ob. Cit., p. 17; en el mismo sentido ROCA SASTRE, R. M^a., ob. Cit., Vol. VIII, pp. 322 y 323.

4. Fijación del crédito mediante mecanismos ajenos al Registro.

En virtud de la RDGRN de 3 de noviembre de 2000¹⁶⁶⁵, es característica esencial de las hipotecas de seguridad la insuficiencia de su inscripción para probar todos los elementos de la obligación asegurada. En consecuencia, el título constitutivo habrá de ser complementado por el título legalmente adecuado para la efectividad de dicha obligación en sede ejecución. El título constitutivo, pues, no es título ejecutivo como en la hipoteca ordinaria.

Cuando se utilice una cuenta corriente de crédito puede acudir al régimen establecido en el art. 153 LH para acreditar el saldo, aunque la hipoteca no responda a los cánones que marca el precepto citado y explicados a continuación (ver RDGRN de 6 de noviembre de 1999¹⁶⁶⁶).

5. Especial referencia al objeto de la hipoteca de máximo.

La hipoteca ordinaria o de tráfico suele garantizar un contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses. Este contrato tiene un carácter real porque se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral, por cuanto de él sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario (SSTS de 7 de abril de 2005 y 11 de junio de 1999¹⁶⁶⁷). Por el contrario, en la hipoteca de máximo se garantizan **créditos**. Además, la naturaleza del contrato también es distinta, p. e. en la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH) se garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor derivada de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, que tiene un carácter consensual y bilateral y no puede ser confundido con el de préstamo, de naturaleza real.

4.2.1.1.2.2. La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH)

La denominada **hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito** tiene una regulación específica en los arts. 153 LH y 245 RH. Para que

¹⁶⁶⁵ RJ 2000\10239.

¹⁶⁶⁶ RJ 1999\7781.

¹⁶⁶⁷ RJ 2005\3845 y RJ 1999/4607 respectivamente.

esta hipoteca despliegue toda su eficacia, las partes acuerdan la formalización de un contrato que recibe el nombre de “*apertura de crédito en cuenta corriente*”¹⁶⁶⁸ (de ahí que en numerosas ocasiones esta hipoteca sea citada como hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente), y cuya definición es la siguiente (STS de 27 de junio de 1989¹⁶⁶⁹):

“contrato por el cual el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente”.

Esta hipoteca guarda relevantes similitudes con las hipotecas de máximo (arts. 142, 143 y 153 bis LH), con la que comparte algunos requisitos, pero tiene unas características especiales gracias a su previsión legal.

Partiendo de la base de que en esta clase de hipoteca debe precisarse la cuantía máxima de responsabilidad hipotecaria junto con el plazo de duración del contrato, por efecto directo del art. 153 LH¹⁶⁷⁰, su principal característica es la utilización de una **cuenta corriente** para llevar a cabo la contabilidad de las operaciones que, de acuerdo con las condiciones pactadas, podrán incluirse dentro de la responsabilidad hipotecaria fijada en el Registro de la Propiedad.

Sin embargo, esta cuenta corriente no puede ser un simple instrumento de anotaciones contables que tengan un tratamiento totalmente autónomo. La jurisprudencia ha exigido para la validez de estas hipotecas los siguientes requisitos (ver RRDGRN de 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995 y 27 de julio de 1999¹⁶⁷¹):

¹⁶⁶⁸ Esta denominación no hay que confundirla ni con el contrato de apertura de crédito simple, en donde la única diferencia es la imposibilidad de efectuar disposiciones parciales; ni con el contrato de cuenta corriente, en donde existe una concesión recíproca de crédito. El contrato de apertura de crédito en cuenta corriente se encuentra a medio camino entre ambas figuras, ver ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ i XIRGO, J., ob. Cit., Tomo IX, p. 383; y STS de 9 de noviembre de 1984 [RJ 1984\5372].

¹⁶⁶⁹ RJ 1989\4787.

¹⁶⁷⁰ El primer párrafo establece lo siguiente: “Podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable, y caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta”.

¹⁶⁷¹ RJ 1995\186 y RJ 1999\6083.

1. Cuenta corriente al servicio de la relación obligacional básica.
2. Relación obligacional básica.
3. Disponibilidad del crédito.
4. Novación de los créditos asegurados.
5. Modo de contabilidad de las operaciones.

1. Cuenta corriente al servicio de la relación obligacional básica.

Así como en la hipoteca de máximo la llevanza de la contabilidad de las operaciones estaba sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes, en la hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente se convierte en un requisito esencial. Así, en virtud de la ya citada RDGRN de 23 de diciembre de 1987:

“Solamente cuando la cuenta bancaria aparece como instrumento contable de una relación contractual, ya de apertura de crédito ya de cuenta corriente, deviene exigible el saldo resultante de modo autónomo, con independencia de la causa concreta de los cargos o de los abonos efectuados en aquella”.

Por lo tanto, la cuenta corriente, con independencia de su configuración o naturaleza, cumplirá este requisito cuando **sirva o coadyuve a una relación**, que esta sentencia denomina “relación contractual” o, en la terminología de ROCA-SASTRE, “relación jurídica básica” (nosotros utilizaremos la expresión ya empleada en la hipoteca de máximo de “relación obligacional básica”). Por lo tanto, esta “relación” se encuentra presente tanto en la hipoteca de máximo como en la instrumentada en cuenta corriente. A continuación se citan algunos ejemplos de esta relación.

2. Relación obligacional básica.

Esta relación se establece entre acreedor y deudor. Un claro ejemplo lo encontramos en la siguiente resolución:

- RDGRN de 3 de noviembre de 2000¹⁶⁷².

¹⁶⁷² RJ 2000\10239.

Parte II. La hipoteca en Europa. La creación de un mercado hipotecario europeo

“Se dan los detalles de tres pólizas, una de préstamo con interés variable, otra de crédito con garantía personal y una tercera de negociación bancaria de letras de cambio, recibos y otros documentos y efectos mercantiles. La hipoteca garantiza hasta el importe máximo de 118 millones de pesetas de principal. Una vez cargados en la cuenta corriente especial los saldos de todos o cualesquiera de las operaciones amparadas por la presente hipoteca, dichas operaciones se entenderán novadas, total o parcialmente, en su caso, por la cuenta especial quedando, por tanto, sujetas a los pactos, plazos y condiciones señaladas en la escritura.

Además, el Banco puede cargar en la citada cuenta los gastos que, habiéndose pactado que sean de cuenta del deudor, sean finalmente satisfechos por el Banco, como son los gastos e impuestos que se deriven de la escritura, de las previas no inscritas, las de cancelación, en su día, los gastos judiciales o extrajudiciales que se causen para exigir el cumplimiento del contrato o de cualesquiera de sus obligaciones, incluidos los honorarios de letrado y procurador, aunque la intervención de alguno o de ambos sea potestativa, y las primas de seguro e intereses de obligaciones anteriores, si los hubiere”.

Esta cláusula fue inadmitida por la DGRN, pero no por su amplitud sino por la falta del requisito de novación: el acreedor no puede decidir en qué casos debe o no anotarse un determinado gasto en la cuenta. La DGRN acabó por admitir esta cláusula¹⁶⁷³.

En esta resolución nos encontramos ante dos elementos indisolubles: a) por un lado, la **relación obligacional básica** en virtud de la cual las partes acuerdan el origen de las disposiciones que, dentro de la cantidad máxima, está legitimado a efectuar el deudor hipotecario; y b) por otro, la existencia de una **cuenta corriente** que sirve de instrumento y base para la contabilidad de todas estas operaciones como cargos del debe y del haber.

3. Disponibilidad del crédito.

La disponibilidad del crédito también es un requisito de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito. Así, la RDGRN de 23 de diciembre de 1987 exponía lo siguiente:

“Y, en efecto, así ocurre porque no se trata, en el presente caso, de una hipoteca

¹⁶⁷³ Vid. *infra* en este mismo epígrafe.

en garantía de cuenta corriente de crédito, dado que, en la misma escritura se niega a los titulares de la cuenta que se pretende garantizar que puedan, por ningún concepto, librar órdenes contra dicha cuenta ni disponer de ella”.

Una lectura *sensu contrario* de esta resolución permite extraer otra característica de esta modalidad de hipotecas: la **capacidad de disposición del deudor hipotecario** sobre la cuantía máxima establecida en el Registro de la Propiedad. No obstante, esta disponibilidad puede ser susceptible de pacto entre las partes, pero tiene que existir tal posibilidad (p. e. en el caso de construcción de viviendas por fases puede acordarse la disponibilidad una vez los tramos de la construcción sean cumplidos). A modo de ejemplo podemos observar la siguiente resolución:

- RDGRN de 16 de junio de 1999¹⁶⁷⁴:

“La atipicidad del contrato de crédito en cuenta corriente permite un amplio juego a la autonomía de la voluntad, de suerte que respetando el efecto básico del sistema de instrumentación adoptado, la refundición en una sola obligación, la constituida por el saldo resultante de la liquidación de la cuenta al tiempo y en la forma convenidos, de los débitos y cargos que en ella se asienten que quedan reducidos a simples partidas contables, perdiendo así su autonomía y exigibilidad aislada, las particularidades pueden ser múltiples. Y del mismo modo que nada obsta a la fijación de plazos o instrumentos para la disponibilidad, al señalamiento de cuantías mínimas para cada disposición o amortización, el establecimiento de liquidaciones periódicas, de reducciones o ampliaciones del límite del crédito disponible, etc., Nada impide que en materia de intereses se fije no sólo la forma y tiempo de liquidarlos, sino también, y es lo que aquí interesa, que los mismos se configuren como créditos independientes aunque accesorios del principal, no asentables en la cuenta y exigibles con independencia del saldo de la misma o, por el contrario, se convenga en que se integren como una partida más a los efectos de contabilizarlos para fijar el saldo de liquidación perdiendo así su relativa autonomía”.

4. Novación de los créditos asegurados.

Es imprescindible el pacto entre acreedor y deudor hipotecarios en virtud del cual una vez expirado el plazo pactado de duración de la garantía

¹⁶⁷⁴ RJ 1999\4379.

hipotecaria las obligaciones o créditos dispuestos por el deudor hipotecario sufran una “**novación**” en una obligación autónoma (las obligaciones no sufren novación vigente la hipoteca, pues ello sólo tendrá lugar al finalizar el plazo previsto en la escritura de constitución de la hipoteca). En la RDGRN de 12 de marzo de 2003¹⁶⁷⁵ las partes añadieron a la RDGRN de 3 de noviembre de 2000 (arriba comentada, en la que se deniega la escritura pública por falta de pacto entre las partes que de lugar a la novación de las distintas operaciones), la cláusula siguiente:

“Por todo ello, al establecerse en la escritura de 9 de mayo de 2002 que la práctica de un asiento de cargo en la cuenta corriente cuya apertura causada por el vencimiento y exigibilidad de las obligaciones de que se trata «... tendrá el alcance y efecto novatorio correspondiente a la pérdida de la exigibilidad aislada del crédito anotado al quedar sustituida la obligación procedente de vencimiento de una póliza de las citadas, o de todas, por la obligación resultante del saldo de la cuenta que apareciese al tiempo de su cierre», debe concluirse que no pueden ser mantenidos los defectos tal como han sido expresados en la calificación de 1 de julio de 2002”.

La DGRN aceptó finalmente la inscripción, pero las partes tuvieron que adaptar el contenido de la escritura pública al requisito de la novación el cual, por sí solo, es motivo suficiente para denegar el acceso al Registro de la Propiedad.

5. Modo de contabilidad de las operaciones.

En esta clase de hipotecas se exige la llevanza de **dos libretas** que reflejen las anotaciones que se efectúan en la cuenta corriente. En este sentido se pronuncia el art. 153 LH: “*los interesados llevarán una libreta de ejemplares duplicados: uno en poder del que adquiere la hipoteca y otro en el del que la otorga*”; aunque este precepto permite adoptar otro sistema según la voluntad las partes: “*podrá convenirse que, a los efectos de proceder ejecutivamente, el saldo puede acreditarse mediante una certificación de la Entidad acreedora*”.

La importancia de la determinación del saldo a través de uno de estos dos supuestos (el mecanismo de las dos libretas o una certificación de la

¹⁶⁷⁵ RJ 2003\3950.

entidad acreedora) radica en el **acceso al juicio ejecutivo** previsto en la LEC, pues su art. 573.1.1 expone que cuando se ejecute una póliza y tenga que acreditarse el saldo de una cuenta será necesario acompañar el “*documento o documentos en que se exprese el saldo resultante de la liquidación efectuada por el acreedor, así como el extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses que determinan el saldo concreto por el que se pide el despacho de la ejecución*”. Estos documentos coinciden con los previstos en el art. 153 LH.

La hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente (art. 153 LH) tiene más requisitos que la hipoteca de máximo (arts. 142 y 143 LH). Las partes deberán fijar un plazo y una cuantía máxima de responsabilidad, especificando la relación obligacional básica y el efecto novatorio de las disposiciones, así como el modo de su contabilización.

Aunque la DGRN identifica el art. 153 LH con la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, la doctrina se ha preocupado de distinguir **otras modalidades de hipoteca** al amparo de este precepto¹⁶⁷⁶, que también son utilizadas en la práctica. Estas modalidades son las siguientes¹⁶⁷⁷:

a) La cuenta corriente comercial. Es un contrato atípico aunque no innominado (art. 909.6 del Código de Comercio de 1885¹⁶⁷⁸, en adelante

¹⁶⁷⁶ De acuerdo con BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, “Hipoteca flotante”. (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 2003), en *RCDI*, Núm. 685, Septiembre-Octubre 2004: “Posiblemente cuando el legislador promulgó la norma estaba pensando en los contratos de crédito entonces más habituales como la cuenta corriente mercantil y la modalidad más sencilla de apertura de crédito en cuenta corriente en la que el acreditado dispone del crédito en numerario. Lo que no obsta para incluir toda operación de crédito en cuenta corriente, porque el propio precepto alude a las mismas de forma genérica siempre con la connotación de cuenta corriente: «hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito». [...] Así las cosas, pueden garantizarse con la hipoteca del artículo 153 todas las modalidades de contratos de crédito en cuenta corriente, siempre que aquella hipoteca reúna los requisitos mínimos establecidos por dicho precepto, a saber: determinación de la cantidad máxima de la que responde la finca gravada, consecuencia del principio de especialidad para seguridad de terceros adquirentes; la constancia del plazo de duración de la cuenta corriente de crédito; determinación del sistema para tener por justificado el saldo exigible”, pp. 2516 y ss.

¹⁶⁷⁷ En general, ver la clasificación efectuada por PRETEL SERRANO, Juan José. “La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito: Examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2000”, en *RCDI*, Núm. 661, Septiembre-Octubre 2000, pp. 2825 y ss; GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “Estudio sobre las modernas figuras de crédito abierto garantizado con hipoteca”, en GIMENO GÓMEZ LAFUENTE, Juan Luis, *Homenaje a José María Chico Ortiz*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995, pp. 808 y ss; y FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. B., *Hipoteca en garantía...*, ob. Cit., pp. 20, 135 y 136.

¹⁶⁷⁸ Real Decreto de 22 agosto 1885 (Gaceta 16 octubre 1885, núm. 289).

CCom.)¹⁶⁷⁹. En palabras del TS en sentencia de 16 de febrero de 1965:

«es un contrato consensual de carácter normativo e implica la concesión recíproca de crédito mediante la dispensa de reembolso inmediato de las singulares remesas para sustituirlas por el pago del saldo al cierre de la cuenta, entrando durante el mismo las remesas por su valor convencional, constituyendo dos masas homogéneas de Debe y Haber indivisibles, que se enfrentan y comparan, compensándose por primera vez al cierre de la cuenta, dando lugar al solo crédito del saldo»”.

La esencia del contrato de cuenta corriente comercial radica en la concesión recíproca de crédito. De esta manera, no sólo puede disponer el deudor hipotecario como en la apertura de crédito en cuenta corriente, sino que ambas partes de la relación contractual tienen capacidad de disposición sobre la cantidad prevista en la cuenta corriente. Su ámbito natural de aplicación se encuentra entre comerciantes con una disposición bilateral, sin la necesidad de intervención de las entidades bancarias como en la apertura de crédito en cuenta corriente (art. 153 LH).

b) El crédito abierto en cuenta corriente. Se trata de una operación de crédito que se conoce actualmente como *revolving*, en la cual en la medida que el deudor va amortizando el crédito va aumentando el saldo del crédito del que puede disponer.

Se diferencia con el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente (art. 153 LH) en que cada una de las disposiciones que se efectúan tiene unas características propias en cuanto a destino, tipo de interés –que se computan sobre cada una de las disposiciones de forma individual-, plazo de amortización y cuota. Además, existe una unicidad en el origen de las disposiciones, con lo

¹⁶⁷⁹ En el mismo sentido, la SAP de Cádiz de 23 de enero de 1998 [AC 1998\3974]: “El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de definir la doctrina del contrato de cuenta corriente como un contrato mercantil por el cual dos personas, por lo general comerciantes, en relación de negocios continuados, acuerdan temporalmente concederse crédito recíproco en el sentido de quedar obligadas ambas partes a ir sentado en cuenta sus remesas mutuas, como partidas de cargo y abono, sin exigirse el pago inmediato, sino el saldo, a favor de la una o de la otra, resultante de una liquidación por diferencia, al ser aquélla cerrada en la fecha convenida, lo que tiene esenciales diferencias con la cuenta corriente bancaria, de liquidaciones periódicas cualquiera que sea su estado, y que se caracteriza más por ser un contrato complejo, de depósito irregular con devengo de intereses y liquidaciones periódicas por el Banco (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 mayo 1946 [RJ 1946\570] y 7 marzo 1974 [RJ 1974\955])”.

que sólo se puede disponer dinero (se excluyen otras operaciones como descuento de letras, avales...), posibles en la apertura de crédito.

Un ejemplo de cláusula de esta hipoteca lo encontramos en la RDGRN de 6 de noviembre de 1999:

“El banco, como entidad acreedora, «abre un crédito en cuenta corriente» a favor de la acreditada hasta el límite de siete millones quinientas mil pesetas, por plazo de tres años, que «se instrumentará mediante la cuenta corriente de crédito número... que se abre al efecto»; que la acreditada se obliga a la devolución de las cantidades dispuestas y sus intereses en la fecha de vencimiento sin perjuicio de su obligación de efectuar las amortizaciones parciales que se pactan y que comportan la correspondiente rebaja del límite de disposición; que la acreditada podrá disponer total o parcialmente del importe del crédito hasta el límite vigente en cada momento a través de diversos procedimientos; que en garantía del saldo resultante de la liquidación del crédito hasta la indicada suma de siete millones quinientas mil pesetas, más las que se fijan por razón de intereses, costas y gastos, se constituye hipoteca en favor del banco concedente; y que en caso de ejecución por el procedimiento sumario previsto en la Ley Hipotecaria, se estará a lo dispuesto en el artículo 153 de la misma”.

A raíz de esta resolución podemos extraer las siguientes características:

1. No nos encontramos ante una hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito aunque se utilice una cuenta corriente para llevar la contabilidad de las disposiciones. No obstante, se permite acudir a la modalidad de ejecución y a la acreditación del saldo que prevé este precepto¹⁶⁸⁰ (por esta razón, esta clase de hipoteca guarda fuertes vínculos con la hipoteca regulada en el art. 153 LH).

2. Se trata, entonces, de una hipoteca que recae sobre una apertura unilateral de crédito que se puede incluir dentro de la regulación general de la hipoteca de máximo (arts. 142 y 143 LH), y donde la *“la forma en que se computen los actos singulares de ejecución que implican las diversas disposiciones y abonos es en principio intrascendente”*. Si se acude a la técnica contable de la cuenta corriente, con sus partidas de debe y haber, *“no por ello*

¹⁶⁸⁰ “Su regulación dentro de la norma que regula la hipoteca en garantía del saldo de cuentas corrientes de crédito no debe conducir a limitar su aplicación a tal supuesto excluyendo aquellos otros a los que claramente se refiere, entre los que está comprendido el que aquí se contempla de apertura de crédito por un banco instrumentado en cuenta corriente”, ver RDGRN de 6 de noviembre de 1999.

se producen los efectos novatorios propios del contrato de cuenta corriente, pues los asientos del debe tan sólo reflejan disposiciones del crédito”.

3. El objeto principal de este contrato de apertura unilateral de crédito es poner a disposición del deudor hipotecario una determinada suma de dinero que podrá disponer como mejor le convenga durante el período pactado.

Aunque la inscripción de esta hipoteca fue rechazada, la RDGRN citada ayuda a definir sus características esenciales. De hecho, esta figura ha causado gran controversia en la práctica registral, aunque finalmente se ha admitido en el tráfico mercantil¹⁶⁸¹.

4.2.1.1.2.3. La hipoteca flotante

La doctrina española ha intentado superar los límites impuestos a las partes por la relación obligacional básica mediante la **hipoteca global o flotante**, en la que las obligaciones pueden ser presentes o futuras y no tener un origen causal común, pero los esfuerzos han resultado infructuosos, siendo rechazada por la DGRN en múltiples resoluciones¹⁶⁸² en base a las siguientes

¹⁶⁸¹ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., La reforma hipotecaria..., ob. Cit., p. 1667.

¹⁶⁸² Esta hipoteca encontró acomodo en las Resoluciones de la DGRN 28 de febrero de 1933 [RJ 1933\88] y 16 de junio de 1936 [RJ 1936\1544], pero desde la RDGRN de 23 de diciembre de 1987, que sentó doctrina al respecto, pasando por otras resoluciones de la DGRN como las de 3 de octubre de 1991, 17 de enero de 1994 [RJ 1994\ 239], 10 de julio de 2001 [RJ 2001\5910], 25 de abril de 2005, no se ha admitido. Mediante esta hipoteca, si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda al arbitrio del acreedor determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes, totales o parciales, de obligaciones ya existentes o con el importe de otras obligaciones que en el futuro pueda contraer el mismo deudor en favor del acreedor. Ha sido rechazada porque no es posible inscribir en el Registro una sola hipoteca que garantice todas aquellas obligaciones, existentes y futuras, que haya o pudiera haber entre acreedor y deudor, pues la hipoteca “flota” sobre las diversas obligaciones garantizadas para, en el momento en que el acreedor desee ejecutar alguna, algunas o todas las que, siendo vencidas, líquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, se deje caer la hipoteca sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee que estén cubiertas con la garantía hipotecaria y ejecutar ésta con la preferencia que respecto de otros acreedores deba tener el acreedor a consecuencia de la naturaleza del derecho real y la fecha de la inscripción en el Registro. Ver RUBIO TORRANO, Enrique, “La llamada “Hipoteca Flotante”, en *Aranzadi Civil*, Parte Tribuna núm. 15/2003, 2003; y BARBANCHO TOVILLAS, Francisco José, “Hipoteca flotante ([Comentario a la RDGRN 24 julio 1998 (RJ 1998, 5979)])”, en *RDPa*, núm. 2, 1999. Según este autor, las causas son: “a) La reunión contable de diversas operaciones no puede generar una nueva obligación. b) La reunión en una cuenta (instrumental) de distintas operaciones en modo alguno puede entenderse como una obligación distinta sino una globalidad de deuda. c) Las distintas deudas no pueden ser objeto de una hipoteca única dado que se infringe esencialmente el principio de accesoriadad que rige en el derecho real de hipoteca. d) La única solución es la constitución de tantas hipotecas como obligaciones se pretendan garantizar por el acreedor. e) No es admisible, a los efectos de ejecución, la fijación de saldo deudor de forma unilateral por el acreedor ya que con ello se obvian los artículos 142 LH y 238 RH que para las hipotecas de obligaciones futuras se exige el

causas:

1. Los principios de accesoriedad y especialidad de la hipoteca, siendo inadmisibles la cobertura hipotecaria de obligaciones totalmente futuras y las que no provengan de una relación obligacional básica.

2. El art. 245 del RH presupone una relación básica de crédito ya vinculante, instrumentalizada en una cuenta corriente, que no concurre en la hipoteca flotante. Aunque se utilice una cuenta corriente para la contabilidad de las operaciones, en la hipoteca flotante, tal y como expone BARBANCHO TOVILLAS, *“no existe una cuenta corriente en sentido jurídico sino que lo garantizado son las particulares obligaciones que sean anotadas a su vencimiento, siendo una cuenta puramente contable en la que se refleja meros apuntes contables que reflejan la posición global deudora”*.

3. No puede dejarse al arbitrio del acreedor qué obligaciones van a quedar garantizadas con la hipoteca y cuáles no, pues en ese caso la garantía “flota” sin garantizar propiamente ninguna obligación concreta o que tenga su origen en la relación obligacional básica.

Por lo tanto, podemos entender por hipoteca flotante *“aquella que no exige que en las escrituras las distintas obligaciones estén canalizadas por una relación jurídica subyacente, que asegure totalmente obligaciones futuras independientes de toda relación jurídica previamente determinada”*¹⁶⁸³. A pesar de su rechazo por la DGRN, la posibilidad de garantizar obligaciones de diverso origen fue admitida p. e. en la RDGN de 16 de junio de 1936 y lo ha sido recientemente por la RDGRN de 26 de septiembre de 2006¹⁶⁸⁴, en la que se constituía una hipoteca cambiaria y al fijarse el objeto de la cobertura se incluían unos intereses de demora que excedían del límite establecido por el art. 58 de la Ley Cambiaria y del Cheque, de 16 de julio de 1985¹⁶⁸⁵ (en

mutuo acuerdo o la decisión judicial cuando la misma es firme. f) No puede confundirse la cuenta «instrumental» con otro tipo de productos financieros que igualmente tienen reflejo en una cuenta bancaria”, pp. 493 y 494.

¹⁶⁸³ MUÑIZ ESPADA, E., “La hipoteca de máximo...”, ob. Cit., pp. 221 y 222. En el mismo sentido ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ i XIRGO, J., ob. Cit., Tomo IX: “1. Se identifica legalmente la hipoteca de máximo con la hipoteca flotante, lo cual es a todas luces inexacto [...] Y que la diferencia con la hipoteca flotante, también llamada global, es que en ésta no hay fijación de esa relación jurídica básica, debiéndose dar necesariamente esa fijación extrahipotecaria del saldo”, p. 363.

¹⁶⁸⁴ RJ 2006\8117.

¹⁶⁸⁵ BOE 19 julio 1985, núm. 172, [pág. 22936].

adelante, LCCh). La doctrina anterior a la RDGRN de 26 de septiembre de 2006 entendía que la hipoteca cambiaria no podía incluir más intereses de demora que los legalmente establecidos, de tal forma que debía garantizarse su importe separadamente a través de otra hipoteca. Las nuevas resoluciones admiten esta posibilidad al afirmar que *“la máxima según la cual una única hipoteca no puede garantizar obligaciones de distinta naturaleza y sometidas a diferente régimen jurídico no puede mantenerse como principio axiomático y absoluto”*¹⁶⁸⁶.

Una vez descrita la naturaleza de la hipoteca flotante, y dado que por el momento no tiene cobijo en el ordenamiento jurídico español, es necesaria una enumeración de aquellas cláusulas que se incluyen en las escrituras de formalización de hipotecas de máximo (arts. 142 y 143 LH) o de hipotecas en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente y asimilables (art. 153 LH), con el objetivo de prevenir y esclarecer qué pactos son admitidos en el Derecho español a los ojos de la DGRN y del TS. No hay que olvidar que la hipoteca flotante toma como base la regulación de la hipoteca de máximo y la lleva hasta sus últimas consecuencias. El conocimiento de estas cláusulas ayudará a su vez a conocer los límites de la actual hipoteca de máximo, ya sea la regulada en los arts. 142 y 143 LH o la prevista en el art. 153 bis LH¹⁶⁸⁷.

Algunas de las cláusulas tratadas por la DGRN (y que provocaron la inadmisión de la constitución de la hipoteca) son las siguientes:

- RDGRN de 23 diciembre de 1987:

“3.º) El saldo que presente la cuenta número 28001/173 [...] pudiendo el Banco Español de Crédito, S. A. destinar las cantidades que crea convenientes a reducir y, en su caso, cancelar dicho préstamo, hasta el límite del principal en la hipoteca que se constituye, o sea, 40.000.000 de pesetas; 4.º) El saldo que presente la cuenta número 20000/173 que en la misma sucursal mantienen los señores citados en el apartado anterior, en virtud del crédito que hasta un máximo de 21.000.000 de pesetas les tiene concedida la misma Entidad bancaria, según la escritura antes mencionada, pudiendo el Banco Español de Crédito, S. A. destinar las cantidades que crea convenientes al mismo fin que se expresa en el apartado

¹⁶⁸⁶ Ver RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “Hacia la admisión de las hipotecas flotantes puras”, en *RCDI*, Núm. 701, Mayo-Junio 2007, pp. 1342 a 1345.

¹⁶⁸⁷ Que veremos posteriormente. Vid. *infra*. Epígrafe 4.2.1.1.2.4.

anterior; 5.º El importe de la deuda que los comparecientes mantienen con la mercantil BEYRE, S. A., que el Banco citado podrá satisfacer para su cancelación, si lo creyese oportuno. 6.º) Las cantidades por cualquier concepto resulten adeudar los comparecientes al Banco Español de Crédito, S. A., en cualquiera de sus sucursales”.

Como se observa, se incluyen bajo al cobertura hipotecaria una serie de obligaciones que no quedan lo suficientemente especificadas, es decir, no surgen de una relación obligacional básica (“*cantidades por cualquier concepto*”), con lo que queda a criterio y discreción del acreedor hipotecario decidir qué obligaciones van a quedar incluidas o no en la hipoteca (“*pudiendo destinar las cantidades que crea convenientes*”).

- RDGRN de 3 octubre de 1991:

“Se señala para la satisfacción del saldo un plazo de cinco años y se señala que las indicadas cuentas tienen como finalidad que el Banco cargue en ellas «todas las obligaciones que ostente contra determinada Entidad mercantil y tenga su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos, de cualquier tipo, sin excepción alguna...»”.

- RDGRN de 26 noviembre de 1990¹⁶⁸⁸:

“las obligaciones garantizadas» pueden ser «cualesquiera que tenga su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos de cualquier tipo, sin excepción alguna”.

- RDGRN de 6 junio de 1998¹⁶⁸⁹:

“Cláusula Novena.-«Este crédito especial solamente será disponible para adeudar en la cuenta que se instrumenta el importe de los débitos que por cualquier concepto mantenga la acreditada con el Banco, como consecuencia de operaciones presentes o futuras o que resulten de documentos en poder de éste a cuyo pago viniera aquélla obligada, a título enunciativo... (se citan unos cuantos supuestos que suelen ser los más típicos). El crédito especial que al presente se concede no supone alteración o novación de las obligaciones iniciales, que se regirán por sus pactos particulares, mientras no se produzca su adeudo en la

¹⁶⁸⁸ RJ 1990\9333.

¹⁶⁸⁹ RJ 1998\5226.

Parte II. La hipoteca en Europa. La creación de un mercado hipotecario europeo

cuenta especial, que siempre será facultativo para el Banco, reservándose éste el ejercicio de las acciones cambiarias o personales derivadas del documento u obligación de que se trate, incluso contra terceros obligados”.

Las cláusulas de estas tres resoluciones son contrarias al principio de especialidad, por resultar en una indefinición de la relación obligacional básica - “*negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos*”-, o por garantizar obligaciones presentes y futuras. En todas ellas la hipoteca deja de ser accesorio en el momento de su constitución puesto que no existe una obligación que garantizar.

Por consiguiente, las partes tendrán que atenerse a la doctrina de la DGRN y no incluir aquéllas cláusulas en sus escrituras públicas, como las arriba expuestas, que puedan provocar que la inscripción sea calificada de forma negativa por el Registrador de la Propiedad.

4.2.1.1.2.4. La hipoteca de máximo sin pacto novatorio final (art. 153 bis LH)

El art. 11.4 de la Ley 41/2007 introduce en la LH un nuevo artículo, el 153 bis, justo después de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito:

“También podrá constituirse hipoteca de máximo a favor de entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de Marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas.

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

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura. Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Las características de esta hipoteca son las siguientes: a) restricción de su titularidad a las entidades financieras (quedan, por lo tanto, excluidos los particulares); b) se aparta en algún aspecto de los cánones de la hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente, aunque se incardine en el mismo art. 153 LH, al no existir la necesidad de un pacto novatorio expreso de las obligaciones garantizadas; c) no exige una relación obligacional básica sino unos actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; y d) provoca un nuevo redactado del art. 12 LH, que adapta esta hipoteca al principio de especialidad pero no supone ninguna novedad, pues es la consolidación legal de una circunstancia que ya existía en las hipotecas de máximo y en cuenta corriente.

En este art. 153 bis LH se regula la que ha sido apodada como “hipoteca empresa”¹⁶⁹⁰ o “hipoteca flotante pura”¹⁶⁹¹, que incorpora respecto a la hipoteca de máximo dos importantes novedades: a) por un lado, la falta de pacto novatorio de refundición de las diversas obligaciones. De esta manera, el acreedor hipotecario podrá incluir y ejecutar dentro de la cobertura hipotecaria las obligaciones que tenga por conveniente y que seguirán manteniendo su propia individualidad; b) por otro, el hecho de que el art. 153 bis LH contempla como requisito *sine qua non* de la escritura pública de constitución de la hipoteca la “*descripción general de los negocios jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*”. La problemática que se plantea es si la Ley 41/2007 sigue la línea de la “relación obligacional básica” que exigía el TS y la DGRN para las hipotecas de máximo y en garantía de cuentas corrientes de crédito (arts. 142, 143 y 153 LH), o bien se aparta de ella, en cuyo caso superaríamos el segundo impedimento para la

¹⁶⁹⁰ “A este respecto propone que se regule lo que en la práctica bancaria se denomina «hipoteca empresa», ver GÓMEZ GÁLLIGO, F.J., “La reforma hipotecaria...”, ob. Cit., p. 1682.

¹⁶⁹¹ De acuerdo con RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a G., “Hacia la admisión...”, ob. Cit.: “Afortunadamente, el Consejo de Ministros, en fecha 2 de marzo de 2007, ha aprobado la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Refoma del Mercado Hipotecario, con una nueva redacción. En lo que concierne al artículo 153 bis, se vuelve a la redacción que se estableció en el primitivo borrador. Es decir, se incorpora la frase —fundamental—, de «sin necesidad de pacto novatorio», por lo tanto, si la futura Ley se aprueba sin modificaciones, se estará dando carta de naturaleza a la posibilidad de las hipotecas flotantes puras”, p. 1345. Finalmente, el texto de la actual Ley 41/2007 coincide con el del Proyecto de Ley. De la misma manera se ha pronunciado AZOFRA, Fernando, “Hipotecas flotantes”, en *RCDI*, Núm. 707, Mayo-Junio 2008: “Se ha admitido, en este 153 bis, la modalidad de hipoteca flotante «pura»”, ob. Cit., p. 1188.

admisión de la hipoteca flotante. Si la respuesta fuera afirmativa, sería posible incluir como cláusula en la escritura de constitución de la hipoteca del art. 153 bis LH la denominación “todos aquellos negocios habituales del negocio bancario”.

Un sector doctrinal defiende que el art. 153 bis LH no exige un nexo causal de las distintas obligaciones y, por lo tanto, que podría usarse una cláusula genérica como la descrita superando la conexión causal de las obligaciones con la relación obligación básica¹⁶⁹². Es más, “*los actos descritos ni siquiera tienen que ser actos negociales, fuente de obligaciones. Pueden ser supuestos de hecho materiales, descripciones de relaciones de mercado, operaciones de tráfico comercial, ilustraciones de la realidad económica*”¹⁶⁹³. De esta manera, podrían asegurarse obligaciones totalmente futuras, superando la doctrina de la DGRN en contra de esta posibilidad¹⁶⁹⁴. Por el contrario, otros autores consideran que únicamente se trata de una evolución

¹⁶⁹² “El primer logro, por tanto, del artículo 153 bis LH estriba en permitir la constitución de una única hipoteca en garantía de dos o más obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza, incluso aunque no exista nexo alguno entre ellas, sentida la «necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas» (apartado VII del Preámbulo de la Ley 41/2007) [...] La mención legal permitiría, por tanto, constituir hipoteca al amparo del 153 bis en garantía de una única obligación futura, aunque no exista en ese momento la relación jurídica de la que pueda derivar, en contradicción con la doctrina de la DGRN sobre el artículo 142 LH, y ello: a) porque se elude la apelación a la «relación jurídica básica» a que se refería, por ejemplo, la RDGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239), y b) porque la amplitud de la expresión «*deriven o puedan derivar*» permite pensar en una obligación futura ciertamente remota (incluso de las que necesiten para cristalizar la prestación de consentimientos negociales por ambas partes) [...] Me parece que debería admitirse la constitución de una flotante en garantía, por ejemplo, de las líneas de crédito que se concertaran entre deudor y banco, apenas con que se hubiera suscrito entre ellos un protocolo de colaboración bancaria (aunque del mismo no surja obligación de contratar alguna ni, tan siquiera, exclusividad o preferencia). Exista o no tal «acuerdo de colaboración», la concesión de la hipoteca flotante en garantía de tales líneas de crédito presupone, en sí misma, un convenio, invitación o mera predisposición a contratar: quien ofrece un bien para que sirva de garantía a futuras operaciones de crédito está abonando el campo para que esas operaciones fructifiquen (y ello aunque el acreedor no asuma obligación alguna al respecto por la mera constitución de la flotante)”, ver AZOFRA, F., ob. Cit., pp. 1189, 1193 y 1194. En el mismo sentido, GÓMEZ GÁLLIGO, J., “La reforma hipotecaria...”, ob. Cit.: “Para clarificar definitivamente esta cuestión, la Comisión de la DGRN, redactora del borrador de anteproyecto, considera que debe volverse a la situación inicial de la hipoteca de máximo como hipoteca, sólo definida en sus líneas generales, de manera que el crédito se determine extrarregistralmente y se puedan cubrir bajo la protección de la hipoteca de máximo nuevos productos, mezclar obligaciones vencidas y futuras, y obligaciones totalmente futuras sin necesidad de acudir a la técnica de la cuenta corriente de crédito, esto es, sin necesidad de pacto novatorio expreso que refunda todas las obligaciones”, p. 1682.

¹⁶⁹³ Ver CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo I, Navarra, 2008, pp. 886 y 887.

¹⁶⁹⁴ En este sentido, ver la RDGRN de 17 de enero de 1994. Esta doctrina se reitera en otras resoluciones, como la RDGRN de 28 de abril de 1999 [RJ 1999/2223].

hacia una mayor flexibilidad, pero sin abandonar por completo el concepto de relación obligacional básica¹⁶⁹⁵. Por lo tanto, la problemática se centra en delimitar si los *actos jurídicos básicos* admiten o no las obligaciones totalmente futuras (dando cabida de esta forma a la hipoteca flotante)¹⁶⁹⁶. De acuerdo con la doctrina¹⁶⁹⁷, nos encontramos ante una obligación futura si existe un “estado preexistente de deuda en gestación”. En nuestra opinión, es cierto que la voluntad de la Ley 41/2007 ha sido desde un primer momento ofrecer una mayor flexibilidad al mercado hipotecario. Su Exposición de Motivos, la DGRN y la doctrina así lo confirman¹⁶⁹⁸. Pero creemos que por muy básica que sea

¹⁶⁹⁵ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B, “Hipoteca de máximo e hipoteca flotante”, en *RCDI*, Núm. 707, Mayo-Junio 2008: “De modo que, con el fin de respetar el principio de determinación registral en la garantía de obligaciones futuras, se acoge la doctrina de la DGRN en cuanto a señalar las líneas fundamentales de las relaciones jurídicas básicas de las que derivarán esas obligaciones futuras garantizadas (cfr. las RRDGRN de 3 de octubre de 1991, de 17 de enero de 1994, de 11 de enero de 1995, de 28 de abril de 1999 y de 10 de julio de 2001 (41), entre otras), aunque ahora se utiliza la expresión «actos jurídicos básicos» y no «relación jurídica básica», p. 1272; en el mismo sentido DE CÓRDOBA CLAROS, Iñigo Fernández, “La hipoteca global”, en MADRID DE CARRERAS, Valerio Pérez, *Hacia un nuevo derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008: “En este sentido, es claro que la dicción literal del precepto ha sido escogida para censurar las típicas cláusulas bancarias de globalización que suelen incluir en el ámbito de la cobertura cualesquiera obligaciones que, en general, tengan su origen en operaciones regulares del negocio bancario [...] Desgraciadamente, a nuestro juicio, semejantes conclusiones sólo pueden ser compartidas a costa de desconocer la nítida exigencia legal de consignar en el título, en todo caso, la “denominación” de los actos jurídicos básicos, fuente de las obligaciones potencialmente afectas al gravamen”, pp. 237 y 238.

¹⁶⁹⁶ Ver la distinción entre ambas en ALBADALEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*, Tomo VII, Vol 8º: Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria. Edersa, 2000: “La Resolución de 17 enero 1994 exige para poder constituir una hipoteca en garantía de una obligación futura no sólo la delimitación de la relación jurídica de la que haya de surgir, sino también la existencia de tal relación (criterio reiterado en posteriores Rs. de 11 enero 1995 y 28 abril 1999): la Dirección General de los Registros y del Notariado niega la admisibilidad de hipotecas en garantía de deudas totalmente futuras -dependientes de un futuro contrato que las partes son libres de celebrar o no-, exigiendo que en el momento de la constitución de la hipoteca exista ya una relación jurídica básica que vincule al deudor”, pp. 47 a 49.

¹⁶⁹⁷ ROCA SASTRE, R. Mª, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ i XIRGO, J., ob. Cit., Tomo IX, p. 302.

¹⁶⁹⁸ La Exposición de Motivos expone que con la nueva hipoteca de máximo se van a poder admitir nuevos productos hipotecarios; la RDGRN de 29 de febrero de 2008 [RJ 2008\2793] apunta que “es más, incluso respecto de determinadas hipotecas –las denominadas de máximo-la voluntad flexibilizadora de la Ley 41/2007, cuando las mismas se han constituido a favor de las entidades a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, ha sido aún mayor, pues respecto de éstas dicha norma delimita aún más la calificación registral en cuanto a las obligaciones que garantiza, pues bastará que la escritura pública incluya «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» (artículo 153 bis, letra b), párr. dos de la LH); y doctrinalmente “las principales razones que aconsejan la reforma del mercado hipotecario, a mi juicio y creo entender que de toda la Comisión redactora del proyecto, son fundamentalmente los tres siguientes: a) la necesidad de superar la aplicación rígida y excesiva del principio de accesoriedad”, GÓMEZ GÁLLIGO, J., “La reforma hipotecaria...”, ob. Cit., p. 1667.

esta descripción o denominación a la que alude la Ley 41/2007, y por mucha voluntad del legislador en adoptar la hipoteca flotante, las partes van a quedar vinculadas causalmente, es decir, los términos son más laxos pero el trasfondo no sufre variación. Los *actos jurídicos básicos* generarían por ellos mismos una *deuda en gestación*. Aunque estos actos faciliten la integración de obligaciones presentes o futuras y de mayor variedad en cuanto a su origen (mayor laxitud = mayores posibilidades de incluir obligaciones dentro de la cobertura hipotecaria), ¿todas aquellas obligaciones que nazcan fuera de las previsiones de los actos jurídicos básicos quedarían bajo la cobertura hipotecaria? La respuesta debe ser negativa, ya que infringirían el principio de especialidad y accesoriedad. Ayuda a sostener esta interpretación el art. 12 LH, que a raíz de la Ley 41/2007 exige que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Una interpretación sistemática permitiría sostener que en las hipotecas de máximo es necesario identificar las obligaciones garantizadas cualquiera que sea su naturaleza. En el caso de la recogida en el art. 153 bis LH, esta determinación tendría lugar a través de la denominación o los actos jurídicos básicos.

En consecuencia, el nacimiento de la obligación no queda al completo arbitrio de las partes, impidiendo que se trate de una obligación totalmente futura. Por lo tanto, las denominaciones de “hipoteca empresa” y “hipoteca flotante” no serían las más apropiadas. La primera porque su mayor o menor vinculación con el mundo empresarial no puede desnaturalizar la denominación de una institución jurídica; y la segunda porque no responde estrictamente a sus cánones, es decir, la simple ausencia de un pacto novatorio no acarrea *per se* que se trate de una hipoteca flotante. Para ello debería incluirse la ausencia de nexo causal. A nuestro juicio, la denominación más idónea es la de **“hipoteca de máximo sin pacto novatorio final”**, que sube un grado en la flexibilidad de las hipotecas de seguridad en el hecho de que se suaviza la relación obligación básica (a la espera de la doctrina de la DGRN), y en la facultad del acreedor de incluir dentro de la cobertura hipotecaria las

obligaciones que considere oportunas. No obstante, la doctrina¹⁶⁹⁹ se ha posicionado en contra de denominar a la hipoteca del art. 153 bis LH como hipoteca de máximo, hipoteca flotante, hipoteca en garantía de obligaciones presentes o futuras o hipoteca de máximo sin pacto novatorio, aunque esta hipoteca se encuadraría dentro de la hipoteca de máximo ya que asegura obligaciones de cuantía incierta y se constituye por ese motivo una cifra de responsabilidad hipotecaria. En nuestra opinión, la hipoteca de máximo sin pacto novatorio final sería la denominación que permitiría distinguir la hipoteca del art. 153 bis LH de la hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente y asimilables (art. 153 LH), ya que la novación es el característica que supone la principal diferencia entre ambas.

En definitiva, la regulación actual de las hipotecas de máximo (arts. 142, 143 LH) y en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente y asimilables (art. 153 LH), obligan al acreedor y al deudor a pactar con antelación cuáles serán sus relaciones jurídicas comerciales en un futuro, no pudiéndose incardinar nuevos supuestos si es demasiado estrecha esta relación y existiendo un claro riesgo de inadmisión si la relación obligacional básica es excesivamente amplia. La Ley 41/2007, mediante la “hipoteca de máximo sin pacto novatorio final” (art. 153 bis LH), da una regulación más flexible al prescindir de la novación de las obligaciones, pero las partes siguen ligadas a la descripción general de los actos jurídicos básicos (a la espera del criterio que se adopte por parte de la jurisprudencia y la DGRN). Una mejora de la regulación actual en el Derecho español pasa por la admisión de una auténtica hipoteca global o flotante, que permitiría cobijar bajo la misma hipoteca obligaciones presentes y futuras entre un mismo acreedor y deudor y, además, por dejar a las partes la posibilidad de pactar el grado de accesoriedad de la hipoteca (art. 1255 CC), es decir, por admitir la hipoteca contractualmente accesoría, como la eurohipoteca¹⁷⁰⁰. El Derecho español vigente da una solución parcial a este supuesto de hecho al no admitir que el acreedor y deudor hipotecarios puedan acordar que se garanticen con la hipoteca cualesquiera obligaciones que deseen durante un plazo determinado de

¹⁶⁹⁹ MUÑIZ ESPADA, E., “La hipoteca de máximo...”, ob. Cit., pp. 222 y 223.

¹⁷⁰⁰ Ver respecto a la viabilidad de la eurohipoteca en el Derecho español *infra*. Epígrafe 6.1.

tiempo.

Cuestión distinta es determinar en qué casos la estructura del presente supuesto es utilizada en la práctica bancaria por parte de los particulares, empresas y entidades de crédito y, en su caso, cuáles son las desviaciones respecto a aquélla.

Suele afirmarse que la hipoteca ordinaria se utiliza normalmente cuando no se persigue una **finalidad comercial o empresarial** por parte del prestatario; en caso contrario suele emplearse la hipoteca de seguridad.

La mayor flexibilidad de la hipoteca de máximo (arts. 142, 143 y 153 bis LH) y su modalidad en cuenta corriente (art. 153 LH), hacen que su ámbito de aplicación natural se encuentre en las relaciones comerciales y empresariales, aunque no exclusivamente. De hecho, en la financiación de grandes infraestructuras y proyectos empresariales (no en las relaciones comerciales de mediana importancia, p. e. PYMES), se opta también por la hipoteca ordinaria, por la simplificación administrativa que conlleva y el efecto psicológico que causa en el prestatario, que le obliga a planificar el préstamo en cuanto a las disposiciones y plazos, situación que no sucede en una línea abierta garantizada con una hipoteca de seguridad. En particular, un mecanismo usual es abrir una cuenta a nombre del prestatario, quien tiene la facultad de disponer del desembolso siempre y cuando presente los documentos (p. e. licencias) que acrediten que el proyecto va avanzando según las fases pactadas. En la práctica, nos encontramos ante un mecanismo paralelo a una condición suspensiva¹⁷⁰¹.

Por otra parte, debemos apuntar que la hipoteca de máximo ha dejado de tener un uso exclusivamente comercial gracias a la hipoteca denominada *revolving* (nombre puramente comercial), que si bien no deja de ser una hipoteca de seguridad más, sí tiene unas peculiares características que la hacen atractiva para los particulares que buscan adquirir una vivienda¹⁷⁰².

¹⁷⁰¹ Ver al respecto SIMÓN MORENO, H., "La sindicación...", ob. Cit., pp. 1355 y ss.

¹⁷⁰² Durante los últimos años las entidades bancarias, prácticamente en su totalidad, están concediendo préstamo bajo esta modalidad de hipoteca de seguridad que se aleja de la regulación específica de la hipoteca de máximo en su variante de cuenta corriente –única tipificada legalmente por la ley–, para adaptar la hipoteca a las necesidades de cada cliente. Esta situación ya fue puesta de manifiesto por la doctrina hace varios años: "Paradójicamente, la llamada hipoteca ordinaria o de tráfico no es la hipoteca que está en el tráfico jurídico-

En consecuencia, la hipoteca de seguridad cobra cada vez más protagonismo en el ámbito de la vivienda, si bien faltan por ver las consecuencias que la hipoteca reutilizable¹⁷⁰³ y la nueva hipoteca de máximo, ambas introducidas por la Ley 41/2007, tienen respecto a la regla general. De esta forma, la hipoteca ordinaria gana presencia en el *corporate finance* (grandes operaciones inmobiliarias) pero va perdiendo terreno en el negocio bancario (principalmente particulares y medianas empresas), aunque como hemos visto no es una afirmación categórica.

En cualquier caso, existe una preponderancia de la hipoteca de máximo en las relaciones comerciales y un incremento en las particulares.

4.2.1.1.2.5. La hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador

La legislación hipotecaria española reconoce la posibilidad de que los particulares o las personas jurídicas puedan constituir hipotecas para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador –por ejemplo, letras de cambio– (arts. 150, 154, 155 y 156 de la LH y 247 del RH).

En esta clase de hipotecas existe una **indeterminación registral en cuanto al titular de la hipoteca**, pues éste no viene determinado por la inscripción, sino que lo será en cada momento quien resulte legitimado como poseedor del título, como consecuencia de la cadena de endosos o de la simple tradición del documento, sin necesidad de dar conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro.

4.2.1.1.3. La hipoteca en garantía de rentas

El art. 157 LH (y el art. 569-37 CCC) permite la constitución de hipotecas en garantía de rentas o prestaciones periódicas (p. e. pensión de alimentos), y en la inscripción se hará constar el acto o contrato por el cual se hubieran

económico. Actualmente, las hipotecas suelen ser de seguridad y, en concreto, de máximo, con el fin de garantizar no sólo el capital o principal, sino también los intereses moratorios y remuneratorios (variables) y los demás gastos producidos por la constitución de la hipoteca o su ejecución”, ver LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. y PENADÉS LÓPEZ, Vicente L. Montes (Coords.), *Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 663. Esta tendencia ha continuado hasta la actualidad.

¹⁷⁰³ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 2.3.

constituido las rentas o prestaciones y el plazo, modo y forma con que deban ser satisfechas. También se permite su constitución unilateral por el propietario, que se regulará conforme a los arts. 141 LH y 248 RH.

4.2.1.2. En el Derecho comparado

En la mayoría de ordenamientos europeos es posible que acceda al Registro de la Propiedad una hipoteca cuya cuantía exceda del crédito garantizado¹⁷⁰⁴, ya que, igual que en el Derecho español, existe la posibilidad de garantizar varias obligaciones a través de una hipoteca de máximo. Así, la cuantía de la responsabilidad hipotecaria es fija pero la de las obligaciones es variable.

En cuanto a los países que recogen hipotecas no accesorias, la hipoteca suiza se constituye para garantizar una obligación presente, futura o eventual (§§ 824 y 825 ZGB). El ZGB exige para su creación que la cuantía de la obligación asegurada esté perfectamente delimitada. Si no es el caso (p. e. se tratan de obligaciones futuras) deberá indicarse la cuantía máxima de responsabilidad (§ 794 ZGB). En este caso hablaremos de una *Maximalhypothek* o hipoteca de máximo¹⁷⁰⁵. En el Derecho alemán, por su parte, la *Sicherungshypothek* y la *Höchstbetragshypothek* tienen acceso al Registro de la Propiedad con esa misma nomenclatura (§ 1184.1 BGB). Esta última hipoteca sólo puede existir en el Registro de la Propiedad y no se especifican las obligaciones garantizadas, con lo que la fe pública registral no alcanza a éstas (§ 1185.1 BGB). Esta indeterminación permite incorporar las obligaciones que vayan originándose entre acreedor y deudor, aunque la obligación debe ser al menos determinable. A pesar de que existe una gran flexibilidad en cuanto a la indicación de los actos de los que nacerán las obligaciones garantizadas, esta determinación, aunque sea muy laxa, permite evitar hablar de una deuda inmobiliaria que, por otra parte, ha desplazado en la práctica a la hipoteca de máximo (p. e. por la posibilidad de constituirse en carta y por no ser accesoria legalmente a una obligación)¹⁷⁰⁶. En Eslovenia

¹⁷⁰⁴ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 49 y 50.

¹⁷⁰⁵ TUOR, P., SCHNYDER, B., SCHMID, J. y RUMO-JUNGO, A., ob. Cit., p. 985.

¹⁷⁰⁶ SCHWAB, Karl H. y PRÜTTING, Hanns, *Sachenrecht*, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997, p. 291; y ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y

también existe la *Höchstbetragshypothek*, que permite garantizar diversas obligaciones siempre que nazcan de la relación obligacional básica cuyo alcance no viene determinado en la ley¹⁷⁰⁷.

En aquellos países que sólo admiten hipotecas legalmente accesorias también es necesaria una relación obligacional subyacente a partir de la cual puedan ser determinables las obligaciones que vayan a estar garantizadas con la hipoteca. Entre éstos encontramos a Portugal, Austria, República Checa, Polonia, Bélgica, Serbia, Lituania y Ucrania¹⁷⁰⁸. En estos ordenamientos no se determina con exactitud el verdadero alcance de esta relación obligacional y existen algunas limitaciones. Así, en Austria está limitada a determinadas relaciones jurídicas¹⁷⁰⁹; el art. 686.2 CCP prevé que la deuda garantizada pueda ser futura o condicional, con lo que será en el momento de la ejecución cuando la garantía deba ser vencida, líquida y exigible. Bajo esta premisa, los bancos pueden pactar una hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, en la que la garantía recae sobre el saldo que arroje la cuenta corriente, o bien una hipoteca genérica o global, en la que se garantizan todas las deudas presentes o futuras que puedan surgir entre deudor y acreedor. Sin embargo, en estos casos será necesaria la especificación de un criterio objetivo para la determinación de la prestación, porque en caso contrario la garantía flotaría sobre las diversas obligaciones infringiendo el principio de accesoriedad¹⁷¹⁰; en la Rep. Checa debe ser al menos obvio que pueda nacer la obligación asegurada¹⁷¹¹; en Bélgica es posible la hipoteca *ómnibus* que

EICKMANN, D., Vol 2, ob. Cit., pp. 1311, 1312 y 1314.

¹⁷⁰⁷ TRATNIK, Matjaz, "Länderbericht Slowenien", en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte...*, Band I, ob. Cit., p. 374.

¹⁷⁰⁸ STÖCKER, O y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 49.

¹⁷⁰⁹ "Die Höchstbetragshypothek ist von den Vertragsparteien grundsätzlich frei wählbar. Der Wortlaut des § 14 Abs. 2 GBG lässt aber die Einverleibung einer solchen Hypothek nur für bestimmte Grundverhältnisse (Kredit, Geschäftsführung, Gewährleistung, Schadenersatz) zu. Nach jüngerer Rechtsprechung ist die Aufzählung des § 14 Abs. 2 GBG jedoch nicht taxativ, sondern kann für alle bestehenden und künftigen Geldforderungen, deren Schuldner, Gläubiger und Rechtsgrund feststehen, begründet werden. Möglichkeit noch kein großer Gebrauch gemacht wird", en JASMINE SADJADI, N. y THURNER, M., "Länderberichte Österreich", en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte...*, Band I, p. 203.

¹⁷¹⁰ Ver MENÉRES CAMPOS, Maria Isabel Helbling, *Da Hipoteca. Caracterização, constituição e efeitos. Almedina*, Coimbra, 2003, pp. 103, 106, 107, 112 y 113.

¹⁷¹¹ "Das Pfandrecht an einer Forderung entsteht durch schriftliche Vereinbarung zwischen der Bank und dem Pfandschuldner. Gegenstand des Pfandes kann auch eine künftige Forderung sein, sofern offensichtlich ist, dass sie tatsächlich entsteht. Hierfür müssen der Rechtsgrund und die Hauptbedingungen des zukünftigen Entstehens bekannt sein", LEITFADENREIHE ZUM KREDITRISIKO, *Kreditsicherungsrecht in Tschechien*, Oesterreichischen Nationalbank, 2004, p.

posibilita garantizar obligaciones presentes y futuras pero han de ser determinables¹⁷¹²; y en Croacia se hace referencia en su legislación a una *Rechtsgrund*, sin que tampoco se aclare su alcance¹⁷¹³. En este apartado destacar que los Proyectos de Ley para introducir una hipoteca no accesoria en Bosnia y en Polonia permitirían incrementar su eficiencia. Por su parte, el Derecho polaco vigente admite la hipoteca de máximo en garantía de obligaciones presentes o futuras pero “*aus einem bestimmtem Rechtsverhältnis*”¹⁷¹⁴.

Con las hipotecas no accesorias se facilita que el acreedor y el deudor puedan garantizar las obligaciones que crean por conveniente ya que el nexo de unión, el contrato de garantía, puede establecer que queden bajo la cobertura hipotecaria todas aquellas obligaciones que nazcan entre ellos. Los ordenamientos que no permiten hipotecas no accesorias flexibilizan de alguna forma el principio de accesoriedad, mayoritariamente a través de las hipotecas de máximo. La relación obligacional básica es un concepto que no acaba de perfilarse estos ordenamientos, pero su utilidad radica en vincular a la hipoteca con la obligación garantizada para impedir una hipoteca no accesoria, es decir, una carga inmobiliaria.

Únicamente en Rumanía y Bosnia deben coincidir la cuantía de la responsabilidad hipotecaria y la cuantía de la obligación. Ambos ordenamientos desconocen técnicamente la hipoteca de máximo, aunque en Rumanía existe la posibilidad de garantizar obligaciones condicionadas o futuras. La hipoteca

31.

¹⁷¹² “Das G. Vom 13.04.1995 hat einen Art. 51 bis im HypKreditG vom 04.08.1992 in Bezug auf den Hypothekenkredit eingeführt, der es erlaubt, Hypotheken für zukünftige Forderungen (so. Hypothèque pour toutes sommes oder omnibus (zu bestellen, soweit die Forderung bei der Hypothekenbestellung bestimmt oder bestimmbar ist), en HÖK, Götz-Sebastian, “Länderteil Belgien”, en DERLEDER Peter, KNOP, Kai-Oliver y GEORG BAMBERGER, Heinz (Herausgeber), *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. auflage, Springer, 2009, p. 2315.

¹⁷¹³ “Eine Forderung ist auch bestimmt, wenn deren Gläubiger und Schuldner, Rechtsgrund und zumindest der Höchstbetrag, bis zu sie hypothekarisch gesichert wird, bestimmt sind (Höchstbetragshypothek; Art. 301 Abs 1 ED RG)”, JOSIPOVIC, Tatjana, “Immobiliarsachenrecht in Kroatien”, Center of Legal Competence, Wien, 2002, 116 y 117.

¹⁷¹⁴ Ver DREWICZ TULODZIECKA, A., “Länderberichte Polen”, en *Flexibilität der Grundpfandrechte...*, Band I, ob. Cit.: “Eine künftige Forderung, die Gegenstand der Besicherung ist, muss einem bestimmten Rechtsverhältnis entstammen. Es ist nämlich nicht zulässig, die Immobilie mit der Hypothek für den Fall zu belasten, dass diese zu einem unbestimmten Zeitpunkt und aus einem beliebigen Rechtsverhältnis entsteht”, p. 251.

en Rumanía es *streng akzessorisch*¹⁷¹⁵, lo que impide que pueda nacer sin la existencia previa de una obligación a la que garantizar. No obstante, esta accesoriedad no es absoluta ya que se permite a las partes garantizar obligaciones futuras o ajenas a la persona del propietario cuya cuantía no esté totalmente delimitada a la hora de su constitución. En este caso, sólo es necesaria la existencia de una cuantía máxima de responsabilidad y las partes deberán pactar entonces una relación obligacional básica de la que pueda surgir la obligación garantizada, pero no nos encontramos ante una hipoteca de máximo, es decir, si finalmente llega a nacer la obligación su montante coincidirá con la hipoteca. Esta posibilidad no existe en la hipoteca de Bosnia, hecho que la convierte en una garantía inmobiliaria poco flexible en el tráfico jurídico¹⁷¹⁶.

4.2.2. La garantía de un nuevo préstamo una vez amortizado parcialmente el original. Supuesto de hecho

Constituida una hipoteca por plazos de amortización constantes, el deudor desea garantizar otro préstamo mediante la misma garantía hipotecaria, al encontrarse el primer préstamo parcialmente amortizado.

Veamos a continuación si este supuesto es posible de llevar a cabo en los sistemas hipotecarios europeos.

4.2.2.1. En el Derecho español

En este supuesto la naturaleza accesorial de la hipoteca juega de nuevo un rol importante. Respecto a la hipoteca tradicional, si bien el primer préstamo puede perfectamente ser garantizado con la primera hipoteca, el segundo préstamo no puede incluirse dentro de la misma garantía, independientemente de que intervengan o no las mismas partes (el prestamista y el deudor hipotecario), a no ser que las partes se amparen en la hipoteca “reutilizable”¹⁷¹⁷

¹⁷¹⁵ SACALSCHI, A. S., *Grundeigentum und Sicherheiten in Rumänien*, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Band 29, Berlin, 2007, p. 74 y del mismo autor “Länderberichte...”, ob. Cit., pp. 50 y 61.

¹⁷¹⁶ POVLAJIC, M., ob. Cit., p. 41.

¹⁷¹⁷ Denominación que MUÑIZ ESPADA asigna a la hipoteca *rechargeable* de origen francés y

(art. 13.2 Ley 41/2007), que permite a las partes asegurar otro desembolso dinerario proveniente de la misma entidad bancaria bajo la misma cobertura hipotecaria, sin perder prioridad registral y sin necesidad de ampliar el préstamo¹⁷¹⁸. Sin embargo, es posible que las partes no se amparen en la Ley 41/2007. En este caso, únicamente es posible realizar una ampliación del préstamo hipotecario que dará lugar a dos prioridades y rangos distintos.

Respecto a la hipoteca de máximo, el deudor, dentro del máximo de responsabilidad hipotecaria establecida, puede utilizar la cuantía disponible como mejor le convenga a sus intereses y a lo pactado en la escritura pública. Pero el deudor quedará limitado a utilizar estas cantidades de acuerdo con la relación obligacional básica o los actos jurídicos básicos que constan en el Registro de la Propiedad. Si el préstamo es una obligación ajena a la relación obligacional básica inscrita en el Registro de la Propiedad, no será posible garantizar este nuevo préstamo con la garantía ya constituida (arts. 142, 143 y 153 bis LH) debido al principio de accesoriedad.

4.2.2.2. En el Derecho comparado

En la mayoría de países europeos no existe ninguna dificultad en estructurar una garantía inmobiliaria de tal manera que la cuantía de la obligación asegurada pueda ser incrementada sin tener que modificar o alterar la propia garantía, ya sea porque se recogen hipotecas de naturaleza no accesoria o hipotecas de máximo. No obstante, debe reseñarse que en ese último caso se plantea la misma duda que en la hipoteca de máximo española, es decir, qué sucede si las partes quieren garantizar créditos que no nacen de la relación jurídica pactada entre las partes. La solución, a nuestro entender, debería ser la misma que en la hipoteca española. Por lo tanto, las empresas tienen la posibilidad de garantizar relaciones comerciales a largo plazo cuya cuantía normalmente no suele ser unitaria sino que va fluctuando durante un plazo de tiempo. Los únicos países en los que no es posible esta estructura

que ha servido de inspiración al legislador español para redactar el art. 13.2 de la Ley 41/2007. Por lo tanto, creemos conveniente mantener la misma denominación en el Derecho español y no utilizar la expresión “recargable”, ver MUÑIZ ESPADA, E., *La propuesta de una hipoteca independiente en el Derecho español*, Madrid, 2008, pp. 129 y ss.

¹⁷¹⁸ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.1.1.1.1.

son Bosnia y Rumanía.

4.2.3. La venta de finca hipotecada y concertación de un nuevo préstamo. Supuesto de hecho

El comprador de una finca hipotecada no desea subrogarse en el préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y decide tomar un préstamo de un tercer banco para hacer frente a su adquisición. Su finalidad es garantizar este préstamo con la hipoteca existente sobre la finca recién adquirida. Como segunda opción, al comprador le interesa mantener subsistente la garantía hipotecaria junto con la obligación y poder realizar las modificaciones sobre el préstamo que considere convenientes.

Veamos a continuación si este supuesto es posible de llevar a cabo en los sistemas hipotecarios europeos.

4.2.3.1. En el Derecho español

En el caso de **venta de un inmueble** por parte del deudor hipotecario o el propietario (en caso de ser sujetos distintos) el acreedor seguirá siendo titular de la hipoteca que seguirá gravando el bien inmueble, pues según el art. 104 LH la hipoteca sujeta al bien gravado *“cualquiera que sea su poseedor”*.

Nos encontramos ante tres escenarios posibles dependiendo de la actitud del adquirente¹⁷¹⁹:

1. En primer lugar, el nuevo propietario puede decidir no subrogarse en la posición jurídica del deudor y, por extensión, en el préstamo hipotecario. En este caso, el vendedor podrá descontar al comprador el importe de la hipoteca cuando se efectúe su venta, esto es, del precio total del inmueble. Si el deudor hipotecario acaba finalmente satisfaciendo la deuda, y puesto que la deuda garantizada ha sido descontada del precio de venta, podrá repetir contra el adquirente por esta cantidad (art. 118.2 LH). La Ley entiende que sería un enriquecimiento injusto para el comprador (que ya descontó del precio de venta la deuda hipotecaria).

¹⁷¹⁹ Ver MERINO HUTIÉRREZ, Arturo, “Hipoteca y asunción de deuda”, en *Revista jurídica La Ley*, 1995, pp. 781 y ss.

2. Si el adquirente no desea subrogarse y tampoco aplicar este descuento, satisfecerá íntegramente el préstamo hipotecario.

3. Por último, el adquirente podrá asumir la porción del deudor de la obligación, es decir, asumir la responsabilidad personal, siempre y cuando el acreedor lo consienta expresa o tácitamente (arts. 118.1 LH y 1205 CC)¹⁷²⁰, lo que se denomina en el Derecho español “asunción de deuda”, es decir, el cambio de deudor sin extinción de la primitiva relación obligatoria¹⁷²¹.

Una dificultad para la subrogación del tercer adquirente de la finca hipotecada es el consentimiento necesario del acreedor hipotecario, lógico por otra parte dado que el nuevo deudor puede no tener el mismo nivel de solvencia que el primitivo deudor hipotecario (art. 1911 CC).

El comprador tienes dos opciones:

a) Podrá subrogarse en la posición del deudor hipotecario, con lo que la primera parte del supuesto queda fuera de toda discusión. En la escritura pública podrá pactarse conjuntamente la subrogación en el préstamo hipotecario y su novación, pero será necesario el consentimiento del prestamista/acreedor para modificar las condiciones del préstamo, pues una vez haya aceptado la subrogación, no tiene por qué aceptar ninguna modificación en las condiciones del préstamo.

¹⁷²⁰ Y en consonancia con la postura jurisprudencial, ver STS de 2 de diciembre de 1999 [RJ 1999\9155]: “La venta de una finca hipotecada no tiene, por sí, el efecto de que con la finca se trasmita también al comprador la deuda garantizada con la hipoteca de modo que el deudor quede ya liberado de esta deuda. Para conseguir este efecto sería necesario, además del consentimiento del nuevo deudor (el pacto por el que se establezca que el comprador «se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la responsabilidad con ella garantizada»), el consentimiento expreso o tácito del acreedor (cfr. artículos 118.1 de la Ley Hipotecaria y 1205 del Código Civil). De no darse este doble consentimiento, el deudor seguirá estando sujeto a la deuda no obstante haberse transmitido la finca hipotecada, e incluso en el caso de que el comprador, por haberse comprometido frente al vendedor al pago de la deuda o por cualquier otra razón, hubiere descontado del precio el importe de la obligación garantizada o hubiere retenido este importe”. En igual sentido respecto al consentimiento unívoco del acreedor ver STS de 30 de julio de 1996 [RJ 1996\6085]: “El consentimiento del acreedor para que se produzca la novación lo exige inexcusablemente el artículo 1205 del Código Civil (LEG 1889, 27); así, esta Sala tiene declarado que el consentimiento puede prestarlo el acreedor en cualquier forma y momento (Sentencia de 7 de junio de 1982 [RJ 1982, 3407]), pero que no se presume; ha de constar expresamente (Sentencia 29 de septiembre de 1984 [RJ 1984, 4502]), por modo cierto, positivo, indudable (Sentencia de 24 de marzo de 1956 [RJ 1956, 1532]), siendo necesario que conste patente y manifiestamente (Sentencia de 9 de abril de 1930 [RJ 1930, 851]), con evidencia indiscutible (Sentencia de 27 de diciembre de 1932 [RJ 1932, 1386])”.

¹⁷²¹ Según la STS de 21 de mayo de 1997 [RJ 1997\4235], la asunción de deuda es la sustitución de la persona del deudor por otra, con respeto a la misma relación obligatoria, sin extinción de ésta.

b) Pero también es posible que el adquirente pueda tomar el préstamo de otra entidad. Esta operación jurídica se realiza en unidad de acto, esto es, en la misma escritura pública. La operación sería la siguiente:

1. En primer lugar, la entidad de crédito B se subroga en la posición jurídica de la entidad de crédito A, amortizando el préstamo que vincula al prestamista A con el deudor hipotecario.

2. En segundo lugar, el tercer adquirente acuerda con la entidad de crédito B una novación subjetiva en la persona del deudor (art. 1203.2 CC), no siendo necesario el consentimiento del primitivo acreedor (entidad de crédito A) puesto que ya ha resultado satisfecho en el pago y, por lo tanto, ya nada tiene que decir al respecto.

3. En tercer lugar, una vez realizada la novación del deudor por parte del acreedor, tiene lugar la novación en el préstamo hipotecario (art. 1203.2 CC), que no supondrá la extinción de la anterior obligación si las partes no manifiestan lo contrario y siempre y cuando la antigua y la nueva obligación no sean del todo punto incompatibles (art. 1204 CC).

4. Se mantiene el objeto de la hipoteca, esto es, la finca hipotecada, con lo que no se producen los efectos extintivos que la novación provoca en el derecho real de hipoteca¹⁷²².

5. La hipoteca permanece subsistente.

4.2.3.2. En el Derecho comparado

En aquellos ordenamientos que regulan hipotecas no accesorias el presente caso no plantea mayores problemas¹⁷²³. Así, en Estonia es posible que el adquirente utilice la hipoteca preexistente para garantizar otra obligación siempre y cuando el acreedor hipotecario conste en el Registro de la Propiedad y la garantía sea suficiente para garantizar el préstamo. La hipoteca es no accesorio tanto en el nacimiento como en la extinción, con lo que no le afectan los cambios en la obligación. Lo que resulta modificado y garantizado es únicamente lo previsto en el contrato de garantía¹⁷²⁴. Junto a España, Portugal,

¹⁷²² Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.

¹⁷²³ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 104.

¹⁷²⁴ TIIVEL, Rein, "Länderberichte Estland", en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte...*, Band I, ob. Cit., p. 150.

Austria, Croacia y Serbia también permiten llevar a cabo el caso descrito.

4.3. La accesoriadad de competencia (Zuständigkeitsakzessorietät)

La existencia de una accesoriadad de competencia¹⁷²⁵ significa que el acreedor personal siempre debe coincidir con el acreedor hipotecario.

4.3.1. El acreedor personal y el acreedor hipotecario como dos sujetos distintos.

4.3.1.1. En el Derecho español

En el Derecho español no puede concebirse que el acreedor personal sea una persona diferente al acreedor hipotecario. El art. 149 LH dispone que *“el crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad”*. Una primera impresión de la lectura de este precepto es que tanto la obligación como la garantía tienen sus propias reglas de transmisión. Aunque analizaremos su contenido en otro lugar¹⁷²⁶, lo que queda claro es que no se permite la cesión aislada de la hipoteca como parece sugerir el segundo apartado del art. 149 LH. Si éste fuera el caso, la hipoteca no garantizaría nada (porque no puede existir una relación fiduciaria)¹⁷²⁷ y, en consecuencia, carecería de causa (art. 1261 CC). Es decir, no es posible la cesión separada de la obligación y la garantía a diferentes acreedores. Ello daría lugar a una

¹⁷²⁵ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 45.

¹⁷²⁶ Vid. *infra*. Capítulo 6, epígrafe 3.1.1.3.

¹⁷²⁷ CANALS BRAGE defiende que el actual art. 149 LH distingue claramente los requisitos para la transmisión de cada derecho: “A mi entender el resultado es: régimen del Código civil para el crédito, régimen de publicidad (inscripción constitutiva) para la hipoteca. Ello va a posibilitar toda una suerte de transmisiones del crédito, fiduciarias o no (pienso en titulizaciones, cuya naturaleza jurídica es objeto de debate), con conservación de al hipoteca en manos del cedente, quien la debe conservar y cuidar en beneficio del cesionario. Podría plantearse si en caso de ejecución del crédito debe retornar al titular de la hipoteca, o cabe su ejercicio en beneficio de aquél”, ver CANALS BRAGE, F., “La accesoriadad de la hipoteca en la Ley 41/2007”, en *Jornadas de regulación del mercado hipotecario. Sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2008, p. 88.

hipoteca de propietario que no garantiza ninguna obligación subyacente. Por lo tanto, la respuesta a esta posibilidad es negativa porque quedaría frustrada la función de garantía de la hipoteca. Si la voluntad del legislador hubiera sido la de admitir la cesión separada de la garantía, el art. 149 LH hubiese sido regulado con una mayor amplitud¹⁷²⁸, y se hubiesen tenido que prever modificaciones en el art. 1528 CC (*“la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio”*); en materia de titulización de créditos hipotecarios, en los que cede el crédito hipotecario concebido como una unidad (art. 15 LMH)¹⁷²⁹; en el procedimiento de subrogación iniciado por el deudor al amparo de la Ley 2/1994, etc.¹⁷³⁰.

4.3.1.2. En el Derecho comparado

La posibilidad de que el acreedor personal y el acreedor hipotecario sean diferentes personas se admite en aquellos ordenamientos donde existen hipotecas no accesorias (Noruega, Alemania, Suiza, Eslovenia, Hungría y Estonia)¹⁷³¹, aunque también podemos añadir a Portugal y Bélgica. A pesar de la accesoriedad de su hipoteca, estos ordenamientos permiten que este vínculo sea muy débil. En el Derecho portugués es posible la cesión de una obligación a un tercero, que tendrá lugar ordinariamente con todas aquellas garantías accesorias (arts. 577 y 582 CCP). El art. 582 CCP admite no obstante pacto en contrario, con lo que sería posible transmitir la deuda sin la garantía accesoría. Sin embargo, aunque el CCP no aclara si la hipoteca es accesoría o no de la obligación garantizada, la doctrina mayoritaria se ha posicionado en sentido positivo¹⁷³². En consecuencia, no podemos considerarlos en ningún caso como derechos autónomos sino íntimamente relacionados. Por lo tanto, entendemos que no es posible la separación absoluta y libre entre el acreedor hipotecario y el prestamista. Además, la hipoteca de propietario no está admitida en el Derecho portugués ya que se exige la constancia en la inscripción registral de

¹⁷²⁸ En la misma línea se sitúa CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., ob. Cit., p. 926.

¹⁷²⁹ Ver al respecto *infra*. Epígrafe 4.3.3.1.

¹⁷³⁰ Ver al respecto *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.1.1.2.

¹⁷³¹ Vid. *supra*. Epígrafe 3.

¹⁷³² MENÉRES CAMPOS, M. I. H., ob. Cit., pp. 86 y 87.

su causa, del crédito asegurado y la máxima cuantía asegurada.

4.3.2. La sindicación de préstamos hipotecarios. Supuesto de hecho

Una empresa desea llevar a cabo la construcción de un centro comercial o de un fondo de inversión, y desea una cantidad de dinero considerable para llevar a cabo la operación. Una entidad de crédito no desea (o no puede) desembolsar la cuantía total del préstamo, con lo que se asocia con otras entidades y el préstamo es desembolsado al deudor por distintas entidades o acreedores hipotecarios, que forman desde entonces un sindicato (sindicación inicial). Al cabo de un tiempo el deudor se da cuenta de que va a necesitar más dinero para finalizar el proyecto, con lo que pide al sindicato una mayor financiación. Los prestamistas son reacios a conceder más crédito, con lo que buscan prestamistas externos que sí estén dispuestos a ello. La única condición que imponen es estar incluidos dentro de la misma garantía hipotecaria inicial (sindicación sobrevenida).

Veamos a continuación si es posible adoptar este supuesto en los sistemas hipotecarios europeos.

4.3.2.1. En el Derecho español

Los denominados **préstamos sindicados** son aquellos en los que el dinero se desembolsa a plazos por los diferentes bancos intervinientes a través del denominado banco agente. En las condiciones financieras del préstamo suele pactarse una cláusula de afectación o destino del préstamo (ello implica, entonces, que la causa subjetiva se convierte en objetiva, es decir, pasa a ser un elemento esencial del contrato)¹⁷³³.

¹⁷³³ En 1999 el volumen de los préstamos sindicados en España ascendía a 21.763 millones de €, y en el 2004 la cifra ascendió a 41.247 millones de €, lo que supone un aumento de casi el doble de su volumen. La sindicación suele tener como destino la financiación de grandes proyectos, la compra total o parcial de una compañía (adquisiciones apalancadas) o financiaciones corporativas (dar solución global a la estructura de endeudamiento de una organización, ver TEJEDOR BARTOLOMÉ, Cristina, "Los préstamos sindicados como alternativa a la financiación tradicional", en *Estrategia financiera*, N° 218, 2005, pp. 34 y ss; y con más detalle respecto a la naturaleza de estos préstamos, AMESTI MENDIZÁBAL, Christi, "El contrato de crédito sindicado", en BONARDELL LENZANO, Rafael, (Coord.), en *Contratos*

El principio de accesoriedad tiene como uno de sus efectos más característicos que el acreedor del préstamo tiene que ser el mismo que el titular de la hipoteca, independientemente de su naturaleza, ordinaria o de máximo. Además, el principio de indivisibilidad impide la reducción de la garantía a medida que se amortiza el crédito hipotecario y la posible utilización del exceso para dar cobertura hipotecaria a otro préstamo de otra entidad de crédito.

Por estos motivos, una de las posibilidades en el Derecho español en la cual pueden existir dos **co-acreedores** del mismo derecho real de hipoteca se encuentra en un **momento inicial**, es decir, dos acreedores pueden realizar un préstamo a un deudor de forma mancomunada o solidaria que deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad (art. 54.1 RH)¹⁷³⁴, existiendo una presunción de mancomunidad salvo pacto en contrario en virtud del art. 1138 CC. En este caso, cada uno de ellos sólo podrá exigir su parte del préstamo al deudor¹⁷³⁵. En caso de solidaridad, se atribuye la facultad a cualquiera de los acreedores de exigir y recibir íntegramente la prestación en que consiste la obligación garantizada (en consonancia con las RRDGRN de 15 de febrero de 2000 y 10 de febrero de 2003¹⁷³⁶). De la misma manera, el criterio de accesoriedad de la garantía lleva a que la atribución de las acciones personales y las acciones hipotecarias corresponda a una misma posición jurídica: el acreedor hipotecario¹⁷³⁷.

bancarios, Civitas, Madrid, 1992, pp. 243 y ss. y p. 254.

¹⁷³⁴ También lo exige la DGRN, ver RRDGRN de 28 de abril de 1999 y 15 de febrero de 2000 [RJ 2000\495]: “cuando se trata de un supuesto de cotitularidad de un derecho real debe expresarse en el asiento, de forma precisa, la concreta cuota correspondiente a cada uno de ellos, lo que en el caso debatido se traduce en la necesidad de especificar bien la participación que en el crédito hipotecariamente garantizado corresponde a cada uno de los acreedores si es mancomunado, bien el carácter solidario del mismo”.

¹⁷³⁵ Admitida expresamente por las RRDGRN de 23 de marzo de 1994 [RJ 1994\2028] y 28 de julio de 1998: “Por el contrario, tratándose de una obligación única por su fuente, causa y fin, en la que la concurrencia de dos o más acreedores prevista en el artículo 1237 del Código Civil, pueda dar lugar por razón de la mancomunidad simple y divisibilidad de la prestación a que hayan de reputarse como distintos los créditos de cada uno de ellos (artículo 1238 del mismo Código), comportándose como tales en su posterior desenvolvimiento, no se han opuesto reparos a la garantía hipotecaria única desde las ya antiguas Resoluciones de 9 febrero 1898, 16 julio 1902 ó 28 marzo 1903, aunque exigiendo siempre la necesidad de una precisa e inequívoca determinación del contenido y extensión del derecho a inscribir, lo que en tal supuesto se traduce en la exigencia de que se exprese en el asiento, de forma precisa, la cuota correspondiente a cada comunero”.

¹⁷³⁶ RJ 2003\2607.

¹⁷³⁷ La doctrina entiende que en el ámbito de la cotitularidad crediticia, no cabe ni pluralidad en

Por lo tanto, **no es posible** en el Derecho español que un deudor pueda garantizar más de un préstamo con distintos acreedores al mismo tiempo con una misma hipoteca si no es *ab initio*, mediante la cotitularidad crediticia, organizada mancomunada o solidariamente¹⁷³⁸, a no ser que el legislador actúe sobre la divisibilidad de la hipoteca y el dogma “una hipoteca -> una obligación” (consecuencia del principio de accesoriedad), fomentado así el crédito territorial y una mayor agilidad en el mercado hipotecario. Además, para que tal división fuera realmente útil sería necesario admitir una relación fiduciaria entre la entidad prestamista A (titular de la hipoteca) y B (nueva titular del crédito), dado que la entidad A tendría la parte de la garantía extra fiduciariamente en garantía para la entidad B, lo que debería tener especial virtualidad para el caso de concurso de la entidad A¹⁷³⁹.

Aunque a primera vista pudiera ser más lógico utilizar una hipoteca de máximo y, concretamente, la hipoteca en garantía de obligaciones futuras (arts. 142 y 143 LH), lo cierto es que tiene más cabida la hipoteca ordinaria. En el Registro de la Propiedad el préstamo sindicado puede adoptar dos estructuras diferentes¹⁷⁴⁰:

1. Podemos considerar bien que existen **tantas hipotecas distintas como partes de crédito o acreedores** o bien considerar que estamos ante **una sola hipoteca pero por cuotas indivisas** (cuando se divida entre los acreedores la participación en el crédito). Independientemente de ello, cualquier acreedor podrá ejercitar la acción hipotecaria por la parte de su crédito con carácter

el crédito y unicidad en la hipoteca, ni unicidad en el crédito y pluralidad en la hipoteca: o unicidad en el crédito y en la hipoteca o pluralidad en el crédito y en la hipoteca, ver VERDERA SERVER, Rafael, *La hipoteca a favor de dos o más acreedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 32 y 33.

¹⁷³⁸ “La concurrencia de una pluralidad de personas en la posición jurídica de la deuda no afecta su unidad: la idea de “parte” confirma el todo y, consecuentemente, que el crédito y la deuda son únicos [...] La consecuencia que deriva de todo ello es entonces obvia: existiendo una sola obligación, una sola deberá ser también la garantía –hipoteca, en este caso- que se constituya para asegurar su cumplimiento”, de acuerdo con ESPIAU ESPIAU, Santiago, “Comentario a la Resolución de 28 de julio de 1998”, en *CCJC*, N° 49, 1999, pp. 155 y 156.

¹⁷³⁹ De acuerdo con la doctrina, “podría efectuarse un préstamo sindicado con una sola hipoteca que garantizaría todos los créditos, pero que la tendría el líder del sindicato, para él en la parte de su crédito y en fiducia para el resto de acreedores en sus respectivos créditos [...] Gracias a la fiducia, la parte de la hipoteca que es tenida fiduciariamente por el líder del sindicato, en caso de concurso de éste será separada de su masa concursal, puesto que se deberá considerar de titularidad ajena (art. 80 LC)”, ver NASARRE AZNAR, S., “El patrimonio fiduciario...”, ob. Cit., pp. 743 y 744.

¹⁷⁴⁰ Ver SIMÓN MORENO, H., “La sindicación...”, ob. Cit., pp. 1362 y 1363.

autónomo (cada uno de los bancos tiene que constar en el Registro de la Propiedad)¹⁷⁴¹, así como su cesión a un tercero (ex art. 149 LH, que permite la cesión parcial del crédito).

2. Los acreedores, por el contrario, pueden pactar la formulación de **una sola hipoteca con un solo acreedor** sin situación alguna de mancomunidad o solidaridad.

Si se constituye una única hipoteca que garantice el préstamo en su totalidad, figurando el banco agente como exclusivo titular de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, éste puede ceder el crédito a los demás bancos en la parte proporcional de su participación (art. 149 LH), pero esta estructura conlleva unos riesgos para los demás acreedores que la hacen vulnerable desde un punto de práctico:

a) En primer lugar, existen los costes de escritura pública e inscripción en el Registro (innecesarios para la validez de la cesión según la jurisprudencia y la doctrina de la DGRN)¹⁷⁴² para la oponibilidad o eficacia de la cesión a terceros. Estos costes son inexistentes cuando se adopta la primera opción contemplada (pluralidad de acreedores).

b) En segundo lugar, esta cesión deja de tener sentido desde el momento en que la primera estructura descrita (obligación con una pluralidad de acreedores) ya consigue los efectos que esta cesión puede ocasionar, *de facto*, para el resto de prestamistas que participan en el préstamo sindicado.

Un riesgo en ambos casos es que las partes pueden pactar determinadas condiciones para regular sus relaciones internas –sobre todo en el segundo supuesto-. Estas cláusulas sólo tendrán eficacia *inter-partes*. Así, la jurisprudencia ha admitido un pacto en virtud del cual el banco agente cobre en la ejecución la cuantía de 3 millones de € en primer lugar, aunque la validez de este pacto adicional, no inscribible en el Registro de la Propiedad, sólo tiene eficacia entre los co-acreedores, ver STS de 20 de enero de 2004¹⁷⁴³. Por lo tanto, estos pactos no son eficaces frente a terceros, con lo que en un proceso concursal (donde la prioridad viene dada por la fecha de inscripción del crédito,

¹⁷⁴¹ En este sentido, ver MUÑOZ VILLALÓN, Jesús Víctor, *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1993, pp. 179 y ss.

¹⁷⁴² Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.1.1.3.

¹⁷⁴³ RJ 2004\204.

ver art. 90.1 LC) o civil (art. 24 LH), va a ser muy complicado hacer valer los derechos contenidos en el documento privado¹⁷⁴⁴, al quedar integrado el préstamo hipotecario como un todo en la masa concursal.

En cualquier caso, en el Derecho español es posible estructurar una **sindicación inicial** del préstamo.

En cuanto a la **sindicación sobrevenida o secundaria**, ésta aparece cuando con posterioridad a la constitución del crédito sindicado garantizado con hipoteca se desembolsan nuevos préstamos de distintas entidades bancarias que no formaron parte del contrato inicial y que, por lo tanto, tienen por objetivo aumentar el crédito a disposición del deudor hipotecario.

La sindicación secundaria en el Derecho español no puede llevarse a cabo de una forma eficiente. Los principios de accesoriedad –que impide que una hipoteca pueda garantizar préstamos de diferentes acreedores al mismo tiempo a salvo de las situaciones de cotitularidad, mancomunada o solidaria- e indivisibilidad –aunque la obligación garantizada resulte parcialmente satisfecha no es posible incluir más obligaciones dentro de la cobertura hipotecaria, a salvo de la hipoteca de máximo, arts. 142, 143 y 153 bis LH, y en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH), no posibilitan en modo alguno la adopción óptima de esta estructura.

En la práctica se desembolsa en primer lugar el préstamo por el banco agente sin una garantía hipotecaria inicial, quien se obliga a buscar nuevos acreedores en un determinado plazo de tiempo. La ausencia de garantía hipotecaria inicial se suple con otro tipo de garantías (p. e. personales). La razón es el coste fiscal que supone primero constituir la garantía y

¹⁷⁴⁴ En la STS de 20 de enero de 2004 existían estos pactos en escritura pública pero no susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad: “QUINTO. Tampoco puede prosperar el motivo cuarto (artículo 1692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEG 1881, 1] citada), que denuncia infracciones de los artículos 1927 y 1923 del Código Civil (LEG 1889, 27), pues los privilegios crediticios tienen su razón de ser en el ámbito del concurso de acreedores o de las tercerías de mejor derecho, pero, en el caso, no fue un tercero quien esgrimió la preferencia de cobro. La preferencia convenida entre los coacreedores sindicados no opera «erga omnes», como sucede con los privilegios legales que para los créditos establecen los artículos que se citan por la recurrente como infringidos. Se trata exclusivamente de un pacto entre ellos, que sólo a ellos afecta”. Los coacreedores sindicados ostentan, en ese caso, una preferencia *inter-partes* que en ningún caso supone una preferencia de cobro de acuerdo con la ley y, por lo tanto, no susceptible de alegación en un procedimiento de ejecución ordinario o concursal.

posteriormente ceder el crédito (doble coste)¹⁷⁴⁵. Cuando finalmente existen acreedores que quieran formar parte del consorcio, el banco agente cede su parte del préstamo al resto de acreedores que pasan a ser acreedores mancomunados. También es posible que los terceros se incorporen al sindicato a través de la subrogación prevista en la Ley 2/1994, con la aquiescencia del deudor hipotecario. Sentada la imposibilidad de la sindicación sobrevenida, una mayor flexibilidad para los diversos acreedores sólo es posible garantizando cada préstamo con una hipoteca, con lo que los costes aumentan considerablemente y los subsiguientes acreedores tendrán un rango inferior con cada hipoteca constituida.

4.3.2.2. En el Derecho comparado

En cuanto a la sindicación¹⁷⁴⁶, en Alemania, Noruega, Suiza y Estonia es posible incorporar posteriormente a nuevos acreedores en el préstamo sindicado (**sindicación sobrevenida**), así como en la *mortgage* inglesa. Sin embargo, en Eslovenia (que admite una hipoteca no accesoría) es posible la sindicación inicial pero no la sobrevenida. En este ordenamiento únicamente es posible transmitir a un tercero una parte del crédito¹⁷⁴⁷. Por último, también permiten la sindicación sobrevenida Bélgica y Holanda¹⁷⁴⁸.

En otros países sólo es posible articular un préstamo sindicado (sindicación inicial). En la mayoría de ocasiones todos los acreedores forman parte del consorcio en un primer momento pasando a tener la condición de acreedores solidarios o mancomunados, aunque existen tendencias hacia la primera opción (p. e. en Rumanía), o hacia la segunda (p. e. en España), una vez firmado el *Konsortialkreditvertrag*. Por lo tanto, todos los acreedores hipotecarios acceden como tales (en su caso) al Registro de la Propiedad.

¹⁷⁴⁵ SIMÓN MORENO, H., "La sindicación...", ob. Cit., pp. 1378 y ss.

¹⁷⁴⁶ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 102 y 103.

¹⁷⁴⁷ TRATNIK M., ob. Cit., p. 398.

¹⁷⁴⁸ En Holanda existen varias posibilidades para llevar a cabo una sindicación. La primera posibilidad es que los acreedores desembolsen directamente el préstamo al deudor en un régimen de solidaridad, aunque puede encargarse uno solo de su administración. Todos ellos se registrarán como tales en el Registro de la Propiedad. La segunda posibilidad es que un sólo banco desembolse la cantidad y con posterioridad la ceda por escritura pública o contrato a un tercero. Pasa a ser una hipoteca con dos beneficiarios, ver KEMPER, H., "Fragen zur Konsortialfinanzierung", en *Länderseminar Niederlande*, pp. 1 y ss.

También es posible, aunque menos eficiente, constituir tantas hipotecas como acreedores (=obligaciones) hayan, pactando una igualdad de rango entre todas ellas (ello ocurre en Bosnia, donde no está regulado expresamente ni se aplica en la práctica; y en Polonia, donde tampoco se recoge expresamente la sindicación¹⁷⁴⁹). El principal problema de no prever un sistema fiduciario es que si se pretendiese adoptar su estructura en estos países la hipoteca pertenecería formalmente a un solo acreedor, lo que plantearía problemas al resto de miembros del sindicato a la hora de ejercitar sus acciones contra el deudor hipotecario.

Para poder incluir posteriormente a nuevos acreedores en el consorcio (sindicación sobrevenida) un acreedor hipotecario suele ceder su cuota al tercero, que quedará incluido en la hipoteca con el mismo rango del cedente si decide inscribirlo en el Registro de la Propiedad. Este es el caso p. e. de Rumanía, Serbia, Ucrania, Croacia y Polonia¹⁷⁵⁰. También es posible incluir a un nuevo acreedor a través de una subrogación. Así, en Portugal la imposibilidad de garantizar nuevas obligaciones fuera de la relación jurídica primitiva entre acreedor y deudor se flexibiliza en las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito y las globales, y existe la posibilidad de subrogar a un tercero en el préstamo primitivo (art. 589 CCP), pero la única posibilidad de incluir a nuevos acreedores dentro de la cobertura hipotecaria desembolsando una nueva obligación es constituir una nueva hipoteca de

¹⁷⁴⁹ DREWICZ TULODZIECKA, A., "Länderbericht...", ob. Cit.: "Die Konsortialfinanzierung findet somit auf der Grundlage einer Vereinbarung zwischen den Banken und dem Kreditnehmer statt, auf deren Grundlage jede Bank einen Teil ihres Kredits gewährt, für dessen Auszahlung sie haftet, und sie sichert hypothekarisch die sich aus diesem Kredit ergebende Forderung. Es entstehen so viele Hypotheken, wie Banken sich an dem Konsortium beteiligten. Um in gleichem Maße befriedigt zu werden, begründen die Banken die ihnen zustehenden Hypotheken als gleichrangige Hypotheken", p. 321.

¹⁷⁵⁰ SACALSCHI, A. S., "Länderbericht...", ob. Cit., Band 32, pp. 70 y 71; ZIVKOVIC, Milos, "Country Report Serbien", en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte...*, Band II, ob. Cit., pp. 184 y 185, KUCHERENKO, Konstantin y LASSEN, Tim, "Länderbericht Ukraine", en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte...*, Band II, ob. Cit., pp. 247 y 248; JOSIPOVIC, T., ob. Cit., pp. 192 y 193. SLIJEPCEVIC e ILIJA resumen el ejemplo Serbio de la siguiente manera: "As far as mortgages for credits of a consortium are concerned, where several banks (creditors) are participating in, a legally valid mortgage security may be obtained for every single bank, if within the framework of the consortium, a precise specification (identification) of claims has been carried out before. It should be emphasized, while only one bank of a consortium cannot be registered as a trustee of the security. However, the "leading bank" of the consortium is free to register a mortgage for itself, and afterwards assign (make the mortgage over) to the partners of the consortium partially. If such solution has been provided for in the original contract when establishing the mortgage", ver SLIJEPCEVIC, R. M. y ILIJA, B., ob. Cit., pp. 255 y 256.

segundo rango¹⁷⁵¹.

Por último, en el Derecho inglés la estructura tiene lugar desde un inicio nombrando a un agente que se encarga de las relaciones con el deudor. En la mayoría de préstamos existe la figura del *security trustee*, al que se le asigna la garantía en su totalidad y la administra en beneficio del resto de acreedores, que pueden variar sin que ello afecte a la garantía. Ello tiene lugar a través de una novación, con el consentimiento del deudor, o a través de una cesión¹⁷⁵².

4.3.3. La hipoteca en fiducia. Supuesto de hecho

Una vez ya se ha constituido el consorcio de acreedores, todos ellos acuerdan que uno de ellos actúe en nombre del resto, es decir, lleve a cabo las conversaciones con el deudor y, en caso de ejecución o insolvencia, haga todo lo posible para que los miembros del consorcio recuperen su participación en el préstamo sindicado. Además, esta entidad será la que tiene la hipoteca a su nombre, que garantiza su parte y la de los demás. A estos efectos, desean concluir un contrato de fiducia que instituirá a una entidad de crédito en fiduciario y representante de los demás a todos los efectos.

Veamos a continuación si este supuesto es posible en los sistemas hipotecarios europeos.

4.3.3.1. En el Derecho español

En el Derecho español el *trust* o patrimonio fiduciario no está ni regulado ni admitido de forma específica. Lo más parecido que existe es el negocio fiduciario¹⁷⁵³, cuya configuración jurídica es confusa y, como ya se ha

¹⁷⁵¹ MENÉRES CAMPOS, M. I. H., ob. Cit., pp. 101 y 102.

¹⁷⁵² En un principio la novación es mejor, ya que "A novation is by far the best method available to all parties involved in the transfer of a participation in a loan agreement because all parties have clearly defined rights", mientras que en la cesión "the main problem with an assignment is whilst it will transfer to the transferee the right to receive payment from the borrower, it will not transfer any of the obligations of the selling bank. This can be covered of course by indemnity in the assignment between the selling and purchasing banks, but selling bank is not off the hook as far as the borrower and any other parties are concerned under the terms of the loan agreement", ver HARRIS, Anthony, "Transfer of Claims and Mortgages and Syndications", en *Rechtsfragen der Immobilienfinanzierung in England and Wales*, Band 25, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2006, pp. 105 y 106.

¹⁷⁵³ Es un convenio que consta de dos contratos, uno real o parte positiva (transmisión plena del dominio con eficacia "*erga omnes*"), y otro obligacional o parte negativa del negocio con

dicho, no exenta de problemas prácticos, y las estructuras para fiduciarias como los fondos de titulización hipotecaria¹⁷⁵⁴. Además, España no ha ratificado el Convenio de la Haya sobre Ley aplicable al Trust y su reconocimiento, de 1 de julio de 1985, con lo que ningún *trust* foráneo está reconocido como tal en nuestro derecho. Desde el punto de la titularidad de la hipoteca, la LH contiene en su art. 9.4 la obligación de inscribir “*la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción*”. En consecuencia, ambas pueden ser titulares de la hipoteca. Por el contrario, los entes sin personalidad jurídica tienen vedada tal posibilidad, al concretar el RH que “*no serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica*” (art. 11). No obstante, las entidades sin personalidad jurídica tienen capacidad para ser parte en un proceso de acuerdo con el art. 6.5 LEC y deben de la misma manera pagar el impuesto de sociedades al ser sujetos pasivos de éste, de acuerdo con el art. 7 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades¹⁷⁵⁵ (p. e. los fondos de titulización hipotecaria o los fondos de capital-riesgo) y tienen la capacidad de emitir valores hipotecarios de acuerdo con la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria¹⁷⁵⁶. Por estos motivos, también deberían poder tener capacidad de obrar para poder ostentar la titularidad de hipotecas al estar, en cierto modo, personificados.

En definitiva, no es posible en el Derecho español vigente la titularidad fiduciaria de la hipoteca.

4.3.3.2. En el Derecho comparado

efectos “*inter partes*”, destinado a que el adquirente no impida el rescate de los bienes cuando se dé el supuesto obligacional pactado, ver SSTS 30 de marzo 2004 [RJ 2004\2603], 31 de octubre 2003 [RJ 2003\7977], 19 de junio 1997 [RJ 1997\5418] y 23 de mayo 1980 [RJ 1980\1958], entre otras.

¹⁷⁵⁴ Ver en este sentido la SAP de Tarragona de 17 de febrero de 2005 [JUR 2005\126045], y NASARRE AZNAR, S. y RIVAS NIETO, E., “Patrimonios financieros...”, ob. Cit., pp. 57 a 106.

¹⁷⁵⁵ BOE 28 diciembre 1995, núm. 310, [pág. 37072].

¹⁷⁵⁶ BOE 14 julio 1992, núm. 168, [pág. 24123]. En este sentido, la doctrina defiende que “the pool itself (SPV) is the one who buys the mortgages and issues the MBS through the Management society. The SPV has no personality but is, in a sense, personified. Normally the Management society is a daughter society of the originator”, ver NASARRE AZNAR, S., *Securitisation & Mortgage...*, ob. Cit., p. 61.

En algunos ordenamientos europeos es posible garantizar varias obligaciones de diversos acreedores contra un mismo deudor registrando una garantía inmobiliaria en favor de un fiduciario quien no es titular de una obligación contra el deudor. Los países que aceptan esta posibilidad son Alemania, Suiza, Noruega, Eslovenia y Estonia¹⁷⁵⁷:

a) En Alemania esta operación es posible en la *Grundschild* (no en la *Hypothek*). El titular de la *Grundschild* se comporta como un *Konsortialführer* (banco agente) para el resto de acreedores, es decir, se constituye una relación fiduciaria entre ellos (*treuhänderische Verhältnisse*). El acreedor fiduciario es el primer acreedor de la *Grundschild*, o sea, quien la constituye en un primer momento con el propietario de la finca gravada, aunque también es posible que la titularidad recaiga sobre una institución neutral. El resto de acreedores se incorporan con posterioridad al contrato de garantía que regula los derechos y obligaciones entre ellos pero no acceden al Registro de la Propiedad, es decir, todo se desarrolla en el campo obligacional. Por lo tanto, el resto de acreedores tienen únicamente un derecho personal contra el *Konsortialführer* por el incumplimiento de las obligaciones que asume en virtud del *Konsortialvertrag* o pacto de consorcio, p. e. el uso de la *Grundschild*¹⁷⁵⁸. El Derecho alemán distingue entre el préstamo sindicado original (*Echter konsortialkredit*) y el que no lo es (*unechter Konsortialkredit*). En el primero es el banco agente quien desembolsa el montante del préstamo, mientras que en el segundo el préstamo es desembolsado por cada uno de los acreedores. También puede distinguirse entre un crédito consorcial abierto (*offener*), donde puede reconocerse que existe una unión de entidades con la finalidad de desembolsar un préstamo, o encubierto (*verdeckter*), donde únicamente se firma un contrato entre el banco agente y el deudor, sin que éste sepa realmente que existen varios bancos agrupados como prestamistas¹⁷⁵⁹.

¹⁷⁵⁷ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 102.

¹⁷⁵⁸ GABERDIEL, Heinz y GLADENBECK, Martin, *Kreditsicherung durch Grundschulden*, Deutscher Sparkassen Verlag GmbH, Stuttgart, 2008, pp. 445 y ss; y GUIDO SCHLEIFFER, Karben, "Länderberichte Deutschland", en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte...*, Band II, ob. Cit., p. 110.

¹⁷⁵⁹ De acuerdo con PICHERER, Martin H., *Sicherungsinstrumente bei Konsortialfinanzierungen von Hypothekenbanken*, Verband deutscher Hypothekenbanken, Bonn, 2002, pp. 26 y 27. El consorcio también puede clasificarse según los intereses que atienda, p. e. inversiones a largo plazo (*Konsortialbankredit*) o exportaciones (*Konsortialdiskontkredit*), ver p. 28.

La posibilidad de llevar a cabo préstamos consorciales de forma eficiente en el Derecho alemán tiene su base en la *Gesetz zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters*, que crea un Registro de Refinanciación que puede utilizarse para desarrollar actividades financieras como los préstamos sindicados¹⁷⁶⁰. En este Registro se inscribirán todos aquellos activos que el *Konsortialführer* debería ceder a las demás entidades (p. e. la parte de los créditos por la que han contribuido en el consorcio), cuya cesión por los mecanismos ordinarios sería más costosa, p. e. a través de una escritura pública. Esta cesión crea una relación fiduciaria, de tal forma que dichos créditos quedan a salvo de una insolvencia del líder del sindicato gracias a su inscripción en el Registro de Refinanciación.

b) El *trust* como tal no existe en Suiza, pero sí se admite la *Treuhand*. Esta institución no está específicamente regulada por la Ley, pero el juez soluciona los problemas gracias a la costumbre y a la doctrina. La *Treuhand* adopta una estructura romana en la cual el fiduciante puede transmitir todo tipo de derechos al fiduciario en base a un pacto de fiducia (incluidos los préstamos hipotecarios), quien los administra en interés del primero o de un tercero¹⁷⁶¹. En este ordenamiento lo usual es que se constituya una carta hipotecaria en beneficio del banco agente, que actúa como fiduciario y gestiona los derechos de gestión y de cobro del resto de acreedores, aunque también es posible la opción de que todos los acreedores consorciales sean cotitulares desde un inicio de la carta o que se constituyan tantas cartas como acreedores existan¹⁷⁶². Además, se suele adoptar el modelo angloamericano en las transacciones internacionales con la presencia de un *trustee* que puede adoptar dos roles: 1) liquidar y recuperar los préstamos (*indenture trustee*). El *trustee* suele estar en un país ajeno al desarrollo del proyecto ya que de esta manera otorga una mayor imparcialidad; y 2) para administrar la garantía (*security trustee*), que no existe específicamente en Suiza porque se transmite la obligación con la garantía¹⁷⁶³.

¹⁷⁶⁰ De acuerdo con NASARRE AZNAR, S., "El patrimonio fiduciario...", ob. Cit., pp. 746 y 747.

¹⁷⁶¹ SEILER, Matthias, *Trust und Treuhand im schweizerischen Recht*, Schulthess, Zürich, 2005, pp. 46 y ss.

¹⁷⁶² STÖCKER, O., "La eurohipoteca...", ob. Cit., p. 150.

¹⁷⁶³ "Dadurch soll die Handhabung der Pfandrechte erleichtert werden. Es sollen aber auch allfällige Probleme, die sich aus einem international privatrechtlichen Statutwechsel ergeben

c) En Noruega no es conocida la institución del *trust* pero el acreedor hipotecario puede ceder parte del préstamo a distintos acreedores gracias a la naturaleza no accesoría de la hipoteca. El problema se encuentra en establecer la relación entre los acreedores, que se soluciona considerando que los acreedores sindicados son cotitulares de una parte proporcional de la hipoteca (se consideran “*as a co-proprietorship of the mortgage*”). El banco agente se encarga de velar por los intereses del resto de acreedores¹⁷⁶⁴.

d) En Eslovenia no es posible que existan varias obligaciones de distintos acreedores bajo la misma hipoteca. La opción más práctica es que sea uno de los acreedores o uno de los terceros quien sea el fiduciario del resto (aunque también es posible adoptar una estructura de acreedores solidarios o mancomunados del crédito hipotecario). El principal problema es que a la hora del concurso el *Konsortialführer* es el titular de la obligación y de la hipoteca tanto respecto a terceros como para el propio propietario¹⁷⁶⁵.

e) En Estonia es teóricamente posible la figura del *Konsortialführer* alemán aunque no está expresamente regulada. Sin embargo, es común en la *praxis* que los acreedores pacten en la escritura pública que todos ellos tienen su propia hipoteca en igualdad de rango. Esta opción es preferible por las consecuencias que la figura del *Konsortialführer* puede ocasionar para el resto de acreedores si éste entra en situación concursal, al tener los acreedores únicamente derechos personales. Las obligaciones del banco agente incluyen el desembolso de las cuantías al deudor y la administración de los pagos que éste realice, de los impuestos, intereses y cualesquiera otros pagos. Se trata de una relación próxima al mandato¹⁷⁶⁶.

4.3.4. Los fondos de titulización hipotecaria. Supuesto de hecho

könnten, vermieden werden. Das schweizerische Recht kennt die Figur des Security Trustee aber nicht. Vielmehr verstösst diese Konstruktion gegen das geltende Akzessorietätsprinzip, wonach Pfandrechte nur gemeinsam mit der ihnen zugrundeliegenden Forderung übertragen werden können. Um die Pfänder auf den Treuhänder übertragen werden können, müsste somit auch die Forderung auf diesen übertragen werden. Dies wiederum widerspricht aber den Intentionen der Parteien, die zwar die Sicherheiten, nicht aber die Forderungen auf einen Treuhänder übertragen wollen”, ver REHM, Christian, *Projektfinanzierung nach schweizerischen Recht*, Band 65, Schulthess, 2002, p. 474.

¹⁷⁶⁴ FREDRIK MARTHINUSSEN, H., ob. Cit., pp. 38 y 39.

¹⁷⁶⁵ TRATNIK M., ob. Cit., p. 397.

¹⁷⁶⁶ TIIVEL, R., ob. Cit., pp. 149 y 150.

Una entidad de crédito tiene la voluntad de emitir bonos de titulización hipotecaria con la finalidad de obtener la financiación necesaria para hacer frente a sus actividades ordinarias (p. e. la concesión préstamos hipotecarios). La entidad de crédito desea ceder su cartera de préstamos hipotecarios a un fondo (*pool*), del cual emitir finalmente *mortgage backed securities* (MBS) que serán adquiridos por los inversores. No obstante, sólo quiere ceder los préstamos, que están en un patrimonio aislado de las acciones de terceros acreedores, administrándolos en beneficio de los inversores y bajo una supervisión pública, y no las hipotecas (que son muchos más caras y complejas de ceder). Su intención es convertirse en fiduciario de todas las hipotecas asociadas a los préstamos cedidos.

Veamos a continuación si este supuesto es posible en los sistemas hipotecarios europeos.

4.3.4.1. En el Derecho español

Las entidades financieras pueden constituir fondos de titulización hipotecaria con la finalidad de conseguir liquidez mediante operaciones pasivas del mercado hipotecario (art. 1 Ley 19/1992).

La creación de estos fondos sin personalidad jurídica tiene lugar mediante agrupaciones de “**participaciones hipotecarias**” (art. 5 Ley 19/1992). El apartado 4 del art. 5 de la Ley 19/1992 remite a la sección 2ª del Real Decreto 685/1982, de 17 de marzo, del Reglamento del Mercado Hipotecario (en adelante, RMH)¹⁷⁶⁷, que obliga a los créditos hipotecarios que se van a ceder al fondo a cumplir unos estándares determinados. En particular, no podían superar antes de la Ley 41/2007 un 80% del valor de tasación si tenían como destino la financiación de la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas (art. 5.2 LMH). Como ya hemos comentado en otro lugar¹⁷⁶⁸, parte de la doctrina entiende que debemos considerar a la participación hipotecaria como una verdadera cesión de crédito hipotecario¹⁷⁶⁹.

¹⁷⁶⁷ BOE 7 abril 1982, núm. 83, [pág. 9108].

¹⁷⁶⁸ SIMÓN MORENO, H., “La cesión de créditos...”, ob. Cit., pp. 183 y ss.

¹⁷⁶⁹ ROCA SASTRE, R. Mª, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ i XIRGO, J, ob. Cit.: “En realidad, las participaciones hipotecarias constituyen y configuran una propia cesión de

La justificación se encontraba en los arts. 61.3, 65 y 66.a y b RMH. El primero establecía que “*el emisor conservará la custodia y administración del crédito hipotecario, así como la titularidad parcial del mismo*”, lo que indicaba que la otra titularidad parcial correspondería al partícipe. El segundo que “*la ejecución del crédito hipotecario participado corresponde a la Entidad emisora y al titular de la participación en los términos establecidos en el artículo 66*”, y el último precepto permitía al partícipe o titular de la participación entablar una acción hipotecaria directamente contra el deudor hipotecario, si una vez compelida previamente a ello la entidad emisora no la llevaba a cabo en los 60 días naturales desde la diligencia notarial de requerimiento de pago de la deuda. El RMH de 1982 ha sido derogado por el Real Decreto 716/2009, de 24 abril, que desarrolla determinados aspectos de Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero¹⁷⁷⁰. Los arts. 61.3 y 65 del RMH de 1982 coinciden en su redactado con los arts. 26.3 y 30 del RMH de 2009 respectivamente. Sin embargo, el art. 31 de éste último (el correspondiente al art. 66 del RMH de 1982) modifica la naturaleza de la acción ejecutiva del partícipe. En el RMH de 1982 éste tenía la *potestad* de iniciar el proceso ejecutivo, es decir, ejercitar por él mismo una facultad que le correspondía legalmente. En cambio, en el RMH de 2009 el partícipe queda legitimado para ejercitar la acción ejecutiva por *subrogación*, con lo que la acción técnicamente no le corresponde a él sino que es la ley quien le coloca en la posición de la entidad emisora. Por lo tanto, ni la Ley 41/2007 ni el RMH de 2009 aclaran el régimen de las participaciones hipotecarias y si existe realmente una cesión del crédito hipotecario (por un lado, mantienen la titularidad parcial del emisor; por otro, el partícipe sólo puede ejecutar por subrogación), aunque la doctrina, para explicar esta situación, afirma la existencia de una “cesión económica” pero no de una completa y auténtica “cesión jurídica”¹⁷⁷¹.

parte del crédito hipotecario correspondiente, que se incorpora a un título-valor nominativo o está representada por una anotación en cuenta, y que confieren a su titular una serie de facultades o derechos”, Tomo X, p. 112.

¹⁷⁷⁰ BOE 2 mayo 2009, núm. 107, [pág. 38490].

¹⁷⁷¹ “Es decir, se trata de una especie de «cesión financiera» pero no una completa y auténtica «cesión jurídica», dado que los créditos hipotecarios no han sido propiamente «cedidos» (el sistema para ceder créditos hipotecarios en nuestro Derecho es el del art. 149 LH) sino que han sido «participados» (el art. 15.1 LMH utiliza la expresión «hacer participar» pero no

Junto con las participaciones hipotecarias existen los **certificados de transmisión de hipoteca**, creados por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero¹⁷⁷². El art. 18 de esta ley permite agrupar en fondos de titulización de activos aquellos créditos que no reúnen los requisitos exigidos para emitir participaciones hipotecarias, es decir, cuando el montante del préstamo excede al menos el 80% del valor de tasación. La finalidad de estos certificados era mejorar “*las condiciones de financiación de las PYME que deben recurrir a la garantía hipotecaria para obtener financiación bancaria*” (de acuerdo con la Exposición de Motivos). Estos títulos no se emiten como en las participaciones hipotecarias por un fondo de titulización hipotecario sino por un fondo de titulización de activos. No tienen por lo tanto la consideración de títulos hipotecarios. La naturaleza de estos certificados ha sido discutida por la doctrina¹⁷⁷³.

4.3.4.2. En el Derecho comparado

A continuación analizaremos como están presentes las instituciones fiduciarias en otros países de Europa:

a) En Inglaterra¹⁷⁷⁴ la titulización tradicional tiene lugar a través de la cesión de los préstamos hipotecarios del originador hacia un *pool* administrado por un fiduciario, encargado de su administración. Esta transmisión puede tener lugar de forma legal o en equidad. La segunda opción reduce el coste de la cesión al no ser necesaria la notificación al deudor. En este caso se crea un *trust*: el transmitente es el acreedor en equidad y el fiduciario es el acreedor

«ceder»). De otro modo, no se entendería cómo puede la entidad de crédito, aún después de participar los créditos, plantearse la posibilidad de cederlos o negociar con ellos (art. 4.3 y 4.4 RMH 2009, aunque esté igual en los arts. 25.3 y 25.4 RD 685/82) o cómo el primer legitimado para ejecutar un crédito impagado sigue siendo la entidad de crédito, si los hubiese cedido realmente (art. 31.a) RMH 2009”, ver NASARRE AZNAR, “Los requisitos de los créditos y préstamos hipotecarios para poder participar en el Mercado Hipotecario (art. 2.3 Ley 41/2007)”, en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, M^o E., *La reforma del...*, ob. Cit., p. 431.

¹⁷⁷² BOE 23 noviembre 2002, núm. 281, [pág. 41273].

¹⁷⁷³ “Primero, las participaciones hipotecarias, en base al art. 5.1 RD 19/1992, no pueden agruparse en un Fondo de titulización de Activos, sino en un Fondo de Titulización Hipotecario; y segundo, el ALF atribuía la misma denominación (“participaciones hipotecarias”) para unos valores que no reunían los requisitos de los arts. 11 y 15 LMH, hecho que quebraba el art. 43.2 RMH de protección de denominación de los valores hipotecarios y desvirtuaba la figura de las participaciones hipotecarias del art. 15 LMH”, ver NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., pp. 791 y 792.

¹⁷⁷⁴ De acuerdo con NASARRE AZNAR, S., *Securitisation & Mortgage...*, ob. Cit., pp. 26 y ss.

legal. Si por el contrario la cesión es legal, la *deed* que contiene la transmisión debe inscribirse en el Registro de la Propiedad. Un dato de gran interés es que las hipotecas no forman parte del patrimonio del originador y que los inversores tienen un derecho de crédito en caso de impago, es decir, no son copropietarios del *pool*¹⁷⁷⁵.

b) En Alemania¹⁷⁷⁶ es posible emitir *mortgage backed securities* (MBS) a través de dos vías:

1) La titulización sintética, en la cual la entidad cede los préstamos hipotecarios a un *pool*, con lo que salen de su balance, y emite títulos que serán adquiridos por los inversores. Sin embargo, el dinero de los inversores no va a parar a la entidad transmitente de los préstamos, sino que se mantiene en una reserva para hacer frente al pago de los derechos de los inversores y a compensar las posibles pérdidas de la entidad originadora; y

2) La titulización mediante una fiducia atrustada incorporada por la *Gesetz zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters*. Esta modalidad introduce un sistema que protege a los activos cedidos fiduciariamente de las acciones de terceros acreedores, y está limitada en su aspecto subjetivo (p. e. el originador o cedente de los préstamos hipotecarios debe ser una entidad de crédito).

c) Por último, en Francia¹⁷⁷⁷ la emisión de *mortgage backed securities* (MBS) tiene lugar a través de la cesión de los préstamos hipotecarios sin necesidad de realizar una nota marginal en el Registro de la Propiedad. Los inversores tienen un porcentaje de la propiedad del *pool* (que no tiene personalidad jurídica) y, por lo tanto, son copropietarios, lo que no casa con las reducidas facultades que ostentan ya que la administración del *pool* se lleva a cabo por una sociedad gestora.

De acuerdo con el informe elaborado por el EFMLG, pocos países además de los citados tenían en 2007 una regulación específica sobre mecanismos de refinanciación hipotecaria, como Bélgica e Italia¹⁷⁷⁸.

¹⁷⁷⁵ NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., pp. 839 y ss.

¹⁷⁷⁶ De acuerdo con NASARRE AZNAR, S., *Securitisation & Mortgage...*, ob. Cit., pp. 55 y ss.

¹⁷⁷⁷ De acuerdo con NASARRE AZNAR, S., *Securitisation & Mortgage...*, ob. Cit., pp. 52 y ss.

¹⁷⁷⁸ Pp. 85 y 86.

4.3.4.3. Las cédulas hipotecarias a nivel internacional

Los créditos hipotecarios también plantean problemas cuando se quieren agrupar internacionalmente de manera fiduciaria y emitir sobre ellos cédulas hipotecarias (*covered bonds*). El mecanismo ideal sería que las entidades de crédito retuvieran las hipotecas en su balance y cedieran los préstamos a un *pool*, del cual emitir cédulas hipotecarias que estarían garantizadas fiduciariamente por dichas hipotecas, que pueden gravar cualquier finca con independencia del país en el que se encuentren. Este *pool* se consideraría como un patrimonio separado al que no le afectaría la insolvencia del originador¹⁷⁷⁹. Esto no es posible en la actualidad. Así, en el Derecho español es posible emitir cédulas hipotecarias en base al art. 12 LMH, que no conlleva la cesión de las hipotecas a ningún fondo sino que permanecen en el balance de la entidad emisora. Los cedulistas gozan de una amplia protección, ya que el art. 12.2 LMH prevé que “*el capital y los intereses de las cédulas estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora y no estén afectas a emisión de bonos hipotecarios*”; y en Alemania¹⁷⁸⁰ la emisión de cédulas hipotecarias es la principal fuente de financiación por parte de los bancos, que tiene lugar a través de la *Pfandbriefgesetz* de 2005¹⁷⁸¹. Esta ley prevé un sistema que permite a la entidad bancaria que emite las cédulas hipotecarias ceder los créditos hipotecarios que les sirven de cobertura a otra entidad, que actuará de fiduciario, de tal forma que no les afectará una situación concursal del cedente. En esta estructura también está presente el *Sachwalter*, que actuará en beneficio del fiduciario gestionando los activos cedidos¹⁷⁸².

4.4. La accesoriadad de ejecución (*Durchsetzungsakzessorietät*) en los Derechos español y comparado

La accesoriadad de ejecución implica que la hipoteca sólo es ejecutable

¹⁷⁷⁹ Ver NASARRE AZNAR, S., y STÖCKER, O., pp. 141 y 142.

¹⁷⁸⁰ De acuerdo con NASARRE AZNAR, S., *Securitisation & Mortgage...*, ob. Cit., pp. 55 y ss.

¹⁷⁸¹ Vom 22. Mai 2005 (BGBl. I S. 1373).

¹⁷⁸² Ver De acuerdo con NASARRE AZNAR, S., “El patrimonio fiduciario...”, ob. Cit., pp. 745 y 746

si la obligación es exigible. Esta cuestión tiene especial importancia para el consumidor y para el legislador ya que el propietario no debería ver ejecutada su finca si realmente no ha habido un impago de la obligación. La respuesta óptima es la afirmativa, que la cumplen la mayoría de los países europeos¹⁷⁸³. Así, el propietario puede defenderse contra la ejecución de una garantía si realmente no existe una obligación garantizada. No obstante, la novación en la posición del acreedor hipotecario puede dar lugar a excepciones a esta regla: en las hipotecas de naturaleza accesorias es posible la cesión de la hipoteca sin una obligación garantizada, cuando el tercer adquirente lo es de buena fe; y en las hipotecas no accesorias el problema se origina cuando se cede aisladamente la hipoteca a un tercero que no queda vinculado por las disposiciones del contrato de garantía¹⁷⁸⁴. Esta cuestión será tratada más adelante¹⁷⁸⁵.

4.5. La accesoriedad de extinción (*Erlöschensakzessorietät*)

La accesoriedad de extinción implica que la hipoteca se extingue una vez el crédito garantizado se ha extinguido¹⁷⁸⁶.

4.5.1. La concesión de un nuevo préstamo una vez amortizado totalmente el préstamo original. Supuesto de hecho

Formalizada una hipoteca en garantía de una obligación, ésta resulta totalmente amortizada y el propietario desea volver a reutilizar la garantía real para asegurar una nueva obligación o simplemente tenerla en su patrimonio para volver a negociar con ella con otra entidad de crédito, que tendría una mayor predisposición a conceder el préstamo (ya que tendría a su favor una hipoteca ya constituida), u obtener un beneficio transmitiéndola a un tercero. Además, otra motivación para el propietario es ahorrarse los costes de tiempo (volver a inscribir otra hipoteca) y dinero (escritura pública e inscripción en el

¹⁷⁸³ De acuerdo con el estudio de STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 52 y 53.

¹⁷⁸⁴ De acuerdo con el estudio de STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 52 y 53.

¹⁷⁸⁵ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 6.4.

¹⁷⁸⁶ STÖCKER, O y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 54 y 55.

Registro de la Propiedad) que supone la constitución de una nueva hipoteca.

Veamos a continuación si este supuesto es posible en los sistemas hipotecarios europeos.

4.5.1.1. En el Derecho español

En cuanto a la **hipoteca ordinaria** se refiere, no es posible que el propietario pueda reutilizar la hipoteca una vez la obligación esté completamente satisfecha o una vez el período pactado haya finalizado, lo que cierra las puertas a la denominada *hipoteca de propietario* (*Eigentumshypothek*), es decir, el propietario no puede reutilizar la hipoteca al quedar automáticamente extinguida y a la espera de su cancelación registral y corrección de la inexactitud del Registro (arts. 40 y 82 LH)¹⁷⁸⁷. El principal problema es que si la obligación se amortiza y se cede la hipoteca a un tercero, la titularidad registral de la hipoteca del acreedor hipotecario continúa en el Registro de la Propiedad (garantizando la obligación para cuya seguridad fue constituida)¹⁷⁸⁸.

En lo que concierne a la **hipoteca de máximo** (arts. 142, 143 y 153 bis LH) y a la **hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito** y asimilables (art. 153 LH), las partes pueden garantizar nuevas obligaciones aunque el saldo deudor sea 0 siempre que no haya finalizado el plazo pactado de duración de la hipoteca¹⁷⁸⁹.

4.5.1.2. En el Derecho comparado

La opción de supervivencia de garantía la adoptan todos aquellos países que no exigen la existencia de una obligación para la constitución de la hipoteca, que son Alemania, Estonia, Suiza (en la *Schuldbrief* la extinción del crédito garantizado también faculta al deudor para proceder a su cancelación, pero además tiene la opción de dejarla subsistente y de volver a reutilizarla; de

¹⁷⁸⁷ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 5.

¹⁷⁸⁸ La problemática se plantea, en particular, en la cesión de este crédito hipotecario cuando la obligación ya ha sido completamente satisfecha, Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.1.1.3.

¹⁷⁸⁹ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 5.

esta manera, la garantía no se extingue sino que permanece en el Registro de la Propiedad, § 863 ZGB), Noruega, Hungría y Eslovenia. No obstante, Serbia se incluye en este apartado, con lo que tendríamos apriorísticamente una incoherencia ya que la hipoteca en este país necesita de una relación obligacional subyacente para su nacimiento. Sería lógico que si la hipoteca es accesoria legalmente respecto a la obligación que garantiza en su nacimiento, también lo sea cuando ésta se extingue. La particularidad de este ordenamiento es que existe la posibilidad de que la hipoteca pueda subsistir sin una obligación determinada o determinable. Esta situación tiene lugar cuando el propietario se convierte en titular de la obligación garantizada. La obligación no se extingue por confusión de derechos sino que el propietario puede utilizar la hipoteca para garantizar otra obligación manteniendo el rango original. Si se ha desembolsado un préstamo a corto plazo para una obra en construcción, el propietario puede una vez se ha satisfecho la obligación garantizar otro préstamo a largo plazo¹⁷⁹⁰. . Además, también podemos añadir a Holanda y Bélgica¹⁷⁹¹.

En una categoría intermedia se sitúan aquellos países que posibilitan que extinguida una obligación pueda nacer otra gracias a la vigencia de la relación obligacional subyacente (p. e. Austria, Polonia, Lituania, Rep. Checa y Croacia)¹⁷⁹², y en otros países la extinción de la obligación provoca la de la garantía (Rumanía, Bosnia y Portugal). No obstante, aunque en Bosnia la regla general sea que la hipoteca no puede existir cuando el crédito se cancela, encontramos, sin embargo, algunas excepciones en la práctica. Así, el propietario es libre si lo desea de cancelar la hipoteca, pero tiene a su alcance dos opciones: a) utilizar esta hipoteca libre ("*frei gewordene Hypothek*") para garantizar otra obligación hasta el límite de la cuantía de la obligación satisfecha; o b) realizar una anotación en el Registro de la Propiedad con el

¹⁷⁹⁰ "The hypothec, however, formally survives the extinction of the secured receivable for as long as it remains registered, but it can not produce any effect after the secured receivable is extinct – it does not exist materially (substantially), only formally. However, there is a case in which this hypothec, that is only formally existing, may "resurrect" to full effect. This case is known as owners hypothecs without secured receivable, and under ZH there is a possibility of the owner to dispose of such hypothec within three years from the original secured receivable was extinguished", ver ZIVKOVIC, M., ob. Cit., pp. 138, 178 y 179.

¹⁷⁹¹ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 54.

¹⁷⁹² STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 54.

efecto de reservar el rango para la futura constitución de una hipoteca, que deberá tener lugar como máximo en los 3 años siguientes a la anotación¹⁷⁹³.

5. La accesoriadad contractual de la eurohipoteca

El apartado 2.1 BG¹⁷⁹⁴ define la eurohipoteca como un “*gravamen inmobiliario no accesorio que atribuye a su titular el derecho al pago de una suma de dinero sobre un inmueble. Generalmente se emplea en combinación con un contrato de garantía*”. La primera nota característica que se puede apreciar es su definición como gravamen inmobiliario (*land charge*). La definición de las BG guarda relevantes similitudes con la deuda territorial alemana (*Grundschild*) regulada en el § 1191 BGB, con la *Schuldbrief* suiza y, en general, con todas aquellas hipotecas de naturaleza no accesorias¹⁷⁹⁵. Pero la eurohipoteca es realmente un derecho **contractualmente accesorio** de la obligación que asegura gracias al contrato de garantía. Por lo tanto, cuando la eurohipoteca persiga funciones de garantía va a estar necesariamente vinculada a una obligación a través de este contrato. No obstante, se admite que la eurohipoteca pueda cumplir otras funciones que la de garantía, gozando de esta manera de una mayor flexibilidad. Veamos a continuación el comportamiento de la eurohipoteca en los supuestos de hecho planteados anteriormente:

a) En la accesoriadad de nacimiento. El apartado 3.1 BG establece que el propietario “*es el único legitimado para crear una eurohipoteca*”, pero es posible que las legislaciones nacionales exijan la intervención de un acreedor a la hora de la constituir la garantía. Por lo tanto, la eurohipoteca puede constituirse por el propietario (que tendrá desde entonces su titularidad) o en favor de un acreedor cuando persiga funciones de garantía. Así, tanto el acreedor hipotecario como el propietario pueden beneficiarse de una garantía ya constituida que es un reflejo del valor económico de la finca.

b) En la accesoriadad de alcance. El carácter contractualmente accesorio de la eurohipoteca permite al propietario garantizar múltiples

¹⁷⁹³ POVLAČIĆ, M., ob. Cit., p. 66.

¹⁷⁹⁴ Traducción que puede encontrarse en la obra de MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, M^o E., *Un modelo para una Eurohipoteca...*, ob. Cit., pp. 45 y ss.

¹⁷⁹⁵ Vid. *supra*. Epígrafe 3.

obligaciones, presentes o futuras, con la misma entidad de crédito. Si se quiere añadir nuevas obligaciones únicamente sería necesario modificar el contrato de garantía. De esta manera, las partes no tendrían que constituir una hipoteca para cada nueva obligación que deseen garantizar ni estarían vinculados a una relación obligacional básica o actos jurídicos básicos.

c) En la accesoriedad de competencia. De acuerdo con el apartado 5.5 BG es posible que el acreedor hipotecario y el acreedor personal sean sujetos distintos. Además, las BG establecen que *“cualquier persona física o jurídica puede ser titular de una eurohipoteca. Si se trata de una persona jurídica carente de personalidad (por ejemplo, un trust u otra entidad fiduciaria), la legislación nacional puede establecer que la inscripción registral sea válida únicamente si aparece inscrito un representante registral de dicha entidad, que de información completa y realice cualquier declaración en nombre del titular actual de la eurohipoteca”*. La eurohipoteca no impone su estructura en forma de *trust*, pero sí puede ser un complemento ideal a esta institución a nivel europeo. En este sentido, el FGMC consideraba que sería recomendable la introducción de un *trust* a nivel europeo que permitiera a un único banco ser titular de la garantía en beneficio del resto de bancos participantes¹⁷⁹⁶. Esta posibilidad ha llevado a la doctrina a defender la creación de un *eurotrust*¹⁷⁹⁷ como complemento a la eurohipoteca, ya que esta última es contractualmente accesoria de la obligación y, por lo tanto, permite que los titulares de la obligación y de la garantía sean distintos. El concepto de *eurotrust* no debe confundirse con el de *trust* tal y como está recogido en los PETL, en el DCFR o en el Convenio de la Haya de 1985¹⁷⁹⁸, sino que consiste en la posibilidad de que la eurohipoteca pueda ser tenida fiduciariamente por un acreedor mientras que la obligación se encuentra en el patrimonio de otra persona, en la línea seguida por los Derechos alemán e inglés. De esta manera, y sin perder por

¹⁷⁹⁶ Apartado 118.

¹⁷⁹⁷ Ver en este sentido STÖCKER, O., “Real estate liens as security for cross-border property finance The Eurohypothech - a security instrument with real prospects”, en *RCDI*, Núm. 703, Septiembre–Octubre 2007, pp. 2273 y ss.; NASARRE AZNAR, S., “Eurohypothech & Eurotrust...”, ob. Cit., pp. 21 y 22; y NASARRE AZNAR, S. y STÖCKER, O., “Eurohypothech and Eurotrust: Future Instruments of a Pan-European Mortgage Market”, en VRIES ROBBÉ, Jan Job de y ALI, Paul U., *Innovations in securitisation. Yearbook 2006*, Kluwer Law International, 2006, pp. 111 y ss.

¹⁷⁹⁸ Ver al respecto *supra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.4.1.

ello seguridad, sería posible realizar de una forma eficiente y a un menor coste tanto operaciones activas, p. e. la agrupación de diversos prestamistas bajo una misma garantía –sindicación inicial o sobrevenida-, que tendría como principal aliciente asegurar que todos los prestamistas presentes o futuros están incluidos bajo su cobertura sin depender de que el contrato de garantía prevea esa situación, como pasivas, p. e. operaciones de titulización hipotecaria y emisiones de cédulas hipotecarias, en las que la entidad de crédito cedería el conjunto de obligaciones a un fondo de titulización hipotecaria o emitiría directamente obligaciones a los inversores, reteniendo las eurohipotecas fiduciariamente¹⁷⁹⁹.

d) Accesoriedad de ejecución, que existe tanto en la eurohipoteca como en la mayoría de hipotecas europeas.

e) Accesoriedad de extinción. La eurohipoteca no se extingue por la amortización de las obligaciones aseguradas, sino que el propietario puede decidir redimirla y mantenerla en su patrimonio hasta cederla de nuevo a otra entidad de crédito.

Por lo tanto, la naturaleza contractualmente accesoria de la eurohipoteca permitiría llevar a cabo todos los casos prácticos que son posibles sólo en algunos Estados miembros (p. e. en Alemania), e imposibles en otros (p. e. en España). De este modo, estas operaciones se generalizarían allí donde no pueden realizarse o no pueden realizarse eficientemente.

6. La eurohipoteca bajo Derecho español

6.1. Su viabilidad

6.1.1. Evolución hacia una menor accesoriedad entre la obligación y la garantía en el Derecho español

El carácter accesorio de la hipoteca española ya podía apreciarse en la Exposición de Motivos de la LH de 1861: *“La hipoteca, además de ser un derecho real, es la garantía de una obligación, y por lo tanto un contrato*

¹⁷⁹⁹ NASARRE AZNAR, S., “Eurohypotheck & Eurotrust...”, ob. Cit., pp. 28 y ss.

*accesorio y subsidiario de otro principal*¹⁸⁰⁰, aunque DE CASSO propugnaba antes de la LH de 1946 la adopción sin paliativos de la hipoteca de propietario en base a la *Grundschild* alemana, ya que “*ha de aspirarse a apartar por innecesaria la personalidad del deudor, para objetivar el crédito del acreedor en la cosa, que sirve de garantía*”, y porque “*es grave para el desarrollo del crédito territorial*”¹⁸⁰¹. De hecho, este autor presentaba un Proyecto de Ley sobre movilización de la propiedad inmueble, que pretendía ser un primer paso para la regulación de la hipoteca independiente en el Derecho español. Sin embargo, las consideraciones de DE CASSO no llegaron a buen puerto y la doctrina de la accesoriedad continuó vigente en la LH de 1946¹⁸⁰². Así lo ha venido interpretando la doctrina desde entonces tomando como punto de partida los arts. 104 LH y 1876, 1528 y 1212 CC. Se ha llegado a decir, incluso, que este principio se erige en el estandarte del derecho real de hipoteca¹⁸⁰³. Por lo tanto, que la hipoteca española es accesorio a la obligación que asegura queda, hoy por hoy, fuera de toda duda, tanto desde una perspectiva tradicional como funcional¹⁸⁰⁴.

Sin embargo, ello no quiere decir que no existan en el Derecho español otras garantías que se separen de la accesoriedad ni que el fuerte vínculo entre la garantía y la obligación esté presente en todas las modalidades de hipoteca. En el primer caso, tenemos como ejemplos la denominada carta de patrocinio, de origen angloamericano y que ha sido aceptada por la jurisprudencia en base al art. 1255 CC¹⁸⁰⁵, y el aval a primer requerimiento o solicitud, similar a la

¹⁸⁰⁰ Y a continuación añadía la Exposición de Motivos que “De esto parece deducirse que cuando la cosa hipotecada no esté ya en manos del hipotecante, sino en las de un tercer poseedor, tenga que acudir al deudor principal para que pague, antes de molestar al que por un título legítimo de adquisición, es el dueño de la finca hipotecada”, ver AAVV, *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, Tomo I, Vol. I, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Ed. Castalia, Madrid, 1989, p. 279.

¹⁸⁰¹ DE CASSO, “Sobre movilización inmobiliaria”, en *RJC*, 1938, p. 230. Para este autor era posible adoptar una hipoteca de propietario porque el art. 77 LH declaraba que no se extinguía la hipoteca hasta que no se cancelara del Registro de la Propiedad. Ello permitía a este autor sostener que “esa hipoteca, no cancelada, aun cuando satisfecha, queda en realidad a favor del propietario, e impidiendo el ascenso de rango de los acreedores posteriores. Pero falta dar alcance práctico a esta norma”, p. 233.

¹⁸⁰² LACAL, Pascual, “El mito de la accesoriedad de la hipoteca”, en *RDP*, Núm 392, Nov. 1949, pp. 61 y 62.

¹⁸⁰³ GARCÍA ALGUACIL, María José, *Consolidación y derechos reales sobre cosa propia*, Ed. Comares, Granada, 2002, p. 161.

¹⁸⁰⁴ Vid *supra*. Epígrafe 2.

¹⁸⁰⁵ A través de esta carta una sociedad matriz o dominante, mientras una sociedad filial

fianza y donde el garante (no deudor) se obliga a pagar a primer requerimiento del beneficiario (acreedor) la cantidad pactada en la garantía, que es una cantidad máxima y tiene un período de vigencia determinado. El garante no puede oponer al beneficiario, que reclama el pago, otras excepciones que las que derivan de la garantía misma¹⁸⁰⁶. A pesar de su flexibilidad, no existe en esta garantía una abstracción total sino funcional¹⁸⁰⁷. Estas dos instituciones son **garantías de tipo personal** en las que puede apreciarse una menor conexión entre la garantía y la obligación.

Si analizamos las garantías reales, el Derecho catalán había regulado la **prenda “global”** en la Ley 19/2002. La particularidad de esta garantía era que recaía sobre bienes muebles y admitía los efectos de la denostada hipoteca flotante, es decir, podían garantizarse varias obligaciones ya contraídas o por contraer de forma simultánea o sucesiva entre el mismo deudor y el mismo acreedor, durante un período de tiempo y por una cuantía máxima convenida (art. 13.3 Ley 19/2002). De esta forma, se flexibilizaban los principios de especialidad y accesoriedad, pues la eficacia de la prenda era plena desde el momento de su creación sin que las obligaciones garantizadas estuvieran determinadas. Esta clase de prenda fue criticada por la doctrina porque atribuía un beneficio excesivo al acreedor, y porque el propietario debía tener al menos

negocia con un banco la concesión de un crédito, emite la citada carta a favor del futuro concedente del crédito en donde constan una serie de declaraciones destinadas a asegurar o tranquilizar al destinatario sobre la solvencia y el éxito de la operación respecto a la sociedad filial deudora. También recibe el nombre de «cartas de patrocinio», «cartas de confort», «cartas de apoyo», «cartas de conformidad», «cartas de responsabilidad» o «cartas de garantía». No obstante, sólo las cartas fuertes (no las débiles) “pueden entenderse como contrato atípico de garantía personal con un encuadramiento específico en alguna de las firmas negociales o categorías contractuales tipificadas en el ordenamiento jurídico como contrato de garantía, o como contrato a favor de terceros, o como promesa de crédito, criterio seguido en la STS de 16 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6442), que lo refiere al contrato de fianza, la cual puede constituirse por carta del fiador al banco (STS de 14 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 9037]”. Ver sus requisitos en las SSTS de 13 de febrero de 2007 [RJ 2007\684] y 18 de marzo de 2009 [RJ 2009\1656].

¹⁸⁰⁶ Ver SSTS de 5 de julio de 2002 [RJ 2002\8225], 12 de julio de 2001 [RJ 2001\5159] y 5 de julio de 2000 [RJ 2000\6010], entre muchas otras.

¹⁸⁰⁷ En caso de contienda judicial el garante puede probar que el deudor principal ha pagado o cumplido su obligación con la consiguiente liberación de aquél, ver STS de 17 de febrero de 2000 [RJ 2000\1162] y GARCÍA MEDINA, José, Boletín Aranzadi Civil-Mercantil, *núm.* 46/2002, Pamplona, Febrero 2003. Además, la doctrina entiende que está presente una abstracción funcional y que las garantías a primera demanda son accesorias, porque el garante podrá oponerse a la reclamación del beneficiario si la reclamación carece de fundamento, de acuerdo con SACRISTÁN BERGIA, Fernando, “Las garantías autónomas a primera demanda”, en SEQUEIRA, Adolfo, GADEA, Enrique y SACRISTÁN, Fernando (Dirs.), *La contratación Bancaria*, Dykinson, 2007, pp. 1132 a 1135.

la posibilidad de recuperar los bienes gravados a medida que amortizaba la obligación garantizada¹⁸⁰⁸. De la misma manera, el art. 15.1 de la Ley 19/2002 permitía a las partes, cuando eran varios los objetos gravados, fijar la parte de crédito que garantizaba cada uno de ellos. Si las partes no hacían uso de esta facultad, nacía entonces una prenda “solidaria” como excepción al principio de especialidad. No obstante, la extinción de las sucesivas obligaciones no conllevaba la disminución de la cantidad máxima de responsabilidad pignoraticia. La aprobación del Libro Quinto del CCC supuso la derogación de la Ley 19/2002 y de la prenda global o flotante, lo que ha sido criticado por la doctrina¹⁸⁰⁹. La prenda solidaria, en cambio, ha pasado a regularse en el art. 569-16.1 CCC (“*los acreedores y los deudores o, si procede, los propietarios del bien, si existe más de un objeto empeñado, pueden fijar la parte de crédito que garantiza cada uno. En este caso, se entiende que se han constituido tantos derechos de prenda como objetos existen*”). Del precepto se extrae que las partes podrán distribuir la responsabilidad entre los bienes gravados, que es el régimen que se aplica de forma general en la hipoteca (art. 119 LH)¹⁸¹⁰.

De esta forma, se hace palpable que la accesoriedad no recibe un tratamiento tan rígido en las garantías personales y que en los derechos reales sobre bienes muebles ya se había regulado específicamente la hipoteca flotante.

¿Qué ocurre con el derecho real de hipoteca? Puede aventurarse que en la actualidad el dogma de la accesoriedad se encuentra en **crisis**, pues es lógico que una doctrina en pleno declive en las garantías personales y con grandes logros conseguidos en las garantías mobiliarias no alcance, tarde o temprano, a las garantías inmobiliarias.

¹⁸⁰⁸ “Por ello entiendo que si la LDRG diseñara en este punto la prenda solidaria estaría acogiendo un recurso desproporcionado en interés del acreedor, que no se justifica ni en el principio de libertad contractual, ni en el sistema de publicidad en que se basa la garantía pignoraticia. Considero que, cuanto menos, el propietario de los bienes ha de tener la posibilidad de poder ir recobrándolos y, por tanto, de reducir su garantía paulatinamente, a medida que el crédito garantizado se vaya reduciendo”, ver BARRADA ORELLANA, R., *Las Garantías mobiliarias en el derecho civil de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 266.

¹⁸⁰⁹ DEL POZO CARRASCOSA, P., “Els drets reals de garantia (I): retenció, penyora i anticresis”, en Àrea de Dret Civil, UdG (Coord.) *La codificació dels drets reals a Catalunya*. Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa, Girona, Documenta Universitària, 2007, p. 256.

¹⁸¹⁰ “Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder”.

Evidencias de esta tendencia son las siguientes:

1. El estudio de posibles modelos de hipoteca con una accesoriadad menos acusada entre garantía y obligación, que no dejan de ser al fin y al cabo la expresión de la voluntad de los operadores jurídico-económicos de superar la barrera de la accesoriadad. Como ejemplos tenemos la hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente –basada en los arts. 142 y 143 LH, y que permite al deudor poder disponer de nuevo del dinero que haya amortizado o del que aún no haya dispuesto con la finalidad que le interese-, y la citada hipoteca global o flotante, que permite garantizar varias obligaciones presentes y futuras entre un mismo acreedor y deudor¹⁸¹¹. La doctrina ha criticado abiertamente la inadmisión de la hipoteca global en el Derecho hipotecario español vigente y defienden que entre la obligación y la hipoteca existe una relación finalística, que permitiría adoptar dicha hipoteca. Los partidarios de esta teoría defienden que únicamente debe acceder al Registro la cuantía máxima por la que responde la finca gracias a la ambigüedad del art. 216 RH¹⁸¹².

2. Señalando diferentes situaciones donde la accesoriadad puede ponerse seriamente en duda en la legislación hipotecaria, como la hipoteca en garantía de obligaciones futuras (art. 142 LH), la hipoteca unilateral (art. 141 LH), la hipoteca en garantía de títulos transferibles por endoso (art. 154 LH), la subrogación prevista en el art. 118.2 LH en caso de venta de finca hipoteca sin subrogación del tercer adquirente en la responsabilidad personal de la obligación, la subsistencia de la hipoteca no cancelada aún cuando el crédito se encuentra completamente satisfecho, la hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda, el diferente plazo de prescripción entre la acción personal de la obligación (15 años, art. 1964 CC) y de la hipoteca (20 años, art. 128 LH¹⁸¹³), y la propia tendencia de la Ley 41/2007 reflejada en la hipoteca de

¹⁸¹¹ Ver ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luís, *La hipoteca global: valoración y crítica*, Secretariado de publicaciones, Sevilla, 2004, pp. 48 y 49.

¹⁸¹² REY PORTOLÉS, J. M., ob. Cit., p. 173. Ver en mayor profundidad *infra*. Epígrafe 6.2.

¹⁸¹³ Ver los argumentos de GARCÍA ALGUACIL, M^a J., ob. Cit., pp. 212 y ss., y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario”, en *RCDI*, Núm. 691, 2005, pp. 1333 a 1335; y “La reforma hipotecaria...”, pp. 1672 y ss. Para FIGUEIRAS DACAL las subrogaciones, ya sean activas, pasivas o reales, el avance de rango cuando una hipoteca de cancela formalmente en el Registro y la subsistencia de la carga real cuando el crédito ya está amortizado permite concluir que “la hipoteca actual ya no es sólo un derecho real de garantía “accesorio” del crédito, sino que tiene un “valor

máximo sin pacto novatorio final del art. 153 bis LH. A pesar de que este precepto no regula la hipoteca flotante, sí que nos encontramos ante una evolución de la hipoteca de máximo que se concreta en el hecho de que art. 153 bis LH ya no exige la novación de las obligaciones aseguradas a la finalización del plazo pactado por las partes¹⁸¹⁴.

En este sentido, parte de la doctrina ha aventurado una crisis estructural del derecho real de hipoteca pues su triple coste –económico, social y jurídico– es poco acorde con las necesidades económicas actuales del tráfico jurídico y del actual sistema de relaciones sociales¹⁸¹⁵.

Lo dicho hasta ahora no es baladí. La implementación de una eurohipoteca en el ordenamiento jurídico español depende en gran medida de la flexibilización de la accesoriedad que esté dispuesto a asumir. Esta primera cuestión arroja una solución apriorísticamente optimista pues el triple enfoque anterior muestra que una accesoriedad menos acusada entre garantía y obligación sólo espera dar el salto definitivo a los derechos reales de garantía sobre inmuebles. Es más, la Ley 41/2007 va directamente encaminada en esta dirección como objetivo primordial de la reforma: superar el dogma de la accesoriedad en el actual mercado hipotecario¹⁸¹⁶. El próximo paso en esta paulatina revisión del dogma de la accesoriedad después de la Ley 41/2007 es la eurohipoteca. Así se ha manifestado la doctrina al augurar que se evolucionará hacia una garantía que se configurará como un derecho abstracto

sustantivo” propio, independiente del “CRÉDITO” inicialmente garantizado, aunque mantenga su carácter causal”, ver FIGUEIRAS DACAL, Manuel, *El sistema de protección jurídica por el Registro de la Propiedad*, Difusa, 2001, Madrid, pp. 103 y 104,

¹⁸¹⁴ Vid. *supra*. Epígrafe 4.2.1.1.2.4.

¹⁸¹⁵ GARCIA URBANO, José María, “Crisis estructural del derecho real de hipoteca”, en GIMENO GÓMEZ DE LA FUENTE, Juan Luis (Coord.), *Homenaje a José María Chico Ortiz*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 788. El autor, no exento de razón, ataca directamente a la hipoteca en todas sus fases; en la fase previa, por el clausulado, las comisiones...; en la fase de pendencia y en la de ejecución (por ejemplo, por la existencia de subasteros profesionales), pp. 790 y ss.

¹⁸¹⁶ Como ya hemos comentado, ello se observa en la introducción de la hipoteca de máximo sin pacto novatorio final (art. 153 bis LH). Lo que se intentaba era ir un paso adelante de la doctrina de la DGRN sobre la inadmisión de las hipotecas flotantes, aunque entendemos que siguen sin admitirse en la Ley 41/2007: “Para clarificar definitivamente esta cuestión, la Comisión de la DGRN, redactora del borrador de anteproyecto, considera que debe volverse a la situación inicial de la hipoteca de máximo como hipoteca, sólo definida en sus líneas generales, de manera que el crédito se determine extrarregistralmente y se puedan cubrir bajo la protección de la hipoteca de máximo nuevos productos, mezclar obligaciones vencidas y futuras, y obligaciones totalmente futuras sin necesidad de acudir a la técnica de la cuenta corriente de crédito, esto es, sin necesidad de pacto novatorio expreso que refunda todas las obligaciones”, GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “La reforma hipotecaria...”, ob. Cit., p. 1682.

de realización de la finca¹⁸¹⁷.

Para ver las implicaciones de una accesoriad contractual en el Derecho español es necesario concretar dos aspectos: a) por un lado, qué objetivos cumple la accesoriad legal de la hipoteca. De esta manera, podremos ver si los beneficios que aporta esta accesoriad pueden ser conseguidos de igual forma con una accesoriad contractual; y b) por otro, hasta dónde puede actuar el legislador español sobre la accesoriad legal de la hipoteca. La finalidad es encontrar el motivo por el cual no se puede adoptar en el Derecho español una accesoriad de nacimiento, competencia y extinción.

6.1.2. El objetivo y el fundamento de la accesoriad en la hipoteca

Para superar el dogma de la accesoriad debe analizarse qué función cumple realmente este principio y de qué forma podría solucionarse una mayor independencia entre la garantía y la obligación. Como ya hemos comentado, la función principal de la accesoriad es ser el vínculo entre la obligación y la garantía, es decir, combinar derechos que tienen objetivos idénticos: tanto la obligación como la hipoteca persiguen garantizar que el deudor realice el pago¹⁸¹⁸.

La accesoriad cumple, además, una función de **protección** del deudor. En las hipotecas no accesorias y más flexibles está presente el peligro de doble ejecución hacia el propietario/deudor (por parte del acreedor personal y el acreedor hipotecario), si el acreedor hipotecario original ha cedido la garantía y la obligación a dos acreedores distintos. En este caso el propietario/deudor podría verse obligado a pagar dos veces¹⁸¹⁹. Por el

¹⁸¹⁷ “A pesar de que en nuestro Derecho se mantiene, como decimos, el carácter “*causa*” de la garantía hipotecaria, podemos afirmar que, cada vez con mayor intensidad, la HIPOTECA clásica “romana”, tradicional de nuestro Derecho, hace tránsito a la HIPOTECA “germánica”. Y, *sin duda alguna, de ésta última, aún manteniendo sus principios esenciales, se evolucionará a una EURO-HIPOTECA todavía más moderna y de más variada utilidad, con la contribución de aportaciones procedentes de otras legislaciones*”, ver FIGUEIRAS DACAL, M., ob. Cit., p. 109. Ver también pp. 110 a 112.

¹⁸¹⁸ Vid. *supra*. Epígrafe 1.

¹⁸¹⁹ Este es uno de los inconvenientes de la posibilidad de ceder la hipoteca y la obligación a dos acreedores distintos. No obstante, es cierto que en la eurohipoteca “the debtor/mortgagor

contrario, en las hipotecas accesorias la hipoteca sigue el destino de la obligación, con lo que no será posible ceder ambos derechos a dos acreedores distintos. Este es uno de los motivos por los que VAN ERP¹⁸²⁰ defiende una modalidad de hipoteca accesoria a nivel europeo si intervienen consumidores y usuarios. SPARKES también opina que una hipoteca no accesoria sería perjudicial para los deudores, con lo que se sitúa a favor de regular a nivel europeo una hipoteca accesoria¹⁸²¹.

Otra función de la accesoriedad es que otorga **simplicidad** a la relación que se establece entre la obligación y la garantía, ya que la hipoteca sigue por ley el mismo destino que la obligación, p. e. la extinción de la obligación conlleva la de la garantía¹⁸²².

Por lo tanto, la accesoriedad, además de ser el vínculo entre la obligación y la garantía, protege al deudor/consumidor y simplifica la relación entre ambos derechos.

6.1.3. Los límites de la accesoriedad en el Derecho español

Hasta el momento hemos visto en qué consiste la accesoriedad y cual es su función, aunque nos falta por ver cuáles son sus verdaderos **límites**, es decir, hasta dónde podría actuar el legislador español sobre este principio (ello nos indicará, a su vez, qué debería modificarse para adaptar la eurohipoteca). Los siguientes ejemplos nos mostrarán la relación que existe entre la accesoriedad y la causa en el Derecho español en diferentes situaciones:

a) La Ley 41/2007 regula en el art. 153 bis LH una hipoteca de máximo

would be able to use all pleas and exceptions to protect himself (see Basic Guidelines 2005), especially, that which states that he has already paid the loan, so he can stop the enforcement of the Eurohypothec. In any case, he would not have to pay twice and states should ensure this mechanisms (either legal or contractually”, NASARRE AZNAR, S., “Eurohypothec & Eurotrust...”, ob. Cit., p. 19. Ver esta cuestión en profundidad *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 1.3.

¹⁸²⁰ VAN ERP, S., “Surety agreements and...”, ob. Cit., pp. 328 y ss.

¹⁸²¹ SPARKES, P., ob. Cit., p. 401.

¹⁸²² Es el parecer de STEVEN, Andrew J., “Accessoriness and Security over Land”, en *Edinburgh Law Review*, Vol. 13, 2009: “The main advantage of accessoriness is that it protects debtors. A security restricted to a fixed debt is extinguished by the payment of that debt; an unrestricted, all-sums security is suspended by repayment. In either case, an actual debt must be in existence for the security to be enforced. The debtor is thus protected”, p. 416. Ver también p. 417. Respecto al doble pago y su incidencia en el Derecho español vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.2.

con dos características fundamentales: 1) las partes han de efectuar una descripción general de los actos jurídicos básicos de los que nacerán posteriormente las obligaciones garantizadas; y 2) no es necesario un pacto novatorio de éstas a la hora de su exigibilidad al deudor hipotecario.

Esta hipoteca permite al acreedor hipotecario incluir las obligaciones que crea conveniente dentro del máximo de responsabilidad hipotecaria. Este hecho supone únicamente una flexibilización de su accesoriedad legal. Por el contrario, la causa de esta hipoteca se encuentra como en todas las demás (y en la *Grundschild* alemana¹⁸²³) en el *pactum de hypothecando*, que en este caso vincula la hipoteca a todas aquellas obligaciones que nazcan de los actos jurídicos básicos. Estas obligaciones podrán ser presentes o futuras y podrán estar o no garantizadas por la hipoteca según la voluntad del acreedor hipotecario, pero en cualquier caso la causa en esta hipoteca de máximo existe desde un inicio porque nace vinculada a las obligaciones que puedan surgir de los actos jurídicos básicos, con independencia de que luego el acreedor decida exigir las al deudor por otros cauces legales (p. e. en el juicio cambiario o en un procedimiento ordinario, dependiendo del tipo de obligación que el acreedor decida no incluir finalmente dentro de la cobertura hipotecaria).

b) Además, la Ley 41/2007 introduce una modificación en el art. 13.2 a la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que permite al acreedor desembolsar nuevas cantidades al deudor sin pérdida de prioridad. Si el préstamo se encuentra parcialmente amortizado en una hipoteca ordinaria, las partes pueden pactar nuevos desembolsos “*excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación*”. Por lo tanto, se admite la posibilidad de ampliar el préstamo sin necesidad de aumentar la cifra de responsabilidad hipotecaria o de constituir una nueva hipoteca¹⁸²⁴. Antes de la Ley 41/2007 la ampliación debía realizarse mediante la constitución de una nueva hipoteca o la ampliación de la ya existente (modificando la responsabilidad hipotecaria), con lo que la hipoteca reutilizable supone una flexibilización de la accesoriedad legal de la hipoteca ordinaria. La

¹⁸²³ De acuerdo con NASARRE AZNAR, S., y STÖCKER, O., “Un pas més...”, ob. Cit., p. 60.

¹⁸²⁴ Ver al respecto *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.1.1.1.2.

causa se encuentra de nuevo en el *pactum de hypothecando* que vincula la hipoteca con la obligación primitiva, pacto que resulta alterado/novado para garantizar el nuevo desembolso efectuado por el acreedor hipotecario.

c) Otros ejemplos son la hipoteca con la responsabilidad limitada a la finca gravada (art. 140 LH) o la subrogación prevista en el art. 118.2 LH. La accesoriedad se flexibiliza en ambos casos pero no afecta a su causa. En el primero, el deudor hipotecario no responde personalmente de la deuda pero la hipoteca se constituye para garantizar una obligación determinada o determinable. En el segundo caso, la novación del *pactum de hypothecando* no se produce por pacto entre las partes (art. 1255 CC, p. e. como sucede en la hipoteca reutilizable), sino que tiene lugar *ex lege*.

d) En determinadas ocasiones, el crédito y la hipoteca se desenvuelven como una unidad en el tráfico jurídico. Por ejemplo, el art. 15 LMH permite “ceder” financieramente el *crédito hipotecario* mediante la emisión de participaciones hipotecarias, y el art. 107.4 LH contempla la posibilidad de hipotecar la hipoteca (subhipoteca), que sólo puede concebirse si se grava el *crédito hipotecario* en su conjunto¹⁸²⁵. En estos supuestos, la accesoriedad es más fuerte que en el resto de casos porque el legislador o el propio funcionamiento de determinadas instituciones no permiten que la obligación y la garantía tengan un vínculo más débil. Pero ello no es argumento suficiente para considerarlos en todos los casos como una unidad en el tráfico jurídico. La causa explica en ambos casos el por qué de este comportamiento unitario. En el primer caso, si se cede la obligación sin la hipoteca su función de garantía dejaría de tener lugar (art. 149.1 LH). En el segundo, si se hipotecase sólo la hipoteca el *pactum de hypothecando* recaería únicamente sobre la garantía, la que aisladamente no puede ser objeto de ejecución (quedaría pues el acreedor subhipotecario sin garantía).

Los supuestos anteriores demuestran:

a) Que la accesoriedad no es más que un vínculo entre la obligación y la garantía que el legislador puede debilitar allí donde sea posible, es decir, siempre que el tráfico jurídico lo requiera, y que nada tiene que ver con la

¹⁸²⁵ Este hecho está en consonancia con la tesis de la unidad del crédito hipotecario, vid. *supra*. Epígrafe 2.3.

causa de la hipoteca.

b) Que la hipoteca es accesoria de la obligación que garantiza, aunque el crédito se subordina a la hipoteca en algunos casos.

A continuación analizaremos hasta dónde puede el legislador modificar la accesoriidad de la hipoteca. Hemos comentado que la Ley 41/2007 ha flexibilizado la hipoteca en determinados supuestos, p. e. en la hipoteca reutilizable, que será tratada en mayor profundidad más adelante¹⁸²⁶. Si el legislador quisiera incidir aún más sobre su accesoriidad, podría permitir que la nueva obligación fuera desembolsada por otro acreedor y que éste siguiera estando garantizado con la hipoteca que tiene el primer acreedor. Ello posibilitaría que un tercero ajeno a la obligación original pudiera incorporarse a la hipoteca modificando el *pactum de hypothecando*. La accesoriidad no se vería comprometida en ningún caso. Sin embargo, no es menos cierto que el legislador está sujeto a limitaciones a la hora de actuar sobre la accesoriidad de la hipoteca. Pongamos que éste desea alterarla en las participaciones hipotecarias, p. e. recogiendo la posibilidad de ceder únicamente el crédito y manteniendo la garantía el cedente en beneficio de los inversores, o eliminando cualquier descripción de los actos jurídicos básicos del art. 153 bis LH. ¿Podría hacerlo? La respuesta es negativa. La razón es que llega un punto en el cual es la causa la que debe revisarse, es decir, la vinculación entre la garantía y la obligación a través del *pactum de hypothecando*. La conexión entre ambos derechos puede flexibilizarse hasta cierto punto por el legislador, pero la causa actúa como límite y es la que imposibilita su existencia separada. Así es como el Derecho alemán acepta la *Grundschild* o deuda territorial (§ 1199 BGB). Que esta garantía real inmobiliaria pueda crearse por el propietario sin que exista propiamente un deudor quiere decir que es válida porque su causa no es relevante, estando a la espera de que se le asigne alguna (p. e. de compraventa, de garantía, de donación...). Y ello no quiere decir que no sea accesoria, porque cuando funciona con fines de garantía ambos derechos (la obligación y la *Grundschild*) están conectados por un contrato (=accesoriidad contractual). Por lo tanto, cuando la *Grundschild* tiene una función de garantía

¹⁸²⁶ Vid. *infra*. Capítulo 6, apartado I, epígrafe 3.1.1.1.

(*Sicherungsgrundschuld*), la causa es la misma que en el Derecho español: garantizar la obligación prevista en el *pactum de hypothecando* que recoge el contrato de garantía. La causa es la razón de que la doctrina exija para la hipoteca de máximo prevista en el art. 153 bis LH la “*necesaria determinación de obligaciones aseguradas, causalmente vinculadas entre sí*”¹⁸²⁷, siendo imprescindible determinar “*su cuantía, plazo y a ser posible su vinculación causal*”¹⁸²⁸, todo para que no sea considerada un gravamen abstracto (=el *pactum de hypothecando* no prevé que la hipoteca garantice obligación alguna). Aunque en realidad únicamente sería necesaria la determinabilidad de las obligaciones que van a estar garantizadas y no su completa determinación.

En definitiva, el ***pactum de hypothecando***, que es la causa de toda hipoteca, marca los límites de la hipoteca española y de su accesoriedad funcional, es decir, de la posibilidad de que la garantía pueda tener una vida completamente autónoma: como la hipoteca española sólo puede servir de garantía necesita siempre algo que garantizar, es decir, siempre es necesario un vínculo a algo, sea dicho vínculo legal u obligacional. La pregunta que tratamos de responder es la siguiente: ¿hasta dónde se admite la flexibilidad de la hipoteca a través de su accesoriedad? La respuesta es hasta que la causa lo permita.

Sobre estas bases, estamos a favor de la tesis de la **accesoriedad funcional**¹⁸²⁹ en que la hipoteca española nace y vive de forma autónoma con la única posibilidad de cumplir una función de garantía, pero creemos que esta postura no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias. Por lo tanto, creemos en la misma línea que ANGUITA RÍOS que existe una dependencia funcional donde “*la hipoteca potencia y robustece la satisfacción del crédito, fortalece un crédito que ha de existir, con existencia actual y presente o potencial y futura, determinado e individualizado en el momento de constitución de la hipoteca, o indeterminable por referencia a un género, a una especie y a una cantidad, y que se concretará en el momento del cumplimiento de la*

¹⁸²⁷ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G., “Hacia la flexibilización...”, ob. Cit., p. 1146.

¹⁸²⁸ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G., “Hacia la flexibilización...”, ob. Cit., p. 1146.

¹⁸²⁹ Al respecto, vid. *supra*. Epígrafe 2.2.

*obligación*¹⁸³⁰. Esta interpretación de la accesoriedad es la que utilizaremos en adelante para analizar el posible funcionamiento de la eurohipoteca en el Derecho español¹⁸³¹.

Por lo tanto, la causa es el elemento que afecta directamente a la accesoriedad e impone los límites a la vida autónoma del crédito y de la garantía. Veamos entonces su influencia en los tipos de accesoriedad de la hipoteca en el Derecho español vigente¹⁸³²:

a) La accesoriedad en su nacimiento existe en el Derecho español aunque flexibilizada en las hipotecas en garantía de obligaciones futuras y de máximo (arts. 142, 143 y 153 LH). En este caso la accesoriedad se encuentra directamente vinculada con la causa.

b) Accesoriedad de alcance o amplitud. La hipoteca española no ha de garantizar obligatoriamente toda la cuantía de la obligación. En este caso la accesoriedad no se encuentra directamente vinculada con su causa.

c) Accesoriedad de competencia. No puede concebirse que el acreedor personal sea una persona diferente al acreedor hipotecario. Si éste fuera el caso, la hipoteca no garantizaría nada (porque no puede existir una relación de garantía fiduciaria) y, en consecuencia, carecería de causa.

d) Accesoriedad en su extinción. En este caso la accesoriedad sí se encuentra directamente vinculada con la causa y el principal problema es que si la obligación se extingue o se cede aisladamente de la hipoteca a un tercero, la titularidad registral de la hipoteca del acreedor hipotecario continúa en el Registro de la Propiedad.

e) Accesoriedad en la ejecución: la hipoteca sólo puede ser ejecutada si la obligación asegurada es exigible. En este caso la accesoriedad sí se encuentra directamente vinculada con la causa.

En definitiva, a través del análisis de la hipoteca española llegamos a la conclusión de que la accesoriedad se encuentra limitada por la **causa**.

¹⁸³⁰ ANGUITA RÍOS, R. M^a, ob. Cit., p. 278.

¹⁸³¹ Vid. *infra*. Capítulo 6º.

¹⁸³² STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 45 y ss.

6.1.4. Los temores ante una eurohipoteca

La doctrina se ha pronunciado en contra de la posible implementación de la eurohipoteca en el Derecho español por diferentes motivos, los cuales intentaremos rebatir (GÓMEZ GÁLLIGO)¹⁸³³:

a) *“No existirá pacto de vencimiento anticipado hasta transcurrido un plazo largo del crédito (diez años en Alemania)”*. En el Derecho alemán no es posible si se han pactado unos tipos de interés fijos que el prestatario amortice anticipadamente el préstamo hipotecario, sino que ha de esperar un período de 10 años a no ser que tenga un interés legítimo (§§ 489 y 490.2 BGB), por ejemplo si desea vender la propiedad o solicita una hipoteca de segundo rango que es denegada por su banco, pero que una segunda entidad está dispuesta a concederle¹⁸³⁴. Con la eurohipoteca este extremo debería poderse pactar libremente por las partes en el contrato de préstamo, que se regiría por la ley elegida por las partes en base a las normas de Derecho internacional privado¹⁸³⁵.

b) *“No existirá la posibilidad de cambio de entidad financiera cuando la eurohipoteca se constituya sobre un inmueble radicado fuera de España, ya que esta novación por cambio de acreedor -a instancia del deudor, contemplada en el art. 1.211 del Código Civil y desarrollada por la Ley 2/1994-, es una posibilidad sólo contemplada por el Ordenamiento español, que ha planteado serias objeciones por las entidades financieras, tanto españolas como internacionales (si uno se fija tan sólo se valora la eurohipoteca alemana por la flexibilidad en la cesión del crédito hipotecario a instancia de la entidad acreedora, porque es inconcebible lo que existe en España, nada menos que la subrogación impuesta a instancia del deudor)”*. En realidad, no sería necesario acudir a ningún mecanismo de subrogación con la eurohipoteca, puesto que ésta es redimible por su propietario cuando el valor de la obligación es inferior al valor de la eurohipoteca. El procedimiento sería simple: el propietario amortizaría la obligación con el dinero obtenido de un tercer banco, recuperaría

¹⁸³³ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “La reforma hipotecaria...”, ob. Cit., pp. 1710 y ss.

¹⁸³⁴ Ver el informe elaborado por la Asociación Hipotecaria Española “Resumen de los diferentes sistemas de prepago en Europa”. Disponible en: <http://www.ahe.es> (consultado el día 13 de abril de 2010).

¹⁸³⁵ Ver al respecto *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 1.3.

la eurohipoteca (o parte de ella) y la cedería a la otra entidad prestamista¹⁸³⁶. Este supuesto dependería de la admisión de la hipoteca de propietario. Además, la eurohipoteca no es alemana.

c) *“No existirá la posibilidad de renegociar la deuda hasta el momento de la celebración de la subasta, posibilidad que contempla nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil para los casos de vivienda habitual (art. 693.3 LEC)”*. La aplicación del art. 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (en adelante, LEC)¹⁸³⁷, que permite al deudor liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que se deba por principal e intereses, no sufriría ninguna modificación con la eurohipoteca por su carácter contractualmente accesorio. En el momento en que el deudor amortizase las obligaciones garantizadas en sede de ejecución nacería el derecho para el propietario de recuperar la garantía. Además, como dicen las BG en el apartado 8.6 el derecho procesal de aplicación será el de cada Estado miembro.

d) *“Las causas de oposición aún serán más limitadas que las existentes en nuestro Derecho. Piénsese que en nuestro Ordenamiento Jurídico existe la posibilidad de oponerse a la ejecución hipotecaria no sólo en caso de pago, sino también por error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea un saldo bancario (art. 695 LEC). La eurohipoteca, abstracta por definición, no admite oposición del deudor a la liquidación efectuada por la entidad, y lo remite todo a un eventual procedimiento declarativo ordinario por enriquecimiento sin causa. e) La incorporación del préstamo/crédito hipotecario a títulos abstractos, impedirá al consumidor, en caso de ejecución, de oponer excepciones puramente causales (incumplimientos del financiador o del producto al que está vinculado)”*. La eurohipoteca no sería un título abstracto cuando persiga funciones de garantía, sino que estaría vinculada con la obligación garantizada a través del contrato de garantía, de manera que el deudor podría oponer las correspondientes excepciones¹⁸³⁸. El problema podría surgir cuando se cediese la garantía a un tercero sin que quedase vinculado a este contrato, en cuyo caso podría ejecutar sin que el propietario pudiese oponer ninguna excepción, pero existen

¹⁸³⁶ Sobre esta posibilidad, vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 2.4.

¹⁸³⁷ BOE 8 enero 2000, núm. 7, [pág. 575].

¹⁸³⁸ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 1.3.

mecanismos para prevenir los casos de doble ejecución¹⁸³⁹.

f) “*Todos los logros así conseguidos en Derecho español, con relación a los contratos de financiación vinculados, quedarán en entredicho*”. Los contratos de financiación vinculados suponen una relación de interdependencia entre la adquisición de bienes o servicios y el contrato de crédito celebrado a tal efecto. Estos contratos están presentes en el ámbito objetivo de la Directiva 2008/48 (art. 15.1), pero están excluidos los créditos garantizados con hipoteca (art. 2.a) y los mayores de 75.000€ (art. 2.c). Por lo tanto, la UE debería incluir a los préstamos hipotecarios (incluida la eurohipoteca) en el ámbito de esta Directiva para proteger a los consumidores y usuarios.

Por estos motivos, este autor defiende la accesoriedad de la hipoteca española y la posición del Ministerio de Justicia al respecto. Ello no quiere decir que la eurohipoteca no sea un instrumento beneficioso, sino que el modelo alemán no es el mejor ni el único y defiende el modelo español basado en la accesoriedad de la hipoteca una vez entre en vigor la reforma prevista en el antiguo Proyecto de Ley de 2007 (ahora Ley 41/2007)¹⁸⁴⁰. Otros autores, como WACHTER, también están a favor de una hipoteca accesoría paneuropea. Por su parte, RODRÍGUEZ DE ALMEIDA considera que la eurohipoteca no podría tener cabida en el Derecho español por su naturaleza independiente y está a favor de flexibilizar la hipoteca hasta unos límites (hipoteca flotante) sin llegar a adquirir esa naturaleza. Esta autora cita otros inconvenientes junto a los de GÓMEZ GÁLLIGO¹⁸⁴¹:

a) Que la mayoría de ventajas son para el acreedor hipotecario. Sin embargo, de los casos que hemos analizado se desprende todo lo contrario¹⁸⁴²: la eurohipoteca aportaría ventajas tanto para el acreedor como para el deudor

¹⁸³⁹ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.2.

¹⁸⁴⁰ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “La reforma hipotecaria...”, ob. Cit.: “4º.- El modelo español se ha demostrado eficaz, tanto desde la perspectiva de la defensa de los intereses del acreedor y del fomento del crédito territorial, como desde la perspectiva del consumidor, en un justo equilibrio que puede servir de modelo; no obstante, cada vez es más apremiante una reforma previa del mercado hipotecario que flexibilizara el principio de accesoriedad [...] 6º.- Una vez hecha esta reforma, el modelo español será buen referente para un modelo europeo de hipoteca”, p. 1714. La misma idea se refleja en GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “La Eurohipoteca: El sistema hipotecario español como modelo de referencia”, en LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.), *Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 946 y 947.

¹⁸⁴¹ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. G. “Hacia la flexibilización...”, ob. Cit., pp. 1144 y 1145.

¹⁸⁴² Vid. *supra* el comportamiento de las hipotecas europeas con los tipos de accesoriedad. Epígrafe 4.

o propietario.

b) El privilegio en que consiste la eurohipoteca supondría una alteración de nuestro sistema de prelación de créditos. La eurohipoteca tendría el mismo privilegio que tienen el resto de hipotecas nacionales, p. e. su carácter privilegiado en sede concursal (art. 91.1 LC), y las BG sólo prevén que tenga un procedimiento de ejecución separada en sede concursal (apartado 9.2)¹⁸⁴³.

Por su parte, SÁNCHEZ JORDÁN¹⁸⁴⁴ opina que existen diversos obstáculos para la implementación en Europa de esta figura, entre los que podemos destacar los siguientes: a) la información adecuada del deudor hipotecario; b) la protección del deudor en aquellos casos de cesión separada de la garantía y la obligación; y c) el sistema registral de cada Estado miembro. El primer problema quedaría resuelto a largo plazo ya que es una prioridad del Libro Blanco de 2007. El segundo problema, que también comenta GÓMEZ GÁLLIGO, lo estudiaremos más adelante¹⁸⁴⁵, mientras que el tercero puede ser solventable gracias al sistema EULIS y a un posible eurorregistro a nivel europeo¹⁸⁴⁶.

En nuestra opinión, es posible hablar en el Derecho español de una eurohipoteca. Las anteriores consideraciones parten de una premisa que no se ajusta a lo que señalan las BG (apartados 2.1 y 4.1): considerar la eurohipoteca como una garantía abstracta e independiente¹⁸⁴⁷. Una mayor flexibilidad no implicaría necesariamente una total desvinculación entre la obligación y la garantía. La accesoriedad sí que existiría, pero no como se entiende ahora en el Derecho español, y podría conseguirse la misma seguridad y vinculación que cumple la accesoriedad legal para la hipoteca española. Ello podría tener lugar mediante el **contrato de garantía**, es decir, a través de una accesoriedad contractual, que provocaría evidentemente un cambio en la concepción española de la hipoteca como legalmente accesoria a una obligación (arts. 104 de la LH y 1911, 1876, 1528 y 1212 del CC).

¹⁸⁴³ Ver al respecto *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 7.1.

¹⁸⁴⁴ Ver SÁNCHEZ JORDÁN, Mª E., "La Eurohipoteca...", ob. Cit., pp. 4291 y ss.

¹⁸⁴⁵ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 3.2.

¹⁸⁴⁶ Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 2.3.1.

¹⁸⁴⁷ Así se ha pronunciado GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "La reforma hipotecaria"..., ob. Cit., p. 1710; y RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi, "Hacia la flexibilización...", ob. Cit., pp. 1145 y 1146.

La accesoriedad legal de la hipoteca española se convertiría en contractual en la eurohipoteca, trasladándose esta función al contrato de garantía pero la eurohipoteca, en ningún caso, sería no accesorio de la obligación que asegura cuando sea utilizada con fines de garantía¹⁸⁴⁸. Efectivamente, cuando la eurohipoteca bajo Derecho español se constituya con esta finalidad su accesoriedad no diferiría del resto de hipotecas europeas, únicamente en que el vínculo tendría lugar a través de un contrato entre el propietario y el acreedor hipotecario, de manera que sería más flexible incorporar nuevas obligaciones. Un estudio comparativista llevado a cabo por FIORENTINI analiza las hipotecas italiana, inglesa y alemana, y extrae tres características que conforman el *common core* de todas ellas. Una de éstas es la accesoriedad de la garantía¹⁸⁴⁹, que puede venir impuesta por la ley o existir a través de un contrato, pero siempre que una carga inmobiliaria (*Grundschild*), un derecho real (hipoteca) o una *charge (mortgage)* nazcan para cumplir funciones de garantía la accesoriedad va a existir necesariamente de una u otra forma. La protección que legalmente dispensa la hipoteca española al propietario y al deudor se lleva al plano contractual, sin afectar por ello a la causa de la hipoteca (el límite). Y es que únicamente podríamos hablar de una garantía no accesorio, abstracta y carente de causa cuando pudiera existir aisladamente en el tráfico jurídico sin ninguna conexión legal o contractual con alguna obligación, bien en poder del propietario o de un acreedor. En este sentido, el apartado 3.1 BG prevé la posibilidad de que las legislaciones nacionales requieran un acuerdo entre un propietario y el futuro titular de la eurohipoteca como requerimiento sustantivo para su creación, lo que posibilita la adopción de una accesoriedad contractual.

A través de la eurohipoteca sería posible que la garantía y el crédito pudieran seguir diferentes caminos (=distintos acreedores), porque aceptar una accesoriedad contractual supondría a su vez admitir que ambos derechos pudieran existir bajo la titularidad de diferentes acreedores. La causa no sería

¹⁸⁴⁸ En los casos de la eurohipoteca de propietario o la posibilidad de redención por parte de su titular sí que podremos hablar en ese caso de un derecho real no accesorio.

¹⁸⁴⁹ "The second factor common to all of the systems studied is the existence of a link between the opposite poles of the security right and the secured obligation. Is this connection that enables, in every system, the control over the balancing of interests between the parties to the secured relationship", ver FIORENTINI, F., ob. Cit., p. 558.

ningún obstáculo, únicamente a la hora de admitir excepciones a la accesoriadad de nacimiento, de extinción y de ejecución.

6.1.5. Su naturaleza jurídica

La caracterización de la hipoteca española como un gravamen o carga inmobiliaria ha sido defendida por la doctrina¹⁸⁵⁰, incluso a veces se ha discutido su naturaleza de derecho real en cosa ajena. En cualquier caso, la eurohipoteca sería tratada como un **derecho real de garantía inmobiliaria** con sus inherentes facultades como tal (p. e. su reipersecutoriedad...)¹⁸⁵¹, ya que es difícil pensar en el ordenamiento jurídico español en una hipoteca sin ningún tipo de vinculación con una obligación.

6.2. La eurohipoteca de propietario

De acuerdo con el apartado 3.1 BG existen dos opciones para constituir la eurohipoteca:

1) La primera opción es que el propietario constituye *per se* la eurohipoteca, es decir, nos encontramos en puridad ante una hipoteca de propietario (*Eigentümershypothek*), que está admitida en diversos países europeos que aceptan hipotecas no accesorias (p. e. Alemania, Suiza, Eslovenia y Estonia).

A pesar de ello, no está admitida en España (art. 141 LH). Sin embargo, encontramos ejemplos en el Derecho español donde es posible que una persona sea titular de un derecho real en cosa ajena pero que recae sobre la propiedad inmueble de la que es titular, es decir, existen esfuerzos legislativos

¹⁸⁵⁰ “El elemento hipoteca del crédito hipotecario ha de ser calificado como una situación jurídica que se incardina dentro de las figuras jurídico-reales por ser una sujeción inherente de una cosa que limita el libre ejercicio de las facultades de su dueño (sujeto pasivo de la relación hipotecaria), pero que por no conferir correlativamente un poder menor o parcial en la cosa hipotecada en favor del acreedor (sujeto activo de la relación hipotecaria), no puede ser catalogado entre los *iura re aliena*, entre los derechos reales limitados, sino entre las cargas o gravámenes reales”, ver BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira, *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Ed. Cedec, Barcelona, 1998, p. 630.

¹⁸⁵¹ Ver, en particular, la STS de 3 de julio de 1997 [RJ 1997\5477]: “El derecho real de hipoteca es un derecho real de garantía que se constituye sobre un inmueble propiedad del hipotecante para asegurar el cumplimiento de una obligación; concepto que se desprende de los artículos 1857 y 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\342, 886 y NDL 18732). La hipoteca, pues, no es un contrato sino un derecho real, pese al error del Código Civil de incluirla en su libro IV, dedicado a las obligaciones y contratos”.

para admitir derechos reales en cosa propia. De esta manera, tenemos:

a) En el ámbito del derecho real de aprovechamiento por turnos, su constitución se lleva a cabo por el propietario a través de una escritura pública y su inscripción registral (arts. 4.1 y 3 de la Ley 42/1998). Una vez inscrito el derecho de aprovechamiento por turnos se transmite posteriormente a los terceros. Durante este *gap* o lapso de tiempo el derecho existe en el Registro de la Propiedad a nombre del propietario (ello se deduce p. e. del contenido mínimo del contrato, en el cual deben constar *“los datos de la escritura reguladora del régimen, con indicación del día del otorgamiento, del Notario autorizante y del número de su protocolo, y los datos de inscripción en el Registro de la Propiedad”*, art. 9.1.1 Ley 42/1998). Por lo tanto, la transmisión del derecho de aprovechamiento por turnos tiene lugar en un momento posterior.

b) En la legislación catalana encontramos dos ejemplos: a) por un lado, el art. 566-3.1 CCC permite la servidumbre de propietario, que no se extingue por el mero hecho de que coincidan en la misma persona las titularidades de la finca sirviente y la dominante; y b) por otro, el art. 561-16.1.c) CCC prevé como causa de extinción del derecho real de usufructo la consolidación, excepto si los usufructuarios tienen interés en la continuidad de este derecho.

En consecuencia, que una misma persona sea titular de un derecho real en cosa ajena sobre una finca de su propiedad no es un hecho extraño en los Derechos español y catalán. Además, la doctrina entiende que en base a la hipoteca reutilizable *“ni el sistema hipotecario alemán es tan abstracto como nos lo han presentado, dada la influencia que el contrato de aseguramiento tiene en la configuración registral de la garantía, ni nuestro sistemas hipotecario y sustantivo son ajenos a la existencia de cierta flexibilización de las relaciones crédito e hipoteca, flexibilidad que, llegado el caso, y de lege ferenda ante un eventual reconocimiento legal de un derecho real de garantía en cosa propia, no accesorio de relación crediticia alguna, más allá de los efectos de los supuestos ya existentes y enunciados, y como elemento de integración y reactivación del mercado hipotecario, facilitaría el desenvolvimiento de la misma”*¹⁸⁵². Efectivamente, de *lege ferenda* el propietario podría inscribir la

¹⁸⁵² DIEGUEZ OLIVA, R., ob. Cit., pp. 31 y 32.

eurohipoteca *per se* sin asignarle una causa específica. Hasta entonces, la garantía subsistiría al margen del tráfico jurídico-económico hasta que el propietario decidiera dotarle de causa, que podría o no ser de garantía. En palabras de DIEGUEZ OLIVA, la finalidad no sería otra que “*reportar al titular una ventaja económica de la titularidad del derecho de propiedad distinta de las contempladas en la actualidad*”¹⁸⁵³. Es lo que sucede p. e. en Alemania con la *isolierte* (aislada) *Grundschild*, que se considera como un activo más. La causa de la *Grundschild* cuando el propietario dispone de ella habrá que buscarla en el negocio jurídico subyacente (p. e. un contrato de compraventa)¹⁸⁵⁴. Por lo tanto, el control de la eurohipoteca no tendría que efectuarse *ex ante*, cuando el propietario la posee inmovilizada en su propio patrimonio, que en nada afecta en este caso al tráfico jurídico, sino *ex post*, es decir, cuando a la eurohipoteca se le asigne una causa específica. Los **usos o utilidades** de la eurohipoteca, conforme a los Derecho español y catalán, podrían ser los siguientes:

1. Ser objeto de un contrato de compraventa, de tal forma que el propietario pudiera financiarse vendiendo su eurohipoteca a un tercero (art. 1445 CC). En este caso el propietario se desprendería de la garantía a cambio de un precio, y pagado éste no tendría la facultad de redención de la misma (correspondería al futuro propietario)¹⁸⁵⁵.

2. Otra posibilidad sería utilizar la compraventa con pacto de retro (art. 1507 CC), de tal forma que el transmitente tuviera la posibilidad de recuperar la eurohipoteca pagando el precio que recibió por ella de su futuro titular. De esta forma, el transmitente podría ejercitar su facultad cuando la eurohipoteca se encuentre en poder del tercer adquirente; si por el contrario se encuentra en poder de un acreedor, el transmitente podría pagar la parte que reste de la

¹⁸⁵³ DIEGUEZ OLIVA, R., ob. Cit., p. 30.

¹⁸⁵⁴ Ver SOERGEL, O., y STÖCKER, O., ob. Cit.: “This isolated land charge too has its causa, just as the land charge serving as collateral (*Sicherungsgrundschild*) and the mortgage (*Hypothek*) do. Like the land charge serving as collateral and the mortgage, it too is based on an obligation which obliges the provider of the land to create it and forms the ground that justifies the acquisition of the land charge by the creditor. This contractual relationship which underlies the acquisition of the land charge and is the justification for it can be a purchase contract [...] The “problem” of causality in this context is in reality therefore not a problem at all, or at least not a problem that is special to the land charge”, p. 242. Es necesario señalar que en este caso la transferencia se produce desde un inicio y no con posterioridad una vez el propietario ha creado la carga o gravamen inmobiliario.

¹⁸⁵⁵ Respecto al derecho de redención, vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 2.4.

obligación al acreedor y la parte de la eurohipoteca que no garantiza nada al tercer adquirente. Aquí también podríamos incluir la venta a carta de gracia recogida en la CDCC, que consiste en la posibilidad del vendedor de un bien mueble o inmueble “*de redimir o recuperar la cosa vendida, por un precio determinado, durante un plazo máximo de treinta años, si es inmueble, o de seis años, si es mueble*” (art. 326.1 CDCC).

3. Otros negocios jurídicos cuyo objeto podría ser la eurohipoteca son la donación (arts. 618 CC y 531-7 CCC) o la permuta (art. 1538 CC).

La mayor o menor amplitud de los usos de la eurohipoteca dependería de la voluntad del legislador español, que tendría dos opciones: a) limitarla a funciones de garantía; o b) dejar abierta la posibilidad de poder utilizarla para fines distintos. La **causa** en estos casos no plantearía mayores problemas siempre que se correspondiese con alguna de las previstas en el Derecho español (art. 1274 CC).

2) Las BG ofrecen una segunda vía para la constitución de la eurohipoteca: exigir un **acuerdo o contrato** entre el propietario y el acreedor hipotecario. Esta posibilidad sería más respetuosa con el Derecho español ya que presupone la existencia de un acreedor y, por lo tanto, de una obligación determinada o determinable. El sistema de constitución de la eurohipoteca no diferiría del contemplado en el Derecho español. Este acuerdo o contrato sería el resultado de la previsión p. e. en el contrato de préstamo de la obligación del propietario de constituir la garantía en garantía de una obligación (*pactum de hypothecando*)¹⁸⁵⁶.

Si partimos de la necesaria existencia de un acreedor en virtud de la accesoriedad funcional de la hipoteca, la constitución de la garantía exigiría, lógicamente, una obligación que diera causa a la eurohipoteca. La problemática que se plantea es delimitar hasta qué punto podría hacerse depender la constitución de la eurohipoteca en el Derecho español de la existencia de una obligación, ya que las obligaciones totalmente futuras han sido rechazadas por la DGRN por contravenir los principios de especialidad y accesoriedad¹⁸⁵⁷

¹⁸⁵⁶ NASARRE AZNAR, S. y STÖCKER, O., ob. Cit, pp. 58 y ss.

¹⁸⁵⁷ Ver RDGRN de 14 de enero de 1994 [RJ 1994\239]: “Pero lo cierto es que la admisión de hipotecas en garantía de deudas totalmente futuras (porque su constitución ha de depender

(recordemos que es el principal motivo por el que no se admite la hipoteca flotante)¹⁸⁵⁸.

La doctrina ha buscado superar este impedimento a través de una **relación finalística** de la hipoteca española con respecto la obligación garantizada, es decir, cuando realmente es necesario que aflore su causa es cuando el deudor incumple sus obligaciones de pago, no antes (por lo tanto, no sería necesaria la existencia de una obligación *ab initio*)¹⁸⁵⁹. En el mismo sentido, el EBRD es partidario de una opción similar: cuando verdaderamente es útil la hipoteca y cuando despliega toda su eficacia es en el momento del incumplimiento de la obligación y, por lo tanto, no es necesario que la obligación sea identificable en la constitución de la garantía¹⁸⁶⁰.

¿Qué consecuencias tendría esta “relación” si la aplicásemos a la eurohipoteca? Durante este período de pendencia el acreedor tendría una **reserva de rango** y toda la fuerza de la causa de garantía afloraría, al igual que la accesoriedad, una vez naciera la obligación. Esta reserva de rango no podría ser indefinida. Piénsese que el ordenamiento jurídico no puede estar a la espera de forma perpetua del nacimiento o no de la obligación futura, aparte de que esta situación desfavorece y limita el crédito territorial. Por lo tanto, establecer un plazo largo supondría encadenar al propietario y a la

enteramente de un futuro contrato que las partes libremente pueden o no celebrar) equivaldría a permitir la inscripción de hipotecas que, en realidad, no son tales, porque, dado su carácter accesorio, en rigor no existen (no puede haber hipoteca mientras no exista la deuda a la que ha de servir de garantía). Estaríamos simplemente ante una reserva del rango -un difuso derecho real en formación- que, aunque aparece constituido en favor de un sujeto determinado (el eventual futuro acreedor) en realidad su existencia queda a la libre disposición del propietario. [...] Por otra parte, la inadmisibilidad de estas preferencias anticipadas propiciaría que las diversas entidades encadenaran a sus clientes con la constitución de hipoteca sobre sus bienes en previsión de las eventuales operaciones futuras. Además estas reservas de rango podrán ciertamente facilitar determinadas operaciones comerciales, pero, a la vez y al no existir un legítimo interés actual suficiente que las justifique, menoscabaría indebidamente el crédito territorial del propietario y perturbarían al tráfico inmobiliario”. Ver también en el mismo sentido la RDGRN de 7 de junio de 1999 [RJ 1999\4740].

¹⁸⁵⁸ Vid. *supra*. Epígrafe 4.2.2.2.3.

¹⁸⁵⁹ Era una de las proposiciones de CORDERO LOBATO, Encarna, *La hipoteca global...*, ob. Cit.: “En materia de garantías –y por lo que ahora nos interesa-, la meritada relación sólo se produce entre el derecho del acreedor garantizado (a dirigirse contra el fiador, a ejecutar la finca o la prenda, etcétera) y la deuda exigible e incumplida por el deudor. Que la garantía es accesoria significa aquí que el incumplimiento se convierte en *conditio iuris* de eficacia del derecho del acreedor a realizar la finca. De esta forma, toda relación de garantía es una relación de finalidad”, p. 92; REY PORTOLÉS, ob. Cit., p. 173; y BLANQUER UBEROS, ob. Cit., p. 441.

¹⁸⁶⁰ Vid. *supra*. Capítulo 4º, apartado I, epígrafe 4.1.

eurohipoteca¹⁸⁶¹. Es verdad que con la eurohipoteca el propietario es dueño de la misma y podría recuperarla y redimirla fácilmente, pero no es menos cierto que si se deja esta posibilidad a la voluntad de las partes este período de tiempo podría alargarse en exceso. En consecuencia, un tiempo prudencial podría fijarse al efecto para que la finca no quedase perpetuamente gravada por inacción de las partes.

Por consiguiente, sería necesario que el legislador fijara un período de tiempo razonable para que el propietario pudiera proceder a la extinción o redención de la eurohipoteca o su reutilización con otro acreedor. Incluso podría pactarse tal extremo en el contrato de garantía, dentro de límites legales establecidos al efecto por ley.

La posibilidad descrita hasta ahora sería una solución *de lege ferenda* para poder garantizar con la eurohipoteca obligaciones totalmente futuras o adoptar una cláusula genérica que vincule en términos muy generales al propietario y al acreedor.

En definitiva, sin una excepción al **elemento causal** (art. 1261 CC) no podría adoptarse en el Derecho español la primera opción propuesta por las BG ni superar así la accesoriedad de nacimiento. La eurohipoteca se constituiría a raíz de la cláusula que se plasmaría p. e. en el contrato de préstamo. El acreedor pasaría a ser su titular sin llegar a la hipoteca de propietario. En cuanto a las obligaciones futuras, la obligación sería determinada o determinable (*de lege ferenda* deberían admitirse las totalmente futuras). Hemos defendido que existe una accesoriedad funcional entre la hipoteca y la obligación garantizada, pero esta teoría no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias y admitir la hipoteca global.

6.3. La eurohipoteca en fiducia

En este punto debe tratarse la conveniencia de delimitar quien podría ser titular de la eurohipoteca y sus posibles restricciones, si bien en el Derecho español tanto las personas físicas como jurídicas (*con personalidad*) pueden

¹⁸⁶¹ La misma opinión expone CORDERO LOBATO con respecto a la hipoteca global, ob. Cit., pp. 118 y 185.

ser titulares de la misma a tenor del art. 9.4 LH. Por lo tanto, en un principio, sólo serían válidas las inscripciones realizadas a favor de entidades jurídicas con personalidad jurídica. El *trust* no está regulado en el Derecho español, que no ha firmado el Convenio sobre ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, pero existen patrimonios sin titular en el Derecho español, desde un punto de vista mercantil, civil y administrativo como los fondos de titulización hipotecaria¹⁸⁶². La problemática se centra en su acceso al Registro de la Propiedad. Las únicas que se han permitido son meramente transitorias¹⁸⁶³, y los intentos del legislador español para regular específicamente titularidades a favor, p .e. de fondos de titulización, fondos de pensiones o uniones temporales de empresas, han sido rechazados por la DGRN. El Real Decreto 1867/1998 modificó el art. 11 RH introduciendo excepciones a la regla general. La jurisprudencia, en STS de 31 de enero de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)¹⁸⁶⁴, los declaró contrarios a la legalidad: *“Estos cuatro apartados del art. 11 del Reglamento Hipotecario, que reputamos ilegales, contradicen abiertamente lo declarado en el apartado primero del mismo artículo, al disponer éste, en consonancia con el régimen inmobiliario registral de la LH, que no serán inscribibles los bienes inmuebles y derechos reales a favor de entidades sin personalidad jurídica [...] lo cual no es cierto porque la norma del párrafo primero se limita reproducir el sistema de inscripciones y anotaciones establecido por la Ley de Hipotecaria, que constituye un obstáculo insalvable para practicar éstas en favor de quienes no sean personas físicas o jurídicas”*.

No obstante, la sentencia si da pie a las inscripciones a favor de titularidades siempre que se haga por ley, pero únicamente las transitorias:

¹⁸⁶² Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.4.1.

¹⁸⁶³ Ver RRDGRN de 30 de enero de 2003 [RJ 2003\2602] y 20 de septiembre de 2005 [RJ 2005\7083]: “Esta regla general tiene excepciones, pues existen casos de inscripciones o anotaciones a favor de entes sin personalidad. Como ha dicho este Centro Directivo (RJ 1987, 369) (cfr. Resoluciones citadas en el «vistos»), la previsión de otros supuestos de indeterminación de las titularidades inscritas (cfr. artículos 82 y 166.1 del Reglamento Hipotecario [RCL 1947, 476, 642]), la probable existencia de un elevado número de acreedores cesionarios, la determinación de éstos por remisión al expediente de quiebra, el carácter en mano común de las titularidades ostentadas por los acreedores, así como la articulación de un órgano legitimado para el ejercicio de los derechos correspondientes en nombre de tales acreedores, *han de hacer posible la práctica de inscripciones transitorias, de mero puente, a favor de estas colectividades imperfectamente identificadas en su composición, pero plenamente articuladas para su funcionamiento, y sin que por ello se resientan los principios básicos rectores de nuestro sistema registral”*.

¹⁸⁶⁴ RJ 2001\1083.

“Nadie ha puesto en duda la conveniencia de permitir el acceso al Registro de la Propiedad de situaciones transitorias o intermedias merecedoras de publicidad registral siempre que se lleve a cabo por Ley y no por vía reglamentaria, pues de llevarse a cabo por este medio se contradice el precepto legal citado (art. 9.4 de la Ley Hipotecaria), según el cual en cualquier inscripción debe constar la persona natural o jurídica a cuyo favor se hace”.

Si la eurohipoteca se constituyese a favor de un *trust*, simplemente no podría ponerse a su nombre (porque carecería de personalidad jurídica) pero sí podría señalarse que se encuentra integrado en un *trust*, describiendo sus referencias, tal y como se reflejaba en el Anteproyecto de Ley de regulación de los patrimonios fiduciarios catalán. De acuerdo con este Anteproyecto, el patrimonio fiduciario es inscribible en un Registro público, señalándose al fiduciario, sus facultades y la destinación final del patrimonio (arts. 16 y 17).

En definitiva, la problemática se centra en la regulación de la institución del *trust*, constando en el Registro el representante de dicha entidad y bajo un fuerte control administrativo que diera al propietario la seguridad jurídica suficiente para confiar en ceder la eurohipoteca a estas entidades. Este problema es solventable, lo que ocurre es que el *trust* no está regulado, si bien ya han existido propuestas para su implementación en el Derecho catalán (a través del Anteproyecto de Ley de regulación de los patrimonios fiduciarios), y muchos países de nuestro entorno presentan una fiducia romana “corregida”, que podría ser un primer paso para una evolución hacia la admisión de patrimonios sin titular tanto a nivel estatal como a nivel europeo¹⁸⁶⁵. Respecto a las entidades sin personalidad, debería actuarse sobre el arts. 9 LH y 11 RH y establecer legalmente tal posibilidad que despeje cualquier duda acerca de la inscripción a favor de dichas entidades.

7. Esquema. Comportamiento de los tipos de accesoriadad en los ordenamientos jurídicos europeos

En la **Tabla 5** podemos comprobar el comportamiento de los tipos de accesoriadad en los ordenamientos jurídicos europeos.

¹⁸⁶⁵ Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 1.4.3.

Parte II. La hipoteca en Europa. La creación de un mercado hipotecario europeo

Casos prácticos reales	Derecho español	Derecho comparado ¹⁸⁶⁶	Eurohipoteca
1. La accesoriadad de nacimiento. 1.1. La hipoteca de propietario.	No es posible debido a la causa (art. 1261 CC).	Sólo posible en las hipotecas no accesorias: Noruega, Estonia, Hungría, Eslovenia, Alemania y Suiza.	Posible sin restricciones.
2. La accesoriadad de alcance.			
2.1. La garantía de varias obligaciones con una misma hipoteca.	Sí es posible a través de las hipotecas de máximo (arts. 142, 143 y 153 bis LH), y en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH). Vinculación a una relación obligacional básica o actos jurídicos básicos.	Posible en todas las hipotecas las hipotecas no accesorias. Modificación del contrato de garantía. También en las accesorias (hipotecas de máximo). Desventajas: necesidad de una relación obligacional básica. Excepciones: Rumanía y Bosnia.	Posible sin restricciones.
2.2. El préstamo a la construcción.	Posible.	Posible en todos los ordenamientos de la UE con excepción de Bélgica y Lituania.	Posible sin restricciones.
2.3. La garantía de un nuevo préstamo una vez amortizado parcialmente el original.	Posible en las hipotecas de máximo y en cuentas corrientes de crédito (arts. 142, 143, 153 y 153 bis LH).	Posible en los ordenamientos estudiados con las excepciones de Bosnia y Rumanía.	Posible sin restricciones.
2.4. La venta de finca hipotecada y concertación de un nuevo préstamo.	Posible.	Posible en las hipotecas no accesorias: Noruega, Estonia, Hungría, Eslovenia, Alemania y Suiza; y accesorias: Portugal, Austria, Croacia y Serbia.	Posible sin restricciones.
3. La accesoriadad de competencia.	No es posible por la causa (art. 1261 CC).	Noruega, Alemania, Suiza, Eslovenia, Hungría, Estonia y Bélgica.	Posible sin restricciones.
3.1. La sindicación de préstamos hipotecarios.	Posible la sindicación inicial, no la sobrevenida. Cesión de créditos a un tercero o subrogación en base al art. 2 Ley 2/1994.	Posible la sindicación inicial y sobrevenida sólo en Alemania, Noruega, Suiza, Estonia. Resto de hipotecas: cesión del crédito a un tercero.	Posible tanto la sindicación inicial como la sobrevenida. Simple modificación del contrato de garantía.

¹⁸⁶⁶ Noruega, Estonia, Hungría, Eslovenia, Alemania, Suiza, Portugal, Austria, República Checa, Polonia, Bélgica, Serbia, Lituania y Ucrania, Rumania, Inglaterra y Bosnia.

Capítulo 5º. La accesoriedad como elemento esencial para la eficiencia de las hipotecas europeas

3.2. La hipoteca en fiducia.	No es posible, aunque regula instituciones parafiduciarias (p. e. fondos de titulización hipotecaria, art. 5.1 Ley 19/1992).	Alemania, Suiza, Noruega, Eslovenia, Estonia, Portugal e Inglaterra.	Posible sin restricciones.
3.3. Los mecanismos de refinanciación hipotecaria con estructuras fiduciarias.	No es posible (no está admitido el <i>trust</i>).	Posible en Alemania. En el <i>common law</i> se articula a través de la <i>equity</i> .	Posible a través del <i>eurotrust</i> .
4. La accesoriedad de ejecución.	Existe.	Existe.	Existe.
5. La accesoriedad de extinción.	Existe. La hipoteca es causal (art. 1261 CC).	Permiten la supervivencia de la garantía Alemania, Estonia, Suiza Noruega, Hungría, Eslovenia (hipotecas no accesorias); Holanda, Bélgica, Serbia y Bosnia, con hipotecas accesorias, constituyen una excepción a la accesoriedad de extinción.	Permite la supervivencia de la garantía.

Tabla 5. Los tipos de accesoriedad en los ordenamientos jurídicos europeos.

II. Conclusiones

I. La accesoriedad es la conexión que se establece entre la hipoteca y la obligación garantizada, que siempre va existir en los ordenamientos estudiados cuando la primera persiga funciones de garantía, ya venga impuesta por la ley (accesoriedad legal, como en la hipoteca española) o por un contrato (accesoriedad contractual, como la *Sicherungsgrundschuld* alemana). Únicamente cuando esta accesoriedad no exista podremos hablar de cargas inmobiliarias que no cumplen una función de garantía, porque su existencia no va unida a una obligación. Así, estas cargas reales se convierten en un reflejo del valor de la propiedad inmueble que su propietario puede disponer con diversas finalidades, p. e. obtener financiación a través de una compraventa.

II. La hipoteca española, incluso con la Ley 41/2007, sigue sin encontrar desde un punto de vista legal una regulación jurídica acorde con las necesidades actuales del mercado hipotecario. De cualquiera de las teorías que se formulan en torno a la relación entre la obligación y la hipoteca (la accesoriedad tradicional, la accesoriedad funcional, que es la que mejor describe el vínculo entre la garantía y la obligación, o la unidad del crédito hipotecario), se extrae que la accesoriedad en el sistema hipotecario español es legal, es decir, en el CC y en la LH se determina que la hipoteca, como elemento accesorio, se ve afectada por el destino del elemento principal, la obligación.

La accesoriedad funcional de la hipoteca española impide que determinados negocios se puedan llevar a cabo de una forma eficiente bajo el Derecho español vigente. Así, los negocios que sí se pueden hacer son: a) garantizar varias obligaciones con una misma hipoteca; b) garantizar un nuevo préstamo una vez amortizado parcialmente la original, tanto en las hipotecas de máximo como en la hipoteca reutilizable; c) la venta de finca hipotecada con la concertación de un nuevo préstamo; y d) la sindicación inicial de un préstamo hipotecario. En contrapartida, los negocios que no son posibles según el derecho hipotecario vigente son: a) constituir una hipoteca sin una obligación determinada o determinable; b) que el acreedor y el deudor sean sujetos distintos, lo que dificulta la sindicación sobrevenida de préstamos hipotecarios,

la hipoteca en fiducia y los mecanismos de refinanciación hipotecaria; y c) ni que la hipoteca pueda subsistir una vez la obligación principal se extingue.

Por lo tanto, el Derecho español vigente presenta límites en la accesoriedad de nacimiento, de competencia y de extinción.

III. La razón que impide llevar a cabo los negocios descritos no es propiamente la accesoriedad, sino la causa y la imposibilidad de que la garantía sea tenida fiduciariamente: a) por un lado, la causa es el *pactum de hypothecando*, por el cual el propietario se obliga a constituir la hipoteca en garantía de una obligación determinada o determinable. En el Derecho español la hipoteca sólo puede tener causa de garantía, con lo que la ausencia de una obligación provoca que esta causa deje de existir y, por lo tanto, provoca la necesaria extinción de la hipoteca (art. 1261 CC). La causa es, pues, el límite de la accesoriedad, con lo que el legislador español debería actuar sobre la causa para que se pudiera superar la accesoriedad de nacimiento, de competencia y de extinción; b) por otro, la imposibilidad de adoptar bajo Derecho español un esquema fiduciario provoca que tanto la titulación hipotecaria como la sindicación sobrevenida no se puedan llevar a cabo de una forma eficiente.

IV. La situación en el resto de hipotecas europeas es distinta. Un grupo de países admiten la constitución de cargas inmobiliarias, entre los que encontramos a Alemania, Suiza, Noruega, Estonia, Eslovenia y Hungría. En estos ordenamientos, además de poder llevar a cabo de forma eficiente aquellos negocios posibles con las hipotecas legalmente accesorias, se admite que la hipoteca pueda nacer sin depender de la existencia de una obligación determinada o determinable, que la garantía subsista a pesar de que la obligación garantizada ha sido totalmente satisfecha o que la garantía y la obligación puedan ser cedidas a dos acreedores distintos.

No obstante, tanto las hipotecas accesorias legalmente a una obligación como aquéllas en las que dicho vínculo tiene lugar de forma contractual existen problemas prácticos a la hora de estructurar préstamos sindicados y en los mecanismos de refinanciación hipotecaria.

En todas las hipotecas accesorias europeas la solución a una sindicación sobrevenida pasa por ceder parte del préstamo al cesionario para

que pueda incorporarse en el consorcio de acreedores, pero ello no conlleva nuevos desembolsos por éste último, sino una simple transmisión del riesgo del cedente al cesionario. El principal obstáculo es que no se permite en nuestro derecho la posibilidad de tener parte del préstamo hipotecario en fiducia, lo que ayudaría al banco agente a que tuviera para sí mismo la parte de la obligación y de la hipoteca que le corresponda según su participación en el préstamo sindicado y en fiducia las respectivas partes de la misma que garantizan a los demás acreedores, con la posibilidad de añadir posteriormente los préstamos desembolsados por los demás acreedores sindicados que decidan participar en la operación¹⁸⁶⁷. Un ejemplo lo encontramos en el *Refinanzierungsregister* alemán, que permite llevar a cabo de forma eficaz una sindicación sobrevenida la cual también es posible estructurar en Noruega, Suiza y Estonia.

Además, la fiducia no sólo sería útil para estructurar préstamos sindicados sino para emitir títulos con fines de refinanciación. La regulación en este ámbito de los diversos ordenamientos nos muestra como el sistema alemán (también a través del *Refinanzierungsregister*) permite estructurar de forma eficiente la emisión *mortgage backed securities* (MBS), mientras que otros países no se regula una estructura eficiente, lo que repercute en una serie de incoherencias en torno a los derechos de los inversores. Así, en el Derecho español los inversores en MBS son coacreedores pero no gozan de una acción directa de ejecución y en el Derecho francés son copropietarios pero están limitados a la hora de ejercer sus facultades.

El dogma en virtud del cual el titular de la hipoteca debe coincidir con el acreedor hipotecario es una de las principales desventajas de la accesoriedad, que impide un buen funcionamiento de los préstamos consorciales u la óptima estructuración de emisión de *mortgage backed securities* (MBS)¹⁸⁶⁸.

V. Las deficiencias de los sistemas hipotecarios europeos (en particular, aquellos que prevén hipotecas accesorias) afectan de forma negativa a las entidades de crédito y a los consumidores, ya que no permiten llevar a cabo de forma eficiente determinados negocios con la hipoteca. En ese sentido, la

¹⁸⁶⁷ Cobran especial relevancia los intentos realizados por la doctrina para configurar un trust, ver *supra* NASARRE AZNAR, S, y GARRIDO MELERO, M., *Los patrimonios fiduciarios...*, ob. Cit., pp. 736 y ss., ver SOERGEL, O. y STÖCKER, O., ob. Cit., p. 241.

¹⁸⁶⁸ SOERGEL, O. y STÖCKER, O., ob. Cit., p. 241.

hipoteca española se sitúa por debajo a nivel de flexibilidad al de aquellos ordenamientos que prevén hipotecas contractualmente accesorias o cargas inmobiliarias; y en un punto intermedio en comparación con el resto de hipotecas europeas legalmente accesorias. Así, por un lado, el Derecho hipotecario español vigente permite llevar a cabo determinados negocios que no son posibles en otros sistemas hipotecarios, p. e. la posibilidad de garantizar diversas obligaciones a través de una hipoteca de máximo y de reutilizar la garantía una vez el préstamo se encuentra totalmente satisfecho –que presenta dificultades en Rumanía y Bosnia-, o que el adquirente de una finca hipotecada pueda utilizar la garantía para asegurar otro préstamo con otra entidad –lo que es posible además en Portugal, Austria, Croacia y Serbia-. Sin embargo, ciertos países presentan aspectos más flexibles que la hipoteca española. Así, en Holanda, Bélgica, Serbia y Bosnia existen mecanismos que permiten la supervivencia de la garantía una vez el préstamo ha sido totalmente satisfecho, lo que, en su caso, puede permitir su reutilización con el mismo o con otro acreedor.

VI. La eurohipoteca sería un instrumento que aportaría una gran flexibilidad en el Derecho español y a nivel europeo. En particular, sería posible:

a) Que el propietario constituyese la eurohipoteca para sí mismo, facilitando así la negociación del desembolso del préstamo con la entidad de crédito. Todo ello podría ahorrar tiempo y costes.

b) Que pudieran garantizarse cualesquiera obligaciones entre un mismo acreedor y deudor o entre varios acreedores y varios deudores bajo una única eurohipoteca.

c) Que el acreedor hipotecario y el acreedor personal fueran dos personas distintas, facilitando la negociabilidad de la obligación y de la garantía y la creación de estructuras fiduciarias, en particular en la refinanciación hipotecaria. La eurohipoteca permitiría estructurar de forma eficiente y a un bajo coste emisiones de *mortgage backed securities* (MBS) y de cédulas hipotecarias (provenientes éstas de otras entidades de crédito).

d) Que una vez extinguida la obligación, el propietario pudiera reutilizarla para garantizar otra obligación con el mismo o diferente prestamista.

Los países que más se acomodan a las disposiciones de la eurohipoteca

son las actuales hipotecas o cargas inmobiliarias de Alemania, Noruega, Estonia, Suiza y Eslovenia. No obstante, hay algunas que se acomodan más y otras menos, p. e. en Suiza es posible la creación de un título personal ejecutable directamente junto con la garantía (*Schuldbrief*)¹⁸⁶⁹; y Eslovenia tiene carencias a la hora de estructurar una sindicación a través de un fiduciario.

Por lo tanto, la eurohipoteca es un modelo que permitiría a todas estas hipotecas alcanzar un nivel de flexibilidad acorde con las necesidades actuales del mercado hipotecario, así como de los prestamistas y prestatarios, tal y como hemos podido comprobar en los casos prácticos planteados.

VII. En el Derecho español se ha defendido por parte de la doctrina que existe una “accesividad máxima” o “subordinación absoluta” del gravamen al crédito¹⁸⁷⁰, aunque la flexibilidad en la conexión entre garantía y obligación no es extraña en el Derecho español, tanto en las garantías personales como en la prenda flotante que había regulado el Derecho catalán, y en la propia hipoteca en algunos supuestos de la LH (p. e. el supuesto previsto en el art. 118.2 LH). Además, los principios expuestos de la hipoteca accesoria no dejan de ser más teóricos que prácticos, pues la hipoteca *revolving*¹⁸⁷¹ mostraba, incluso antes de la Ley 41/2007, como la realidad de la actual práctica bancaria superaba con creces a las cuestiones teóricas y dogmáticas¹⁸⁷². Y ello porque el sistema diseñado por el Derecho civil español resulta en ocasiones

¹⁸⁶⁹ Vid. *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 6.7.

¹⁸⁷⁰ PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de derecho civil español*, Tomo III, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 76.

¹⁸⁷¹ En la cual en la misma medida que el deudor va amortizando el crédito, va aumentando el saldo del crédito del que puede disponer. Recibe el calificativo de crédito abierto en cuenta corriente, y se diferencia con el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente (art. 153 LH) en que en que cada una de las disposiciones que se efectúan tiene unas características propias en cuanto a destino, tipo de interés –que se computan sobre cada una de las disposiciones de forma individual–, plazo de amortización y cuota. Además, existe una unicidad en el origen de las disposiciones, con lo que sólo puede disponer dinero (se excluyen otras operaciones como descuento de letras, avales...), posibles en la apertura de crédito. Un ejemplo lo encontramos en la RDGRN de 6 de noviembre de 1999.

¹⁸⁷² Así lo pone de relieve la doctrina en relación al producto “crédito abierto”, de características similares, pues después de constatar que impera en el derecho español el dogma “una hipoteca, una deuda”, siendo la doctrina acorde con este principio de la DGRN, “lo cierto es que tales escrituras, que son ciertamente abundantes, se autorizan e inscriben con plena normalidad, sin plantear, que yo sepa, conflicto jurídico alguno. Por ello la hipoteca flotante, que parecía fatalmente condenada en virtud de la doctrina de la DG, resurge, por una vía indirecta, llena de pujanza, NAVARRO VIÑUALES, José María, “El derecho real de hipoteca inmobiliaria en la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, Núm. 654, en *RCDI*, Septiembre-Octubre 1999, pp. 1968 y 1969.

excesivamente rígido para el desarrollo de un mercado hipotecario que requiere una mayor flexibilidad.

A raíz de las consideraciones anteriores, la accesoriedad, desde un punto de vista dogmático, podría ser superada en el Derecho español gracias a la eurohipoteca, pues lo realmente importante, y lo que necesita una pronta y clara respuesta, no es tanto la independencia entre garantía y obligación sino las ventajas de su regulación y la forma de estructurarla de manera óptima. Aquí es donde el contrato de garantía¹⁸⁷³ –y su regulación jurídica- juega un papel fundamental, cuya formalización es absolutamente necesaria para admitir en el Derecho español un derecho real contractualmente accesorio de la obligación que asegura. El análisis del principio de accesoriedad nos muestra que la causa es la que provoca en el Derecho español una accesoriedad de nacimiento, de extinción y de ejecución respecto a la obligación. La accesoriedad contractual sería un primer paso hacia una mayor flexibilidad, pero no el definitivo (p. e. sería conveniente, además, la regulación del *trust*)¹⁸⁷⁴.

De hecho, los países del este de Europa están o han estado inmersos en procesos de mejora de la regulación de la hipoteca en sus respectivas legislaciones tomando como modelo los sistemas hipotecarios alemán y suizo. Claros ejemplos los encontramos en Polonia y en Bosnia. Con la introducción de una *Grundschild* o carga inmobiliaria en Polonia en estos ordenamientos se conseguiría dar una respuesta eficiente a todos aquellos supuestos imposibles de llevar a cabo en el Derecho español vigente. Simplemente a través de una modificación del contrato de garantía sería posible garantizar nuevas obligaciones sin tener que alterar el Registro de la Propiedad¹⁸⁷⁵. Otra prueba la encontramos en Eslovenia, cuya hipoteca no accesorio fue introducida en el año 2004, y Estonia, cuya regulación data de 1993.

¹⁸⁷³ Ver respecto a este contrato *infra*. Capítulo 6º, apartado I, epígrafe 2.1.

¹⁸⁷⁴ Vid. *infra*.

¹⁸⁷⁵ POVLAJIC, M., ob. Cit., p. 72.

CAPÍTULO 6º. Los elementos configuradores de las hipotecas europeas

I. Introducción

Una vez hemos visto que la eurohipoteca es una vía óptima para la consecución de las libertades comunitarias y conseguir un mercado hipotecario europeo, pasamos a continuación a analizar los aspectos claves del derecho real de hipoteca desde una séxtuple perspectiva: constitución, objeto, novación, registro, extinción, ejecución y concurso. Con ello pretendemos evidenciar, tanto a nivel teórico como práctico, las carencias del derecho hipotecario español actual (incluso tras la Ley 41/2007), y finalmente concluir que la eurohipoteca, entendida como instrumento hipotecario común ideal, puede aportar una solución optimizada a cada una de las cuestiones planteadas. Además, se realizarán referencias al Derecho comparado. Por lo tanto, la sistemática que emplearemos en este capítulo es la siguiente:

a) Los apartados de las BG que son objeto de análisis son los más relevantes de la eurohipoteca: su constitución, su objeto, la novación, el Registro de la Propiedad y sus efectos, su extinción y su comportamiento en la ejecución singular e insolvencia.

b) El Derecho español vigente se expone en primer lugar, pero sólo en aquellas materias donde existe un paralelismo con la eurohipoteca (p. e. el contrato de garantía como nexo de unión entre la garantía y la obligación no está previsto en el Derecho español, con lo que no se hará referencia a este último). En segundo lugar, y si el aspecto estudiado es de especial interés, se expondrá la regulación que prevé el Derecho comparado.

c) En último lugar, se estudia el posible funcionamiento de las disposiciones de la eurohipoteca en el Derecho español y las posibles soluciones a los problemas prácticos que pueden plantearse.

Este estudio también pretende servir de base para analizar la equivalencia entre la hipoteca española y las europeas a efectos del art. 5 LMH. El art. 5 LMH, modificado por la Ley 41/2007, limita los préstamos y créditos hipotecarios que pueden servir de cobertura para la emisión de cédulas y bonos hipotecarios, los cuales no podrán exceder de un 60% del

valor del bien inmueble o de un 80% si tienen como destino la rehabilitación, construcción o adquisición de viviendas (es posible llegar a un 90% en determinados casos). La novedad de la Ley 41/2007 es que dentro de estos préstamos o créditos *“podrán incluirse aquellos otros que estén garantizados por inmuebles situados dentro de la Unión Europea mediante garantías de naturaleza equivalente a las que se definen en esta Ley”*. La Ley no define qué debemos entender por garantía equivalente, sino que remite a una posterior reglamentación la *“forma en que se apreciará la equivalencia de las garantías reales que graven inmuebles situados en otros Estados miembros de la Unión Europea”*. El desarrollo de este precepto ha tenido lugar a través del art. 6.2 RMH de 2009. Este precepto recoge los siguientes requisitos:

1) Que la hipoteca o derecho dado en garantía sea jurídicamente válido y eficaz en todas las jurisdicciones relevantes en el momento de la conclusión del contrato de préstamo o crédito y haya sido documentado por escrito en tiempo y forma. En cuanto a este primer requisito, este Real Decreto incluye no sólo a la hipoteca sino también a todos aquellos derechos que, cumpliendo lo dispuesto en esta normativa, puedan asimilarse a aquella (p. e. la *mortgage* inglesa). Este apartado exige la validez y eficacia del derecho, lo que sin duda dependerá de la Ley cada Estado miembro (*lex rei sitae*). Por último, no queda claro si la forma escrita se refiere al préstamo o a la hipoteca o derecho pero se intuye que se refiere a estos últimos. Es dudoso si una garantía que recae sobre un inmueble y que requiere únicamente una formalidad escrita puede equipararse a la hipoteca española.

2) Que el régimen jurídico que regule la garantía establezca la obligación de valoración previa del inmueble que sirve de garantía por un tasador independiente de la entidad de crédito prestamista, entendido como una persona que posea las calificaciones, capacidades y experiencia necesarias para efectuar una tasación y que sea independiente del procedimiento de decisión crediticia. Este requisito no afecta directamente al derecho real de hipoteca.

3) Que el acuerdo de garantía y el procedimiento jurídico en que se sustenta permita a la entidad de crédito acreedora liquidar el valor de la garantía por su propia cuenta en un plazo razonable ante una situación de

impago. Este requisito engloba directa o indirectamente a un gran número de situaciones que pueden originarse en procesos de ejecución o insolvencia, y que pueden afectar a la rapidez del proceso, p. e. la carga de la prueba de la existencia de la deuda o el derecho de ejecución separada por parte del acreedor en un concurso de acreedores.

4) Que el régimen jurídico que regule la garantía contemple la existencia de mecanismos suficientes para garantizar la obtención de un precio justo en la ejecución de la garantía. Estos requisitos se refieren esencialmente a cuestiones procesales, donde también pueden incluirse cuestiones relacionadas con la insolvencia y la protección de los consumidores y usuarios.

El estudio objeto del presente capítulo puede ayudar a ver qué hipotecas que gravan inmuebles situados en otros Estados miembros de la UE son equivalentes a la hipoteca española.

1. Constitución

1.1. Los requisitos formales de constitución

1.1.1. En el Derecho español

En primer lugar, debemos hacer referencia a la *lex rei sitae*, en virtud de la cual resultará de aplicación a los bienes inmuebles la ley del estado donde el inmueble se halla situado (art. 10.1 CC). Por lo tanto, la constitución de la hipoteca en un contexto transfronterizo deberá regirse por la ley española.

En este sentido, para constituir cualquier hipoteca voluntaria (aquella creada unilateralmente o por acuerdo entre las partes) deben cumplirse dos requisitos fundamentales, de los cuales sólo uno es exigible a la hipoteca de naturaleza legal (aquella que puede ser solicitada y exigible por parte del acreedor en base a la ley). Estos requisitos son:

a) La escritura pública (art. 3 LH). Este requisito es indispensable en la hipoteca voluntaria y tiene una naturaleza "*ad solemnitatem*", es decir, su cumplimiento es necesario no sólo para la validez de la inscripción sino también para la del negocio jurídico de constitución de la garantía (STS de 27

de mayo de 2005¹⁸⁷⁶). La escritura no es necesaria en la hipoteca legal, ya que siempre que el que pretenda constituirla se encuentre incluido dentro los supuestos establecidos en los arts. 158 y siguientes LH la ley hará entonces de título para su posterior inscripción; y

b) La inscripción en el Registro de la Propiedad, tanto en la hipoteca voluntaria como en la legal (arts. 145 y 159 LH). Por otra parte, la inscripción tiene un valor constitutivo (SSTS de 13 de julio de 1984¹⁸⁷⁷, 4 de julio de 1989¹⁸⁷⁸ y 29 de septiembre de 2003¹⁸⁷⁹), aunque un sector doctrinal discrepa de este requisito defendiendo que el derecho real de hipoteca se configura en la escritura y que la inscripción sólo extiende los efectos *inter-partes* a terceros, no entendiéndose que, suscrita una hipoteca, carezca el acreedor de acciones procesales para exigir frente al hipotecante lo que el derecho de hipoteca le confiere¹⁸⁸⁰. A pesar de estos esfuerzos doctrinales, la jurisprudencia expone que la inscripción constitutiva es la regla general, y así se extrae del art. 130 LH que limita el ejercicio de la ejecución hipotecaria a las hipotecas inscritas en el Registro: “*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*”.

Además, se requieren los requisitos de todo negocio jurídico para la validez del contrato de hipoteca: consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC).

El contenido registral de toda hipoteca se regula los arts. 9 LH y 51 y siguientes RH. El contenido registral deriva directamente del **principio de especialidad**, que tiene una trascendencia material (exacta determinación del derecho real inscrito) y formal (forma de practicarse los asientos en el Derecho

¹⁸⁷⁶ RJ 2005\6081.

¹⁸⁷⁷ RJ 1984\3980.

¹⁸⁷⁸ RJ 1989\9901.

¹⁸⁷⁹ RJ 2003\7006.

¹⁸⁸⁰ Ver el resumen de esta doctrina en CAMPO VILLEGAS, Elías, “El valor constitutivo de la escritura notarial para la hipoteca y su valor ejecutivo en la nueva LEC”, en *Reglamento hipotecario: (con las modificaciones introducidas por las últimas sentencias del Tribunal Supremo) y Estudios jurídicos en torno a la calificación registral y la inscripción a la luz de dicha jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 392 a 395.

español)¹⁸⁸¹. Así, el aspecto material implica que el derecho inscrito ha de tener una naturaleza real y ha de existir una exacta determinación de su contenido (su titularidad, duración, extensión, facultades que atribuye, causa jurídico-económica a que responde, su valor y especificación del título transmisivo); en cuanto al aspecto formal, la especialidad actúa sobre el sistema de folio real – un folio por finca-, la claridad de la redacción y la previsión legal de la operación solicitada. De esta manera, este principio impone la determinación separada de las responsabilidades a que queda afecta la finca, bien el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o bien el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria (arts. 9 y 12 LH y 51 RH), especificando la relación obligacional básica o los actos jurídicos básicos cuando se constituyan p. e. hipotecas de máximo (arts. 142, 143, 153 y 153 bis LH)¹⁸⁸².

1.1.2. En el Derecho comparado

La *lex rei sitae* es universalmente admitida en las normas de derecho internacional privado siendo una de sus normas más antiguas¹⁸⁸³, que permite un equilibrio entre el prestamista y prestatario, beneficiando indirectamente al prestatario consumidor que normalmente dará en garantía una finca de su mismo país de residencia. El requisito de inscripción en el Registro de la Propiedad se exige en casi la totalidad de países europeos, con las excepciones de Bélgica, Rumanía, Ucrania y Noruega¹⁸⁸⁴. En este último ordenamiento la ausencia de inscripción provoca que la hipoteca pierda fuerza respecto a los derechos de otros acreedores, p. e. en sede concursal¹⁸⁸⁵, y en Rumanía la inscripción declarativa es reciente (1996), ya que la regulación anterior de 1938 preveía la inscripción constitutiva¹⁸⁸⁶. No obstante, en algunos

¹⁸⁸¹ Ver GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “Principio de especialidad registral”, en *RCDI*, Núm. 625, 1994, pp. 2401 y ss.

¹⁸⁸² Vid. *supra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 4.2.1.1.

¹⁸⁸³ Esta ley otorga facilidad de precisión de la ley aplicable (sólo hace falta averiguar donde está situado el bien) y una armonía de soluciones en el ámbito internacional, ver CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., ob. Cit., Vol. II, pp. 610 y 611.

¹⁸⁸⁴ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 38.

¹⁸⁸⁵ “Failure to register a right has the consequence that the right cannot be upheld in a conflict with either creditors obtaining an executory lien or a bankruptcy estate”, ver MARTHINUSSEN, H. F., ob. Cit., p. 26.

¹⁸⁸⁶ SACALSCHI, A-S., ob. Cit., p. 58.

Estados miembros se ha discutido la naturaleza declarativa de la inscripción. De acuerdo con el art. 687 CCP “*a hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes*”. Por lo tanto, son necesarias tanto la escritura pública como la inscripción registral para la plena validez de la hipoteca entre las partes y frente a terceros. El CCP permite que la hipoteca se constituya por contrato o declaración unilateral (art. 712 CCP), aunque esta última no accede al Registro de la Propiedad. La declaración será irrevocable cuando el acreedor la reciba (art. 230.1 CCP), y éste deberá inscribir la hipoteca para que produzca plenos efectos jurídicos, que hasta entonces ni siquiera han surgido *inter partes* a tenor del CCP. Esta doctrina general ha sido discutida por un sector minoritario que defiende que la inscripción no es constitutiva, sino que sólo consolida un derecho real que ya existe pero cuya eficacia se encuentra en suspenso. Mientras la inscripción no tenga lugar, se crearían una serie de derechos y obligaciones para las partes, como la obligación del deudor de conservar la finca en perfecto estado¹⁸⁸⁷.

1.1.3. En la eurohipoteca

Varias cuestiones pueden destacarse en este apartado respecto a la eurohipoteca:

1) En virtud del apartado 2.3 BG será la ley de cada Estado miembro en la que se sitúa el bien inmueble la que se aplicará a la eurohipoteca, así como al Registro de la Propiedad, al certificado de eurohipoteca y al contrato de garantía.

2) De acuerdo con el apartado 3.2 BG la eurohipoteca debería ser inscrita en el Registro nacional correspondiente, de acuerdo con lo exigido por la ley nacional, siempre que se quiera conseguir oponibilidad a terceros.

3) Este mismo apartado establece que los requisitos formales relativos a las declaraciones de las partes y a la inscripción registral son los mismos que

¹⁸⁸⁷ Esta es la posición de la doctrina mayoritaria de acuerdo con MENÉRES CAMPOS, M. I. H., ob. Cit., pp. 182 a 184, aunque esta autora se posiciona em contra: “Em pítese, entendemos que, no rigor dos conceitos, o registo da hipoteca não é constitutivo, no sentido em que ele não é condição necessária para que a hipoteca se encontre validamente constituída. O registo, entre nós, apresenta-se como uma condição de oponibilidade do directo não só em relação a terceiros, como em relação às próprias partes. Antes do registo, a hipoteca *existe* e é *válida*, mas a sua eficácia está latente”, p. 191.

se exigen en la legislación nacional a otros gravámenes sobre inmuebles (hipotecas). En particular la inscripción debería contener:

- a) La cuantía de la deuda y la moneda en que ha de efectuarse el pago;
- b) El titular de la eurohipoteca;
- c) Si se trata de un derecho adherido a un certificado o no (siempre y cuando la ley nacional admita ambas posibilidades);
- d) Si la hipoteca es o no ejecutiva (si es que no es que no se considera ya ejecutable por ley); y
- e) En el caso de que se trate de una eurohipoteca que grave varios inmuebles (*multi-parcel* eurohypothec), habrá de aludirse a los restantes inmuebles gravados.

1.1.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

En este apartado podemos realizar las siguientes observaciones:

1) El art. 10.1 CC prevé específicamente que la *lex rei sitae* es de aplicación a los demás **derechos sobre inmuebles**, entre los que se encontraría la eurohipoteca una vez tuviera previsión legal. Por lo tanto, no cabe duda alguna de la aplicación del Derecho español a sus vicisitudes. No obstante, hay que precisar con claridad qué materias abarcaría la *lex rei sitae* respecto a la eurohipoteca.

Según CARAVACA y CARRASCOSA¹⁸⁸⁸, esta regla se aplica de forma general al sistema de constitución de los derechos reales, a las condiciones de su adquisición, así como a su modificación, transmisión, pérdida y extinción. Además, también podemos incluir dentro del ámbito de aplicación de este artículo las condiciones de oponibilidad y publicidad de los derechos reales. En el mismo sentido se pronuncian FERNANDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO¹⁸⁸⁹, que incluyen dentro de estos dos conceptos genéricos la inscripción (si es exigible o no escritura pública e inscripción en el registro) y su publicidad, que se llevará a cabo a través del Registro de la Propiedad, y la RDGRN de 20 de noviembre de 2006¹⁸⁹⁰. Por último, y desde otra perspectiva,

¹⁸⁸⁸ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., ob. Cit., Vol. II, pp. 743 y 744.

¹⁸⁸⁹ FERNANDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado*, 3ª Ed., Civitas, Madrid, 2004, pp. 536 y 537.

¹⁸⁹⁰ RJ 2007\544.

la doctrina ha incluido dentro de esta ley las siguientes materias: las cosas que pueden ser objeto de derechos reales; la extensión del derecho así como las limitaciones, cargas y obligaciones impuestas a sus titulares; su duración y los efectos respecto a terceros¹⁸⁹¹.

De esta manera, la eurohipoteca se registraría por el Derecho español en todas las facetas apuntadas que por su amplio contenido permitirían incluir la totalidad de negocios jurídicos que pueden afectar a tal derecho, desde su constitución hasta su extinción, siempre y cuando el bien inmueble esté situado en territorio español. En cuanto al proceso de ejecución, el tribunal competente será el del Estado donde radique el bien inmueble (art. 22.1 Reglamento 44/2001), y el proceso concursal se registrará por la ley donde se abra dicho procedimiento (art. 4.1 Reglamento 1346/2000)¹⁸⁹².

Por lo tanto, la ley española regulará la obligatoriedad o no de la inscripción del gravamen en el Registro de la Propiedad. De la regulación general de la LH y del CC no cabe duda alguna que la eurohipoteca, como hipoteca voluntaria -pactada libremente entre las partes-, debería ser inscrita en el Registro de la Propiedad –arts. 145 LH y 1875 CC-. Éste sería un requisito indispensable para su nacimiento y existencia. Además, la eurohipoteca debería estar documentada en escritura pública (art. 3 LH), que debería reunir unas determinadas condiciones para su calificación como documento público¹⁸⁹³. La formalización de la eurohipoteca en escritura pública

¹⁸⁹¹ Ver PÉREZ VERA, Elisa (Dir.), *Derecho internacional privado*, Vol. II, UNED, Madrid, 2001, pp. 275 y 276.

¹⁸⁹² Ver un análisis de estas normas *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 2.3.

¹⁸⁹³ De acuerdo con la RDGRN de 12 de mayo de 1998 [RJ 1998\4122]: “Es principio esencial de nuestro derecho hipotecario que sólo la documentación auténtica y pública puede tener acceso al Registro (cfr. art. 3 de la Ley Hipotecaria)”; en igual sentido RDGRN de 9 de mayo de 2003 [RJ 2003\4916]. Y en virtud de la RDGRN de 11 de junio de 1999 [R] 1999\4375] “el documento público español alcanza este valor cuando en él concurren las exigencias básicas siguientes: a) que haya sido autorizado «por un Notario o empleado público competente» (artículo 1216 del Código Civil) es decir, que el funcionario autorizante sea el titular de la función pública de dar fe, bien en la esfera judicial, bien en la esfera extrajudicial; b) que se hayan observado «las solemnidades requeridas por la Ley» (artículo 1216 del Código Civil), lo que se traduce en el cumplimiento de las formalidades exigidas para cada categoría de documento público, las cuales, cuando se trata de documentar públicamente un acto extrajudicial, son sustancialmente, la necesidad de la identificación suficiente del otorgante del acto o contrato (fe de conocimiento o juicio de identidad) y la apreciación por el autorizante de la capacidad del otorgante (juicio de capacidad), si bien en cuanto a este último requisito ha de precisarse que la no constancia documental del juicio de capacidad no implica que éste no haya existido pues puede considerarse implícito en la autorización del documento, como lo prueba el hecho de que su falta de constatación expresa en el documento notarial no lleva

debería tener lugar ante notario, que tendría que ser la única vía para poder constituir la dejando de un lado la posibilidad de constituirse por sentencia judicial u otros mecanismos. En este aspecto ambas hipotecas (la española y la eurohipoteca) se constituirían de la misma forma.

La eurohipoteca debería estar reflejada en la LH como un derecho real susceptible de inscripción (terminología que utiliza la LH). En este sentido, el art. 2.2 LH establece que se inscribirán en el Registro de la Propiedad (entre otros) “*los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales*”. Esta última expresión supone un claro *numerus apertus* de derechos reales inscribibles (salvo los de garantía), pero no hemos de caer en el error de considerar a la eurohipoteca como uno de ellos pues la citada previsión se refiere a los creados por las partes. Por esta razón, y para evitar cualquier duda al respecto, podría modificarse el art. 2.2 LH e introducirse después de la hipoteca la posibilidad de inscripción de la “eurohipoteca”.

2) La eurohipoteca debería ser inscrita en el Registro de la Propiedad, pero hay que precisar concretamente en qué momento su constitución tendría efectos frente a terceros, pues no es exacto que surjan con su inscripción. En la LH se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir la fecha del asiento de presentación (art. 24 LH). Por lo tanto, la ley distingue entre el asiento de presentación (que se hará constar en el libro diario o de entrada del Registro, art. 248.2 LH) y el de inscripción (que será siempre posterior). La eurohipoteca se consideraría inscrita desde el momento de su **presentación al Registro**, aunque sea provisionalmente durante el período de 60 días, durante los cuales el Registrador calificaría la legalidad de la misma y, de cumplirse los requisitos, la haría constar en el libro de inscripciones¹⁸⁹⁴. A partir de este momento la eurohipoteca adquiriría efectos

consigno la nulidad del *instrumento público* (cfr. artículo 27 de la Ley del Notariado [NDL 22306]), así como el hecho de que haya documentos judiciales que constatan acuerdos entre particulares en los que no se expresa tal juicio de capacidad (cfr. artículos 476 y 1518 LECiv)”.
¹⁸⁹⁴ Tal y como expone la STS 14 de julio de 1998 [RJ 1998\5548]: “dado que el asiento de presentación no sólo determina la prioridad registral, sino que inicia los efectos tabulares de los títulos, aún sin necesidad de practicar el asiento definitivo, es claro que mientras subsiste despliega eficacia como si tales asientos se hubieran practicado”.

erga omnes, al ser uno de los efectos a los que se refiere el art. 24 LH. Esta necesidad de inscripción se configura con un carácter negativo en el sentido de que lo no inscrito no será oponible a terceros (arts. 13 y 32 LH).

3) El **contenido** de la inscripción registral que recogen las BG es el siguiente:

a) La cuantía de la deuda y la moneda en que ha de efectuarse el pago. Esta cuantía es el máximo de responsabilidad hipotecaria de la finca. También se hará constar la moneda de pago, que puede o no coincidir con la establecida en el contrato de garantía. Ningún problema se plantea en esta cuestión, salvo la previsión del art. 219 RH: *“El importe de la obligación asegurada con la hipoteca, o la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada, deberá ser fijado en moneda nacional o señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España”*.

De acuerdo con este precepto tanto el máximo de responsabilidad de la eurohipoteca como la moneda en que finalmente deba ser satisfecho el acreedor, una vez ejecutada la finca, se inscribirán en el Registro en moneda nacional y, en su caso, si se comprometen las partes a pagar en moneda distinta se fijará su equivalencia en €, moneda nacional en curso en España.

b) El titular de la eurohipoteca. El titular de la eurohipoteca sería en un principio el **acreedor hipotecario** que consta en la escritura pública de constitución, de acuerdo con la cláusula inserta en el contrato de préstamo. Por lo tanto, acreedor y titular de la eurohipoteca deberían coincidir en este momento inicial desde la perspectiva del Derecho español si no se admitiese la eurohipoteca de propietario¹⁸⁹⁵. Si éste fuera el caso, el titular de la eurohipoteca sería el propietario que la constituye. Este apartado puede analizarse desde dos puntos de vista:

1. El primer titular de la eurohipoteca coincidirá con el acreedor hipotecario cuando la eurohipoteca tenga una vida registral. Con posterioridad puede variar el acreedor hipotecario si el propietario decide ceder parte de la eurohipoteca a terceros acreedores (p. e. porque la ha redimido con anterioridad)¹⁸⁹⁶. En

¹⁸⁹⁵ Vid. *supra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 6.2.

¹⁸⁹⁶ Vid. *infra* respecto a la reducibilidad de la eurohipoteca, epígrafe 2.4.

ambos casos la cesión tendría acceso al Registro de la Propiedad¹⁸⁹⁷.

2. La inscripción registral del titular sería sólo a título informativo cuando la eurohipoteca tuviera una vida extrarregistral (carta hipotecaria), pues el resto de acreedores no tendrían acceso al Registro –situación que ya ocurre en el Derecho español con las hipotecas sobre títulos al portador (art. 154 LH)-, pero serviría a la postre para que el ejecutante tenedor de la eurohipoteca pudiera demostrar su legítimo derecho si la cadena de endosos procede del primer titular inscrito. La **nota marginal** podría ser una opción que diese publicidad en el Registro de la Propiedad a la constitución de una carta hipotecaria.

La LH exige la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción (arts. 9 LH y 51 RH). En este apartado también debe precisarse quien podría ser **titular** de una eurohipoteca, si cualquier particular o únicamente determinadas entidades de crédito. Estas entidades están previstas en el art. 2.2 LMH y comprenden no sólo los bancos, sino también las cajas de ahorro, las cooperativas de crédito y los establecimientos financieros de crédito. Este precepto ha sido reformado por la Ley 41/2007, que ha suprimido la referencia al Banco Hipotecario de España (subsumido en el BBVA), y a los bancos privados comerciales o industriales y de negocios (que los ha sustituido por “*los bancos*”), y ha añadido junto a las cajas de ahorro a la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA), que podría emitir cédulas hipotecas o participaciones hipotecarias adquiridos de sus originadores¹⁸⁹⁸. La restricción de la eurohipoteca a estas entidades permitiría unas mayores garantías de su uso y control ya que están sujetas a autorización administrativa, existe una supervisión pública y una serie de normas que limitan el funcionamiento y buen hacer de estas entidades¹⁸⁹⁹. La solución sería similar a la mantenida por el legislador español en el art. 153 bis LH, que limita su

¹⁸⁹⁷ Ver la cesión de la eurohipoteca *infra*. Epígrafe 3.

¹⁸⁹⁸ Ver el análisis de NASARRE AZNAR, S., “Las entidades emisoras de valores hipotecarios (art. 2.2 Ley 41/2007”, en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, M^a E., *La reforma del mercado...*, ob. Cit., pp. 416 a 417.

¹⁸⁹⁹ Además, tienen la obligación de cumplir un coeficiente de solvencia respecto a sus recursos propios, deben informar de la situación económica, patrimonial y financiera así como del cumplimiento de todas sus obligaciones al Banco de España, que es un organismo público que se encarga de la supervisión e inspección de las entidades de crédito y de los establecimientos financieros de crédito RODRIGO URÍA y AURELIO MENÉNDEZ, ob. Cit., pp. 481, 482, 488, 490, 493 y 494. En el mismo sentido SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de derecho mercantil*, Vol II, 26^a Ed., Madrid, 2004, pp. 316 y ss.

titularidad a las entidades previstas en el art. 2 de la LMH, excluyendo p. e. a las aseguradoras.

Todas estas garantías podrían desaparecer cuando los titulares fueran personas físicas. Las posibilidades de no respetar p. e. las disposiciones contenidas en el contrato de garantía aumentarían considerablemente. Por lo tanto, la implementación en el Derecho español de una garantía de esta naturaleza aconsejaría su restricción en un primer momento a las entidades de crédito.

d) Si la hipoteca es o no ejecutiva. La hipoteca española, como derecho real de garantía, es directamente ejecutable *ex lege* por su titular. De su propia definición se extrae que el *ius distrahendi* es una característica inherente a este derecho y una facultad del acreedor hipotecario¹⁹⁰⁰, con lo que no es preceptiva la inclusión de una cláusula de esta naturaleza. Cuestión distinta es qué procedimiento ejecutivo sería el más adecuado para la eurohipoteca¹⁹⁰¹.

e) Alusión a los restantes inmuebles gravados en caso de *multi-parcel eurohypothec* (es decir, si la eurohipoteca grava varias fincas a la vez para la satisfacción de una o varias obligaciones). En estos casos se tendría que hacer una referencia en la misma escritura de constitución a los restantes inmuebles gravados. La eurohipoteca también se haría constar en los respectivos folios registrales de cada una de las fincas gravadas, determinándose la responsabilidad hipotecaria por la que responde la finca (arts. 119 LH y 216 RH)¹⁹⁰². Sin embargo, las BG también admiten la constitución de una hipoteca solidaria, en la que todas las fincas gravadas responden por todo el montante del préstamo¹⁹⁰³. Esta posibilidad plantearía un problema con el principio de

¹⁹⁰⁰ Así lo menciona, por ejemplo, la RDGRN de 3 de abril de 1998 [RJ 1998\3564]: "Por otra parte, la delimitación del alcance de la preferencia establecida en el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, exige su conexión con los preceptos legales que regulan la hipoteca y la prenda, figuras éstas cuya esencia trasciende a la mera atribución de preferencia al crédito garantizado, pues, aparecen configuradas con toda claridad como derechos reales en cuya virtud se sujeta «erga omnes» y de forma directa e inmediata un concreto bien (sea del propio deudor o de un tercero) a la garantía del pago de una deuda (cfr. artículos 1863 y siguientes del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria). La constitución de tales garantías implica un acto dispositivo (cfr. artículo 1857.3 del Código Civil) por el cual se transmite al acreedor garantizado un derecho de realización separada del bien afecto, cualquier sea el poseedor, así como un derecho al cobro de su crédito -hasta el límite garantizado- con cargo al precio obtenido en esa realización".

¹⁹⁰¹ Vid. *infra*. Epígrafe 6.1.

¹⁹⁰² Vid. *infra*. Epígrafe 2.3.

¹⁹⁰³ Ver al respecto *infra*. Epígrafe 2.3.

especialidad.

Por otra parte, existen otras cláusulas que debería contener todo asiento de inscripción de acuerdo los arts. 9 LH y 51 y siguientes del RH en consonancia con el principio de especialidad que hemos apuntado¹⁹⁰⁴.

Como puede observarse, la **LH no limitaría o restringiría** desde el punto de vista formal a la eurohipoteca. El contenido adicional que exige nuestra legislación hipotecaria respecto a las BG (p. e. el notario autorizante del título que se presenta al Registro) no repercute en el funcionamiento normal del derecho. Bien al contrario, da seguridad jurídica a los terceros que consulten los libros del Registro de la Propiedad que obtendrían una información detallada de la eurohipoteca y del objeto sobre el cual recae (cumpliendo, así, su función de publicidad, art. 1.1 LH). El único elemento incluido en los arts. 9 LH y 11 RH y que podría ser objeto de discusión es la determinación de las obligaciones aseguradas en el Registro de la Propiedad.

Con el modelo de eurohipoteca propuesto en las BG no sería necesario especificar la obligación que se garantiza en el Registro de la Propiedad. Cuando únicamente existan un hipotecante y un acreedor hipotecario, éstos podrían garantizar una o varias obligaciones con la misma cobertura hipotecaria pero cuando existan **terceros** la situación podría complicarse a los ojos del legislador español. En un principio, podría pensarse que los terceros perderían seguridad jurídica pues no conocerían en ningún momento qué obligaciones existen dentro de la cobertura hipotecaria del primer titular de la garantía, pero ello es irrelevante. Esta inseguridad existiría si con el segundo titular se utilizara la misma cobertura hipotecaria, p. e. 1000 €, en cuyo caso el primer titular podría absorber la totalidad de la eurohipoteca, dejándole sin cobertura. ¿Qué problema existe entonces respecto a la cuantía y determinación de las diversas obligaciones? Lo verdaderamente importante no es tanto la cuantía de la obligación sino la **responsabilidad real** que cada

¹⁹⁰⁴ Por ejemplo, la indicación de la naturaleza, la extensión y la situación geográfica del bien inmueble. Además, deberían inscribirse: la fecha de presentación del título en el Registro y la fecha de inscripción, requisito imprescindible a efectos de la prioridad registral; así como el derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripción (que dependerá de la voluntad de las partes dentro del marco legal establecido); el notario autorizante y, por último, el Registrador de la Propiedad.

titular va a poder hacer valer en una eventual ejecución. La misma situación no es desconocida en el Derecho español. En las hipotecas de seguridad los terceros tampoco conocen la cuantía exacta de las obligaciones hasta el momento de su ejecución, e incluso en la hipoteca ordinaria es desconocida la cuantía de la obligación garantizada desde el momento en el que el deudor ha realizado algún pago. El hecho es que el Registro de la Propiedad no da fe pública del valor del préstamo en la hipoteca de seguridad española¹⁹⁰⁵, ni tampoco la daría con respecto a la eurohipoteca.

Por consiguiente, sería necesario **reformular el principio de especialidad**. Ello no quiere decir que las obligaciones no tengan que estar determinadas o, al menos, ser determinables; lo que ocurre es que ello no tendrá lugar en el Registro de la Propiedad sino en el contrato de garantía, cuya relación obligacional básica o actos jurídicos básicos serían, en todo caso, más amplios y flexibles que en la actualidad¹⁹⁰⁶.

1.2. La hipoteca de vida cartular

1.2.1. En el Derecho español

El Derecho español sólo conoce una hipoteca de vida registral tal y como se deduce de los requisitos enunciados en el apartado anterior.

1.2.2. En el Derecho comparado

La hipoteca puede tener una vida cartular en Alemania y en Noruega¹⁹⁰⁷. Esta posibilidad también la encontramos en otros ordenamientos:

a) En el Derecho suizo coexisten hipotecas de vida registral y extrarregistral. La diferencia con el Derecho alemán es que la *Grundpfandverschreibung* tiene esencialmente una vida registral, mientras que la *Schuldbrief* y la *Gült* sí que pueden existir mediante un título valor (*Wertpapier*), que puede ser movilizad con facilidad (§ 856 ZGB). En efecto, además de gozar de un régimen cesión más flexible que la

¹⁹⁰⁵ Esta es una de las características de las hipotecas de seguridad, vid. *supra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 4.2.1.1.2.

¹⁹⁰⁶ Ver respecto a las obligaciones garantizadas *infra*. Epígrafe 2.2.

¹⁹⁰⁷ Vid. *supra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 3.

Grundpfandverschreibung es posible: a) la movilización de la *Schuldbrief* al poderse dar en prenda como si fuera una cosa mueble; y b) que la *Schuldbrief* incorpore junto con el derecho real un derecho personal a favor del acreedor. Es decir, tanto la obligación como la garantía están personificadas en el mismo título constituyendo una unidad inseparable¹⁹⁰⁸. Estas posibilidades que contempla el Derecho suizo hacen a la *Schuldbrief*, apriorísticamente, más eficiente que la *Grundschild*.

b) En Eslovenia la *Grundschild* tiene una naturaleza no accesoria y obligatoriamente ha de constituirse en *Wertpapier*. La hipoteca tradicional y accesoria sólo puede existir en el Registro de la Propiedad, con lo que las partes no tienen tanta flexibilidad como en el Derecho alemán¹⁹⁰⁹.

c) En Ucrania la modalidad de carta hipotecaria (*Briefrecht*) sólo es posible si la obligación garantizada constituye un crédito pecuniario y su importe está determinado en el momento de perfeccionamiento del contrato de hipoteca. Será en este documento donde deberá preverse el otorgamiento de la *Briefrecht*, que no puede tener lugar con anterioridad. La *Briefrecht* se considera un *Wertpapier* que certifica tanto la posición del acreedor hipotecario como la hipoteca y la deuda¹⁹¹⁰.

d) La carta hipotecaria también está presente en Bélgica¹⁹¹¹.

Por el contrario, en otros ordenamientos no es posible constituir una hipoteca de vida registral, como en Portugal, Holanda, Austria, Rep. Checa, Austria, Polonia, Lituania, Estonia, Croacia, Serbia, Bosnia y Rumanía¹⁹¹². No obstante, el hecho de que un país prevea ambas posibilidades no se correlaciona con la accesoriadad de la hipoteca aunque ésta sea la tendencia, p. e. mientras que en Alemania, Suiza, Eslovenia y Noruega la hipoteca sí tiene una naturaleza no accesoria, las hipotecas de Bélgica y Ucrania tienen una naturaleza accesoria porque no pueden nacer sin una obligación determinada o

¹⁹⁰⁸ “Die Wertpapiernatur des Pfandtitels hat schließlich noch weitere Folgen: Schuldbriefe können nicht zur Begründung eines Grundpfandes dienen, sondern als (besondere) «bewegliche Sachen» für Sicherungszwecke verwendet werden. In Betracht kommt zunächst die *mobiliarrechtliche Verpfändung*, welche die Nehmerin zur Faustpfandgläubigerin macht”, ver TUOR, P., SCHNYDER, B., SCHMID, J. y RUMO-JUNGO, A., ob. Cit., p. 1029. Ver también NASARRE AZNAR, S. y STÖCKER, O., “Models d’hipoteca independent...”, ob. Cit., p. 161.

¹⁹⁰⁹ TRATNIK, M., ob. Cit., p. 372.

¹⁹¹⁰ KUCHERENKO, K. y LASSEN, T., ob. Cit., p. 197.

¹⁹¹¹ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 21.

¹⁹¹² STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 21.

determinable¹⁹¹³.

En Polonia se pretende introducir la deuda territorial certificada (*Briefgrundschuld*) con inspiración en el Derecho alemán. En esta deuda se consigna el inmueble gravado, una suma de dinero determinada y quien es su titular. La transmisión de la garantía tiene lugar por la simple entrega de la carta al cesionario, que exige el consentimiento del cedente, que contará con una firma legalizada ante notario que se hará constar en el reverso (arts.112.14, 15 y 19 del Borrador de Proyecto de Ley)¹⁹¹⁴. La misma iniciativa existe en Bosnia¹⁹¹⁵.

1.2.3. En la eurohipoteca

El apartado 3.3 BG contempla que la eurohipoteca “*pueda estar estructurada como derecho certificado (letter right) o no certificado (non-letter right), en función de lo que decidan las partes*”. Si la ley nacional admite ambas posibilidades, debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad si se trata de un derecho certificado. Esta carta hipotecaria tiene una naturaleza similar a la prevista por la *Schuldbrief* suiza, es decir, se considera como un valor negociable.

1.2.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

Que la eurohipoteca tenga una vida registral significa que su transmisión debería tener acceso al Registro para su eficacia frente a terceros lo que exigiría, en consecuencia, escritura pública –arts. 2.2 y 3 LH-, y provocaría una serie de gastos para las partes.

En el Derecho español no podrían adoptarse para la implementación de la carta hipotecaria las dos modalidades de hipoteca que más podrían

¹⁹¹³ “Die Hypothek ist ein *akzessorisches Recht*, lo que tiene una serie de consecuencias: “Die Hypothek erlischt, wenn die Forderung erlischt; Produziert die besicherte Forderung Zinsen, sind diese mitbesichert; Die Hypothek folgt der Zession der besicherten Forderung; die Zession ist Gegenstand einer Randanmerkung im Hypothekenregister; Die Hypothek kann nicht ohne die Forderung abgetreten werden; aber es kann der Rang einer Hypothek an einen anderen Hypothekengläubiger abgetreten werden”, en HÖK, G., ob. Cit., p. 2315.

¹⁹¹⁴ Que puede consultarse en SÁNCHEZ JORDÁN, M^a. E., “La propuesta polaca de introducción de una garantía real independiente”, en NASARRE AZNAR, S., MUÑIZ ESPADA, E. y SÁNCHEZ JORDÁN, M^a E., *La reforma del mercado hipotecario...*, ob. Cit., pp. 613 y ss.

¹⁹¹⁵ POVLAKIS, M., ob. Cit., p. 45.

asemejarse: la **hipoteca sobre títulos transmisibles por endoso o al portador** y la **hipoteca sobre letras de cambio** (art. 154 LH). Respecto a la primera modalidad, hay que remarcar que el título emitido por una persona física no se considera en el Derecho español como un valor negociable en sentido estricto, es decir, no se admite la posibilidad de que las personas físicas puedan emitir o garantizar la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones, buscando el ahorro del público, pues lo prohíbe expresamente la Disposición Adicional 3ª de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada¹⁹¹⁶ (ver STS de 16 de noviembre de 2000 y RRDGRN de 17 de septiembre de 1996 y 24 de enero de 1997¹⁹¹⁷). Por lo tanto, la eurohipoteca no podría incluirse dentro de la regulación de los títulos endosables. Respecto a la segunda modalidad, tanto el pagaré como la letra de cambio llevan consigo una responsabilidad personal del deudor emisor de los mismos, a diferencia, por ejemplo, de la carta hipotecaria suiza, que incorpora tanto un título ejecutivo personal como real¹⁹¹⁸.

Dicho lo cual, hay que analizar si la eurohipoteca podría incluirse en nuestra legislación como un título-valor. El Derecho español no contiene una regulación general de los títulos valores sino que prevé casos específicos de forma dispersa¹⁹¹⁹, y se ha definido el **título-valor** como aquel documento necesario para el ejercicio del derecho literal y autónomo mencionado en él¹⁹²⁰. De acuerdo con el art. 5 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del mercado de valores (en adelante, LMV)¹⁹²¹, los valores negociables (o títulos-valores) podrán representarse por medio de anotaciones en cuenta o por medio de títulos. ¿Responde la eurohipoteca a esta definición? En puridad, no, pues aunque pueda expresarse en un título y ser objeto de una anotación en cuenta, no reúne las características fijadas por la doctrina para ser considerada como un valor negociable: su negociabilidad (debe ser susceptible de tráfico

¹⁹¹⁶ BOE 24 marzo 1995, núm. 71, [pág. 9181].

¹⁹¹⁷ RJ 1996\6507 y RJ 1997\283 respectivamente.

¹⁹¹⁸ Vid. *supra*. Epígrafe 1.2.2.

¹⁹¹⁹ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho mercantil*, Vol. II, 31ª Ed., Thompson-Aranzadi, Navarra, 2008, p. 39.

¹⁹²⁰ Definición que recogen URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y APARICIO GONZÁLEZ, María Luisa, *Curso de derecho mercantil*, II, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 689; y SÁNCHEZ CALERO, F., ob. Cit., p. 38.

¹⁹²¹ BOE 29 julio 1988, núm. 181, [pág. 23405].

generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera) y su agrupación en emisiones¹⁹²².

La eurohipoteca, entonces, podría ser *de lege ferenda* un efecto de comercio más (SAP de Tarragona 20 de julio de 2004¹⁹²³), representando únicamente la existencia de un derecho real por una cuantía abstracta de dinero (es decir, con una verdadera incorporación del derecho real al título), y se podría incluir en la categoría de títulos jurídico-reales con una nueva regulación a través de la ley. En este sentido, la doctrina ha propuesto la regulación en el Derecho español de un “crédito real abstracto” o “derecho abstracto de realización de valor”, similar a la *Grundschild* alemana¹⁹²⁴. Además, se propone admitir la posibilidad de que los particulares puedan emitir cédulas hipotecarias, que produciría *“una cómoda y fácil "movilidad" del crédito, al quedar incorporado a un TITULO material, lo cual haría de la HIPOTECA un instrumento adecuado para efectuar cómodas transacciones económicas al poder utilizarse como medio material de circulación de aquél "valor económico", convirtiendo al "crédito hipotecario titulizado" en moneda circulante*¹⁹²⁵, así como la creación de un nuevo valor negociable o título-valor, que podría ser incluido en la regulación del mercado de valores. No obstante, en nuestra opinión los particulares no deberían tener la posibilidad de emitir obligaciones en la línea de la Ley 2/1995 y la doctrina administrativa y jurisprudencial al respecto.

De esta manera, la eurohipoteca tendría la consideración de **efecto de comercio** creado *ex novo* y específicamente para este gravamen no accesorio (con la necesaria la modificación de la LMV), aunque hay que tener en cuenta

¹⁹²² Respecto al concepto de valor negociable, ver con mayor profundidad NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., pp. 252 y ss.

¹⁹²³ JUR 2005\9731.

¹⁹²⁴ FIGUEIRAS DACAL, M., ob. Cit., pp. 328 a 330.

¹⁹²⁵ “Esta posibilidad futura de crear una nueva clase de “**TITULO VALOR**”, con las indicadas características, si llegara a obtener la suficiente sanción legal incluso para las emisiones que puedan hacer los particulares, -modificando en este sentido la Ley Cambiaria y del Cheque-, y dotándolo de seguridad jurídica, con base en un Sistema registral de gran desarrollo técnico, -para lo que puede ser suficiente, con las necesarias adaptaciones, nuestro REGISTRO DE LA PROPIEDAD-, es posible que ese nuevo “valor económico”, el CRÉDITO HIPOTECARIO, llegue a tener la suficiente cobertura reglamentaria para encauzar de algún modo la especial fórmula del CRÉDITO REAL, por medio de las CÉDULAS u OBLIGACIONES HIPOTECARIAS emitidas por personas físicas o jurídicas en forma legal, es decir, evitando su clandestinidad y arbitrando un medio de publicidad para las emisiones, por pequeña que sea su cuantía”, ver FIGUEIRAS DACAL, M., ob. Cit., p. 115.

que este concepto está en crisis en la actualidad. Las nuevas tecnologías irrumpen cada vez más en nuestra sociedad y la eurohipoteca podría ser el mecanismo que suponga el cambio definitivo del “papel” a las anotaciones en cuenta, evolución ya experimentada en los valores mobiliarios o negociables (esta posibilidad ya la admite Eslovenia)¹⁹²⁶.

La eurohipoteca de vida cartular tendría las siguientes **características** si fuera posible su implementación¹⁹²⁷, las cuales guardan evidentes similitudes con los valores negociables:

a) *Literalidad*. Su extensión, contenido, límites y modalidades dependerían de los términos en que está redactado el título (sería un fiel reflejo del contenido reflejado en el Registro de la Propiedad).

b) *Autonomía*. Cuando se transmite es independiente de las relaciones de carácter personal que hubieran podido existir entre los anteriores titulares y el deudor, siempre que haya existido buena fe (ver art. 20 LCCh).

c) Estaría *legitimada* para ejercitar el derecho la persona poseedora del título si ha existido una cadena de endosos, dependiendo de su carácter nominativo o al portador (= definido en el contrato de garantía, ver art. 49 LCCh). En este sentido, puede utilizarse la presunción que utiliza el proyecto legislativo de Polonia de considerar como titular de la carta hipotecaria a su poseedor actual: “Art. 112.20. *Se presume que el titular de la deuda territorial, cuyo derecho resulta de una cadena ininterrumpida de manifestaciones sobre la cesión de la deuda territorial, es el poseedor del certificado de deuda territorial*”¹⁹²⁸.

d) Su *transmisión y constancia registral* se regirían por las normas establecidas para las hipotecas sobre títulos endosables y letras de cambio (art. 154 LH).

La configuración de la eurohipoteca como un efecto de comercio

¹⁹²⁶ Ello se ha producido debido a la masificación de estos títulos, decidiéndose sustituir el documento de papel por el sistema de anotaciones en cuenta. Gracias al Real Decreto 116/1992, de 14 de febrero, sobre Representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles, se consagró este sistema para los valores ordinarios, siendo la *traditio* ficticia. Incluso se protege al adquirente de forma análoga al tercero de buena fe del artículo 34 de la LH, p. 30. Ver GADEA, Enrique, *Los títulos-valor. Letra de cambio, cheque y pagaré*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 29 a 31.

¹⁹²⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., ob. Cit., p. 41; ver también GADEA, E., ob. Cit., pp. 29 a 31.

¹⁹²⁸ SÁNCHEZ JORDÁN, M^a E., “La propuesta polaca...”, ob. Cit., p. 621.

significaría su conversión en un **bien mueble** susceptible de ser objeto de derechos reales y negocios jurídicos (compraventa, permuta, prenda, depósito, incluso usufructo)¹⁹²⁹. La utilidad más importante sería la posibilidad de dar en prenda la carta hipotecaria, de tal forma que el acreedor pignoraticio tendría a su disposición la posibilidad de ejecutar un verdadero derecho real de hipoteca. Efectivamente, nos encontraríamos ante una auténtica movilización de la eurohipoteca (lo que es posible con la *Schuldbrief* suiza), que fue propuesta por DE CASSO antes de la LH de 1949 y que defiende actualmente FIGUEIRAS DACAL para la evolución de la hipoteca en el Derecho español¹⁹³⁰, que permitiría reducir costes para las partes¹⁹³¹. Piénsese que la cesión por endoso de la carta hipotecaria eliminaría los costes de escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, y que la prenda tiene unos requisitos de constitución más benignos que la hipoteca, al ser necesaria únicamente la puesta en posesión de la carta en manos del acreedor y su constancia en escritura pública para su eficacia frente a terceros (arts. 1863 y 1865 CC y 569-13 CCC). La cesión también podría facilitar la titulización sin tener que recurrir a situaciones artificiosas como son las participaciones hipotecarias¹⁹³².

Vemos, pues, que la eurohipoteca de vida cartular podría exceder de su función clásica de garantía. En cualquier caso, sería conveniente restringir su uso en un primer momento a esta función, endosándose para garantizar créditos entre el titular actual y el futuro titular de la eurohipoteca. Además, el legislador podría salvaguardar los intereses de los consumidores y usuarios

¹⁹²⁹ URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y PÉREZ DE LA CRUZ, A., ob. Cit., pp. 694 y 695.

¹⁹³⁰ "Incluso desde hace tiempo se habla, en términos teóricos, de un efecto marginal de la HIPOTECA, pero de enorme interés en el ámbito económico-financiero, si llegara a admitirse, con un suficiente apoyo legal que amplíe la especial legislación del Mercado Hipotecario, alguna fórmula, que posibilite la incorporación del "crédito hipotecario" a un "soporte material" que permita su circulación y la transmisión, o cesión, por la simple entrega del título, y que, a la vez, facilitaría su negociación como un verdadero "**signo de valor**", es decir, como una nueva forma de "**dinero**" (*CÉDULAS HIPOTECARIAS*), lo que produciría un incremento del "capital circulante" destinado a la inversión (sin influencia en el "coeficiente" de reserva de los Bancos), que incidiría notablemente tanto en el aumento de las inversiones como en la bajada de los tipos de interés. Esta singular consideración podría motivar una "dualidad" de efectos mediáticos, que por algún autor se ha llamado la "**movilización**" y "**movilización**" del CRÉDITO: lo primero, al convertirlo en un "bien mueble", permitirá al acreedor tener la garantía en la mano, volviendo a transformar la hipoteca en el *pignus* romano; y lo segundo, evidentemente, facilitará su circulación", de acuerdo con FIGUEIRAS DACAL, M., ob. Cit., p. 114.

¹⁹³¹ Ver NASARRE AZNAR, S. y STÖCKER, O., "Un pas més...", ob. Cit., pp. 66 y 67.

¹⁹³² Criticados por NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., pp. 791 y 792. Vid. *supra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 4.3.3.

impidiendo que la eurohipoteca en forma de carta pudiera utilizarse con este grupo (solución que adopta Noruega).

La expedición de la carta hipotecaria (que no su constitución, que sería potestad de las partes) correspondería en exclusiva a los Registradores de la Propiedad en virtud del art. 335 RH (ver, también, art. 233.1 RH). No obstante, hay que apuntar que la carta hipotecaria tiene como destino la vida extrarregistral como un título endosable. Si se analiza el art. 227 LH¹⁹³³ se observa que la ley española no prevé la emisión de un certificado como lo entienden las BG (vida extrarregistral de la eurohipoteca), sino simplemente como un **título informativo** del contenido del registro con efectos puramente formales (es la única modalidad que lo reproduce fiel y públicamente y tiene naturaleza de documento público)¹⁹³⁴.

Por estas razones estos artículos deberían, en su caso, modificarse para dotar a la carta hipotecaria un valor distinto de las certificaciones ordinarias expedidas por el Registro de la Propiedad.

1.3. El contrato de garantía

1.3.1. En el Derecho comparado

La existencia del *Sicherungsvertrag* es esencial en aquellos países en los que la garantía nace de forma independiente pero después deviene *contractualmente dependiente* a una obligación. Este es el caso p. e. de Alemania. La conexión entre el gravamen y la obligación tiene lugar a través del contrato de garantía, es decir, mediante un convenio entre las partes donde se pacta expresamente que la *Grundschild* tiene como finalidad principal la garantía de una obligación¹⁹³⁵. Este contrato no tiene una regulación propia en el BGB ni en otra norma (a salvo de su vinculación a terceros)¹⁹³⁶. Es un contrato *sui generis* (§ 311.1 BGB) que esconde una relación fiduciaria entre el

¹⁹³³ “Los Registradores expedirán certificación a instancia de quien, a su juicio, tenga interés conocido en averiguar el estado del inmueble o derecho real de que se trate, o en virtud de mandamiento judicial”.

¹⁹³⁴ De acuerdo con ROCA SASTRE, R. M^a. y ROCA SASTRE, L., T. III, ob. Cit., pp. 117 a 199.

¹⁹³⁵ SCHWAB, K. H. y PRÜTTING, H., ob. Cit., pp. 285, 343, 344 y 346; y ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol 2, ob. Cit., pp. 1341 a 1344.

¹⁹³⁶ Vid. *infra*. Epígrafe 6.4.

acreedor hipotecario y los otros titulares¹⁹³⁷. La vinculación entre la hipoteca y la obligación se rige por el derecho de obligaciones y la *Grundschild* pasa a ser accesoria contractualmente de la obligación que asegura. Prueba de ello son las excepciones que puede oponer el propietario gracias al contrato de garantía en sede de ejecución¹⁹³⁸. En el Proyecto de Ley de Polonia “*la deuda territorial se establecerá mediante un contrato entre el propietario de un inmueble y el titular, que deberá llevarse a cabo en documento notarial*” (art. 112.1). En Estonia también debe adoptar una forma notarial¹⁹³⁹. Este contrato está presente en las legislaciones europeas donde existen hipotecas no accesorias como nexo de unión entre la garantía y el crédito, ya sea de forma obligatoria por ley (Alemania o Estonia) o frecuente en la práctica (p. e. Noruega)¹⁹⁴⁰.

1.3.2. En la eurohipoteca

El apartado 4 BG desarrolla en cuatro puntos el contrato de garantía:

1) Se define como aquel “*acuerdo contractual en virtud del cual el propietario de un inmueble concede una eurohipoteca como mecanismo de garantía en favor del (futuro) titular de la eurohipoteca*”, y matiza que este contrato “*no es igual al contrato de préstamo*”, aunque permite la posibilidad de que se incluya dentro de su clausulado. Su existencia es necesaria para que un tercero distinto del titular del bien gravado obtenga una eurohipoteca.

2) No está sujeto a las previsiones legales de los contratos de préstamo, de tal forma que la legislación que se le aplica es la del Estado miembro donde el inmueble está situado (*lex rei sitae*).

3) Su forma será la exigida por la legislación nacional, no siendo válida la forma verbal.

4) Su contenido mínimo es el siguiente:

a) las partes y la fecha del acuerdo;

b) la eurohipoteca. Es posible emplear el mismo contrato de garantía para varias eurohipotecas o para eurohipotecas sobre varios

¹⁹³⁷ CLEMENTE, C., ob. Cit., p. 114.

¹⁹³⁸ Vid. *infra*. Epígrafe 6.4.

¹⁹³⁹ TIIVEL, R., ob. Cit., p. 121.

¹⁹⁴⁰ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 55.

inmuebles (*multi-parcel Eurohypothec*);

- c) las obligaciones que se van a garantizar;
- d) las condiciones de redención de la eurohipoteca por parte de aquél que la ha dado en garantía; y
- e) las condiciones del procedimiento de ejecución de la eurohipoteca dentro de los límites establecidos por las distintas legislaciones nacionales afectadas.

5) Está prohibido que el contrato de garantía contenga restricciones a la venta de la propiedad como un todo así como el pacto comisorio. Además, el propietario del inmueble gravado no puede crear nuevas cargas sobre la propiedad que pudieran afectar a la eurohipoteca sin el consentimiento del titular de la garantía en la forma prevista por la ley nacional. Esta previsión no se aplica a las cargas de rango inferior.

6) Por último, si el titular de la eurohipoteca incumple el contrato de garantía, el titular del inmueble tiene derecho a recibir una indemnización por los daños sufridos de acuerdo con la *lex rei sitae*. La legislación nacional debe concederle una compensación efectiva.

1.3.3. La eurohipoteca bajo Derecho español

Atendiendo a los puntos anteriores, la eurohipoteca en el Derecho español podría introducirse de la siguiente manera:

1) El contrato de garantía sería un contrato que sólo podría existir con la finalidad de unir la eurohipoteca con la obligación, y siguiendo la clasificación de los contratos empleada por DÍEZ-PICAZO¹⁹⁴¹ tendría un carácter consensual, pues se perfecciona por el mero consentimiento de las partes (arts. 1254 y 1258 del CC), bilateral (crea obligaciones para ambas partes), típico (se regularía por ley), oneroso y cuyo contenido podría ser negociable (art. 1255 CC, salvo lo expresamente previsto en la ley).

Este contrato quedaría sometido a las reglas generales que rigen los contratos en el Derecho español de acuerdo con el CC siempre y cuando la legislación aplicable sea la española atendiendo a las reglas de Derecho

¹⁹⁴¹ DÍEZ-PICAZO, José Luis, *Instituciones de derecho civil*, Vol. I, Madrid, 1995, pp. 402 y ss.

internacional privado y el RRI¹⁹⁴². Así, se aplicarían a los elementos esenciales del mismo los arts. 1261 y siguientes CC; a su interpretación los arts. 1281 y siguientes CC; a su ineficacia los arts. 1290 y siguientes CC; y al incumplimiento del mismo el art. 1101 CC.

Ante la tesitura de decidir si el contrato de garantía tiene o no que acompañar al contrato de préstamo, dando por sentado que serían considerados por el Derecho español como dos contratos claramente diferenciados (de hecho, el contrato de préstamo se recoge tanto en el CC (arts. 1740 y 1753 a 1757) como en el CCom. (arts. 311 a 324), tenemos diferentes posibilidades:

a) La celebración de ambos contratos en unidad de acto y en un mismo soporte documental –escritura pública-¹⁹⁴³ permitiría que pudieran ser oponibles a los titulares posteriores de la eurohipoteca¹⁹⁴⁴. Asimismo, los posibles titulares de la eurohipoteca podrían conocer, por un lado, los pactos del contrato de garantía que deben aceptar y pasar por ellos (en particular, aquellos que no tienen naturaleza real) y, por otro lado, conocerían las obligaciones garantizadas así como el resto de cláusulas contempladas en el contrato de préstamo. El cesionario obtendría una completa información y seguridad jurídica a la hora de utilizar la garantía.

b) Como corolario, la información se transmitiría de forma más rápida y ágil a los posibles terceros interesados en la garantía (p. e. en caso de cesión). Si acaban por formalizarse en su mayoría por vía electrónica a través de un eurorregistro¹⁹⁴⁵, esta uniformidad dotaría de simplicidad y sencillez a todo el procedimiento de inscripción.

c) No obstante, cualquier modificación del contrato de garantía exigiría otra escritura pública, con lo que se perdería gran flexibilidad. Una forma escrita permitiría ahorrar tiempo y costes en la constitución de la eurohipoteca y dar celeridad a la práctica bancaria. Cuanto más ágil sea el sistema, mayor dinamismo existirá en la concesión de préstamos hipotecarios.

¹⁹⁴² Cuestión que se analizará *infra* en este mismo epígrafe.

¹⁹⁴³ La constancia en escritura pública del contrato de garantía (así como el de préstamo) podría tener su base en la protección de los consumidores y usuarios, vid. *infra* en este mismo epígrafe.

¹⁹⁴⁴ Vid. *infra*. Epígrafe 6.4.5.

¹⁹⁴⁵ Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 2.3.1.

Por lo tanto, es una opción interesante plasmar ambos contratos en un único documento, aunque dependerá de las partes el escoger una u otra opción. Aunque posteriormente a la celebración del contrato de préstamo se decida garantizarlo con una eurohipoteca, simplemente sería necesario añadir el contenido del contrato de garantía al de préstamo.

Otra cuestión de gran interés es si la creación del contrato de garantía sería siempre necesaria o dependería de la voluntad de las partes. Este contrato cumple una función esencial siendo el nexo de unión entre la garantía y la obligación. Por consiguiente, si no existe este contrato no existirá ningún tipo de accesoriadad, ni legal (hipoteca accesoria) ni contractual (eurohipoteca), con lo que la garantía sería completamente independiente (no accesoria) y, por lo tanto, abstracta (no existiría ninguna conexión entre la garantía y la obligación, lo que impediría la concurrencia de causa en el negocio jurídico y provocaría que no fuera jurídicamente válido –ex art. 1261 CC-). Sin contrato de garantía, ¿dónde descansarían la causa del negocio jurídico? ¿en base a qué poseería el nuevo titular de la eurohipoteca? Por lo tanto, el contrato de garantía debería acompañar **obligatoriamente** a la eurohipoteca tanto en su constitución como en su posterior vinculación con los créditos garantizados¹⁹⁴⁶.

2) Respecto a la ley aplicable al contrato de garantía, los **aspectos obligacionales** se rigen por la “ley del contrato” designada por el RRI, mientras que los **efectos reales** por la *lex rei sitae*. Por lo tanto, tenemos dos aspectos a tratar:

a) Desde una perspectiva real, el contenido del contrato de garantía incluiría la redención de la eurohipoteca por su titular, las condiciones de ejecución de la misma, su conservación (transmisibilidad o no a terceros), la concesión de la misma del propietario al acreedor, etc. A tenor de la doctrina entran dentro del concepto de *estatuto real* el “contenido y efectos” de los derechos reales, es decir, tanto el conjunto de poderes que el titular puede ejercitar sobre la cosa (en un sentido amplio)¹⁹⁴⁷, como las facultades del titular

¹⁹⁴⁶ Vid. *infra*. Epígrafe 6.4.5.

¹⁹⁴⁷ GONZÁLEZ CAMPOS, J, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6ª Ed., Eurolex, Madrid, 1995, p. 259.

del derecho desde un punto de vista específico (usar y disponer, realización del valor de la cosa, deberes y cargas que recaen sobre el titular del derecho...) ¹⁹⁴⁸.

Por lo tanto, todas aquellas cláusulas citadas del contrato de garantía o que se refieran directamente a la eurohipoteca se registrarán por el Derecho español, de acuerdo con el art. 10.1 CC.

b) Desde una perspectiva obligacional, tanto el contenido de esta naturaleza del contrato de garantía como el contrato de préstamo se registrarán por la *lex contractus*, es decir, por el **RRI** (p. e. el alcance de la responsabilidad por incumplimiento de lo dispuesto en el contrato de garantía, o las garantías mínimas de los consumidores y usuarios). De acuerdo con su art. 3 las partes tienen plena libertad para elegir la ley aplicable al contrato, lo que plantea la cuestión de si éstas deberían tener realmente tal libertad. La libre elección de la ley aplicable siempre es beneficiosa, *a priori*, para las partes, pero se plantean dos problemas fundamentales:

1. El desconocimiento de las diversas legislaciones por parte de los consumidores y usuarios.

2. Su grado de protección, que siempre dependerá de la legislación escogida por ambas partes. Ello tiene su causa en que las medidas de protección de los consumidores adoptadas por la UE cristalizan en directivas, lo que provoca que los Estados miembros las introduzcan en sus ordenamientos jurídicos de manera no uniforme ¹⁹⁴⁹.

Esta situación fue puesta de relieve por el Libro verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su

¹⁹⁴⁸ CALVO CARAVACA, L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., ob. Cit., p. 658.

¹⁹⁴⁹ Un estudio llevado a cabo por la doctrina para la Comisión Europea de diversas Directivas comunitarias en materia de consumo llega a la conclusión de que éstas “are often incoherent, and contain a significant number of ambiguities, which makes it difficult to transpose them into domestic law, and to ensure correct application by the courts”, y, en consecuencia, que “the comparative analysis has revealed areas where the laws of the member states in the field of the Directives differ considerably”, ver SCHULTE-NÖLKE, Hans, TWIGG-FLESNER, Christian y Ebers, Martin, *Consumer Law Compendium*. Disponible en <http://www.eu-consumer-law.org> (consultado el día 13 de abril de 2010), p. 789. Estos autores defienden que “One possible way forward is to bring together the common EC consumer acquis elements listed above in a horizontal measure (whether that be a new Directive, or a Regulation similar to Regulation 1182/71 of 3 June 1971 determining the rules applicable to periods, dates and time limits, which has horizontal application), which would then contain key general rules applicable also to all relevant consumer protection directives”, p. 790.

actualización¹⁹⁵⁰, y por GÓMEZ GÁLLIGO, que exponía el punto de vista del Ministerio de Justicia sobre el Proyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario de marzo de 2007¹⁹⁵¹. La UE tiene en la actualidad 27 países miembros o, lo que es lo mismo, al menos 27 legislaciones diferentes, lo que crea inseguridad jurídica al consumidor a la hora de someterse a otra legislación. Así, las cuestiones que éste podría formularse son las consecuencias de un incumplimiento por parte del banco de lo estipulado en el contrato; de si tendrá derecho en ese caso a una indemnización; en qué medida va a ser posible la impugnación de las cláusulas abusivas de un contrato que son nulas bajo Derecho español; la posibilidad de ser representado por Asociaciones de Consumidores y Usuarios, etc.

Dicho lo cual, y como cualquier restricción a la libre competencia y a la libertad de mercado tiene que interpretarse de la forma menos restrictiva posible (ya desde el TCEE se prohíbe cualquier restricción, art. 3.1.c), las partes podrían elegir el derecho que más les convenga en base al art. 3 RRI. Sin embargo, cabe puntualizar que la todavía falta de uniformidad en la UE en la protección de los consumidores no podría desmerecer ni perjudicar al propietario español que hipoteca su inmueble para obtener un préstamo en otro Estado miembro en las mejores condiciones posibles, o al ciudadano que se desplaza a otro Estado miembro para llevar a cabo una actividad comercial o empresarial, y que desea obtener financiación de un prestamista ubicado en el Estado de origen.

El Libro Verde sobre la transformación del CR de 1980 proponía

¹⁹⁵⁰ Bruselas, 14.1.2003 COM (2002) 654: "Ciertamente, gracias a numerosas directivas comunitarias, todos los consumidores residentes en la Unión Europea disfrutan hoy en día de un estándar mínimo comunitario de protección. Conviene, no obstante, tener presente que estas directivas no abarcan todas las normas de Derecho que garantizan la protección del consumidor. Además, pueden seguir existiendo diferencias de un país a otro, en particular, en caso de no transposición de una Directiva por un Estado miembro: debido a la falta de efecto directo horizontal de las directivas, el consumidor no puede alegar, en sus relaciones con la otra parte contratante el beneficio de una disposición no incorporada al ordenamiento jurídico nacional. Por último, diversas directivas comunitarias sólo introducen un estándar mínimo de protección que se queda por debajo de la protección concedida al consumidor en algunos Estados miembros", pp. 31 y 32.

¹⁹⁵¹ "Las principales causas que impiden el desarrollo de estas operaciones de préstamo/crédito transfronterizas, son: e) la inexistencia de una idéntica normativa de protección sobre los consumidores", ver GÓMEZ GÁLLIGO, F., "La reforma hipotecaria...", ob. Cit., p. 1708.

diferentes alternativas para evitar esta situación¹⁹⁵², y finalmente el RRI ha adoptado una de ellas en el art. 6. Este precepto prevé que el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (el consumidor) con otra persona que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional o bien ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o bien por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país. Si estas condiciones no se cumplen, p. e. la entidad bancaria no tiene una sucursal en ese país y tampoco ha dirigido su actividad a dicho país, ya sea ofertando sus productos por internet o por otros medios de comunicación, se aplicarán subsidiariamente los arts. 3 y 4 del RRI. Por lo tanto, la principal característica de esta norma es la *“restricción de la autonomía de la voluntad en aras de la protección del consumidor”*¹⁹⁵³, ya que la elección de la ley aplicable podría ser utilizada en perjuicio de la parte más débil.

El art. 6.2 RRI permite a las partes pactar otra ley aplicable al contrato y evitar así la aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor. En ese caso, la elección de esta ley no debería conllevar la *“pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1”*. Por lo tanto, la autonomía de la voluntad sólo se permite *“cuando ésta no perjudica a los derechos reconocidos en las disposiciones legislativas de su Estado de residencia habitual”*¹⁹⁵⁴.

El problema en relación con la eurohipoteca es que la regla prevista en el RRI está enfocada a proteger al **consumidor pasivo**, es decir, *“aquel al que, en su país, se le dirigen ofertas por parte de empresas y profesionales que o*

¹⁹⁵² Por ejemplo, el mantenimiento de la solución actual, junto con una cláusula general por la que se garantice la aplicación del estándar de protección mínimo comunitario, aplicación sistemática de la ley de la residencia habitual del consumidor..., pp. 32 a 34.

¹⁹⁵³ CALVO CARAVACA, A. L., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 1, Nº 2, 2009, p. 86.

¹⁹⁵⁴ CALVO CARAVACA, A. L., “El Reglamento Roma I...”, ob. Cit., p. 88. Este mismo autor argumenta posteriormente que *“basta, para que el pactum de lege utenda sea válido, que la ley elegida no ofrezca una protección jurídica al consumidor que sea inferior a la que le otorgan las disposiciones imperativas de la ley del país de su residencia habitual”*, p. 103.

*bien operan habitualmente en dicho país, sean o no extranjeros, o bien son empresas y profesionales que, aunque extranjeros, dirigen sus actividades hacia dicho país*¹⁹⁵⁵. El art. 19.3 RRI prevé que la residencia habitual “*será la determinada en el momento de la celebración del contrato*”, con lo que si un consumidor español reside habitualmente en España y desea que una entidad de crédito extranjera (que tiene una sucursal en España o dirige sus actividades a este país) le desembolse un préstamo garantizado con una eurohipoteca, se aplicará sin problemas el art. 6.2 RRI, siendo irrelevante si el consumidor se desplaza posteriormente a otro Estado miembro¹⁹⁵⁶. Pero la protección dispensada por el RRI no tendría lugar si un consumidor español se desplaza a otro Estado miembro para negociar el desembolso de un préstamo con una entidad de crédito extranjera que no tiene ninguna sucursal ni negocio enfocado al país de residencia habitual del consumidor, es decir, cuando se trata de un consumidor activo¹⁹⁵⁷. Este consumidor es considerado como un profesional a efectos conflictuales¹⁹⁵⁸. En cualquier caso, al consumidor activo le asisten las directivas comunitarias en materia de protección de consumidores y usuarios. En este sentido, el art. 6.2 de la Directiva 1993/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas¹⁹⁵⁹, prevé que “*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad*”. Esta protección al consumidor también la encontramos en el art. 12.2. de la Directiva 1997/7, en el art. 7.2 de la Directiva 1999/44, de 25 de mayo, sobre ventas y garantías de bienes de consumo¹⁹⁶⁰ y en el art. 12.2 de la Directiva 2002/65, de 23 de septiembre, sobre comercialización a distancia de servicios financieros. En nuestra opinión, el RRI debería extender la protección de la ley de residencia habitual al consumidor activo, ya que la regulación

¹⁹⁵⁵ CALVO CARAVACA, A. L., “El Reglamento Roma I...”, ob. Cit., p. 99.

¹⁹⁵⁶ CALVO CARAVACA, A. L., “El Reglamento Roma I...”, ob. Cit., p. 106.

¹⁹⁵⁷ CALVO CARAVACA, A. L., “El Reglamento Roma I...”, ob. Cit., p. 110.

¹⁹⁵⁸ AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, “Consumidor residente en la Unión Europea vs. consumidor residente en un estado tercero: a propósito de la propuesta de Reglamento Roma I”, en *Anuario español de derecho internacional privado*, Nº 6, 2006, p. 393.

¹⁹⁵⁹ DOCE nº L 21 abril 1993, núm. 95, [pág. 29].

¹⁹⁶⁰ DOCE nº L 7 julio 1999, núm. 171, [pág. 12].

actual podría crear inseguridad jurídica al consumidor sobre los derechos que le asisten a la hora de contratar en otro Estado miembro, lo que repercutiría negativamente en el mercado interior.

Si el deudor no tiene la condición de consumidor (es decir, no es una persona física o bien obra fuera del marco de su actividad profesional)¹⁹⁶¹, la única posibilidad de que la legislación española se aplique al contenido obligacional del contrato de garantía (y al contrato de préstamo) tiene lugar cuando las partes no especifican la ley aplicable al contrato y por efecto directo del art. 4.1.c) RRI¹⁹⁶², es decir, por el vínculo que presenta el contrato al referirse a un derecho real (eurohipoteca) que se formaliza sobre un inmueble situado en España.

Por lo tanto, una posible solución a esta disparidad de leyes aplicables es que las partes decidieran no someter voluntariamente el contrato de garantía a una ley determinada, aplicándose subsidiariamente la ley española, obteniendo una unicidad legal entre la ley aplicable al derecho real y al contrato de garantía beneficiosa para el prestatario.

En cualquier caso, el banco prestamista tendría que **informar** al consumidor de la forma más detallada, transparente y sencilla posible sobre la legislación a la cual desea someter el contrato de garantía y el de préstamo, para que el consumidor pudiera valorar la conveniencia de someterse a una u otra legislación y, sobretodo, para que tuviera la capacidad de decidir por sí mismo cuál sería la mejor ley aplicable¹⁹⁶³. Ello también debería ocurrir a nivel europeo sobre la base del código de conducta europeo, apoyado por la Recomendación de la Comisión de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda¹⁹⁶⁴, aunque por el momento es insuficiente para las nuevas necesidades del mercado hipotecario europeo (de hecho,

¹⁹⁶¹ CALVO CARAVACA, A. L., "El Reglamento Roma I...", ob. Cit., pp. 90 y 91.

¹⁹⁶² "El contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se regirá por la ley del país donde esté sito el bien inmueble".

¹⁹⁶³ En el mismo sentido STÖCKER, O., "La eurohipoteca...", ob. Cit.: "Debería esperarse además que legalmente se dispusiese que el constituyente de la garantía debería estar perfectamente informado de las consecuencias jurídicas de la Eurohipoteca, especialmente las derivadas de su carácter no accesorio. La protección de los consumidores quedaría con ello suficientemente garantizada en relación al derecho de información y claridad", p. 160.

¹⁹⁶⁴ DOCE nº L 69 de 10.3.2001, p. 25/29.

España no lo ha firmado al entender que en nada mejora este código a nuestra legislación vigente)¹⁹⁶⁵. Las recomendaciones del FGMC son relevantes en este ámbito¹⁹⁶⁶, así como las disposiciones del Libro Blanco de 2007. No obstante, la posible intervención de un notario u otra persona que analizara la constitución de la hipoteca solventaría el posible desequilibrio entre los prestamistas y los consumidores¹⁹⁶⁷.

En definitiva, la *lex rei sitae* se aplicaría de acuerdo con la doctrina a la eurohipoteca, al Registro de la Propiedad, a la hipoteca en forma de carta así como a las cuestiones reales del contrato de garantía, aunque las cuestiones puramente del derecho de obligaciones quedarían al arbitrio de las partes, aunque podría conseguirse una unidad en la ley aplicable tanto al contrato de garantía como al contrato de préstamo a través de la aplicación del art. 4.1.c) RRI, siempre y cuando el prestatario no tenga la condición de consumidor a través del art. 6, en cuyo caso se aplicaría su ley de residencia habitual, que podría o no coincidir con el lugar de situación del inmueble. Efectivamente, lo cierto es que pueden producirse una gran variedad de casos y variantes en la relación triangular formada por el prestamista, el deudor y el hipotecante. La situación del bien inmueble –p. e. en España- podría perfectamente no coincidir con el lugar de residencia habitual del consumidor –por ejemplo, Francia-, con lo que una unidad en la ley aplicable al contrato de préstamo, al contrato de garantía y al derecho real queda a expensas de las circunstancias de cada caso y a la voluntad de las partes. Pero lo principal es que el consumidor quede protegido mediante la aplicación de la ley de su residencia habitual.

3) En cuanto a la **forma** del contrato de garantía, las BG hacen alusión a la ley que, en su caso, resulte de aplicación. La forma no entra dentro del

¹⁹⁶⁵ En este sentido se pronuncia MUÑIZ ESPADA, E., *Bases para una propuesta...*, ob. Cit., p. 61.

¹⁹⁶⁶ Informe del FGMC de 2004: “The integration of the EU mortgage credit markets”, pp. 8 y ss. A modo de ejemplo, proponen la uniformidad en cuanto a la información precontractual, la creación de un contrato de préstamo estándar y un Código de Conducta europeo en materia de consumidores y usuarios, así como una guía on-line de las cuestiones jurídicas relacionadas con los préstamos hipotecarios transfronterizos.

¹⁹⁶⁷ Respecto al posible rol del notario en un sistema de propiedad común a nivel europeo, vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 2.3.1.

contenido de la *lex rei sitae*¹⁹⁶⁸, por lo que el primer paso es determinar qué ley nacional resultaría de aplicación a la forma que debe revestir la eurohipoteca.

Esta ley dependerá en buena medida de la ley aplicable al fondo y la naturaleza nacional o transnacional de la eurohipoteca. Así, nos encontramos ante los supuestos siguientes:

1. Resultaría de aplicación la ley española cuando el propietario y el futuro titular de la eurohipoteca suscriban el contrato de garantía en un contexto puramente español, es decir, sin ningún elemento de extranjería que implique la aplicación de las normas de Derecho internacional privado.

2. En caso contrario, sería de aplicación el art. 11 RRI, cuyo apartado 5 establece que *“todo contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble estará sometido a las normas sobre forma imperativas de la ley del país en que el inmueble esté sito”*. En consecuencia, el Derecho español sería aplicable si se cumplen dos requisitos:

a) Que el contrato verse sobre un derecho real inmobiliario. El contenido principal del contrato de garantía está formado por el estatuto real, es decir, aquellas cuestiones relativas a regular el derecho real de eurohipoteca. Además, es independiente de si interviene o no un consumidor¹⁹⁶⁹.

b) Que el Derecho español contenga normativa imperativa al respecto. En el Derecho español existe el **principio de libertad de forma** consagrado en el art. 1278 CC, en relación con el art. 1279 del mismo cuerpo legal. En consecuencia, los contratos verbales son válidos. Existen casos en los que la forma es necesaria, p. e. la escritura pública en los previstos en el art. 1280 CC, pero combinado este precepto con el art. 1279 CC viene a significar que las partes podrán compelerse recíprocamente a elevar el negocio a escritura pública, pero no están obligadas a ello si tal requerimiento no existe¹⁹⁷⁰.

¹⁹⁶⁸ CALVO CARAVACA, L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., ob. Cit., p. 658.

¹⁹⁶⁹ CALVO CARAVACA, A. L., “El Reglamento Roma I...”, ob. Cit., p. 106.

¹⁹⁷⁰ La jurisprudencia también se ha pronunciado en este sentido, ver, por todas, la STS de 9 diciembre 1977 [RJ 1977\4707]: “«A) que el alcance del art. 1280 no modifica el del art. 1278 y sólo implica de conformidad con lo dispuesto en el art. 1279 el derecho de las partes de poder compelerse a llenar esa forma escrita para ejercitar acción con objeto de obtener la eficacia de la obligación contraída (S. 24 diciembre 1929); B) que la exigencia de forma escrita contenida en el art. 1280 no tiene alcance de forma solemne que pueda afectar a la eficacia obligatoria del contrato (S. 12 diciembre 1940); C) que el art. 1280 no ha de contemplarse aisladamente sino en relación con los arts. 1254 y 1255 que dan al consentimiento virtualidad creadora del contrato, y con el 1278 y 1261 que no exigen sino que más bien excluyen todo requisito de

Sentada esta doctrina general, hoy en día se impone cada vez más la redacción del contrato en una forma determinada. DÍEZ-PICAZO lo define como un “resurgimiento del formalismo en la actualidad”, que se justifica en la seguridad que crea en el tráfico y en la protección de consumidores y usuarios¹⁹⁷¹. Sin embargo, ¿hasta dónde alcanza este requisito de forma? ¿se convierte en un elemento sustancial del contrato? Ejemplos de este formalismo son los contratos de viajes combinados, de crédito al consumo o sobre ventas fuera del establecimiento mercantil, pero una parte de la doctrina interpreta que la forma verbal seguirá siendo válida¹⁹⁷². Otros autores han considerado que junto a estos ejemplos existen otros, como los contratos de venta a plazos de bienes muebles y la ley de aprovechamiento por turnos, pero entienden que la forma escrita, unida a la posesión del ejemplar por el consumidor¹⁹⁷³, es requisito sustancial del contrato (es decir, *ad substantiam*) al ser materias relacionadas con la contratación con consumidores.

Por lo tanto, se discute doctrinalmente la forma en los contratos de consumo, y la solución podría ser la imposición por el legislador español de la **forma escrita** del contrato de garantía como requisito de validez, en base a la protección de los consumidores y usuarios. Incluso podría ser factible la necesaria formalización del contrato de garantía en escritura pública (junto con el de préstamo), de tal forma que la intervención del notario ayudaría a equilibrar la posición del consumidor, en clara desventaja respecto a la entidad prestamista. Este requisito formal también aportaría otras ventajas, p. e. a la hora de vincular el contenido del contrato de garantía a terceros adquirentes, pero repercutiría negativamente en la flexibilidad del contrato de garantía.

4) En este apartado es necesario señalar si el listado de cláusulas previsto en las BG tendría que ampliarse en una futura implementación de la

forma (S. 30 abril 1955 [RJ 1955\1558]; y D) que es desafortunada la invocación del último párrafo del art. 1289 para negar eficacia al contrato por no constar en forma escrita, pues con tal invocación se pretende desconocer el principio espiritualista introducido en nuestro sistema jurídico por el Ordenamiento de Alcalá, que consagró el principio de libertad de contratación de conformidad con las tradiciones nacionales y que adopta nuestro Código en los arts. 1278 y 1279 que no han sido derogados por el art. 1280 (S. 6 octubre 1965 [RJ 1965\4358])».

¹⁹⁷¹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., ob. Cit., p. 49.

¹⁹⁷² La forma escrita no es un requisito de validez, ver LACRUZ BERDEJO, J. L., *Nociones de derecho civil patrimonial*, 4ª Ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 278 a 280.

¹⁹⁷³ HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, “La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo”, en *RDP*, Mayo-Junio 2005, pp. 40 y ss.

eurohipoteca, dando por sentado que éstas serían del todo necesarias (como la constancia de las obligaciones para su conocimiento por acreedores posteriores y la especificación de que las partes del contrato son el propietario y el futuro titular, quien recibe la eurohipoteca como garantía). La accesoriadad contractual aconseja establecer cuidadosamente un **contenido mínimo** del contrato de garantía y dejar a la jurisprudencia su interpretación (sin delegar en ella su menor o mayor amplitud como ha sucedido en Alemania).

A este contenido mínimo sería preciso añadir:

a) La previsión expresa de que el contrato de garantía vincula contractualmente a la eurohipoteca con las obligaciones garantizadas (accesoriadad contractual). Para ello podría utilizarse una cláusula global que regule las relaciones contractuales entre acreedor y deudor¹⁹⁷⁴ o, en su caso, detallando y especificando, si así lo desean las partes, las obligaciones que reciben cobertura hipotecaria. En este último caso podría modificarse el contrato de garantía cuando se incluyan nuevas obligaciones.

b) El contrato de garantía tendría que especificar si el titular de la eurohipoteca puede o no transmitirla a un tercero, así como la cesión separada de las obligaciones garantizadas, a efectos de prevenir una eventual doble ejecución contra el propietario¹⁹⁷⁵.

c) En el caso de una carta hipotecaria, si la eurohipoteca sería o no endosable a un tercero o si ello depende del cumplimiento de alguna condición (p. e. plazo de tiempo).

d) Si la obligación es futura (pero determinable) o, en su caso, cuando se utilice la cláusula de globalización, debería fijarse el período de tiempo máximo para que nazca la obligación, en cuyo caso podría pactarse la redención automática de la eurohipoteca al propietario transcurrido este plazo.

e) Las partes deberían detallar y especificar las disposiciones legales aplicables al contrato de garantía (ley aplicable a las disposiciones de carácter obligacional).

f) Al requerir el Derecho español la justificación de la deuda, en aras de proteger al propietario ante la liquidación efectuada por la entidad

¹⁹⁷⁴ Vid. *infra*. Epígrafe 2.2.

¹⁹⁷⁵ Vid. *infra*. Epígrafe 6.4.

prestamista¹⁹⁷⁶, una cláusula del contrato de garantía tendría que aclarar cómo y en qué forma se llevaría a cabo esta liquidación.

5) En cuanto a las cláusulas prohibidas, de la lectura del art. 348 CC se extrae que la **propiedad** es un derecho absoluto que comprende una serie de facultades, entre las cuales se encuentra el usar y disponer de la cosa¹⁹⁷⁷. ALBALADEJO define la constitución de un derecho real como una limitación de la propiedad que, en palabras de la LH, sujeta al inmueble allá donde vaya¹⁹⁷⁸. No obstante, ello no perjudica a la capacidad del propietario de efectuar negocios jurídicos con su propiedad. Lo que ocurriría con la eurohipoteca es que se disminuiría sensiblemente el valor de la finca y el comprador reduciría de su valor la carga real, pero no constituiría ningún límite al derecho de propiedad.

Determinado que el derecho real no limita la posibilidad de la venta de la propiedad por parte del propietario, nada obsta a que las partes puedan sujetar los derechos reales a **condición, término o modo**, pero se tendrían que adecuar a la legalidad vigente que interpreta de forma restrictiva cualquier limitación a la propiedad¹⁹⁷⁹. Además, se pueden pactar las denominadas **prohibiciones de disponer** (arts. 26 y 27 LH), que pueden ser legales (derivan automáticamente de la ley), judiciales o administrativas (p. e. la establecida en el art. 42.4 LH¹⁹⁸⁰), o voluntarias (creadas entonces por las partes, p. e. la

¹⁹⁷⁶ Ver al respecto *infra*. Epígrafe 6.4.

¹⁹⁷⁷ Facultades del propietario que identifican al derecho de propiedad en el ámbito europeo, vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 2.

¹⁹⁷⁸ ALBALADEJO, M., ob. Cit., pp. 259 y ss.

¹⁹⁷⁹ En palabras de la RDGRN de 2 de septiembre de 2005 [RJ 2005\6940]: "Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico político y la trascendencia «erga omnes» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio [Rj 1987, 4835], 23 [Rj 1987, 7660] y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993). Estos límites alcanzan especial significación en relación con la hipoteca, pues se imponen en defensa del deudor y en aras de la facilidad de tráfico jurídico inmobiliario, del crédito territorial y, en definitiva, del orden público económico."

¹⁹⁸⁰ "Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: [...] El que, demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquiera obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles".

prohibición de enajenar una determinada finca)¹⁹⁸¹. Las prohibiciones que derivan de un contrato entre los particulares se denominan imperfectas y no pueden tener acceso al Registro, pero obligan personalmente a las partes contratantes. La realización de un acto dispositivo sobre la finca (por ejemplo, su enajenación) daría lugar a una indemnización por daños y perjuicios. Por lo tanto, la eficacia de estas prohibiciones es puramente personal¹⁹⁸² y se requiere una justa causa para su imposición¹⁹⁸³.

En consecuencia, y dejando de un lado las posibles prohibiciones legales de disponer que por cuestiones de orden público afectan a cualquier propietario (p. e. en interés de la Defensa Nacional), si bien la posibilidad de restringir las facultades de dominio existe en el Derecho español **no se aprecia un grave perjuicio** en el funcionamiento propio de la eurohipoteca, dado que la interpretación de estas prohibiciones se realiza de forma restrictiva, responden a una causa justa y tienen una existencia limitada en el tiempo¹⁹⁸⁴. En cualquier caso, se deberían incidir sobre las figuras citadas con anterioridad y restringir su aplicación.

En cuanto al **pacto comisorio**, esta institución se estudia con posterioridad, aunque ya avanzamos que la posibilidad del acreedor hipotecario de apropiarse del bien gravado cuando el deudor incumple con la obligación no está admitida en el Derecho español¹⁹⁸⁵.

El propietario siempre podría constituir nuevas cargas de rango inferior a la eurohipoteca pero sólo cuando éstas fueran **compatibles** entre sí a causa del principio de prioridad, que tiene dos efectos fundamentales:

1. El primero es que la inscripción de un derecho impide la inscripción de

¹⁹⁸¹ DOMENGE AMER, Bartolome, *Las prohibiciones de disponer*, Ed. Civitas, Madrid, 1996, pp. 45 a 47.

¹⁹⁸² DOMENGE AMER, B., ob. Cit., p. 229.

¹⁹⁸³ STS de 13 diciembre 1991 [RJ 1991\9713]: "Siendo la prohibición de disponer un límite a una de las más normales y generalizadas facultades del "dominus", la del "ius disponendi", su interpretación ha de realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece tal limitación, finalidad que puede ser de carácter social, familiar...".

¹⁹⁸⁴ STS de 26 de julio de 1993 [RJ 1993\6318]: "A pesar de la licitud de la prohibición de disponer constatada en negocio oneroso, esa prohibición en su propia naturaleza y finalidad es contraria a la esencia de la facultad más propia del dominio, por lo que el TS ha considerado que la perpetuidad de la misma es opuesta a la naturaleza de la relación obligacional, al constituir una limitación de la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico".

¹⁹⁸⁵ Vid. *infra*. Epígrafe 7.5.

derechos que le sean incompatibles, ya sean posteriores o anteriores al inscrito que no tuvieran acceso registral en su momento, determinando el cierre registral de dichos títulos (art. 17 LH y RRDGRN de 8 de febrero de 1996 y 19 de abril de 2005¹⁹⁸⁶). Por lo tanto, nos encontramos ante una limitación a la constitución de derechos reales por el propietario.

2. Como consecuencia de este efecto registral, el propietario sólo podría constituir derechos compatibles (como p. e. una hipoteca accesorio), y el acreedor tendría que consentirlos. ¿Sería gravoso para éste? En absoluto, puesto que la segunda consecuencia de la prioridad registral es el principio “*prior in tempore potior in iure*”, con lo que el acreedor siempre sería preferente sobre estas cargas posteriores que, en ningún caso, les serían perjudiciales a la hora de ver satisfecho su derecho preferente.

6) En el caso de que el titular de la garantía actuase infringiendo lo dispuesto en el contrato de garantía y la ley aplicable sea la española, ello daría lugar a una **responsabilidad contractual** expresamente prevista en el Derecho español en el art. 1101 CC. En particular, el art. 1124 CC prevé que el incumplimiento de un contrato da derecho al perjudicado a escoger entre exigir su cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. En el caso de que el acreedor hipotecario incumpliera lo dispuesto en el contrato de garantía, p. e. porque cede la garantía a un tercero (y no se ha previsto que la transmisión del contrato de garantía es un requisito sustantivo de la cesión)¹⁹⁸⁷, el propietario podría resolver dicho contrato, con lo que el vínculo entre la eurohipoteca y la obligación dejaría de existir. Este hecho provocaría que el acreedor hipotecario pasara a tener un crédito personal contra el deudor, además de abonar la correspondiente indemnización daños y perjuicios.

1.4. El hipotecante no deudor

1.4.1. En el Derecho español

La posibilidad de un hipotecante no deudor está permitida por el art.

¹⁹⁸⁶ RJ 1996\1027 y RJ 2005\5015.

¹⁹⁸⁷ Vid. *infra*. Epígrafe 3.2.

1857.2 CC (“*las terceras personas extrañas a la obligación principal podrán asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes*”), y no existen mayores problemas en este aspecto, salvo que cuando el hipotecante es un tercero ajeno a la obligación principal **no se convierte en modo alguno en deudor**, pues su responsabilidad se agota en lo obtenido al ejecutar la hipoteca por el principal e intereses (hasta los dos años anteriores y la anualidad corriente salvo pacto contrario, art. 114.1 LH), y si el producto de la ejecución no es suficiente no tendrá otra vía el acreedor que perseguir otros bienes personales del deudor (de acuerdo con la STS de 6 de octubre de 1995 y SAP de Granada de 27 de octubre de 2004¹⁹⁸⁸).

La doctrina ha mantenido posturas diversas al respecto: entendiendo al tercero como un fiador real, obligado al pago aunque su obligación se reduzca al bien dado en garantía; como un deudor a todos los efectos; o considerando al tercero como un responsable no deudor¹⁹⁸⁹.

En cualquier caso, hemos de atenernos a la doctrina marcada por la jurisprudencia, quien finalmente interpretará las normas relativas a la eurohipoteca¹⁹⁹⁰.

1.4.2. En el Derecho comparado

En el resto de países europeos existe normativa o jurisprudencia que protege al titular de una finca que la ha dado en garantía de una deuda de otra persona, como en Portugal, Holanda, Alemania, Suiza, Hungría, Estonia y Noruega¹⁹⁹¹. Por ejemplo, la *Schuldbrief* suiza se registrará por las disposiciones de la hipoteca y se podrá oponer al acreedor todas aquellas excepciones que correspondan al deudor (§ 845 ZGB); al igual que en Estonia (§ 315 LP)¹⁹⁹².

¹⁹⁸⁸ RJ 1995\7022 y JUR 2005\51858 respectivamente.

¹⁹⁸⁹ Esta última es la posición mayoritaria, ver CORDERO LOBATO, E., “Comentario a la STS de 6 de octubre de 1995. Hipoteca en garantía de obligación ajena. Inaplicación de las acciones de la relevación y cobertura previstas para la fianza; efectos del pago frente a otros garantes”, en *CCJC*, 40, 1996, pp. 246 y ss.

¹⁹⁹⁰ También ha adoptado tal criterio la jurisprudencia menor, como la SSAP de Zaragoza de 7 de diciembre de 2000 [JUR 2001\54259], de Guadalajara de 16 de septiembre de 2002 [JUR 2002\263932].

¹⁹⁹¹ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 60.

¹⁹⁹² “The owner of an immovable encumbered with a mortgage who is not the debtor may present the same objections against a claim secured by the mortgage which may be presented

1.4.3. En la eurohipoteca

El apartado 3.1 BG prevé expresamente que el hipotecante y el deudor hipotecario puedan ser dos sujetos distintos.

1.4.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

Por lo tanto, no existiría ningún problema bajo Derecho español en que el propietario y el deudor hipotecario fueran dos personas distintas. Ello sólo afectaría en la responsabilidad real y personal que asumen cada uno de ellos.

2. El objeto

2.1. El objeto de la garantía

2.1.1. En la eurohipoteca

Respecto al objeto de la garantía, tenemos en las BG las siguientes indicaciones:

1) El apartado 3.5 BG establece que la eurohipoteca “*puede gravar inmuebles situados en cualquier Estado miembro de la UE*”.

2) El ámbito objetivo de la eurohipoteca es el mismo que el de otros gravámenes inmobiliarios previstos en la legislación nacional, alcanzando (apartado 3.5 BG): a) la propiedad y los frutos del inmueble, en particular las rentas y las pertenencias; y b) las acciones derivadas de contratos de seguros por pérdidas o daños a la propiedad, las edificaciones y otros bienes determinados. Además, será la *lex rei sitae* la que establezca la posibilidad de que se pueda gravar no sólo el suelo sino también los edificios de los que se sea titular con independencia del suelo y cualquier otra carga inmobiliaria o eurohipoteca (en este caso se llamaría sub-eurohipoteca).

3) Además, las BG prevén la eurohipoteca sobre varios inmuebles (*multi-parcel*) y las eurohipotecas transnacionales. Así, la legislación nacional podrá establecer la posibilidad de que una única eurohipoteca pueda gravar varios inmuebles situados en el mismo Estado miembro. Del mismo modo, “*varias*

by the debtor or a surety. The owner may also present objections if the debtor does not contest the claim”.

eurohipotecas constituidas en distintos Estados miembros pueden garantizar uno o varios derechos de crédito al mismo tiempo a través de un único contrato de garantía (eurohipotecas transnacionales)”.

2.1.2. La eurohipoteca bajo Derecho español

En este apartado podemos realizar las siguientes consideraciones:

1) El objeto de la hipoteca accesoria en el Derecho español se regula en el art. 106 LH, esto es, podrán ser hipotecados los **bienes inmuebles susceptibles de inscripción**. Según la doctrina, de esta expresión se extrae que el objeto de la hipoteca es el derecho real de propiedad sobre los bienes inmuebles¹⁹⁹³, aunque también se ha atribuido un mero concepto físico a esta definición contemplada en el art. 106 LH. Así, la finca se asimilaría a un objeto de primer grado, situándose el derecho de propiedad y el resto de derechos reales en el art. 107 LH como objetos de segundo grado¹⁹⁹⁴.

Se adopte una posición u otra, lo que está claro es que la finca o inmueble es la **unidad básica** del Registro de la Propiedad (cfr. art. 243 LH: “*el Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular –folio- a cada finca en el libro correspondiente*”), incluyendo distintos conceptos, a saber, una superficie de terreno contenida dentro de una línea poligonal, con edificación o sin ella, las explotaciones agrícolas, explotaciones industriales, pisos o locales en propiedad horizontal, el derecho a las aguas privadas y las cuotas de multipropiedad.

Todas estas fincas *materiales* son susceptibles de abrir folio registral y podrían ser objeto de una eurohipoteca¹⁹⁹⁵.

2) Respecto al ámbito objetivo, tenemos:

¹⁹⁹³ SAAVEDRA MONTERO, Eva, *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 171.

¹⁹⁹⁴ LLOPIS GINER, Juan Manuel, “El objeto de la hipoteca inmobiliaria (comentario al art. 106 de la LH)”, Núm. 617, en *RCDI*, 1993, pp. 846 a 848. Según este autor “la propiedad, en definitiva, es el derecho real por excelencia, pero no por eso deja de ser un derecho real, con las características propias de este tipo de derechos, llevadas a su plenitud”.

¹⁹⁹⁵ ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ i XIRGO, J., ob. Cit., Tomo III, p. 167. Ver también GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. y DEL POZO CARRASCOSA, P., *Lecciones de Derecho hipotecario*, 2^a Ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 49 y ss., que consideran el derecho de aprovechamiento urbanístico y las concesiones administrativas como fincas *inmateriales* y también inscribibles.

a) La **propiedad** es un elemento integrante de la extensión de la hipoteca, y se incluyen dentro de este concepto la finca (rústica o urbana), las edificaciones existentes al constituirse la misma y las elevaciones de edificios efectuadas de forma posterior. Este derecho se extenderá tanto al vuelo como al subsuelo, a tenor de la doctrina jurisprudencial, a no ser que quede excluido en determinados supuestos (p. e. por la constitución de un derecho de superficie)¹⁹⁹⁶.

b) En cuanto a los frutos y bienes muebles se denominan **elementos accesorios**. Aquí encontramos un problema con los bienes muebles, porque no todos ellos van a quedar afectados por la hipoteca. En el sistema español se consideran incluidos dentro de la hipoteca los bienes muebles que se hallen colocados permanentemente en la finca hipotecada, ya sea para su adorno, comodidad o explotación, o bien para el servicio de alguna industria, siempre y cuando no puedan separarse del bien inmueble sin quebranto de la materia o deterioro del objeto. Cuando los bienes muebles sí puedan separarse del bien inmueble sin menoscabo no se comprenderán entonces dentro de la hipoteca, a salvo de pacto en contrario de las partes (art. 111.1 LH)¹⁹⁹⁷. Asimismo, no se entenderán comprendidos dentro de la extensión de la hipoteca, salvo pacto en contrario, los frutos –naturales– (art. 111.2 LH) y las rentas –frutos civiles– vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación

¹⁹⁹⁶ Así, ver la STS de 23 de junio de 1998 [RJ 1998\4744]: “Al estudiar el derecho de propiedad se ha reconocido, desde siempre, que su extensión -en caso de inmueble- no se limita al suelo propiamente dicho, sino que alcanza al vuelo -lo que está encima- y al subsuelo -lo que está debajo- siendo muy conocida, aunque no es aplicable absolutamente hoy en día (el poder del propietario, según la concepción actual, se extiende hasta donde llegue su interés) aquel aforismo procedente de la doctrina romanista medieval de que el poder del propietario se extiende «usque ad sidera et usque ad inferos». El derecho sobre el vuelo puede entenderse como una parte del derecho de propiedad, como hace la Sentencia de 9 julio 1988 (RJ 1988\5601) (la Sentencia de 11 noviembre 1919 dijo que *del artículo 350 se deduce que el propietario del suelo lo es también del vuelo*) o como un derecho real que recae en cosa ajena, como hace la de 24 diciembre 1991 (RJ 1991\9598). En todo caso, el derecho de propiedad se extiende al vuelo y si éste está desgajado del anterior, el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad, como dice la citada Sentencia de 9 julio 1988”.

¹⁹⁹⁷ Teniendo en cuenta que los bienes muebles incluidos con posterioridad se integrarán dentro de la cobertura hipotecaria, a tenor de las SSTS de 28 de febrero de 1991 [RJ 1991\1607] y 21 de diciembre de 1990 [RJ 1990\110359]: “juzgar como actúa el concepto de extensión de la hipoteca, debe estarse a la interpretación integradora de los diversos supuestos legales que comprende, y como resultado de este examen se llega a la conclusión de que el concepto no se refiere a una situación estática, la existente al tiempo de constituirse la hipoteca, sino, por el contrario, a una situación dinámica que puede experimentar cambios y modificaciones, constante la hipoteca y cuyo estado final se precisa al tiempo de la ejecución”.

garantizada (art. 111.3 LH), entendiéndose como tales la cantidad de dinero que el titular de un bien tiene derecho a percibir por el hecho de ceder el ejercicio de una de las facultades que le pertenecen sobre éste en virtud de su derecho de propiedad¹⁹⁹⁸.

Para adecuar las BG a la regulación española podría formalizarse una **cláusula de estilo** en la escritura de constitución de la eurohipoteca, mediante la cual las partes pactarían la extensión de la eurohipoteca a los bienes muebles y a los frutos o, en su defecto, podría modificarse la LH. Todo dependerá de una cuestión de política legislativa.

c) En cuanto a las indemnizaciones, éstas se denominan **elementos subrogados**. Son los previstos en el art. 110 LH, que recoge las mejoras (que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes) y las indemnizaciones por razón de los bienes hipotecados (después de constituida la hipoteca), incluyéndose las derivadas de seguro y expropiación forzosa. La eurohipoteca se extendería no sólo a las indemnizaciones de seguro sino a cualquiera que tenga su causa en los propios bienes hipotecados, cuya distribución no podría ser arbitraria por el acreedor¹⁹⁹⁹.

d) Respecto a la mención de las BG de gravar los edificios con independencia del suelo se alude a lo que en los Derecho español y catalán se conoce como el **derecho de superficie** (arts. 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, del suelo, y 564-1 CCC), que es un derecho real que confiere a su titular el poder edificar o plantar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo edificado o plantado hasta la finalización del plazo (pactado o indefinido). Esta regla es una excepción al principio *superficies solo cedit*, el

¹⁹⁹⁸ SAAVEDRA MONTERO, E., ob. Cit., p. 133.

¹⁹⁹⁹ Así, respecto a una indemnización otorgada por una compañía aseguradora: “no puede hacerse de manera indiscriminada y discrecional por el originario propietario y deudor hipotecario, ni por el acreedor hipotecario, sino ateniéndose al débito estricto garantizado por la hipoteca, es decir, a la cantidad máxima a responder por la finca hipotecada. Conforme a lo dicho, la atribución de la indemnización recibida de la Compañía aseguradora ha de ser destinada, en primer lugar, al pago de los intereses de la deuda hipotecaria, pero, únicamente, hasta el límite que garantiza la hipoteca, 708.390 ptas, al no regir sobre tal particular las prescripciones del artículo 1173 del Código Civil, y, en segundo término, al capital, y por lo que respecta al tema de los intereses, si los devengados fuesen en cuantía superior a los cubiertos por la hipoteca, el exceso tendría que reclamarse al deudor personal por la entidad acreedora hipotecaria”, ver STS de 3 de marzo de 1997 [RJ 1997\1639].

cual permite que el acreedor hipotecario esté seguro de que la hipoteca va a extenderse tanto al suelo como a la construcción, sin que sea posible la venta de una de las partes por separado ni necesaria la constitución de dos hipotecas sobre ambas partes. Este principio lo adoptan casi todos los países europeos²⁰⁰⁰ con pocas excepciones, p. e. Bosnia y Serbia. En Bosnia este efecto se produjo debido a la privatización que sufrió el suelo, que quedó en manos municipales, mientras que los edificios quedaron en manos privadas. Sin embargo, desde 2003 es posible de cara a inversiones aplicar la regla *superficie solo cedit*, pero sólo es una excepción²⁰⁰¹; y en Ucrania y la Rep. Checa el suelo y la superficie siempre están separados²⁰⁰².

Existen, pues, dos sujetos de la relación jurídica: el dueño del suelo y el dueño de las plantaciones (superficiario). ¿Cuál sería el objeto de la eurohipoteca? Este derecho recaería concretamente sobre dos cosas: el derecho de mantener la propiedad separada y todas las facultades que de él se deriven²⁰⁰³.

e) A través de la expresión “cualquier otra carga inmobiliaria” se da cabida a una **multitud de derechos reales gravables** (arts. 106.2 y 107 LH), que podríamos definir como de segundo grado, entre los que podemos citar los siguientes: el usufructo (art. 107.1 LH), las servidumbres personales (art. 107.5 LH), el derecho de retracto (art. 107.8 LH), en el caso del dominio dividido de la enfiteusis el poder de disposición del enfiteuta, el censo y la anticresis²⁰⁰⁴, el derecho de pastos, aguas, leñas, concesiones administrativas, etc.

f) Por último, se hace referencia a la posibilidad de ser objeto de una eurohipoteca la eurohipoteca misma, o sea, la **sub-eurohipoteca**. La

²⁰⁰⁰ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 29 y 30. Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado II, epigrafe 3.1.8.

²⁰⁰¹ En Serbia: “subject of a mortgage may only be land (regardless of whether a building is erected on it) or only a building which is the ownership of the debtor or a third party who gave his/her consent that the asset be encumbered with a mortgage (while urban building land, for instance, is in state ownership)”, en SLIJECPCEVIC, R. M. y BABIC, I., ob. Cit., p. 250; respecto a Bosnia, ver POVLAKIC, M., ob. Cit., p. 48.

²⁰⁰² El acreedor entonces debe vigilar estos aspectos: “Die Bank muss insofern bei der Bestellung des Pfandrechts an Liegenschaften darauf achten, dass Grundstück und Gebäude immer separat im Pfandbestellungsvertrag zu erlangen. Entgegen diesem Grundsatz ist die Judikatur zu dem Schluss gekommen, dass eine unterirdische Anlage oder auch die Wasser als fester Bestandteil eines Grundstücks zu betrachten ist”, ver LEITFADENREIHE ZUM KREDITRISIKO, *Kreditsicherungsrecht in Tschechien...*, ob. Cit., pp. 28 y 29.

²⁰⁰³ SAAVEDRA MONTERO, E., ob. Cit., p. 212.

²⁰⁰⁴ SAAVEDRA MONTERO, E., ob. Cit., pp. 174 y 236.

subhipoteca española se encuentra contemplada en el art. 107.4 LH y existen diversas tesis sobre su naturaleza jurídica, pero todas ellas coinciden en que el objeto de subhipoteca es el conjunto de derechos que le corresponden al acreedor hipotecario cuando se haya dado conocimiento al deudor, que se concretan en: a) la acción de devastación; b) el cumplimiento de la obligación; y c) el ejercicio del *ius distrahendi* o ejecución. No obstante, cuando el deudor pague la obligación la hipoteca y la subhipoteca desaparecen simultáneamente²⁰⁰⁵.

La subhipoteca en el Derecho español recae sobre el derecho de hipoteca, pero como ésta es accesoria de la obligación, ello significa que el acreedor sub-hipotecario está legitimado para ejercitar el derecho de crédito del subhipotecante en la medida necesaria para ejecutar la hipoteca gravada²⁰⁰⁶. La misma doctrina sería aplicable a la eurohipoteca en caso de su aceptación en nuestro ordenamiento jurídico, dado su **carácter contractualmente accesorio**.

En definitiva, bajo el Derecho español podrían ser objeto de hipoteca todos aquellos inmuebles que se incluyan en el listado expuesto; los derechos reales gravables son de gran amplitud, pues coinciden con los previstos por la legislación española; la sub-eurohipoteca se regiría de forma analógica con lo dispuesto para la subhipoteca; y por imperativo legal **estarían excluidos** de eurohipotecarse las servidumbres (salvo determinados casos), los usufructos legales, el uso y la habitación (art. 108 LH), lo que no altera las bases establecida por las BG.

3) En el Derecho español cuando hay una pluralidad de fincas hipotecadas tanto originaria como sobrevenidamente debe establecerse el **régimen de responsabilidad** de cada una ellas (art. 119 LH)²⁰⁰⁷. El problema que se plantea es qué ocurriría cuando una eurohipoteca gravase fincas que se encuentran situadas en diferentes Estados miembros (eurohipotecas

²⁰⁰⁵ SAAVEDRA MONTERO, E., pp. 207 a 209. Ver, también, el estudio sobre la subhipoteca respecto a la garantía de los bonos hipotecarios en NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., pp. 638 y ss.

²⁰⁰⁶ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Jesús, *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 628 y 629.

²⁰⁰⁷ Al respecto vid. *infra*. Epígrafe 2.3.

transnacionales). Esta situación plantea diversas cuestiones:

1. La eurohipoteca sería objeto de inscripción en cada uno de los Registros de la Propiedad donde radiquen los bienes inmuebles objeto de gravamen. La inscripción de estas eurohipotecas y sus formalidades son materias incardinables en la *lex rei sitae*, con lo que se aplicaría la ley del país en el cual está situado el bien inmueble. Ello no obsta a que en un futuro estas formalidades sean únicas en base a un eurorregistro, que ayudaría a resolver los problemas que podrían plantearse por la diversidad de leyes aplicables a la eurohipoteca en estos casos²⁰⁰⁸, p. e. la legislación española podría exigir que el contrato de garantía se formalizase en escritura pública que podría no ser un requisito *sine qua non* en otros Estados miembros.

2. De acuerdo con las BG, el acceso al Registro de la Propiedad determina el rango de los acreedores. Una eurohipoteca que causa asiento registral en diferentes Estados miembros tendría que hacerlo en un mismo momento a efectos de prioridad, aunque ésta podría ser distinta en función de las garantías que ya se hubieran constituido sobre los bienes objeto de la eurohipoteca, lo que obligaría a las entidades de crédito a investigar la situación registral de cada bien inmueble en un momento previo a la constitución de la garantía.

3. En consecuencia, los costes de investigación por parte de las entidades bancarias de la legislación hipotecaria de cada uno de los Estados donde se encuentre la finca gravada podrían no desaparecer aunque se instaurase este instrumento común –eurohipoteca- a nivel europeo, pero disminuyen y se aumenta en seguridad jurídica tanto para el acreedor y deudor hipotecarios como para el hipotecante.

4. Por último, otro problema en el supuesto de eurohipotecas transnacionales es que se utilizaría un mismo contrato de garantía para eurohipotecas que gravan fincas situadas en distintos Estados miembros. Las partes han de tener en consideración la ley del país aplicable a cada eurohipoteca y no pactar disposiciones en el contrato de garantía que vayan en contra estas normas, en cuyo caso no podrían ser alegadas. Así, por ejemplo, aunque las partes pactasen la posibilidad de constituir la eurohipoteca en forma de carta, esta posibilidad podría no ser aceptada en el Derecho español, con lo

²⁰⁰⁸ Ver al respecto *supra*. Capítulo 3º, apartado III, epígrafe 2.3.1.

que este pacto sería ineficaz.

2.2. Las obligaciones garantizadas

2.2.1. En la eurohipoteca

En cuanto a las obligaciones garantizadas tenemos los siguientes puntos en las BG:

1) El apartado 4.1 BG establece que la obligación garantizada es aquella prevista en el contrato de garantía y que otorga a su titular un derecho a recibir un pago en efectivo. Estas obligaciones pueden ser presentes, futuras o de una naturaleza específica y que nazcan periódicamente.

2) La eurohipoteca puede emplearse para garantizar préstamos transfronterizos, aunque también puede servir para asegurar préstamos nacionales dependiendo de la voluntad de las partes.

3) La eurohipoteca no genera intereses (apartado 3.4 BG).

2.2.2. La eurohipoteca bajo Derecho español

En base a los anteriores puntos, su posible funcionamiento en el Derecho español podría ser el siguiente:

1) Partiendo de la base de la amplitud del objeto de la hipoteca desde el punto de vista obligacional (art. 105 LH)²⁰⁰⁹, tenemos:

a) Las **obligaciones presentes** no presentan ninguna dificultad en la hipoteca española, al nacer la hipoteca para garantizar una obligación que existe y que puede determinarse en el Registro con todas sus características (hipoteca de tráfico). En la eurohipoteca, por lo tanto, tampoco deberían plantearse serios problemas, pues no existe ningún obstáculo relativo a la accesoriedad ni a la causa de la garantía.

Respecto a las **obligaciones futuras**, ya se ha comentado la necesidad de que la obligación sea determinada o determinable²⁰¹⁰.

Estas dos clases de obligaciones podrían establecerse conjuntamente

²⁰⁰⁹ “La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil”.

²⁰¹⁰ Vid. *supra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 6.2.

en un **contrato marco**. De esta forma, y sobre la base de la relación finalística a la que aludíamos anteriormente²⁰¹¹, podría establecerse *de lege ferenda* en el contrato de garantía la siguiente cláusula de globalización como propugna la doctrina respecto a la hipoteca global o flotante: “Se garantizan mediante el presente contrato todas las obligaciones derivadas de negocios y operaciones propias de los bancos” o las que tuvieran su fuente en “operaciones regulares del negocio bancario”²⁰¹². Esta sería, en principio, la línea que sigue la Ley 41/2007 cuando hace referencia en la hipoteca de máximo sin pacto novatorio final a la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas (art. 11.4), aunque como ya hemos comentado se queda a medio camino²⁰¹³. Y asimismo es la recomendación del EBRD para alcanzar una hipoteca eficiente en el tráfico jurídico. Cuando realmente es necesario que la obligación esté concretada es en el momento de ejecución de la hipoteca, no antes²⁰¹⁴.

Se trataría propiamente de una relación obligacional básica pero con unos términos laxos, es decir, de una cláusula de carácter general y ecléctica, donde podrían incluirse una amplia variedad de obligaciones entre las partes. De esta forma, no haría falta modificar el contrato de garantía cada vez que el propietario y el titular contraigan una nueva obligación. Se incluirían dentro de la misma cobertura hipotecaria todas estas clases de obligaciones.

b) En cuanto a las obligaciones debidas al futuro titular de la eurohipoteca por un sujeto distinto del garante, es una situación perfectamente lícita en la práctica, y supondría que el propietario asumiría únicamente una **responsabilidad real** con la eurohipoteca, siendo el deudor el **responsable personal** de la deuda²⁰¹⁵.

c) Respecto a las obligaciones de un tipo específico, esta clase de obligaciones encuentran su paralelismo en el Derecho español en la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas (art. 157 LH). No obstante, hay que señalar que esta clase de hipotecas se extinguen por el pago sucesivo de las rentas, es decir, por voluntad del propietario transcurridos 6 meses desde el

²⁰¹¹ Vid. *supra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 6.1.1.

²⁰¹² CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca...*, ob. cit., p. 27.

²⁰¹³ Vid. *supra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 4.2.2.2.4.

²⁰¹⁴ Vid. *supra*. Capítulo 4º, apartado I, epígrafe 4.1.

²⁰¹⁵ Al respecto vid. *supra*. Epígrafe 1.4.

último pago (art. 157.3 LH) y, en todo caso, las partes tienen que pactar su posible redimibilidad²⁰¹⁶. Esta modalidad de hipoteca en ningún caso es perpetua. Por consiguiente, este modelo de hipoteca no podría utilizarse *stricto sensu* (de la misma forma p. e. que la carta hipotecaria con las hipotecas sobre letras de cambio), pero **sienta las bases** para que las partes puedan pactar en el futuro este tipo de obligaciones. Además, la doctrina entiende que puede constituirse a través de una hipoteca de seguridad o de máximo²⁰¹⁷. El legislador español tendría que prever esta modalidad específica que no sería en todo caso extraña en el Derecho español.

En definitiva, la eurohipoteca no iría más allá del Derecho español en las obligaciones totalmente futuras, siendo la legislación hipotecaria española suficiente en este ámbito al estar la obligación determinada o ser determinable (en base a un accesoriedad funcional), aunque *de lege ferenda* debería posible utilizar términos más flexibles que en la actualidad en base a una relación finalística. Un contrato marco con una cláusula general sería la fórmula idónea para la eurohipoteca, sin necesidad de que las partes tuvieran que modificar el contrato de garantía para cada nueva obligación que decidieran garantizar.

2) En el momento en que la eurohipoteca tuviera una regulación a nivel europeo no podría discutirse su uso transfronterizo y menos su uso exclusivamente nacional. Dado que España es miembro de la UE debe aceptar el acervo comunitario y, por lo tanto, no podría restringir ninguna de ambas modalidades. Las principales repercusiones, como ya se ha dicho²⁰¹⁸, serían respecto a la ley aplicable.

3) En el Derecho español es la obligación la que genera los intereses y no el derecho real. Así se desprende de los arts. 1740 y 1755 CC y 314 del CCom., que exigen un pacto expreso por escrito para que el préstamo devengue intereses. Entre las partes, los intereses quedarán incluidos dentro

²⁰¹⁶ ROCA SASTRE, R. M^a., T. VIII, ob. Cit., p. 496.

²⁰¹⁷ En este sentido se pronuncia BADENAS CARPIO, Juan Manuel, "Comentarios y jurisprudencia sobre la hipoteca constituida en garantía de rentas y prestaciones periódicas", en *ADC*, N^o 4, 1996: "Sin perjuicio de las consideraciones que vendrán a continuación, nada empeco que la hipoteca de rentas pueda yuxtaponerse e incluso pactarse bajo la forma de algunas de las hipotecas especiales a que acabo de hacer referencia", pp. 1510 y 1511.

²⁰¹⁸ Vid. *supra*. Epígrafe 2.1.

de la cobertura hipotecaria especificada en el Registro de la Propiedad, pero existen preceptos en la LH que limitan la **cuantía de los intereses** cuando terceros entran en escena –en caso p. e. de adquisición de una vivienda hipotecada-²⁰¹⁹. Los preceptos en cuestión son el 114 LH y el 220 RH, de los cuales se extrae que la hipoteca, respecto a los intereses, no asegurará cuando existan terceros más que los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente (existe la posibilidad de pacto entre las partes, pero nunca por más de cinco anualidades). Dependerá de la política legislativa que se adopte la aplicación de estos artículos a la eurohipoteca, aunque el espíritu y finalidad de esta limitación –protección a los terceros- haría aconsejable su **mantenimiento** para la eurohipoteca, pues entre las partes (acreedor y deudor hipotecarios) este límite no existe²⁰²⁰.

2.3. La hipoteca solidaria

2.3.1. En el Derecho español

En el Derecho español no está admitida con carácter general la denominada “hipoteca solidaria”. La LH únicamente permite esta situación cuando la finca hipotecada se divide en dos o más y el acreedor no consiente

²⁰¹⁹ De acuerdo con la STS de 5 de julio de 2001 [RJ 2001\4992], en referencia a los terceros: “Ante todo, hay que detenerse en el concepto de tercero, que no es el tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria que contempla el principio de la fe pública registral, sino que es simplemente el tercero que no ha intervenido en el contrato de préstamo ni en la constitución de la hipoteca que adquiere la finca e inscribe su adquisición en el Registro de la Propiedad. Este es el criterio que ha seguido esta Sala en la sentencia de 11 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 9318), que ahora se reitera y que dice así: «quien, sin haber intervenido en la hipoteca, adquiere e inscribe el dominio u otro derecho real sobre la finca (Sentencia de 12 de julio de 1941 [RJ 1941, 911]), concepto que, aunque relativo según la jurisprudencia, pues debe cohonestarse con otros inscribientes, no excluye, desde luego a la entidad recurrida que no fue parte contractual en el préstamo, ni sujeto activo o pasivo en la constitución de la hipoteca ya que adquirida la finca gravada en pública subasta...». En el mismo sentido, STS de 24 de julio de 2000 [RJ 2000\6182].

²⁰²⁰ Así se pronuncia p. e. el AAP de Madrid de 10 de noviembre de 2006 [JUR 2006\1156]: “La limitación de intereses establecida en la escritura de préstamo y constitución de hipoteca (cinco años al 11%), de acuerdo con lo establecido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, es en garantía frente a terceros, pero ello no significa que la liquidación de intereses deba quedar reducida a ese límite máximo pues es constante en la doctrina y jurisprudencia, en virtud del principio de especialidad hipotecaria previsto en los artículos 12 y 114 de la Ley Hipotecaria y 219 del Reglamento Hipotecario, desde la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1991, que dichos preceptos plantean y regulan la extensión de la garantía hipotecaria pactada respecto a los intereses devengados por el crédito, frente a terceros, pues fijada así la extensión de la hipoteca, ello afecta a los terceros que contraten fiados en el contenido del Registro en virtud del principio de publicidad, pero, obviamente, no frente al deudor”.

la división de la responsabilidad entre cada una de ellas (art. 123 LH)²⁰²¹. De esta manera, la regla general es la determinación separada de la **responsabilidad hipotecaria** en cada una de las fincas hipotecadas de acuerdo con el principio de especialidad (art. 119 LH).

Las causas que dan lugar al rechazo doctrinal y jurisprudencial de la hipoteca solidaria son las siguientes²⁰²²:

1. El **principio de especialidad**.

2. La conveniencia de no disminuir el **crédito territorial** de una persona sin razón que lo justifique, pues impide formalizar segundas hipotecas al poder absolver el primer acreedor todo su valor (en igual sentido, RDGRN de 3 de mayo de 2000²⁰²³).

Esta causa tiene plena justificación en el ámbito de la hipoteca accesoria. No tendría sentido que varias fincas respondieran por todo su valor dejando al propietario con el temor de que su finca sea la elegida para ser la ejecutada. Ello crea inseguridad jurídica a terceros, al propietario e imposibilita la constitución de una hipoteca posterior al existir un sobreendeudamiento de la finca. La entidad de crédito que concede el préstamo tiene una garantía sólida, pero impide a su vez que el propietario pueda conceder y aprovechar su exceso de garantía para pedir un préstamo con el mismo u otros bancos.

Una práctica generalizada de las hipotecas solidarias en el Derecho español provocaría un estancamiento del préstamo hipotecario (esta es la causa principal de su rechazo).

3. La necesidad de evitar las **maquinaciones** a que se prestan las

²⁰²¹ La RDGRN de 15 de junio de 1993 [RJ 1993\5345] expuso los motivos en contra de esta institución: "En principio, queda prohibido en nuestro derecho la constitución de hipotecas solidarias porque se prestan a maquinaciones del acreedor (que a su arbitrio podría elegir la finca que habrá de responder hipotecariamente del todo), y porque estas hipotecas disminuyen, sin razón que lo justifique suficientemente, las posibilidades del tráfico y del crédito territorial de cada uno de los dueños de las fincas afectadas ya que pende sobre cada una de las fincas resultantes la amenaza de ejecución si no se paga el entero asegurado. Este rechazo de las hipotecas solidarias sufre, no obstante, una excepción (determinada por la necesidad de mantener indemne al acreedor frente a los actos relativos a la finca hipotecada, en los que no interviene -vid art. 405 del Código Civil-) en caso de división de la finca hipotecada realizada unilateralmente por su propietario, sin acordar con el acreedor la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diversas fincas resultantes, pues entonces puede éste exigir la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que haya dividido la primera o contra todas a la vez (vid art. 123 de la Ley Hipotecaria)".

²⁰²² ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ i XIRGO, J., ob. Cit., Tomo IV, pp. 249 y ss.

²⁰²³ RJ 2000\5829.

hipotecas solidarias, pues los segundos acreedores de cada una de las fincas pueden pactar con el primer acreedor (el que tiene la solidaridad a su favor) que ejecute otra de las fincas gravadas.

4. La **solidaridad** no está admitida en el Derecho español como regla general, sino como excepción (arts. 1137 y 1138 CC).

En definitiva, la solidaridad ocasionaría un *sobreendeudamiento* de las fincas hipotecadas, puesto que la hipoteca accesoria no es reducible²⁰²⁴.

2.3.2. En el Derecho comparado

En la mayoría de países europeos está admitida la hipoteca solidaria, es decir, la posibilidad del acreedor de ejecutar cualquier finca a su elección al responder todas ellas por el montante total del préstamo²⁰²⁵.

No obstante, el derecho del acreedor no tiene siempre un carácter absoluto en todos los casos; por ejemplo, en Alemania el acreedor tiene la posibilidad de dirigirse contra todas las fincas por la totalidad de la deuda a su elección (§ 1132.1 BGB), pero siempre y cuando la modalidad de garantía hipotecaria sea la misma en todos los bienes gravados²⁰²⁶. Por su parte, en Lituania se acoge la *joint mortgage* en el art. 4.180 CCL y la *common mortgage* en el art. 4.183 CCL. La primera tiene lugar cuando son gravados varios inmuebles en garantía de una sola obligación y la segunda cuando los inmuebles gravados pertenecen a distintos propietarios. La particularidad en este último caso es que el contrato de constitución de la hipoteca ha de prever el orden de prioridad a la hora de su ejecución. Esta limitación también se aplica si una finca se divide en varias²⁰²⁷. En Suiza es posible garantizar varios

²⁰²⁴ Vid. *infra*. Epígrafe 2.4.

²⁰²⁵ Ver STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 21 y 22.

²⁰²⁶ No es posible combinar una hipoteca en una finca gravada con una deuda territorial en otra, ver ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol 2, ob. Cit., p. 1291.

²⁰²⁷ La división de la finca no afecta en ningún caso al crédito hipotecario, que no sufre ninguna división y permanece en vigor frente a todos los inmuebles resultantes. Cualquier pacto en contrario por las partes se considerará nulo a todos los efectos (art. 4.172.1 CCL). El apartado 2 del art. 4.172 CCL permite que si los bienes gravados resultantes de la división pertenecen a personas distintas, éstas puedan establecer por escrito una preferencia en caso de ejecución, en consonancia con la regla general prevista en la *common mortgage*. En su defecto, decidirá el juez. *A sensu contrario*, el acreedor podría dirigirse contra cualquiera de las fincas si pertenecen a una misma persona sin ningún tipo de limitación (*joint mortgage*), pero el art.

inmuebles en garantía de una sola obligación (§ 798.1 ZGB). En este caso, existe la obligación de delimitar la responsabilidad hipotecaria en el Registro de la Propiedad, que será salvo pacto en contrario proporcional al valor de los inmuebles (§§ 798.2 y 3 ZGB). De esta manera, la responsabilidad hipotecaria se puede modificar por pacto entre las partes; y en Estonia se puede pactar indistintamente la hipoteca solidaria o la distribución de responsabilidad entre las diferentes fincas gravadas (§ 360.2 LP).

Estos casos demuestran que el derecho del acreedor en la hipoteca solidaria puede estar sujeto a determinadas limitaciones. Una excepción a esta norma general la encontramos en Noruega, donde la *joint mortgage* no existe como tal sino que debe hipotecarse cada una de las fincas con una garantía distinta, es decir, el acreedor debe inscribir en el Registro una hipoteca con una cuantía asignada diferente en cada caso. La principal ventaja de este ordenamiento es que el pago de los honorarios registrales es el mismo en todos los casos con independencia de la cuantía de la obligación, con lo que inscribir una hipoteca valdrá exactamente lo mismo ya sea la cuantía de 100 o 1.000.000 de *krones* (moneda de curso legal en este país)²⁰²⁸. Por lo tanto, podría pensarse que, en realidad, no difiere a efectos prácticos el hecho de adoptar una hipoteca solidaria que una hipoteca como la prevista en Noruega. No obstante, entendemos que en sede de ejecución es más útil y eficaz ejecutar una sola hipoteca que varias de ellas.

2.3.3. En la eurohipoteca

El apartado 3.5 BG prevé que la hipoteca pueda recaer sobre diversas fincas, y se refiere expresamente al régimen de responsabilidad solidaria (*joint eurohypotheck*).

2.3.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

4.194 CCL aplica la doctrina anterior y, de esta manera, es el propietario de los bienes gravados quien fija la prioridad en la ejecución. Por lo tanto, en cualquier caso el acreedor va a encontrarse a expensas de la prioridad establecida por un tercero. A efectos prácticos, esta medida está pensada a favor de los propietarios pero no conlleva ninguna consecuencia real para el acreedor porque cada bien responde por la totalidad de la deuda. Al fin y al cabo, podrá ejecutar cuantos inmuebles sean necesarios para recuperar su deuda con independencia del orden de ejecución.

²⁰²⁸ MARTHINUSSEN, H. F., ob. Cit., p. 21.

El art. 119 LH exige la necesaria distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las fincas gravadas, con lo que no existiría ningún problema para adaptarse a las BG. No obstante, es significativo que en los países de nuestro entorno la hipoteca solidaria sea aceptada sin problemas, p. e. en el Derecho portugués, cuya regulación guarda semejanzas con la española.

La hipoteca solidaria no siempre conlleva los efectos negativos que hemos citado. Si una empresa residente en Italia desea obtener financiación para la construcción de un centro comercial en dicho país, para la constitución de un fondo de inversión en España y para la creación de una empresa filial en Francia, es útil para la entidad prestamista tener como garantía varios inmuebles situados en diferentes Estados miembros con la posibilidad de dirigirse contra cualquiera de ellos por el importe total de la obligación. Ello limita el riesgo de la operación para la entidad prestamista y mejora las condiciones del préstamo para el prestatario (p. e. los tipos de interés). Además, la empresa podría buscar financiación de entidades de créditos situadas en otro Estado miembro, que podrían ofrecer mejores condiciones que las situadas en su propio país.

En el Derecho español tiene sentido el rechazo a la hipoteca solidaria porque no existe la posibilidad de reducir la hipoteca a medida que se va amortizando la obligación garantizada, a diferencia de lo que prevé el § 1145 BGB²⁰²⁹. Además, tampoco existe la posibilidad de que el propietario pueda oponerse como mecanismo de protección a que la ejecución se extienda únicamente a los bienes estrictamente necesarios para satisfacer la pretensión del acreedor como sucede en Portugal (art. 697 CCP)²⁰³⁰. Una hipoteca solidaria en el Derecho español, sin ninguna de estas dos opciones, sí que sería perjudicial para el propietario, porque la posibilidad de cancelar parcialmente la hipoteca en caso de amortización parcial de la obligación es insuficiente (art. 124 LH). Las otras fincas seguirían gravadas y respondiendo

²⁰²⁹ Ver al respecto *infra*. Epígrafe 2.4.

²⁰³⁰ MENÉRES CAMPOS, M. I. H., ob. Cit., p. 117. La autora justifica su postura en que “este último –el acreedor– pode não estar em condições de conter o exacto valor dos bens do devedor ou esse valor alterar-se. A hipoteca solidária permite que “a falha de valor verificada num desses bens venha a ser compensada pelo valor de outros: esta hipoteca pode satisfazer, portanto, as necessidades do crédito”, p. 119.

por la totalidad del préstamo. Como veremos posteriormente²⁰³¹, algunos ordenamientos jurídicos sí que combinan ambas posibilidades (hipotecaria solidaria + reducibilidad), como Alemania, Suiza y Noruega. En estos casos la regulación es óptima ya que existe al menos la posibilidad de que los bienes inmuebles puedan volver a ser gravados si el propietario reduce la responsabilidad hipotecaria por la que responde la finca a medida que amortiza el préstamo, respetando el margen del *loan to value*.

El legislador español debería reflexionar en torno a la animadversión hacia esta institución y su posible flexibilización, siempre y cuando se adopten las medidas necesarias para fomentar el crédito territorial y evitar el sobreendeudamiento de las fincas (*Überschuldung*).

2.4. La reducibilidad de la hipoteca

2.4.1. En el Derecho español

En el Derecho español la hipoteca grava la totalidad de la finca hipotecada independientemente de que la obligación vaya amortizándose de forma gradual (arts. 1860 CC y 122 LH)²⁰³². Esta prohibición origina el denominado **principio de indivisibilidad**, que prohíbe que la hipoteca sea reducible, es decir, que parcialmente amortizada la obligación el propietario pueda cancelar el exceso de cobertura hipotecaria.

El principio de indivisibilidad también tiene repercusiones a la hora de estructurar una urbanización por parte del promotor. Pongamos que éste, una vez finalizada la construcción, divide la finca en apartamentos. La problemática se plantea a la hora de concretar qué responsabilidad asumen los adquirentes que se subrogan en la hipoteca una vez dividida la finca en varios apartamentos. En este supuesto nos encontramos ante distintas fases:

1. En un primer momento, el **promotor** garantiza el préstamo concedido por el banco mediante una hipoteca que gravará la totalidad de la finca (art. 104 LH), hasta que la construcción finalice.

²⁰³¹ Vid. *infra*. Epígrafe 2.4.

²⁰³² “La hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada, y sobre cualquiera parte de los mismos bienes que se conserve, aunque la restante haya desaparecido; pero sin perjuicio de lo que se dispone en los dos siguientes artículos”.

2. En un segundo momento, el promotor inmobiliario dividirá las fincas en apartamentos, con aplicación directa de la LPH (arts. 3 y 5) o del CCC (arts. 553-1 y 553-7)²⁰³³. Cuando ello ocurra, y en virtud del art. 123 LH, el acreedor podrá o no consentir la distribución de la responsabilidad hipotecaria²⁰³⁴:

a) Si *consiente la distribución*, cada uno de los apartamentos responderá por la cuantía que se le asigne en el Registro de la Propiedad. Ello supone una gran ventaja porque la LH permite a cada propietario amortizar su hipoteca y cancelar su responsabilidad hipotecaria (art. 124 LH)²⁰³⁵.

b) Si *no la consiente*, por ser un derecho exclusivo del acreedor²⁰³⁶, cada finca responderá por toda la cuantía del préstamo (hipoteca solidaria). No obstante, no existe aquí una hipoteca unitaria, que pueden acordar los propietarios en virtud del art. 218 RH y que impondría al acreedor el deber de llevar a cabo la ejecución contra todo el edificio sin poder dirigirse contra cada piso por separado²⁰³⁷.

3. En un tercer momento, una vez distribuida o no la responsabilidad, los compradores pueden subrogarse en la posición del promotor inmobiliario lo

²⁰³³ En virtud de la ley, entra dentro de su ratio las comunidades de propietarios -constituidas con arreglo a lo dispuesto en el art. 5-, las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el art. 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal, y los complejos inmobiliarios privados, en los términos establecidos en esta Ley. Por consiguiente, el ámbito objetivo de aplicación de la ley es amplio.

²⁰³⁴ “Si una finca hipotecada se dividiere en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor. No verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez”.

²⁰³⁵ “Dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviere gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca. Si la parte de crédito pagada se pudiere aplicar a la liberación de una o de otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor elegirá la que haya de quedar libre”.

²⁰³⁶ Así lo refleja la jurisprudencia, como la RDGRN de 16 de octubre de 1999 [RJ 1999\7673]: “a) Que una vez constituida la hipoteca el constituyente no puede ya unilateralmente alterar el contenido y alcance de ese derecho, que ha pasado a formar parte de un patrimonio ajeno, de modo que la posterior división de la finca gravada realizada sólo por el propietario no puede menoscabar el derecho del acreedor a instar su ejecución tal como jurídicamente existía al tiempo de constitución de gravamen, esto es, como una sola finca y por el precio de subasta único que en ese momento se fijase (hipótesis a la que se refiere el artículo 123 de la Ley Hipotecaria con la expresión «contra todas a la vez»”.

²⁰³⁷ En virtud del cual “cuando los diferentes pisos o departamentos de una casa pertenezcan a diversos propietarios, conforme a lo establecido en el artículo 396 del Código Civil, podrán acordar los dueños de aquéllos la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de la finca, sin que sea necesaria la previa distribución entre los pisos”. Ver también ZURILLA CARIÑANA, M^a Ángeles, *La garantía real y la propiedad horizontal*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 79 y 80.

que, en un principio, convierte a cada uno de todos los adquirentes en codeudores mancomunados –en caso de distribución de la responsabilidad- o solidarios –en caso contrario- de la obligación primitiva de la cual es acreedor la entidad de crédito prestamista. En definitiva, la hipoteca sigue siendo única sobre todo el edificio con la responsabilidad distribuida entre todos los pisos o locales.

4. En un ulterior momento, los terceros adquirentes pueden amortizar la hipoteca gracias a otro préstamo concedido por la misma o diferente entidad de crédito²⁰³⁸.

En este caso hemos de advertir lo siguiente:

1. De la doctrina general se extrae que la obligación es divisible pero no así la hipoteca desde un punto de vista real, por lo que ésta, en puridad, sigue gravando la totalidad del inmueble –arts. 221 LH y 1860 CC-²⁰³⁹. Por consiguiente, si la obligación no se divide ni se distribuye la responsabilidad hipotecaria, el impago de cualquiera de los adquirentes de la finca daría derecho al acreedor a **ejecutar toda la finca** en claro perjuicio del resto de propietarios. Desde un punto teórico, estas consecuencias son posibles. El acreedor podría dirigirse ante el impago de uno de los deudores hipotecarios contra el resto de su misma condición. La legitimación activa del acreedor hipotecario en este caso es plausible ya que el art. 120 LH, en virtud del cual *“fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero, sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos”*, no impide precisamente al acreedor dirigirse contra los bienes hipotecados, sino que simplemente limita la acción hipotecaria del acreedor a la cuantía por la cual estén afectos.

Por lo tanto, desde un punto de vista real para el acreedor hipotecario la hipoteca permanece incólume. Desde un punto de vista obligacional, estas consecuencias perjudiciales para el resto de propietarios pueden solventarse

²⁰³⁸ También es posible que el promotor venda las fincas sobre plano en documento privado, con lo que nos encontraremos ante una compraventa de cosa futura. Una vez la construcción esté plenamente finalizada el comprador podrá subrogarse o amortizar la hipoteca.

²⁰³⁹ Así lo mantiene ROCA SASTRE, R. M^a, Vol. VIII, ob. Cit.,: “En resumen: la distribución de la responsabilidad hipotecaria no implica la división del crédito garantido. Hipotecadas varias fincas en seguridad de un mismo crédito se entienden constituidas tantas hipotecas como fincas, pero no tantos créditos como fincas sean”, p. 242

(y, de hecho, así se solventan en la práctica) a través de la división del crédito hipotecario en tantos créditos como bienes privativos haya²⁰⁴⁰.

2. El adquirente del piso en régimen de propiedad horizontal puede decidir, una vez subrogado, acudir al procedimiento previsto en la Ley 2/1994 para novar el préstamo (art. 4) o subrogar a otra entidad de crédito (art. 2).

2.4.2. En el Derecho comparado

En diversos países existe la posibilidad de que el deudor pueda **reducir** la responsabilidad hipotecaria del Registro de la Propiedad cuando se tiene la certeza de que sólo se va a utilizar una parte de la cuantía máxima establecida. Esta solución es la adoptada en Alemania (§ 1145 BGB), Suiza, Austria, Noruega, Croacia y Estonia (§ 349.2 LP, donde el acreedor hipotecario está obligado a consentir la reducibilidad de la hipoteca)²⁰⁴¹. La solución intermedia es aquella donde ésta sólo es posible si se ha pactado en el momento de constitución del derecho real (Holanda, Polonia, Rep. Checa, Hungría y Rumanía). La solución menos adecuada para el crédito territorial es la que sólo permite la reducibilidad de la hipoteca si se ha amortizado por completo la obligación, lo que equivale a decir que no es posible porque en ese caso ya se habrá extinguido por completo el crédito y se podrá cancelar la hipoteca del Registro de la Propiedad. Esta es la opción seguida por Eslovenia, Bosnia,

²⁰⁴⁰ CARIÑANA, M^a Á., ob. Cit., p. 80. En la RDGRN de 8 de abril de 2002 [RJ 2002\5358], en un caso parecido al presente en donde se quiere dividir crédito y garantía en dos, se acepta finalmente: "Ambos defectos en realidad se reconducen a uno solo, éste es, si es inscribible la modificación de un crédito hipotecario por la que el primitivo crédito e hipoteca se divida en dos, pasando la finca hipotecada a estar gravada con una primera y otra segunda hipoteca en garantía del principal, intereses y costas que corresponden por cada uno de los respectivos créditos. Ciertamente el artículo 1860 del Código Civil y el 122 de la Ley Hipotecaria, establecen la indivisibilidad de la hipoteca, pese a la división del crédito o la deuda, más es evidente que dicho precepto contempla la hipótesis en que tal división se produce sin intervención del propietario del predio gravado o de quienes pudieran ser afectados por la modificación de la garantía real; sin que exista obstáculo alguno al acuerdo entre deudor hipotecante y acreedor hipotecario, cuando no hay gravámenes posteriores sobre el bien afecto, para que convenga el fraccionamiento del crédito y de la propia garantía, de modo que quepa la exigibilidad separada de cada una de las partes resultantes, tanto si se ejercita la mera acción personal, como si se pretende ejercitar la respectiva acción hipotecaria, sin necesidad de cancelar parcialmente la hipoteca preexistente por el exceso entre la primitiva responsabilidad garantizada y una de las fracciones resultantes, y constituir nueva hipoteca en favor de la otra; si la garantía constituida en su día garantizaba todo el crédito del actor, cualquiera de las partes independientes en que éste se fraccione debe seguir garantizado hipotecariamente, con la única particularidad de que ahora las respectivas coberturas reales podrán ser actuadas separadamente".

²⁰⁴¹ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 59.

Serbia²⁰⁴², Ucrania y Lituania²⁰⁴³. También es la regla seguida en Bélgica, ordenamiento en el que no obstante es posible no sólo la cancelación total de la hipoteca sino también su reducción por consentimiento de las partes o por escritura pública (art. 92 LoiH)²⁰⁴⁴, y en Portugal, cuyo art. 696 CCP proclama la indivisibilidad de la hipoteca. Sin embargo, este precepto comienza con la expresión “*salvo convenção em contrário*”, con lo que es necesario concretar hasta dónde las partes pueden pactar la reducibilidad de la hipoteca. El art. 719 CCP permite la reducción voluntaria de la hipoteca siempre y cuando lo consienta el acreedor, siendo aplicable el régimen de renuncia de la garantía. Excepcionalmente, es posible acudir al auxilio judicial si la cuantía de la deuda es menor que los 2/3 del total del montante del préstamo (art. 720.2.a CCP). El propietario tiene en este ordenamiento jurídico mecanismos para luchar contra el régimen de indivisibilidad, con lo que no puede considerarse este régimen como una prerrogativa absoluta.

Es común en los ordenamientos europeos que el promotor de una urbanización constituya una hipoteca para financiar la construcción²⁰⁴⁵. Así, en el Derecho alemán la hipoteca se constituye en un inicio sobre la totalidad del bien inmueble que se desea dividir en apartamentos, lo que constituye una garantía para el prestamista. Con posterioridad se acuerda ante notario la división de la hipoteca entre los diversos apartamentos, aunque es posible también la existencia de una hipoteca solidaria²⁰⁴⁶. En Polonia la norma general es que de la división de la propiedad nazca una hipoteca solidaria, aunque este principio sufre una excepción en la construcción de viviendas en las que se

²⁰⁴² “Namely, the mortgaged immovable as a whole secures the debtor’s claim until full settlement of such claim, regardless of subsequent division of the real property (Art. 63 para. 4 BPRA). According to this, the debtor, even if he has paid a major part of his debt, is not allowed to request from the creditor the return of the pledged asset and cancellation of the mortgage from the land book or any other public registry, until the debt is not settled in full (unless the mortgage creditor agreed to cancel the mortgage), de acuerdo con SLIJEPCVIC, R. M. y ILIJA, B., ob. Cit., pp. 248 y 249.

²⁰⁴³ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 59.

²⁰⁴⁴ El artículo 92 LoiH establece que “Les inscriptions sont rayées ou réduites du consentement des parties intéressées ayant capacité à cet effet, ou en vertu d’un jugement en dernier ressort ou passe en force de chose jugée, ou en vertu d’un jugement déclare exécutoire nonobstant opposition ou appel. Le mandat à l’effet de rayer ou de réduire doit être exprès et authentique”.

²⁰⁴⁵ De acuerdo con el *Report* de la EUI, ob. Cit., p. 78.

²⁰⁴⁶ GUIDO SCHLEIFFER, K., ob. Cit., p. 150.

distribuye la responsabilidad hipotecaria desde un inicio. De esta manera, los adquirentes se subrogan en una parte de la hipoteca sin que nazca una hipoteca solidaria²⁰⁴⁷. Y en Serbia la hipoteca se extiende tanto sobre el solar como los apartamentos una vez se ha procedido a la división de la finca²⁰⁴⁸.

2.4.3. En la eurohipoteca

En virtud del apartado 4.3 BG el propietario tiene derecho a solicitar la redención de la eurohipoteca o de parte de ésta en el caso de que no exista un contrato de garantía válido o si todas las obligaciones garantizadas hubieran sido satisfechas. El propietario tiene derecho a decidir la forma de redención, que podría consistir en la extinción de la eurohipoteca o en su transmisión a su patrimonio o, a elección de éste, a un tercero. En el caso de exceso de garantía o sobrecobertura (*over-collateralisation*), el garante puede solicitar, a su propia costa, la adaptación parcial de la garantía a través de una reducción parcial de la eurohipoteca o a través de una redención parcial. En el caso de una eurohipoteca de vida cartular, el derecho de redención incluye el derecho a recibir la carta.

Por lo tanto, la eurohipoteca es perfectamente reducible por el propietario, que puede asignar el exceso de cobertura a otro acreedor o cancelarlo del Registro de la Propiedad. Esto está de acuerdo con la recomendación del Libro Blanco de 2007 de evitar las *tying practices*²⁰⁴⁹. Este derecho de redención “*no está sujeto a ningún límite temporal o a ningún plazo de prescripción, siempre y cuando la eurohipoteca esté inscrita*”.

2.4.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

En el Derecho español no es posible reducir la responsabilidad hipotecaria de la finca, lo que perjudica en gran medida la movilidad del cliente, lo que precisamente quería evitar el Libro Blanco de 2007. Además, desde el momento en que el acreedor hipotecario tiene una garantía que supera a la obligación garantizada tiene en realidad en su poder un valor sobre la finca,

²⁰⁴⁷ DREWICZ TULODZIECKA, A., ob. Cit., p. 326.

²⁰⁴⁸ ZIVKOVIC, M., ob. Cit., p. 186.

²⁰⁴⁹ Ver respecto a estas prácticas *supra*. Capítulo 4º, apartado I, epígrafe 1.

que no le corresponde. En realidad, como bien ha apuntado la doctrina²⁰⁵⁰, cuando existe un exceso de cobertura hipotecaria nos encontramos ante una **relación fiduciaria** entre acreedor y propietario, en virtud de la cual el acreedor tiene fiduciariamente la sobrecobertura en beneficio del propietario, quien tendría que tener el poder de recuperar ese exceso que no deja de ser un valor creado sobre un derecho real (de propiedad) que pertenece al propietario y, por ende, la facultad indisolublemente unida a este derecho subjetivo de recuperarlo. Por lo tanto, el propietario tendría que tener derecho a recuperar el exceso de garantía y o bien amortizarlo, reutilizarlo o, en su caso, guardarlo, todo ello a criterio del propietario y sin necesidad del consentimiento del acreedor hipotecario. En este sentido, la hipoteca reutilizable²⁰⁵¹ permite de acuerdo con la doctrina *“aprovechar las posibilidades que brinda el valor del inmueble, cuando existe un excedente respecto de la capacidad de endeudamiento del deudor para fines de consumo, habida cuenta de que éste ha amortizado parcialmente el préstamo inicial”*²⁰⁵². La misma idea debería inspirar a la eurohipoteca en el Derecho español.

Además, entendemos que la reducibilidad de la hipoteca no es lo mismo que su indivisibilidad. La división de la hipoteca tendría lugar cuando de una hipoteca se crean dos o más, cada una con su propia responsabilidad hipotecaria y su propio rango. La LH prevé que en el caso de división de la finca la hipoteca se mantiene única, pero se distribuye la responsabilidad hipotecaria entre cada finca (art. 123 LH). Por lo tanto, la asignación de una responsabilidad hipotecaria cuando se divide la finca no implica que se creen dos o más hipotecas (una por cada finca) sino que la garantía permanece única

²⁰⁵⁰ “Así, ¿cómo podría entenderse que un acreedor hipotecario pudiese tener la titularidad de un crédito hipotecario por valor 100€ cuando la deuda por pagar es solamente de 5€? Hasta que no se realice una novación (con los gastos correspondientes), el acreedor hipotecario está poseyendo el 95% de la hipoteca no en beneficio suyo –puesto que no le va a servir para conseguir más capital que los 5€ que se le deben– sino que la tiene fiduciariamente (titularidad fiduciaria) en nombre de su auténtico titular, que es el hipotecante, el cual, por lo tanto, teóricamente debería tener la posibilidad de que se le devolviese el sobrante (ese 95%), no sólo porque le corresponde al no ser necesario para garantizar esos 5€ de deuda sino porque además ello es perjudicial para el crédito territorial (un interés superior que el que pueda tener el acreedor de tener “retenida” para él la finca hasta que se satisfaga toda la deuda) ya que la finca resulta esta innecesariamente sobreendeudada”, ver la opinión de NASARRE AZNAR, S., “El patrimonio fiduciario...”, ob. Cit., p. 764.

²⁰⁵¹ Vid. *infra*. Epígrafe 3.1.1.1.2.

²⁰⁵² CANALS BRAGE, F., *La recarga...*, ob. Cit., p. 83.

e íntegra. Por lo tanto, una cosa es si la hipoteca puede o no dividirse y otra la responsabilidad hipotecaria. En esta línea, el hecho de que la hipoteca se reduzca hasta la cuantía debida por el deudor significa simplemente que se altera su responsabilidad hipotecaria, pero ello no quiere decir ni que la hipoteca se divida en dos originando dos hipotecas completamente distintas ni que deje de subsistir íntegramente sobre el bien hipotecario. No existe una variación en el alcance de la hipoteca respecto a los bienes gravados: la hipoteca subsiste íntegra a favor del acreedor hipotecario sólo que garantizando una cuantía menor, mientras que el exceso se encontraría o bien en manos del hipotecante o de un segundo acreedor a criterio del propio hipotecante.

Respecto a la eurohipoteca, en caso de exceso de cobertura el propietario tendría entonces la posibilidad de redimirla, que comprendería las siguientes facultades:

1) La **redención total o parcial** de la eurohipoteca por el propietario.

En primer lugar, hay que definir qué podemos entender por redención cuando el propietario desea recuperar parcialmente la eurohipoteca. Esta posibilidad se aleja del concepto de cancelación y se acerca más al concepto de modificación que emplea el art. 2.2 LH. La redención, en esta vertiente, no supondría necesariamente la extinción de la hipoteca ni su cancelación del Registro de la Propiedad, sino el tránsito, total o parcial, registral y jurídico de la titularidad de la eurohipoteca del acreedor hipotecario al propietario de la finca gravada. En otras palabras, redimir la hipoteca equivale a su recuperación. En la legislación hipotecaria española el término modificación no abarca el supuesto de redención. Por este motivo, el primer paso sería introducir el término redención en el art. 2.2 LH. En segundo lugar, la hipoteca de propietario no está admitida en el Derecho español²⁰⁵³, con lo que la implementación de la eurohipoteca exigiría una **excepción** a este principio superando el requisito causal contemplado en el art. 1261 CC. En caso contrario, la posibilidad de que pudieran existir varios titulares de la eurohipoteca (el propietario en concurrencia con diversos acreedores hipotecarios titulares de sus respectivas eurohipotecas), deviene jurídicamente

²⁰⁵³ Vid. *supra*. Capítulo 4º, apartado I, epígrafe 4.1.

inviabile, y con ello uno de los beneficios de esta garantía contractualmente dependiente. En Alemania esta recuperación se puede hacer con la *Hypothek*, que se convierte en *Grundschild*, es decir, no es incompatible con la accesoriedad²⁰⁵⁴.

Sobre estas bases, si aplicásemos lo dispuesto por la LH estos cambios **tendrían que hacerse constar en el Registro** por efecto de los arts. 2.2 LH y 7 RH, entendiendo que el propietario está *modificando* –en un sentido lato- el derecho real a través de la redención. Puesto que el art. 3 LH se refiere a todas y cada una de las posibilidades que contempla el art. 2.2 LH, también la escritura pública sería necesaria en el presente caso. Esta sería una dificultad añadida para el propietario que podría encontrar solución a través de una reducción de los costes fiscales de estas dos operaciones. Esta exención impositiva podría encontrar su justificación en el Anteproyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario de 2006²⁰⁵⁵, que preveía una exención en aquéllas escrituras que tuvieran por objeto la cancelación de la hipoteca²⁰⁵⁶, con lo que podría regularse una de igual contenido para las escrituras públicas de redención de la eurohipoteca. Esta exención se ha eliminado en la Ley 41/2007.

La acción que ejercitaría el propietario para redimir la eurohipoteca tendría un **carácter real**, es decir, constituiría una acción real tendente a la recuperación y tránsito de la eurohipoteca al patrimonio del propietario de la finca gravada. Un paralelismo de esta acción la encontramos en la venta a carta de gracia regulada en los arts. 326 a 328 CDCC, que considera el “*derecho a redimir la cosa vendida tiene un carácter real*” (art. 326.2). Este derecho a redimir se ha configurado como un derecho de opción de naturaleza real sometido a un plazo de caducidad (no de prescripción)²⁰⁵⁷. En el modelo propuesto por las BG, a diferencia de la redención de la CDCC, la acción no

²⁰⁵⁴ Ver las posibilidades de crear una hipoteca de propietario, incluida la mencionada, *supra*. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 3.

²⁰⁵⁵ De 27 de octubre de 2006.

²⁰⁵⁶ Art. 9: “1. Se da la siguiente redacción al art. 7 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios: “Estarán exentas las escrituras públicas que documenten las operaciones de subrogación, y cancelación en la modalidad gradual de Actos Jurídicos Documentados”, p. 11.

²⁰⁵⁷ Ver BOSCH CAPDEVILA, E., “Comentari a l’article 122-1 CCC. Caducitat d’accions i altres poders jurídics”, en VAQUER ALOY, A. y LAMARCA i MARQUÈS, A. (Eds.), ob. Cit., p. 298.

caducaría, como sucede en la acción de declaración de nulidad de un contrato.

Las reglas generales de la redención, total o parcial, serían las siguientes:

1. Necesitaría asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad para modificar la responsabilidad hipotecaria –art. 2.2 LH.-.

2. Se inscribiría al propietario como titular de la eurohipoteca hasta su cancelación o posterior cesión.

3. Desde la fecha de presentación de la escritura pública la redención sería plenamente oponible a terceros (arts. 13 y 32 LH).

4. Quedaría especificada la cuantía de responsabilidad hipotecaria que se redime. El propietario debería acreditar tal exceso a través del notario (art. 82 LH), aunque lo ideal sería mediante un certificado de la entidad bancaria titular de la eurohipoteca que resulta redimida acreditando que existe un exceso entre las obligaciones garantizadas y la eurohipoteca.

5. Por último, cabe decir que la obligación no accedería al Registro, únicamente la *responsabilidad real* que cada titular tiene sobre el inmueble gravado.

Así, cualquier tercero interesado podría acceder al Registro para tener conocimiento de quién es el titular de la eurohipoteca en cada momento y la responsabilidad hipotecaria utilizada por cada uno de los eventuales titulares.

El esquema sería el siguiente:

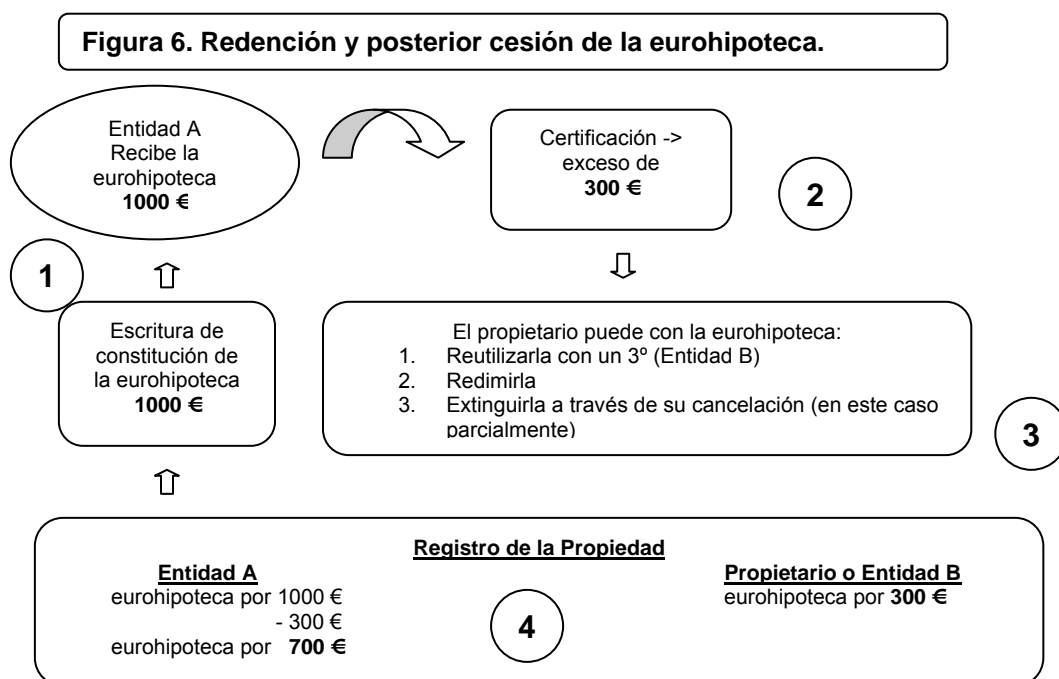
1. El propietario constituye la eurohipoteca en favor de la entidad de crédito A por 1.000€.

2. Si existe un exceso de cobertura, la entidad de crédito A debería acreditarlo mediante un certificado, en este caso 300€ (la redención también podría ser total).

3. El propietario, a su libre voluntad, podría ceder todo o parte de la responsabilidad hipotecaria que ha redimido a un titular diferente (en este caso, la entidad de crédito B por valor de 300 €), extinguirla por esa cantidad o quedársela (esta última opción, como se ha dicho, no estaría vigente en el Derecho español a no ser que se exceptione el principio causal).

4. Si opta por la redención, se realizaría una doble inscripción: 300€ al propietario y una reducción de la cuantía del Prestamista A en esos 300€.

En la siguiente **Figura 6** puede observarse el posible funcionamiento de la redención bajo Derecho español.



2) La **redención extintiva parcial** de la eurohipoteca. El propietario no desea la titularidad del exceso de eurohipoteca sino simplemente reducir el montante total de la garantía en el Registro de la Propiedad. Esta redención extintiva parcial se articularía en el Derecho español a través de la cancelación parcial del art. 80.2 LH, que faculta al propietario a obtenerla cuando se reduzca el derecho inscrito o anotado (en nuestro caso, la eurohipoteca).

De esta forma, la responsabilidad hipotecaria se vería reducida y el propietario podría utilizar el valor restante del bien inmueble para constituir una eurohipoteca con una función de garantía con otro acreedor distinto o, en su caso, y siempre y cuando el legislador español permitiera tal posibilidad, atribuir otra causa distinta a la eurohipoteca (p. e. compraventa).

La cancelación, al contrario que en la redención, sí que está expresamente prevista en el art. 2.2 LH *-extinción-*, que debería hacerse por escritura pública (art. 3 LH). Si con anterioridad hemos apuntado que la redención podría obtener un beneficio impositivo sobre la base del Anteproyecto de Ley de 2006, que concedía este beneficio a las escrituras de cancelación de préstamos hipotecarios, el mismo razonamiento sería aplicable

a fortiori al presente caso.

3) La **cesión de la eurohipoteca a un tercero**. El propietario, si así lo desea, podría ceder directamente el exceso de garantía a otro acreedor. Esta cesión debería realizarse en unidad de acto ante notario en presencia del acreedor primitivo, quien acreditaría este exceso, el propietario y el nuevo titular. En puridad, la escritura pública encerraría dos operaciones distintas: por un lado, el ejercicio del propietario de su facultad de redención de la garantía y, a su vez, la cesión de dicha cantidad al nuevo titular. Ello permitiría economizar gastos para las partes. En el Registro de la Propiedad se reduciría la responsabilidad hipotecaria del acreedor primitivo y se inscribiría la eurohipoteca perteneciente al nuevo titular. No obstante, también cabría la opción de incluir a un nuevo acreedor a través de una novación del contrato de garantía²⁰⁵⁸.

La facultad de redención plantearía serios problemas en el supuesto de que finalmente se admitiese en el Derecho español la hipoteca de vida cartular. De la interpretación de esta cláusula de las BG puede aventurarse que cuando el propietario desee redimir y así lo permita el contrato de garantía, que se endosaría con la eurohipoteca, debería acreditar el exceso de garantía de la misma forma que en la eurohipoteca de vida registral. En ese caso, debería inscribirse en el Registro de la Propiedad la cuantía redimida.

En definitiva, el Derecho español no permite la facultad de redención porque la hipoteca es indivisible. El art. 122 LH debería modificarse de *lege ferenda* y permitir que el propietario pudiera disponer del valor de su finca de la forma que considere conveniente (lo que dinamizaría el crédito territorial), ya que el principio de indivisibilidad no impide la reducibilidad de la hipoteca. Por lo que respecta a la cancelación parcial y la cesión de la eurohipoteca a un tercero, no plantearían problemas prácticos, siempre y cuando en este último caso se permitiera la reducibilidad de la garantía hipotecaria.

²⁰⁵⁸ Vid. *infra*. Epígrafe 3.1.4.

3. Novación

3.1. La novación de la obligación y la subrogación

3.1.1. En el Derecho español

3.1.1.1. La novación

3.1.1.1.1. Doctrina general

La posibilidad de alterar los términos de una obligación se instrumenta en el Derecho español a través de una “**novación**”, que es la sustitución de una relación obligatoria por otra. Esta figura presenta dos modalidades diferentes: la extintiva o propia y la modificativa o impropia²⁰⁵⁹, dependiendo del alcance e interpretación de los arts. 1203.1 (“*Las obligaciones pueden modificarse: 1. Variando su objeto o sus condiciones principales*”) y 1204 CC (“*Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles*”).

Actualmente, la jurisprudencia considera en base a los artículos transcritos que la regla general en sede de obligaciones es la **novación modificativa**, cuando no habiendo declaración terminante de extinguir la obligación, la alteración introducida -ya afecte a condiciones accidentales, al objeto o a condiciones principales- no suponga, al no ser incompatibles, que la primera obligación deba extinguirse necesariamente –subsistiendo, por consiguiente, el derecho real- (STS de 24 de octubre de 2000)²⁰⁶⁰. Si la

²⁰⁵⁹ A tenor de la SAP de Madrid de 17 de marzo de 2001 [AC 2001\1993]: “Nuestro ordenamiento ha incorporado una concepción amplia con base en la libertad contractual sancionada en el artículo 1255 del Código Civil facultando en los artículos 1203 y 1207 a «sensu contrario» del mismo Cuerpo Legal a los estipulantes para modificar las obligaciones variando su objeto o sus condiciones principales, lo que permite incluir dentro del instituto de la novación no sólo la figura tradicional o «extintiva» -también llamada propia-, que se traduce en una extinción de la obligación existente mediante la constitución de una nueva obligación que venga a ocupar el lugar de aquélla; sino también la «modificativa» -denominada doctrinalmente impropia-, que surge de la mera variación de un crédito existente sin destruir su identidad”. Ver también las SSTS de 22 de noviembre de 1982 [RJ 1982\6554] y 18 de octubre de 1993 [RJ 1993\7740].

²⁰⁶⁰ RJ 2000\9587. Ver, también, la doctrina sentada por la STS de 29 de diciembre de 2003 [RJ 2004\358], en lo relativo a los requisitos para la existencia de novación y su apreciación por el juez que conozca el asunto, independientemente de lo que aleguen las partes.

obligación se extingue por novación, la hipoteca también seguirá el mismo camino a causa de su accesoria. Sin embargo, en sede de derechos reales la novación se interpreta de forma restrictiva, de tal forma que provoca la extinción del derecho real. Así lo reflejan el TS y la DGRN en diferentes resoluciones²⁰⁶¹. El cambio de objeto del derecho real, cual es el derecho de propiedad de la finca original por otra diferente o, en su caso, el derecho sobre el cual recaiga la hipoteca, provoca la extinción del derecho real.

En consecuencia, la novación de la obligación está permitida en el Derecho español sin necesidad de extinguir el primitivo vínculo obligacional. La jurisprudencia, antes del año 1994, había sido coherente respecto a esta doctrina general de la novación modificativa al señalar, en relación al préstamo hipotecario específicamente, que no constituye novación extintiva de la relación obligatoria ni el cambio del tipo de interés ni el cambio de su forma de pago, que pasa a hacerse mensualmente en vez de por trimestres (STS de 29 de enero de 1982²⁰⁶²).

Esta tendencia jurisprudencial se recogió en la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (art. 9), la cual permite modificar los tipos de interés, los plazos de amortización del préstamo y otras cláusulas con un beneficio fiscal²⁰⁶³. La Ley 2/1994 recogió legalmente la novación modificativa del préstamo hipotecario manteniendo la misma garantía hipotecaria²⁰⁶⁴. El ámbito objetivo de aplicación de esta ley se había visto

²⁰⁶¹ Ver STS de 16 de marzo de 2006 [RJ 2006\5724] y RDGRN de 20 de octubre de 1998 [RJ 1998\8152]: “Así como en el campo de los derechos de crédito la novación modificativa es la regla general, al punto de que sólo tendrá alcance extintivo y sustitutivo en el caso de que, aparte de que así se pacte, desemboque en una incompatibilidad total entre la antigua y nueva obligación (artículo 1204 del Código Civil), siendo la variación de su objeto uno de los supuestos novatorios (artículo 1203.1.º), en el de los derechos reales el especial objeto de la relación jurídica, un determinado ámbito de poder sobre una cosa, la regla general ha de ser la contraria, la sustitución del objeto implicará el nacimiento de un nuevo derecho con extinción del anterior. Este principio se refuerza, si cabe, en el derecho de hipoteca que, recuérdese, sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad se constituye (artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1876 del Código Civil) para la que el carácter constitutivo de su inscripción (artículos 145 de la Ley Hipotecaria y 1875.1.º del Código Civil), unido al rango registral que atribuye (artículo 17 de la Ley Hipotecaria), las exigencias del principio de especialidad registral (artículo 13 de la Ley Hipotecaria), el juego de la legitimación (artículo 38), y su extensión objetiva (artículos 109 y siguientes), impiden admitir que quede subsistente si se sustituye el objeto sobre el que recae”.

²⁰⁶² RJ 1982\335.

²⁰⁶³ Vid. *infra* en este mismo epígrafe.

²⁰⁶⁴ La doctrina también se ha posicionado a favor de esta novación modificativa, y que no atenta contra el principio de accesoria, pues no se sustituye una obligación por otra de

restringido a los intereses o plazos de amortización (art. 4). Así, las partes **sólo** podían pactar las siguientes operaciones gozando de un beneficio fiscal:

1. Disminuir el tipo de interés aplicable e, incluso, aumentarlo (ver Resolución de la Dirección General de Tributos (en adelante, RDGT) de 21 de septiembre de 2001²⁰⁶⁵).

2. Modificar el índice de referencia y su correspondiente diferencial (por ejemplo, pasar del IRPH al EURIBOR), admitida de forma expresa por la RDGT de 6 de marzo de 2006²⁰⁶⁶.

3. O cambiar de tipo de interés variable a fijo o viceversa. Si bien su articulado parece referirse únicamente a los intereses variables, hemos de entender que también es aplicable a los intereses de tipo fijo, pues el art. 1 no los excluye y es el criterio lógico de interpretación de las normas de la ley²⁰⁶⁷. En caso de modificación de los tipos de interés fijos a variables, estos intereses se fijarán conforme a una cantidad máxima, continuando el capital sujeto a las disposiciones de la hipoteca de tráfico u ordinaria y los intereses como si fuera una de seguridad²⁰⁶⁸.

nueva, y no es necesario modificar la cobertura hipotecaria, pues ello sólo ocurre cuando la cobertura hipotecaria es incompatible con el nuevo contenido de la obligación (se vulneraría el principio de especialidad, como cuando se altera el plazo de cobertura de los intereses), ver DE LA PUENTE ALFARO, F., "Novación de la obligación accesoria de intereses y modificación de la cobertura hipotecaria", en *RCDI*, Núm 690, 2005, pp. 1369 y ss. Hemos de entender que la cobertura hipotecaria subsistirá, pues, bien si el plazo o el *quantum* máximo de cobertura de intereses quedan determinados sin modificación ni contradicción con los previstos con anterioridad.

²⁰⁶⁵ JUR 2001\120727: "Por otro lado, la novación modificativa del préstamo hipotecario existente anteriormente en la que se procede al incremento del tipo de interés aplicable. Esta convención queda sujeta al gravamen de Actos Jurídicos Documentados, si bien podrá acogerse a la exención prevista en el artículo 9 de la Ley 2/1994, en la redacción otorgada por la Ley 14/2000". La DGT está regulada en el Real Decreto 1127/2008, de 4 julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Economía y Hacienda (BOE 9 julio 2008, núm. 165, [pág. 29950]).

²⁰⁶⁶ JUR 2006\139325: "CONCLUSIONES: Primera: La escritura pública que documente la operación de novación de un préstamo hipotecario consistente en la modificación del índice de referencia y el diferencial a adicionar al mismo, sin modificar la moneda en la que debe satisfacerse la deuda, está sujeta a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del ITP, si bien estará exenta de dicho gravamen, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, siempre que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1.º de dicha Ley".

²⁰⁶⁷ De acuerdo con UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, "Aspectos civiles de la Ley 2/1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios", en *AC*, N° 4, 1994, pp. 788 y 789.

²⁰⁶⁸ La exigencia de la fijación de los intereses como un máximo deriva del principio de especialidad y de la imposibilidad de fijar su importe como en la hipoteca tradicional, claramente determinados. En este sentido, ver la RDGRN de 9 de febrero de 2001 [R]

Las siguientes operaciones quedaban, entonces, **excluidas** del beneficio fiscal:

1. El cambio en la divisa (ver RDGT de 6 de marzo de 2006). Atendiendo a la RDGT de 21 de marzo de 2005²⁰⁶⁹, donde concurre la modificación del tipo de interés con un cambio de divisa, la posibilidad de alterar más cláusulas que las previstas en la Ley 2/1994 no da opción a tener un beneficio fiscal²⁰⁷⁰.

2. La ampliación del plazo, en el caso de no modificar la garantía hipotecaria, pues ésta no origina liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITP y AJD²⁰⁷¹, ver RDGT de 20 de diciembre de 2001²⁰⁷²). Si no se origina liquidación por este impuesto, no tiene sentido aplicar la Ley 2/1994 que tiene como principal finalidad, precisamente, disminuir la presión fiscal de estas operaciones.

3. Por exclusión, todas aquellas operaciones que no estén incluidas en el apartado anterior y que afecten directamente al derecho real de hipoteca.

El alcance de las modificaciones dependerá en todo caso de la autonomía de la voluntad de las partes, principio general en el derecho contractual español (con base en el art. 1255 del CC).

El art. 13.2 de la Ley 41/2007 incide de forma directa sobre la novación de los préstamos hipotecarios, añadiendo al art. 4 de la Ley 2/1994 un segundo y tercer párrafos, que son los siguientes:

2002\2150] que recoge la doctrina al respecto: “Es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid Resoluciones de 12 de julio de 1996, 9 de octubre de 1997 y 3 de diciembre de 1998), que «la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios cuando son variables, pertenece al grupo de la hipoteca de seguridad, lo que exige la fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dicho interés, tope que, en cuanto especificación delimitadora del contenido del derecho real, opera a todos efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen entre aquél y el tercer poseedor o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca gravada, adquiridos a título oneroso o gratuito”.

²⁰⁶⁹ JUR 2005\96338.

²⁰⁷⁰ “En consecuencia, a la escritura pública de novación de préstamo hipotecario consistente en la modificación del tipo de interés mediante el cambio del índice de referencia, así como en la modificación de la moneda en la que ha de amortizarse el préstamo, que puede pasar de euros a una cesta de divisas, que todas ellas tienen un cambio oficial frente al euro, tampoco le resulta de aplicación la referida exención, ya que su contenido excede del amparado por dicha exención”.

²⁰⁷¹ Cuya regulación se contiene en el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (BOE 20 octubre 1993, núm. 251, [pág. 29545]).

²⁰⁷² JUR 2002\76456.

Parte II. La hipoteca en Europa. La creación de un mercado hipotecario europeo

“2. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 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 del plazo;
- iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente 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 o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen 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”.

Junto con la posibilidad de ampliar el capital si no se incrementa a su vez la responsabilidad hipotecaria, la Ley 41/2007 añade a la Ley 2/1994 otros elementos susceptibles de ser novados, como el método de amortización del préstamo (p. e. pasar de un período mensual a uno trimestral) o la modificación de garantías personales (p. e. un aval o fianza), pero tiene especial interés la fórmula abierta que emplea el legislador al prever como elementos susceptibles de novación “*cualquiera otras condiciones financieras del préstamo*”. Esta previsión legislativa supone un auténtico cajón de sastre para incluir todos aquellos elementos propios del préstamo de naturaleza financiera (donde podríamos incluir p. e. la cláusula de “suelo”, que protege a la entidad bancaria en casos de descenso de los tipos de interés; la prohibición de constituir nuevos gravámenes sobre la finca a favor de terceros sin el consentimiento de los prestamistas; o la posibilidad de participar (titulizar) el préstamo sin necesidad de consentimiento del deudor.

Los documentos notariales están sujetos al ITP y AJD. Por lo tanto, en

un principio, toda novación que efectúen las partes y que pretendan reflejar en escritura pública y/o en el Registro de la Propiedad estará sujeta a este impuesto. No obstante, el art. 45.I.C.23 del Real Decreto 1/1993 prevé una **exención** para los casos previstos en la Ley 2/1994 (art. 9)²⁰⁷³. En la práctica bancaria podía suceder que en la misma escritura pública de novación modificativa de las condiciones del préstamo se pactasen otras condiciones no contempladas por la Ley 2/1994. La cuestión a dilucidar es la aplicabilidad de la exención prevista en el art. 9 de la Ley 2/1994 cuando las partes añadan o alteren otras condiciones excluidas por la ley y, por lo tanto, no susceptibles, en un principio, de exención. La resolución RDGT de 21 de marzo de 2005 argumenta que *“entender lo contrario, supondría la aplicación de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos una exención, lo que está vedado de acuerdo con el art. 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria”*. Entendida esta resolución en sus justos términos, y por efecto de la interpretación restrictiva que reciben las exenciones en el orden tributario, las partes no pueden beneficiarse de la exención prevista en la Ley 2/1994 si el objeto de la novación tiene un alcance mayor que el previsto en esta Ley. Esta doctrina se ha visto refrendada por el mismo órgano en base a la Ley 41/2007, cuyas modificaciones *“no han alterado la tributación en el ITPyAJD de las novaciones modificativas de préstamos hipotecarios en las que se modifica la moneda designada para su amortización, que pasa a divisas, que se mantiene en los términos expuestos”* (Resolución de 24 de abril de 2008²⁰⁷⁴). Por lo tanto, el cambio de divisas no puede beneficiarse del beneficio fiscal previsto en el art. 9 de la Ley y deberá tributar por el ITP y AJD, con lo que es criticable que la Ley 41/2007 no haya previsto expresamente que pueda novarse todo el clausulado del contrato de crédito o préstamo. Ello no significa, empero, que las partes no puedan modificar otras cláusulas del préstamo hipotecario que afecten directamente al derecho real de hipoteca, aunque ello impediría poder aplicar alguna exención a la escritura pública, como sucedía en

²⁰⁷³ En virtud del art. 9 de la ley: “Estarán exentas en la modalidad gradual de *Actos Jurídicos Documentados* las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, siempre que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley y la modificación se refiera a las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, a la alteración del plazo del préstamo, o a ambas”.

²⁰⁷⁴ JT 2008\755.

el caso citado²⁰⁷⁵.

La extralimitación de las partes no afectaría únicamente al beneficio fiscal en la escritura pública que documente la operación de novación, sino que tampoco resultaría de aplicación la cuantificación que la Ley 2/1994 contempla para el cálculo de los honorarios notariales o registrales (art. 8)²⁰⁷⁶.

Las anteriores consideraciones tienen un fiel reflejo en la *praxis*. Las partes solían alterar un contenido más amplio que el previsto en la Ley 2/1994 en la escritura de novación, siempre y cuando no se alterase el derecho real de hipoteca (p. e. la responsabilidad hipotecaria), aunque la tendencia es modificar lo menos posible.

Estas modificaciones afectarán al préstamo y no tendrán acceso al Registro de la Propiedad al no tener naturaleza real, pero ahora con la Ley 41/2007 parece que se aplica la exención a nuevos supuestos.

Respecto a la **forma**, a tenor del art. 9 de la Ley 2/1994 procederá la aplicación de la exención a “*las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios*”, con lo que el precepto exige que la novación se articule en escritura pública (el mismo criterio se sigue en la Ley 41/2007). Las partes tienen la elección de constituir o no estas modificaciones en escritura pública, pero si pretenden que éstas afecten a terceros deberán hacerlas constar en el Registro de la Propiedad (art. 38 LH)²⁰⁷⁷, salvo que tuvieran

²⁰⁷⁵ Postura aceptada por la DGRN si atendemos a sus Resoluciones de 30 de octubre de 2001 [RJ 2002\2701] y 26 de mayo de 2001, en las que la modificación se realiza en unidad de acto y el registrador lo permite aunque, claro está, sin aplicación de los beneficios fiscales: “De los cuatro defectos de la nota de calificación ha de revocarse claramente aquella parte del último que hace referencia a la extralimitación del negocio respecto del contenido de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios a cuyo amparo se dice otorgado, pues en nada afecta a su validez, al margen de que le sean o no aplicables los beneficios de tipo fiscal y arancelarios en ella previstos, ni formalmente puede excluirse que una novación de préstamo atemperada a las exigencias de dicha Ley pueda coexistir con un contenido negocial más amplio”.

²⁰⁷⁶ “Para el cálculo de los honorarios notariales y registrales se tomará como base la cifra del capital pendiente de amortizar en el momento de la subrogación, y se entenderá que el documento autorizado contiene un sólo concepto”.

²⁰⁷⁷ La naturaleza constitutiva del Registro de la Propiedad es reducida, pues sólo alcanza a la hipoteca y otros derechos reales (arts. 2.2, 13 y 32 LH). La función de publicidad formal del Registro (no produce en ningún caso efectos sustantivos), provoca que la inscripción sea voluntaria para las partes. Fiel reflejo de esta situación es el art. 144 de la LH (y, relacionado con él, el art. 240 RH) que contempla, en términos amplios, la posibilidad de hacer constar en el Registro de la Propiedad todo hecho o convenio entre las partes, en donde podemos incluir la novación del préstamo hipotecario, que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria

conocimiento de las mismas por mecanismos ajenos al Registro²⁰⁷⁸.

Por lo tanto, es *conveniente* la escritura pública y su inscripción registral por los efectos *erga omnes* que otorga el Registro de la Propiedad y por gozar esta operación de un beneficio fiscal (exención) en el ITP y AJD (art. 9 2 Ley 2/1994, costes que conciernen a la escritura pública). A pesar de ello, en la **práctica bancaria** no todas las novaciones acceden al Registro. Así los bancos y cajas de ahorro alteran con frecuencia determinadas condiciones del préstamo como el diferencial del índice de referencia –p. e. del EURIBOR-, mediante un documento privado (con un formulario propio preestablecido), sin plasmar los cambios en escritura pública y sin acceso al Registro de la Propiedad.

La inscripción es del todo recomendable, pues en caso de cesión del préstamo hipotecario a un tercero ex art. 149 LH o en caso de que se participen en un fondo de titulización hipotecaria (art. 15 LMH), los deudores corren un gran riesgo de que no se respeten las condiciones que había pactado con la entidad bancaria prestamista²⁰⁷⁹.

3.1.1.1.2. En la hipoteca ordinaria. La hipoteca reutilizable

Antes de la Ley 41/2007 la **ampliación del préstamo hipotecario** daba lugar a problemas prácticos para el acreedor y deudor hipotecarios en la hipoteca ordinaria. El art. 144 LH exige la constancia registral de todas las modificaciones del préstamo hipotecario para su eficacia frente a terceros, con lo que será necesaria la inscripción de esta ampliación si se pretende dicho efecto. Por lo tanto, una vez la ampliación del préstamo hipotecario haya tenido acceso al Registro de la Propiedad (p. e. de un total de 10.000 € se amplía a 15.000 €), ésta será plenamente oponible, pero el comportamiento de la hipoteca no es igual ni para el préstamo primitivo ni para el nuevo:

anterior, pero exige esa constancia registral como requisito de su eficacia frente a tercero (por ejemplo, un cesionario del crédito hipotecario).

²⁰⁷⁸ La Ley 2/1994 no hace referencia alguna a la constatación registral de la novación con lo que se aplican las reglas generales, siendo la forma del asiento el de inscripción y la aplicación de los efectos del art. 144 de la LH, de acuerdo con LÓPEZ LIZ, José, *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 209.

²⁰⁷⁹ Respecto a los problemas en la participación de un préstamo hipotecario a un fondo de titulización hipotecaria, ver NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., pp. 779 y ss.

a) en *primer lugar*, tenemos el préstamo hipotecario preexistente (10.000 €), es decir, la hipoteca original sin ampliación, con la preferencia o prioridad que le dé su fecha de inscripción y en cuanto a las cantidades garantizadas por ésta;

b) en *segundo lugar*, tenemos la responsabilidad hipotecaria resultante de la ampliación, pero con eficacia limitada a partir de la fecha de su inscripción y en cuanto a la nueva y distinta suma garantizada (5.000 €)²⁰⁸⁰.

Por consiguiente, nos encontramos, siguiendo a la DGRN, con una única hipoteca pero con dos rangos o prioridades distintas (una para cada préstamo), estructura que ha sido fuertemente criticada por la doctrina por su falta de coherencia²⁰⁸¹.

La principal innovación de la Ley 41/2007 es la posibilidad de incrementar o reducir el capital del préstamo hipotecario sin pérdida de rango. Esta previsión supone un cambio respecto a la doctrina de la DGRN que acabamos de exponer. Lo que pretende la Ley 41/2007, de acuerdo con las Conclusiones del Colegio de Registradores, es introducir la hipoteca “reutilizable” a imagen del Derecho francés²⁰⁸²: parcialmente amortizado el préstamo, el deudor podrá reutilizar la cantidad satisfecha con el mismo acreedor dentro de la misma cobertura hipotecaria y sin necesidad de constituir

²⁰⁸⁰ Ver RRDGRN de 8 de junio de 2002 [RJ 2002\8989], 17 de enero de 2002 [RJ 2002\4588] y 2 de septiembre de 2005 [RJ 2005\6940]). Podría plantearse que, en realidad, nos encontramos ante una novación, pero las resoluciones lo niegan tajantemente: “Del contenido del documento calificado resulta claro que lo expresamente querido por las partes, y así lo declaran, es la subsistencia de la obligación inicial aunque ampliado su contenido u objeto, quedando por tanto excluido cualquier ánimo novatorio con alcance extintivo (cfr. artículo 1204 del Código Civil) y tampoco puede apreciarse una clara incompatibilidad entre la obligación preexistente y la que surge de su ampliación que conduciría al mismo resultado pues, excepción hecha del «quantum» no hay variación en sus elementos esenciales, ni se ha producido una renovación del contrato que le dio vida”.

²⁰⁸¹ “Nótese que la hipoteca ampliada sigue siendo la misma y la Dirección general entiende que existen dos rangos diferentes para la misma cuando existen terceros, lo que lleva a concluir que existe una dualidad de rango para una misma hipoteca, algo inadmisibles en nuestro derecho, aparte que esta situación provoca que el crédito, que se considera como una unidad, no pueda considerarse como tal desde el momento en que aceptamos tal dualismo de rangos, pues ello igualmente afectará al crédito que ya no podrá considerarse unitariamente (y en tal caso, no puede tolerarse que un mismo crédito quede garantizado con dos hipotecas), ver las conclusiones de CANALS BRAGE, F., “La ampliación del Derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado: algunas observaciones a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)”, en *RCDI*, Núm. 678, 2003, pp. 2294 y ss.

²⁰⁸² Conclusiones del 3er congreso de Registradores de España, realizado en Granada el 1 de noviembre de 2006, p. 7. Puede consultarse en la web <http://www.notariosyregistradores.com/> (consultado el día 13 de abril de 2010).

una nueva hipoteca.

Por consiguiente, esta regulación introduce un mecanismo de refinanciación que no estaba presente en el Derecho español, incrementando la flexibilidad de la hipoteca.

No obstante, la doctrina alude a diversos problemas en los que incurre la Ley 41/2007 al regular la hipoteca reutilizable o “recargable”. Por ejemplo, ni el texto de la Ley ni su Exposición de Motivos aluden expresamente al término “recarga”, y tampoco sería posible esta operación atendiendo al principio de accesividad, cuya flexibilización exigiría que la Ley lo dijera con claridad, hecho que no habría tenido lugar²⁰⁸³. Además, aceptar la “recarga” supondría una reserva de rango, no admitida por la DGRN, y la alusión de la Ley 41/2007 a que la ampliación del capital no supondrá una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando implique un incremento de la cifra de *responsabilidad hipotecaria* estaría mal formulada, porque esta última expresión está reservada en el art. 12 LH a las hipotecas de seguridad, mientras que para la hipoteca ordinaria se utiliza la expresión *el importe del principal de la deuda*. En consecuencia, no podría aceptarse la introducción de la hipoteca reutilizable en el Derecho español ya que una reforma de este calado exigiría una regulación clara y acorde con su importancia²⁰⁸⁴.

Creemos que la *ratio legislatoris* que subyace bajo la Ley 41/2007 ha

²⁰⁸³ DELGADO RAMOS, Joaquín, *Los principios hipotecarios tras la Ley 41/2007 de reforma del sistema hipotecario*, en www.notariosregistradores.com, 2008 (consultado el día 13 de abril de 2010); y BOTÍA VALVERDE, Antonio, *Hipoteca recargable y novación*, en www.notariosregistradores.com, 2008 (consultado el día 13 de abril de 2010). Un peligro que destaca este autor es que los terceros acreedores verían como el primer acreedor puede desembolsar las cuantías que desee al deudor hipotecario, destinándolas incluso a satisfacer préstamos personales que antes no estaban garantizados: “Y finalmente, y ésta es quizás la mayor crítica que se puede hacer a la Ley 41/2007, aceptar la recarga supone romper con el sistema de igualdad de condición de los acreedores, en tanto que un Banco o Caja podría, a costa de otros acreedores obtener una preferencia no basada en el criterio “prior tempore potior iure” sino en su condición de entidad de las que recoge el artículo 2 de la Ley 2/1981 de regulación del mercado hipotecario en tanto que, estando anotado o inscrito el derecho de un acreedor posterior, se permitiría a Bancos y Cajas refinanciar deudas no garantizadas utilizando para ello una hipoteca anterior relativa a otro crédito ya total o parcialmente inexistente por pago aunque no cancelada registralmente, ocasionando con ello un perjuicio a dichos terceros y todo ello sin un claro precepto legal que así lo sancione”.

²⁰⁸⁴ Estas son las reflexiones de VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel, “La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable”, en *Jornadas sobre la 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*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, pp. 208, 209, 223 y 224.

sido introducir la hipoteca reutilizable y que la regulación actual es **suficiente** aunque **deficiente**:

a) En primer lugar, porque los inspiradores de la reforma pretendían que *“la ampliación o reducción de capital tenga el mismo tratamiento que la ampliación del plazo o de las condiciones de tipo de interés, de manera que sean interpretadas como una novación modificativa”*²⁰⁸⁵. Si conjugamos esta afirmación (contenida en el art. 13.2 Ley 41/2007) con el apartado 3 de la Disposición Transitoria de dicha Ley, que concreta que *“la ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita [...] sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley”*, ello denota, al menos, una voluntad de cambio o ruptura respecto al régimen legal anterior.

b) En segundo lugar, porque del art. 4.3 de la Ley 2/1994²⁰⁸⁶ sí que puede desprenderse la esencia de la hipoteca reutilizable, aunque no se utilice expresamente esta terminología. Lo fundamental es que el acreedor pueda realizar nuevos desembolsos al deudor sin pérdida de prioridad, y ello es posible a través de la novación, cuya doctrina general no resulta alterada por la Ley 41/2007. La DGRN entendía antes de la reforma de 2007 que la ampliación del capital era una novación modificativa (RDGRN de 8 de junio de 2002), siguiendo la doctrina del CC (arts. 1203 y 1207). Lo que obligaba a la DGRN a considerar la ampliación del préstamo como si fuera una nueva hipoteca a efectos de rango eran los principios de accesividad (conexión entre la garantía y la obligación) y de indivisibilidad, sin que quepa *“la hipoteca sin crédito o de propietario para su aplicación a cualquier otro, tal como parece pretenderse al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del originalmente existente. No puede, en consecuencia, admitirse que la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito pueda aplicarse posteriormente, como una reserva de rango disponible, a la cobertura adicional de otro (cfr. Resolución de 5 de noviembre de 1990 y 17 de enero de 1994), ni aunque por haberse reducido el importe del primero quepa el segundo*

²⁰⁸⁵ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “La reforma hipotecaria...”, ob. Cit., p. 1685.

²⁰⁸⁶ “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 o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación”.

dentro del límite de responsabilidad hipotecaria establecida para aquél” (ver RDGRN de 26 de mayo de 2001). Por lo tanto, la doctrina de la DGRN partía de los efectos que la novación provocaba en la hipoteca (=responsabilidad hipotecaria), no en la obligación. Esta tesis se podía mantener antes de la Ley 41/2007, pero la voluntad de esta norma es flexibilizar el principio de accesoriedad, es decir, el vínculo entre la obligación y la garantía (recordemos que esta iniciativa también la encontramos presente en la hipoteca sin pacto novatorio final del art. 153 bis LH). En consecuencia, una flexibilización del principio de accesoriedad supone una alteración de los efectos que provoca la novación de la obligación por la ampliación del capital, que no varían por la institución misma de la novación sino por la Ley 41/2007, que altera la conexión entre el préstamo y el derecho real. La obligación que resulta modificada o novada sigue siendo única y no se altera su rango (que no olvidemos es una característica que se predica del derecho real, no de la obligación). Tampoco nos encontramos ante una reserva de rango, ya que tiene lugar en otras circunstancias. Por ejemplo, la DGRN sostiene que en la hipoteca unilateral existe una reserva de rango hasta la aceptación del acreedor (ver DGRN de 16 de mayo de 2005); y también se asocia a la inconcreción de la relación jurídica básica en las hipotecas de máximo (AAP de Alicante de 21 de febrero de 2007²⁰⁸⁷). Por el contrario, en la hipoteca reutilizable la garantía sigue asegurando la misma obligación, sólo que de mayor cuantía, hasta que se cumpla el plazo pactado inicialmente en la escritura de constitución de la hipoteca. Si el deudor amortiza la totalidad del préstamo, la hipoteca se extingue aunque exista un pacto de recarga²⁰⁸⁸.

c) En tercer y último lugar, porque no existe ningún problema desde el punto de vista registral. Pensemos que la cuantía realmente debida por el deudor es diferente desde el mismo momento en que se realiza la primera amortización: la realidad registral y la extrarregistral dejan entonces de coincidir. Este hecho no tiene ninguna trascendencia respecto al derecho real de hipoteca ni en relación a terceros, es decir, el deudor seguirá amortizando el préstamo y el alcance de la hipoteca seguirá sin variaciones tal y como está

²⁰⁸⁷ JUR 2007\265461.

²⁰⁸⁸ CANALS BRAGE, F., *La recarga...*, ob. Cit., p. 162.

configurada registralmente. Igual situación encontramos en la hipoteca reutilizable. En la realidad extrarregistral la obligación, que permanece siendo única, resulta novada sin un efecto extintivo (novación que sólo tiene publicidad en el Registro de la Propiedad a través de una nota marginal). Debido a esta unidad, será necesario que se haya reducido previamente la obligación garantizada, porque en caso contrario se estaría modificando la responsabilidad hipotecaria²⁰⁸⁹. La posibilidad ilimitada de recargas durante el plazo inicialmente establecido de vida de la hipoteca no tiene ninguna repercusión (si se amplía ello provocaría una pérdida de rango), sin sufrir variación el sistema de amortización propio de la hipoteca ordinaria. En cualquier caso, si el deudor incumple la obligación, haya sido ésta o no “recargada”, la hipoteca podría ser ejecutada con independencia de la cuantía finalmente debida.

Por lo tanto, entendemos que las partes sí que van a poder acordar el desembolso de nuevas cantidades siempre que no supongan un incremento de la responsabilidad hipotecaria. A pesar de ello, la **técnica legislativa** parece que no ha sido la más adecuada por los siguientes motivos:

a) El hecho de que no es posible que el desembolso tenga su origen en un acreedor diferente al original. Esto va en contra de la doctrina del Libro Blanco de 2007 sobre las *tying practices*²⁰⁹⁰, y es una operación que sí se consigue con la eurohipoteca.

b) Pueden plantearse problemas prácticos en la adquisición de finca hipotecada en la que se ha descontado la cuantía de la hipoteca. El art. 118.2 LH permite al tercer adquirente de una finca hipotecada no subrogarse en la responsabilidad real, con lo que el importe de la hipoteca se descuenta del precio de venta. No obstante, el vendedor puede acreditar por carta de pago que ha amortizado parcialmente el préstamo, con lo que el adquirente también puede incluir en el precio de adquisición de la finca la cuantía de la obligación que ya se ha sido satisfecho al acreedor. Es cierto que si el deudor amortiza posteriormente la obligación, el art. 118.2 LH le permite dirigirse al comprador por haber descontado su cuantía del precio de venta (subrogándose en la

²⁰⁸⁹ En este sentido, ROVIRA PEREA, Joaquín, “Cancelaciones obligacionales y reales tras la reforma de la Ley 2/1994”, en *La Notaría*, Núm. 49-50, Enero 2008, p. 43.

²⁰⁹⁰ Vid. *supra*. Capítulo 4º, apartado I, epígrafe 1.

posición del acreedor hipotecario), pero al tener la hipoteca una naturaleza accesoria el tercer adquirente tenía antes de la Ley 41/2007 la certeza de que el acreedor hipotecario no iba a ejecutar la hipoteca por un importe superior al pendiente de amortización en el momento de la venta de la finca. Pues bien, esta presunción del acreedor ya no es operativa con la Ley 41/2007, puesto que el vendedor podría pedir al acreedor una “recarga” de la obligación, con lo que un impago posterior del deudor podría provocar la ejecución de la hipoteca por el importe total de la hipoteca, en perjuicio del tercer adquirente que había incluido parte del préstamo ejecutado en el precio de compra. Esta situación provoca que el tercer adquirente *“deberá retener o descontar del precio toda la responsabilidad máxima hipotecaria, aunque le conste fehacientemente incluso por anotación registral que la deuda ha sido amortizada”*²⁰⁹¹.

c) Que es discutible de acuerdo con la doctrina que la reducción y ampliación del capital constituyan realmente supuestos donde se apliquen la exención fiscal de la Ley 2/1994. La razón es que realmente no existe una modificación de la hipoteca y, por lo tanto, ningún concepto que se pueda incluir en el ITP y AJD²⁰⁹². Por lo tanto, las partes implicadas deberían abonar los honorarios del notario y, en su caso, del registrador (art. 8 Ley 2/1994) pero no los del ITP y AJD, porque ni tan siquiera estarían sujetos a este impuesto.

d) Que se plantea la duda de si esta operación debería instrumentarse a través de una escritura pública. Este documento es necesario para operar cualquier cambio que afecte a la hipoteca, que deberá de hacerse constar en el Registro de la Propiedad, p. e. la ampliación del plazo o la modificación de los tipos de interés. Sin embargo, como ya hemos comentado, la “recarga” tiene lugar fuera del Registro de la Propiedad sin afectar al derecho real. Lo único que accede al Registro una vez efectuadas estas operaciones es una nota marginal. La respuesta a esta cuestión es afirmativa. La Ley 41/2007 establece con claridad que la ampliación o reducción del capital sólo pueden instrumentarse en escritura pública²⁰⁹³. Por lo tanto, no se pueden llevar a cabo

²⁰⁹¹ QUESADA PÁEZ, Abigail, “Hipotecas especiales”, en *RCDI*, Núm. 711, Enero–Febrero 2009, p. 357.

²⁰⁹² Ver ROVIRA PEREA, J., ob. Cit., p. 47.

²⁰⁹³ En el sentido de requerir escritura pública, LACRUZ PÉREZ, María Jesús, *Notas prácticas sobre algunos aspectos de los préstamos y créditos hipotecarios, tras la Ley 41/07 de diciembre, que modifica la Ley sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios*,

estas operaciones a través de un documento privado.

e) Por último, la doctrina ha hecho referencia a la expresión *tertium genus*, es decir, que esta “hipoteca” consiste en un híbrido entre la hipoteca ordinaria y la de seguridad²⁰⁹⁴. La naturaleza de la hipoteca “reutilizable” sigue siendo, como hemos visto, la de una hipoteca ordinaria²⁰⁹⁵.

Por último, el Derecho español permite a las partes **modificar la finalidad o propósito del préstamo**, independientemente de que exista una ampliación del préstamo o una simple novación modificativa de la obligación, excepto en un supuesto. Así, teniendo en cuenta la existencia de dos causas en todo negocio jurídico (la objetiva, en el caso del préstamo adquirir una determinada cantidad de dinero comprometiéndose a su devolución periódica, y la subjetiva –el móvil subjetivo, la finalidad que se persigue mediante la concesión de este préstamo, p. e. adquirir una vivienda determinada-), puede suceder que la causa subjetiva pase a formar parte del préstamo²⁰⁹⁶. Cuando ello suceda, la falta de causa subjetiva puede acarrear la nulidad del negocio (ex art. 1124 del CC). Según la doctrina, es usual este pacto causal entre el banco y el deudor en virtud del cual la finalidad o causa subjetiva de la concesión del préstamo, pero no podría tener acceso registral al ser un pacto meramente personal que constará en el contrato de préstamo, por efecto de la función de publicidad del Registro de la Propiedad de las relaciones jurídico-reales²⁰⁹⁷.

disponible en www.notariosyregistradores.com (consultado el día 13 de abril de 2010).

²⁰⁹⁴ Citada ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ i XIRGO, J., ob. Cit., Tomo VIII, p. 66.

²⁰⁹⁵ En el mismo sentido, CANALS BRAGE, F., *La recarga...*, ob. Cit., p. 78.

²⁰⁹⁶ En virtud de la STS de 24 de enero de 2002 [RJ 2002\27], cuando se incorpora esta causa a la declaración de voluntad en forma de condición o modo, viniendo a constituir a manera de causa impulsiva, siempre que sea reconocida y se exprese por ambas partes contratantes, y así, «ex» art. 1255 del Código Civil, elevan la finalidad particular perseguida, en causa determinante del contrato por lo que la frustración de la causa impulsiva (subjetiva), acarrea también, en consecuencia, la de la causa objetiva. Así, por ejemplo, se concerta un préstamo hipotecario para la adquisición de una determinada vivienda, claramente especificada en el préstamo y ambas partes así lo tienen claro; pero resulta que tras la firma del préstamo la vivienda es expropiada antes de ser adquirida por el deudor, ello conllevará la ineficacia del contrato de préstamo por ausencia de causa, subjetiva en este caso.

²⁰⁹⁷ “Esta simple obligación del prestatario es, efectivamente, mera obligación personal cuyo incumplimiento podrá desencadenar la indemnización de daños y perjuicios (si efectivamente se han producido) o el vencimiento y consiguiente obligación de devolución (si se han pactado). El carácter personal de esta obligación la excluye, por definición, del Registro”, ver AVILA

En definitiva, podrá acordarse respecto a la **hipoteca ordinaria** la modificación de los tipos de interés, el plazo de amortización o una ampliación del préstamo de acuerdo a lo expuesto con anterioridad. Estos cambios tendrán que acceder al Registro de la Propiedad para su eficacia frente a terceros. La objetivización de la causa subjetiva desempeñará un papel importante en la hipoteca ordinaria, cuando sea causa esencial del negocio (en caso contrario, será meramente un motivo sin relevancia alguna), lo que puede provocar un incumplimiento del contrato de préstamo y su resolución por la entidad bancaria. A través de la hipoteca reutilizable se otorga seguridad al acreedor hipotecario en la hipoteca ordinaria en la medida en que un nuevo desembolso al deudor no quedará condicionado a la posible existencia de cargas o derechos reales posteriores al préstamo hipotecario y anteriores a la nueva concesión de préstamo. Desde otro punto de vista, el deudor hipotecario tendrá mayores facilidades a la hora de obtener un nuevo préstamo a un menor coste, al seguir intacta para éste la garantía hipotecaria sin tener que constituir una nueva hipoteca.

3.1.1.1.3. En la hipoteca de máximo

Respecto a la posibilidad de la novación en la **hipoteca de máximo**, pueden plantearse problemas prácticos en esta modalidad, principalmente por el ámbito de aplicación que especifica los arts. 1 y 4.2 Ley 2/1994, es decir, el deudor podrá subrogar a otro acreedor en los "*préstamos hipotecarios concedidos y realizar escrituras públicas de modificación de "préstamos hipotecarios"*". De hecho, hasta el título de la citada ley se refiere a esta clase de obligaciones. Como se expuso en su lugar²⁰⁹⁸, en las hipotecas de máximo

NAVARRO, Pedro, *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, Centro de estudios registrales, Madrid, 1990, p. 88. Ver, también, la doctrina de la RDGRN de 19 de mayo de 1952 [RJ 1952\1627]: "Que fue una de las esenciales aspiraciones de la última reforma hipotecaria discriminar mediante la calificación registral los derechos reales y las figuras jurídicas con tal carácter, de aquellos otros pactos o estipulaciones de naturaleza obligacional cuyos efectos se limitan a las relaciones «inter partes» y a los que la legislación, la jurisprudencia y la doctrina hipotecarias impiden que tengan acceso al Registro, con el tradicional criterio de excluir de éste los derechos personales, consignado expresamente, no sólo en los artículos 1 y 98 de la Ley Hipotecaria, sino también, entre otros, en el 355 de su Reglamento, y sin que por la circunstancia de que se hubieren estipulado en un mismo título, surja un obstáculo para inscribir el documento, según reconoce el artículo 434 del Reglamento Hipotecario".

²⁰⁹⁸ Vid. supra. Capítulo 5º, apartado I, epígrafe 4.2.2.2.1.

(arts. 142, 143 y 153 bis LH) y en las que se garantiza una cuenta corriente de crédito (art. 153 LH) no existen préstamos sino disposiciones de crédito.

Por esta razón, se puede poner en tela de juicio la aplicación de la novación a la hipoteca de máximo, a la que no es aplicable el art. 144 LH. La fe pública registral no se extiende a la obligación, ya que se desconoce en alguno de sus extremos hasta la finalización del plazo.

Sin embargo, esta indeterminación del crédito no es óbice para que la cuantía de los intereses quede determinada mediante una cuantía máxima (RDGRN de 24 de agosto de 1998).

De esta manera, hemos de entender que cuando las partes pacten algún tipo de interés concreto para las disposiciones que se anotarán en la cuenta corriente de crédito o en el mecanismo adoptado por las partes, éstas sí que podrán ser novadas al amparo de la Ley 2/1994 (art. 9) como p. e. cuando se formalice la hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente (art. 153 LH) o asimilables (en garantía de crédito abierto en cuenta corriente – *revolving*-), y se pacte que cada una de las disposiciones de crédito devengue otro interés distinto al original²⁰⁹⁹.

Por otra parte, cualquier duda que pudiera plantearse sobre la aplicabilidad o no de la Ley 2/1994 a las hipotecas de máximo en su variante de apertura de crédito en cuenta corriente ha quedado disipada por la DGRN, que la acepta sin reparos en su Resolución de 27 de septiembre de 2001²¹⁰⁰.

²⁰⁹⁹ Recordando que la RDGRN de 16 de junio de 1999, refiriéndose a la hipoteca regulada en el art. 153 LH, señalaba lo siguiente: “nada obsta a la fijación de plazos o instrumentos para la disponibilidad, al señalamiento de cuantías mínimas para cada disposición o amortización, el establecimiento de liquidaciones periódicas, de reducciones o ampliaciones del límite del crédito disponible, etc. Nada impide que en materia de intereses se fije no sólo la forma y tiempo de liquidarlos, sino también, y es lo que aquí interesa, que los mismos se configuren como créditos independientes aunque accesorios del principal, no asentables en la cuenta y exigibles con independencia del saldo de la misma o, por el contrario, se convenga en que se integren como una partida más a los efectos de contabilizarlos para fijar el saldo de liquidación perdiendo así su relativa autonomía”.

²¹⁰⁰ RJ 2001\10245. Se discute la novación en esta clase de hipoteca denegada en un principio por el Registrador: “lo cierto es que el defecto expresado en la nota de calificación no puede ser confirmado si se tiene en cuenta que la Ley 2/1994, de 30 de marzo, no contiene una regulación sustantiva de la novación del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, sino que se limita a la referencia que el artículo 9 hace a la «mejora de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente» únicamente como presupuesto de la aplicación de determinados beneficios fiscales y arancelarios. Por ello, y sin prejuzgar sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de los referidos beneficios, ningún obstáculo puede verse al reflejo registral de la

La posibilidad de modificar el préstamo hipotecario, ampliarlo o cambiar su finalidad recibe una respuesta afirmativa, aunque existe una particularidad con la **finalidad del préstamo**. En un principio, podría pensarse que en la hipoteca de máximo el deudor hipotecario puede utilizar la cuantía disponible de acuerdo a sus necesidades, pero ello dependerá de los pactos que le vinculen con la entidad prestamista, es decir, de la relación obligacional básica o actos jurídicos básicos fijados en el Registro de la Propiedad. Por lo tanto, aunque la hipoteca de máximo goce de una mayor flexibilidad, y dado que esta relación o actos son *conditio sine qua non* para la validez de estas hipotecas, si el deudor hipotecario decide utilizar la cuantía garantizada fuera de los límites concretados en ellos este hecho será causa de resolución del contrato, puesto que la finalidad, al revés que en la hipoteca ordinaria, queda reflejada en el Registro de la Propiedad desde el momento inicial (art. 1124 CC). La posibilidad de rescindir el contrato tendrá lugar, por ejemplo, si en la relación obligacional básica se ha pactado que el montante debe ser destinado a la construcción de una vivienda y, con posterioridad, el deudor hipotecario decide utilizar tal cantidad para la construcción de un hotel²¹⁰¹.

En definitiva, la novación es una operación que fue flexibilizada a través de la Ley 2/1994 tanto para la hipoteca ordinaria como la de máximo, que ha sido modificada recientemente por la Ley 41/2007, sin perjuicio de que las partes puedan acudir a la regulación general del CC sin ninguna clase de exención fiscal. Si se quiere llegar a alcanzar una estructura más flexible para las partes implicadas se debería haber incidido en estas dos cuestiones:

1. Desde una perspectiva puramente **fiscal**, menos costes e impuestos para las partes aparte de los costes de la escritura pública, en cuyo caso hablaríamos de los gastos concernientes al Notario o Registrador.

2. Desde un punto de vista **jurídico**, la ampliación de las materias susceptibles de ser modificadas dentro de la Ley 2/1994, pues a tenor de ésta y

novación modificativa de que se trata, conforme a lo establecido en los artículos 1203.1º del Código Civil, 144 de la Ley Hipotecaria y 240 del Reglamento Hipotecario”.

²¹⁰¹ Vemos, pues, como la causa subjetiva puede acarrear en diferentes circunstancias la nulidad del contrato de préstamo. En la hipoteca ordinaria tal causa se verá reflejada en la escritura pública de constitución de la hipoteca, mientras que en la hipoteca de máximo dependerá de si se ha concretado específicamente en la relación obligacional básica.

de la DGT el resto de materias de carácter real de la hipoteca no incluidas en su ámbito de aplicación no pueden beneficiarse de su contenido, lo que puede provocar conductas reacias a su aplicación, dado que si se quieren alterar otras condiciones será necesaria otra escritura pública sin exención fiscal.

3.1.1.2. La subrogación

En este apartado se tratará la **subrogación a instancias del deudor** y no a instancias del acreedor, ya que ésta última tiene lugar a través de la cesión del crédito hipotecario (arts. 1528 CC y 149 LH), lo que será analizado en otro lugar²¹⁰². Además, la subrogación a instancias del deudor es la que recoge específicamente la Ley 2/1994, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Las partes, sí así lo desean, pueden acudir a la subrogación contemplada de forma general en el CC en su art. 1211²¹⁰³. El principal problema es que esta subrogación de análoga naturaleza a la prevista por la Ley 2/1994 no se beneficia de las condiciones fiscales que ésta otorga a las partes (arts. 7 y 8), con lo que en la práctica bancaria es lógico que las subrogaciones entre entidades por mecanismos distintos a los de la citada ley sean menores.

A este dato debemos añadir que, según la opinión de la doctrina, las opciones que el art. 1211 CC otorgaba a las partes eran más bien escasas, al haber sufrido *“una lectura doctrinal y jurisprudencial demoledora, que la ha abrumado con un cúmulo extraordinariamente formalista de requisitos”*²¹⁰⁴. De esta manera, las partes tenían *de facto* dos opciones: o bien pagar íntegramente la obligación, extinguiéndose la hipoteca en consecuencia; o bien constituir una nueva hipoteca (lo que conllevaba gastos de notaría, registro, escritura pública y comisión por vencimiento anticipado)²¹⁰⁵. Por esta razón, la aplicación del art. 1211 CC es escasa en la práctica bancaria, aunque las

²¹⁰² Vid. *infra*. Epígrafe 3.1.1.3.

²¹⁰³ “El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada”.

²¹⁰⁴ RUBIO GARRIDO, Tomás, *La Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Comares, Granada, 1998, p. 7; y LÓPEZ LIZ, J., ob. Cit., p. 214.

²¹⁰⁵ RUBIO GARRIDO, T., ob. Cit., p. 215.

partes pueden perfectamente acudir a su regulación y efectuar una subrogación modificativa en la posición del acreedor hipotecario.

La Ley 2/1994 fue especialmente promulgada para facilitar la competencia en la concesión de préstamos hipotecarios introduciendo un beneficio fiscal a las subrogaciones operadas a instancias del deudor (arts. 7 y 9). Gracias a la coyuntura económica del momento (unos tipos de interés realmente bajos y decrecientes), esta Ley supuso un incentivo para los deudores para el cambio de acreedor hipotecario y, sobretodo, provocó una competencia beneficiosa entre las entidades bancarias para el mercado hipotecario en general²¹⁰⁶. Por lo tanto, la Ley 2/1994 mejoró las condiciones del art. 1211 CC. La Ley 41/2007 ha pretendido a su vez mejorar la regulación de la Ley 2/1994, cuya redacción actual presenta las siguientes características:

1. Desde un **punto de vista subjetivo**, sólo puede aplicarse esta Ley cuando el deudor (bien el deudor originario o el que ha asumido ulteriormente la deuda hipotecaria ex art. 118.1 LH)²¹⁰⁷, fuerce la subrogación de una de las **entidades financieras** previstas en el art. 2 LMH²¹⁰⁸ (por remisión del art. 1 de la Ley 2/1994²¹⁰⁹). Por lo tanto, quedan fuera del ámbito de la Ley 2/1994 aquéllas operaciones en las que se subroga a un particular. No obstante, las partes pueden ampararse en el procedimiento de subrogación con la complicidad del deudor para evitar el ITP y AJD. La cesión de créditos está gravada de forma general con un 1%²¹¹⁰, mientras que la subrogación tiene un

²¹⁰⁶ De esta forma, la Exposición de Motivos de la Ley 2/1994 expone lo siguiente: “El descenso generalizado de los tipos de interés experimentado en los últimos meses ha repercutido, como es lógico, en los de los préstamos hipotecarios, y parece razonable y digno de protección que los ciudadanos que concertaron sus préstamos con anterioridad a la bajada de los tipos puedan beneficiarse de las ventajas que supone este descenso. Pero, por otra parte, la situación de estos prestatarios se ve agravada por la concurrencia de una doble circunstancia, que determina la inviabilidad económica del *cambio de hipoteca*: la fuerte comisión por amortización anticipada, impuesta por las entidades crediticias al tiempo de otorgar el contrato y la duplicación de gastos que implican la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de otro nuevo”.

²¹⁰⁷ ROCA SASTRE, R.Mª., ob. Cit., Vol. VIII, pp. 542 y 543.

²¹⁰⁸ Estas entidades son las siguientes: a) Los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito, b) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros, c) las cooperativas de crédito, y d) los establecimientos financieros de crédito”.

²¹⁰⁹ El art. 1 de la ley específica este ámbito: “Las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario, podrán ser subrogadas por el deudor en los préstamos hipotecarios concedidos, por otras entidades análogas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley”.

²¹¹⁰ Art. 11.1.b del Real Decreto Legislativo 1/1993.

beneficio en los honorarios notariales, aplicándose “*los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios*” (art. 8.1 Ley 2/1994); y registrales, tomando como base “*la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento*” (art. 8.2 Ley 2/1994). La diferencia de trato fiscal entre una operación y otra se justifica por la protección al consumidor que inspira la Ley 2/1994, aunque es posible que las entidades de crédito se amparen en el mecanismo de la subrogación para enmascarar una cesión de crédito encubierta. En consecuencia, la entidad que pretenda subrogarse corre el riesgo de que esta operación se considere un fraude de ley (art. 6.4 CC), gravándose en consecuencia con el ITP y AJD²¹¹¹.

2. Desde un **punto de vista objetivo**, el art. 4 de la Ley 2/1994 sólo permite modificar las condiciones del tipo de interés o los plazos de amortización (o ambos). Este precepto no ha sufrido modificaciones con la Ley 41/2007, con lo que si bien antes de esta ley el ámbito objetivo de la subrogación y de la novación era el mismo, es decir, sólo se podían modificar en ambas operaciones los tipos de interés o los plazos de amortización (ver la redacción del art. 4 de la Ley 2/1994 antes de la entrada en vigor de la Ley 41/2007), con la Ley 41/2007 se han ampliado las operaciones que gozan de un beneficio fiscal en las novaciones, pero no ha sucedido lo mismo en las subrogaciones.

Por lo tanto, la entidad prestamista que desea subrogarse deberá aceptar el resto de las condiciones del antiguo préstamo sin posibilidad de modificarlas. Sin embargo, la doctrina admite que pueda pactarse en la misma escritura pública de subrogación la novación de otras condiciones y circunstancias del préstamo (para adecuar el préstamo hipotecario al resto de su cartera de préstamos)²¹¹². Sin embargo, existen autores que interpretan esta posibilidad de forma restrictiva, es decir, únicamente sería posible modificar lo permitido por la Ley 2/1994²¹¹³.

²¹¹¹ Ver SIMÓN MORENO, H., “La sindicación...”, ob. Cit., p. 1367.

²¹¹² LÓPEZ LIZ, J., ob. Cit., p. 214.

²¹¹³ HERNANDEZ MORENO, Alfonso, “La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (breves notas y aproximación crítica)”, en NIETO CAROL, Ubaldo y MUÑOZ CERVERA, Miguel (Coords.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Vol. 2, Tomo 2, Madrid, 1996, pp. 474 y 475.

La cuestión a debatir es si el hecho de añadir uno o más conceptos al tipo de interés o al plazo de amortización (o a ambas) hace inaplicables las exenciones previstas en el art. 9 de la Ley 2/1994. Si en sede de novación quedó reflejada la doctrina restrictiva de la DGT en cuanto a la aplicación de la exención en las escrituras de novación modificativa del préstamo hipotecario (art. 9 Ley 2/1994), no se aprecia causa alguna que impida aplicar la misma doctrina a la subrogación hipotecaria.

Por esta razón, las partes intervinientes en la subrogación **sólo podrán ampararse** en la exención fiscal cuando modifiquen los tipos de interés o los plazos de amortización. La redacción original del art. 4 Ley 2/1994 permitía llevar a cabo la subrogación siempre que ello supusiera una mejora de estas cláusulas, pero la Disposición Adicional 1ª de la Ley 14/2000, de 29 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social²¹¹⁴ sustituyó el término mejora por el de modificación, que no ha sido modificado con la Ley 41/2007. La RDGRN de 29 de junio de 1999²¹¹⁵ entendió que era *requisito sine qua non* para la efectividad de la subrogación la mejora de alguna de las condiciones previstas en la Ley 2/1994 (art. 4), pero la adopción legal del término *modificación* puede provocar dificultades a la hora de aplicar la Ley 2/1994 si su *ratio legis* es, precisamente, que el deudor hipotecario obtenga realmente un beneficio de la subrogación.

Por último, reseñar que cuando se produce una subrogación en la práctica bancaria cada una de las cláusulas se negocia individualmente y si no son aceptables las cláusulas del acreedor primitivo se modifican. Esta operación se instrumenta a través de una escritura pública de subrogación, modificándose el tipo de interés o plazos de amortización, o ambos, y con posterioridad en el mismo acto y con otra escritura pública se firma una novación donde se modifican aspectos obligacionales que no tienen acceso al Registro de la Propiedad y no afectan al derecho real de hipoteca y, por lo tanto, no sujetos a tributación por el ITP y AJD.

Al igual que en la novación, las partes tienen la libertad de pactar más cláusulas de carácter real en la escritura de subrogación, pero en ese caso no

²¹¹⁴ BOE 30 diciembre 2000, núm. 313, [pág. 46631].

²¹¹⁵ RJ 1999\4750.

podrán ampararse en los beneficios fiscales de la Ley 2/1994.

3. Con independencia de la cuantía que finalmente sea objeto de subrogación, no cabe la posibilidad con la Ley 2/1994 de que la hipoteca pueda exceder del importe subrogado. Así, de un préstamo hipotecario de 100.000€ de los que se ha amortizado 50.000€, el nuevo prestamista se subroga en la cantidad pendiente de amortización, es decir, 50.000€. Por lo tanto, el **importe del nuevo préstamo** coincidirá con la cantidad pendiente de amortización (50.000€) y no con la cuantía asegurada inicialmente (100.000€)²¹¹⁶, lo que impide al deudor pedir más crédito al acreedor sin tener que constituir una nueva hipoteca o convertir la hipoteca ordinaria en reutilizable.

4. La subrogación, además, puede no tener los efectos deseados, pues en virtud del art. 2.4 de la Ley 2/1994 “*la entidad acreedora tendrá derecho a enervar la subrogación*”. Este derecho ha sido introducido por la Ley 41/2007.

¿Hasta dónde alcanza este **derecho de enervación**? Alguna resolución de forma aislada había entendido que la decisión entre optar entre la subrogación con la nueva entidad o la novación con la entidad original dependía única y exclusivamente del deudor²¹¹⁷, aunque tanto el TS en Sentencia de 25 de noviembre de 2003²¹¹⁸ como la DGRN en Resolución de 21

²¹¹⁶ Lo que se deduce del art. 2.3 Ley 2/1994: “La aceptación de la oferta por el deudor implicará su autorización para que la oferente notifique, por conducto notarial, a la entidad acreedora, su disposición a subrogarse, y le requiera para que le entregue, en el plazo máximo de siete días naturales, certificación del importe del débito del deudor por el préstamo o préstamos hipotecarios en que se haya de subrogar”.

²¹¹⁷ Así lo refleja el AAP de León 24 de febrero de 1998 [AC 1998\4206]: “la enervación requiere formalizar con el deudor la novación modificativa del préstamo hipotecario, y es evidente, que mientras no se diga lo contrario, y la citada no lo dice, la novación modificativa del préstamo hipotecario exige necesariamente la conformidad del deudor y por tanto su consentimiento y aceptación. En modo alguno puede entenderse que la Ley citada establezca un derecho unilateral de la entidad acreedora, a modo de derecho de tanteo, para enervar la subrogación sin el consentimiento del deudor, pues ello iría en contra del sentido literal de la norma señalada y de la propia exposición de motivos de la Ley citada”.

²¹¹⁸ RJ 2003\8093: “En el caso que nos ocupa parece evidente que la Ley 2/1994 facilita al deudor el poder de iniciar un proceso de subrogación de otro acreedor, el cual alcanzará la finalidad pretendida si el prestamista originario no presta su colaboración, accediendo a novar las condiciones inicialmente pactadas sustituyéndolas por otras iguales a las ofrecidas por la entidad que pretende subrogarse. Si hay tal colaboración, la subrogación iniciada quedará enervada. En atención a cuanto queda expuesto se hace preciso entender que la actuación que la ley impone al acreedor originario para el ejercicio de su derecho a enervar la subrogación que le ha sido anunciada, consistente en formalizar con el deudor, en el plazo máximo de quince días naturales, la novación modificativa igualatoria de la oferta de otra entidad, debe ser interpretada en el sentido de que se cumple por aquel acreedor con la comunicación fehaciente y vinculante realizada al deudor, dentro del plazo indicado de su voluntad de llevar a cabo dicha novación del préstamo en las mismas condiciones ofrecidas por la financiera que había pretendido subrogarse en su posición acreedora.”.

de julio de 1995²¹¹⁹ habían establecido lo contrario, interpretando que la subrogación dependía al fin y al cabo de la voluntad del acreedor original (la subrogación se frustraba si el primer prestamista igualaba la oferta que el prestamista B ofrecía al deudor).

La Ley 41/2007 prevé expresamente que el acreedor primitivo tiene un derecho a enervar la subrogación, lo que implica la consagración legal de esta doctrina jurisprudencial y administrativa. Este aspecto es criticable porque supone una atadura del deudor a la entidad prestamista. Por lo tanto, estamos a favor del AAP de León de 24 de febrero de 1998, que entendía que la decisión de optar entre la subrogación con la nueva entidad o la novación con la entidad original dependía única y exclusivamente del deudor²¹²⁰. Además, la nueva previsión de la Ley 41/2007 va en contra de las disposiciones del Libro Blanco de 2007, que prohíbe expresamente las *tying practices*²¹²¹, dado que dificultan la movilidad del deudor hipotecario.

La Ley 41/2007 también modifica la manera de efectuar la oferta por parte del tercero que se va a subrogar en el préstamo hipotecario a instancia y voluntad del deudor. En este caso, se impone la notificación por conducto notarial a la entidad acreedora primitiva de la oferta vinculante realizada al deudor, que ya ha sido aceptada previamente por éste (art. 2.3 Ley 2/1994 y

²¹¹⁹ RJ 1995\5581: “Por una parte, se configura la enervación como un verdadero derecho de la entidad acreedora. Por otra, el objetivo de la ley, cual es el de facilitar que el deudor pueda beneficiarse de la bajada generalizada de los tipos de interés no puede llevarse al extremo de menoscabar sin causa justificada el no menos legítimo interés de la entidad acreedora de mantener la titularidad del crédito siempre que ello sea en las mismas condiciones económicas que las ofertadas por la entidad que pretenda la subrogación”.

²¹²⁰ “La enervación requiere formalizar con el deudor la novación modificativa del préstamo hipotecario, y es evidente, que mientras no se diga lo contrario, y la citada no lo dice, la novación modificativa del préstamo hipotecario exige necesariamente la conformidad del deudor y por tanto su consentimiento y aceptación. En modo alguno puede entenderse que la Ley citada establezca un derecho unilateral de la entidad acreedora, a modo de derecho de tanteo, para enervar la subrogación sin el consentimiento del deudor, pues ello iría en contra del sentido literal de la norma señalada y de la propia exposición de motivos de la Ley citada”.

²¹²¹ En este sentido se sitúa NASARRE AZNAR, S., *Eurohypotheck & Eurotrust...*, ob. Cit.: “As a result of the reform, mortgagors are no longer able to change their credit institution if the first credit institution makes the same offer as the second one. As long as the reasons provided for changing credit institutions would be of any type (i.e. the first one has denied the borrower an extra loan while the second one would grant it to him), this is an important new limitation to mortgagors` rights”, p. 32. De hecho, el Libro Blanco de 2007 expresa que “la movilidad del cliente y la propensión del consumidor a cambiar de un prestamista hipotecario a otro pueden influir en el nivel de competencia existente en el mercado. La Comisión quiere facilitar la movilidad del cliente velando por que el consumidor que desee cambiar de prestamista hipotecario no se vea impedido o disuadido de hacerlo por la existencia de obstáculos jurídicos o económicos injustificables”, p. 6. La Ley 41/2007 va expresamente en contra de las intenciones de la UE.

DA 2ª del Real Decreto 716/2009). El acreedor original tiene desde entonces siete días para entregar al acreedor que pretende subrogarse una certificación en la que se indique el importe del préstamo en el cual se va a subrogar. Una vez entregada la certificación (requisito esencial para poder enervar la subrogación -RDGRN de 23 de septiembre de 2009²¹²²-), este acreedor puede enervar la subrogación si comparece ante el mismo notario que le notificó la oferta vinculante manifestando, con carácter vinculante, su disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo o crédito que iguale o mejoren la oferta vinculante. La entidad deberá trasladar por escrito al deudor en el plazo de 10 días hábiles la oferta vinculante que iguale o mejore las condiciones ofrecidas por la otra entidad (Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 716/2009)²¹²³.

5. El deudor tiene que pagar la **comisión anticipada de amortización** a la entidad de crédito, aunque no pueda superar el 0,5% del capital pendiente de amortizar (art. 3 Ley 2/1994)²¹²⁴.

En cuanto a la subrogación en la “**hipoteca de máximo**”, téngase en cuenta que, a diferencia de la hipoteca tradicional donde la cuantía pendiente de amortización es fácilmente determinable, en la hipoteca de máximo el deudor puede ir incorporando y amortizando obligaciones dentro de la responsabilidad máxima establecida, con lo que la determinación de la cuantía pendiente de amortización es más complicada.

La doctrina entendía con anterioridad a la Ley 41/2007 que sí era posible acudir a la subrogación en esta clase de hipotecas, siempre y cuando el deudor hubiera dispuesto de al menos una porción de la cantidad máxima, que se convertiría a la postre en la deuda objeto de subrogación. Este requisito se basaba en que si no existiera una cantidad dispuesta por el deudor no existiría

²¹²² RJ 2009\5935.

²¹²³ Para el Ministerio de Justicia la voluntad final fue la siguiente: “10) Se pretende aclarar el medio de pago en las subrogaciones, de forma que la transferencia con finalidad solutoria no se efectúe al deudor, sino a una cuenta de la entidad financiera acreedora primitiva; y que sea el notario que realiza el requerimiento a efectos de expedir certificación de saldo sea el que controle el proceso de enervación. Con ello se busca evitar que se repitan casos tan criticables como el que ampara la Resolución de 8 de Junio de 2006”, p. 26.

²¹²⁴ En un principio la comisión por amortización anticipada estaba situada en un 1%, pero a raíz de la Disposición Adicional 1ª de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica (BOE 12 noviembre 2003, núm. 271, [pág. 39925]), se ha reducido la cuantía para incentivar las subrogaciones hipotecarias.

ni capital ni intereses a subrogar²¹²⁵. La DGRN también lo admitía (RDGRN de 18 de junio de 2001²¹²⁶), sin ser un obstáculo la naturaleza de la hipoteca para la aplicación de la Ley 2/1994²¹²⁷.

La Ley 41/2007 no modifica el apartado primero del art. 2 de la Ley 2/1994 pero sí el segundo: “*Cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos*”. La referencia novedosa al *crédito* hace surgir la duda de si la Ley 41/2007 acoge legalmente la posibilidad de subrogación en los créditos hipotecarios, ya que la antigua redacción sólo se refería al préstamo hipotecario. La doctrina se ha posicionado tanto en sentido positivo, aunque vaticina problemas futuros²¹²⁸, como en sentido contrario²¹²⁹. La DGRN en Resolución de 29 de febrero 2008²¹³⁰ pone de manifiesto el cambio de rumbo operado en la Ley 41/2007: “*El planteamiento restrictivo que mantiene la Registradora en la calificación impugnada queda, por otra parte, superado por la voluntad de modificación declarada por el Legislador en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. En efecto, la Exposición de*

²¹²⁵ De esta forma, la subrogación sólo podrá abarcar la totalidad del crédito en el caso de que haya sido dispuesto en su integridad, ver HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso y VIOLA DEMESTRE, Isabel, “La subrogación en los derechos de crédito”, en DEL POZO CARRASCOSA, Pedro y DÍAZ MUYOR, Manuel (Coords.), *Contratación Bancaria, Jornadas celebradas en Tarragona, 6 y 7 de marzo de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 164 y ss. En contra, GÓMEZ GALLIGO, F. J., “El crédito abierto garantizado con hipoteca”, en DEL POZO CARRASCOSA, P. y DÍAZ MUYOR, M., ob. Cit., pp. 194 y 195.

²¹²⁶ RJ 2002\7716.

²¹²⁷ “Negar en tal situación a la parte deudora la posibilidad de acogerse a las ventajas que le ofrece la Ley 2/1994 sería tanto como defraudar el espíritu y finalidad de dicha Ley dando preferencia a los conceptos jurídicos sobre la realidad que subyace bajo ellos”.

²¹²⁸ Ver CALATAYUD SIERRA, Adolfo, “Régimen jurídico de la subrogación activa o de acreedor tras la Ley 41/2007”, en *La Notaría*, Núm. 49 y 50, Enero 2008: “En mi opinión, esta norma abre el paso a la admisión de la subrogación de créditos hipotecarios, cuya exclusión carece de argumentos de peso fuera de la literalidad de la norma, ya que, realmente, la entidad acreedora a lo que tiene derecho es a que se le pague lo que se le debe: si así sucede, no se ve qué otros inconvenientes puede poner [...] De todos modos, la confusa redacción de la norma hace difícil vaticinar qué solución prosperará y qué criterio inicial seguirán los diversos Registros de la Propiedad”, p. 12; SEDA HERMOSÍN, Manuel Antonio, *El procedimiento de subrogación hipotecaria*, en MADRID DE CARRERAS, V. P. (Coord.), ob. Cit., pp. 268 y 269. El autor toma como punto de partida el art. 2º, el 8º y la defensa e interés del consumidor y usuario; y CARRASCO PERERA, Ángel y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo I, Navarra, 2008, p. 956.

²¹²⁹ FERNÁNDEZ LOZANO, José Luis, *Breves notas sobre la Ley 41/2007 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*. 9 de diciembre de 2007. Disponible en www.notariosyregistradores.com (consultado el día 13 de abril de 2010).

²¹³⁰ BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2008, p. 17939.

Motivos de ésta (cfr. apartado V) señala como finalidad expresa de la norma la de «... alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios...»; y si bien es cierto que en determinados párrafos de la citada Ley se hace referencia únicamente a los préstamos hipotecarios, no lo es menos que otros numerosos artículos, como el 7, 8, 9 o el 13, al dar nueva redacción al párrafo segundo del artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, se refiere tanto a préstamos como a créditos hipotecarios, por lo que resulta razonable concluir la procedencia del procedimiento subrogatorio tanto respecto de unos como de los otros». Por lo tanto, la DGRN se pronuncia en contra de sus resoluciones anteriores. Sin embargo, la RDGT de 19 de junio de 2008²¹³¹ (consulta vinculante), ha resuelto que la Ley 2/1994 “se extiende a la subrogación de préstamos hipotecarios en los términos y con las condiciones en ella regulados, pero no a la subrogación de créditos hipotecarios”²¹³².

El redactado da lugar a posibles interpretaciones que no quedarán resueltas hasta que los tribunales lo interpreten en uno u otro sentido. En cualquier caso, si se concretase la deuda o la cuantía dispuesta por el deudor en las hipotecas de seguridad, éste debería tener la posibilidad de subrogar a un tercero con total libertad y sin una atadura *sine die* hasta la extinción de la hipoteca. No entendemos por qué debería limitarse un derecho que corresponde al consumidor (o a una persona jurídica) y que va en contra del libre mercado y la competencia entre entidades prestamistas, que no competirían entre ellas para ofrecer un tipo de interés menor en esta clase de hipotecas. Si entendiéramos lo contrario, la Ley 41/2007 imposibilitaría la movilidad del cliente, lo que va en contra de las disposiciones del Libro Blanco de 2007²¹³³.

En definitiva, una adecuada regulación de la subrogación de préstamos hipotecarios en el Derecho español pasa por modificar los siguientes aspectos:

²¹³¹ JUR 2008\306014.

²¹³² No obstante, matiza “en el caso de que una entidad financiera desee subrogarse en un préstamo hipotecario, si existe más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito sobre la finca en cuestión y a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos, con independencia de que sean préstamos hipotecarios o créditos hipotecarios”.

²¹³³ Vid. *supra*. Capítulo 4º, apartado I, epígrafe 1.

1. La Ley 2/1994 tiene limitaciones desde la perspectiva de las **condiciones** susceptibles de ser objeto de subrogación (aunque después puedan modificarse a través de una novación, cuyo ámbito objetivo es más amplio)²¹³⁴. Una mayor flexibilidad pasa por una ampliación de su ámbito objetivo.

2. De la misma manera, la accesoriedad de la hipoteca (arts. 104 de la LH y 1911, 1876, 1528 y 1212 CC) provoca la restricción en cuanto a la **cuantía** objeto de subrogación, es decir, ésta se producirá por el capital pendiente de amortización (p. e. 50.000€), y no por la cuantía original del préstamo (p. e. 300.000€). La subrogación debería producirse en todo el montante original, posibilitando a las partes garantizar nuevos créditos (p. e. a través de la “recarga” de la obligación garantizada).

3. Una mejora de la ley pasa indudablemente por eliminar el derecho a enervar la subrogación de la entidad originaria. Es el deudor quien tiene que decidir libremente con qué entidad desea pactar las condiciones del préstamo hipotecario.

4. No gozan de exención los costes de notaría y registro (y, en su caso, de comisión de amortización, pero sí ven reducidos a tenor del art. 8 de la Ley 2/1994).

3.1.1.3. La cesión del crédito hipotecario

En el Derecho español puede **cederse el préstamo** a un tercero en base a los arts. 1112, 1528 y 1878 CC, bien como mecanismo de pago *–pro soluto*, que implica la extinción de la obligación- o para su gestión a cambio de un precio *–pro solvendo*²¹³⁵. Admitida en el régimen general del CC, la LH la

²¹³⁴ Vid. *supra*. Epígrafe 3.1.1.1.

²¹³⁵ Así lo clarifica la SAP Cuenca de 6 febrero de 1998 [AC 1998\3385]: “Importa recordar, sin embargo, cómo se ha encargado la doctrina científica y la propia jurisprudencia de diferenciar entre la denominada dación o cesión en pago «pro solvendo» y «pro soluto». En esta última, la transferencia del crédito produce la inmediata extinción de la obligación pagada, mientras que en el caso de la cesión «pro solvendo» la extinción de la obligación únicamente se produce en el momento en el que el crédito cedido es realizado por el acreedor cesionario. Naturalmente, calificar la cesión de una u otra forma, cesión «pro solvendo» o «pro soluto», es cuestión de hecho que dependerá de la intención que se otorgue a la voluntad de las partes. Huelga añadir que la cesión de bienes o de créditos «pro solvendo» carece de efectos liberatorios para el deudor cedente, transmitiéndose los créditos para la gestión de su cobro, a diferencia de lo que sucede con la denominada cesión de bienes o derechos «pro soluto» (STS de fecha 27 junio 1995 [RJ 1995\5306]).”

reguló en su art. 149: “*El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro*”. Por lo tanto, el art. 149 LH enunciaba, antes de la reforma del 2007, tres requisitos para la cesión o enajenación del crédito hipotecario: a) que se hiciera en escritura pública; b) de la cual se diera conocimiento al deudor y; c) que se inscribiera en el Registro de la Propiedad.

A pesar de estos tres requisitos, y como consecuencia de la función declarativa del Registro de la Propiedad (art. 38 LH), la inscripción en el Registro no era necesaria para la validez de la cesión, aunque era recomendable para que consiguiera efectos *erga omnes* respecto a terceros²¹³⁶ (si bien existe doctrina que propugna lo contrario, es decir, el valor constitutivo de la cesión de la hipoteca, apartándose de la línea doctrinal mayoritaria)²¹³⁷.

Por su parte, tampoco eran requisitos necesarios para la validez de la cesión la escritura pública²¹³⁸ y la notificación al deudor (art. 242 RH), aunque el cedente era responsable por los perjuicios causados al cesionario (art. 151 LH)²¹³⁹.

²¹³⁶ De acuerdo con la STS de 29 de junio de 1989 [RJ 1989\4797], SSAP de Madrid de 20 de abril de 1999 [AC 1999\8420] y de Granada de 6 de marzo de 2000 [AC 2000\3510], que hace referencia a la doctrina jurisprudencial al respecto: “Como viene señalando la jurisprudencia (SS. 5 noviembre 1974 [RJ 1974, 4124], 16 octubre 1982 [RJ 1982, 5558], 11 enero 1983 [RJ 1983, 163] y 23-octubre-1984 [RJ 1984, 4972], entre otras), la cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el obligarlo con el nuevo deudor, debiendo entenderse las exigencias de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886 y NDL 18732) (art. 149) de inscripción del crédito hipotecario cedido en sus efectos en relación a terceros, puesto que en esta materia el ordenamiento jurídico especial, tanto en el orden civil como hipotecario, sigue la orientación, y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa, y, en consecuencia, sólo robustece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello, la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios, habiéndose declarado, en cumplimiento de tales aseveraciones, que el hecho de que el demandante actúe en un procedimiento judicial como cesionario del crédito hipotecario no le priva de la condición de titular favorecido por la inscripción frente al demandado, aunque la cesión haya sido inscrita frente al demandado en fecha posterior.

²¹³⁷ JORDANO FRAGA, Francisco, “Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen de la cesión de créditos hipotecarios”, en *RCDI*, Núm. 653, 1999, pp. 1295 y ss. El valor constitutivo de la cesión (junto con su constitución) permitiría evitar situaciones de discordancia entre Registro y realidad. No obstante, la posición mayoritaria es la declarativa. A favor de la doctrina general ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÁ JIRGO, J., ob. Cit., Tomo X, pp. 75 y ss.

²¹³⁸ En este sentido, en la STS de 12 de marzo de 1985 [RJ 1985\1157] y en la SAP de Segovia de 30 de abril de 2002 [JUR 2002\185667] se da plena validez a una cesión del crédito hipotecario realizada a través de un documento privado.

²¹³⁹ “Si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario

Por efecto directo del principio de accesoriadad, la hipoteca acompañaba al préstamo hipotecario independientemente del cumplimiento o no de los requisitos ahora citados, ex art. 1528 CC.

La Ley 41/2007 da en su art. 11.3 un nuevo redactado al art. 149 LH en los siguientes términos:

“El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad”.

Como ya comentamos en otro lugar²¹⁴⁰, en nuestra opinión la Ley 41/2007 equipara los requisitos de la cesión del crédito hipotecario a los de constitución de la hipoteca, estos son, escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. El tono imperativo de la nueva redacción del precepto admitiría:

a) En primer lugar, la cesión separada del crédito sin la hipoteca, con base legal en la remisión general del art. 149.1.1 LH al art. 1526 CC. Ello provocaría la extinción *ex lege* de la hipoteca al no garantizar una obligación determinada (dejaría de existir una causa de garantía, art. 1275 CC)²¹⁴¹. Ejemplos de esta situación son²¹⁴²: 1) desde la perspectiva del acreedor hipotecario, éste ni podría intentar la ejecución de la hipoteca, porque no podría acreditar la existencia de ninguna obligación a su favor (arts. 685, 550 y 573.1 LEC), ni exigir la constitución de nuevas garantías si el valor de la finca disminuye un 20% por debajo del valor de tasación (art. 5.3 LMH)²¹⁴³; y 2) desde la perspectiva del deudor, éste no podría llevar a cabo eficazmente un proceso de subrogación hipotecaria porque no podría acreditar la primera entidad de crédito un saldo exigible (art. 2.3 Ley 2/1994). Estos casos muestran que cuando las partes necesitan acudir a la realidad extrarregistral prevalece la transferencia operada de la obligación y, en consecuencia, que no puedan

por consecuencia de esta falta”.

²¹⁴⁰ SIMÓN MORENO, H., “La cesión de créditos...”, ob. Cit., pp. 145 y ss.

²¹⁴¹ Así se posiciona CANALS BRAGE, F., *La recarga...*, ob. Cit., p. 32.

²¹⁴² SIMÓN MORENO, H., “La cesión de créditos...”, ob. Cit., pp. 164 y ss.

²¹⁴³ Ver al respecto NASARRE AZNAR, S., “Los requisitos de los créditos...”, ob. Cit., pp. 421 y ss.

llevarse a cabo las operaciones anteriores. No obstante, es posible que se produzca la cesión de una obligación totalmente amortizada a un tercero de buena fe, mientras la hipoteca aún no ha sido cancelada (art. 34 LH). En este caso, el tercero adquiere tanto la obligación como la hipoteca, pero podría excepcionar el pago completo del crédito (que en su día provocó su extinción), la nulidad del título y la cancelación de la hipoteca del Registro de la Propiedad (art. 79 LH)²¹⁴⁴.

b) En segundo lugar, la cesión aislada de la hipoteca sin el crédito (art. 149.1.2 LH)²¹⁴⁵. La constitución de la hipoteca consta de tres contratos: a) el contrato de préstamo entre el acreedor personal y el deudor personal; b) el contrato de hipoteca entre el hipotecante y el acreedor hipotecario; y c) el *pactum de hypothecando*, que vincula la hipoteca y su función de garantía a la obligación originada por el contrato de préstamo. La posibilidad de que la hipoteca deje de garantizar la obligación del acreedor A y pase a garantizar la obligación del acreedor B puede conseguirse modificando el *pactum de hypothecando*, con el consentimiento de todos los implicados. Es decir, nos encontramos ante una novación²¹⁴⁶. La accesoriedad resulta flexibilizada convencionalmente y la causa inalterada porque la hipoteca nunca deja de garantizar una obligación gracias a la modificación del *pactum de hypothecando*.

c) Y en tercer y último lugar, la cesión conjunta del crédito y de la hipoteca, la cual no está establecida expresamente el art. 149 LH, pero una interpretación conjunta de sus dos primeros apartados permitiría sostener que cuando ésta tenga lugar se aplicarán los mismos requisitos que su segundo apartado: escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad.

²¹⁴⁴ A favor de que el préstamo hipotecario revive a favor del cesionario y el ex deudor vuelve a ser deudor sin posibilidad de excepcionar el pago de la deuda ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L y BERNÀ I XIRGO, J., ob. Cit., Tomo X, pp. 89 y 90.

²¹⁴⁵ SIMÓN MORENO, H., "La cesión de créditos...", ob. Cit., pp. 171 y ss.

²¹⁴⁶ Los partidarios de una accesoriedad funcional son partidarios de una cesión de la hipoteca en lugar de una novación. Aunque la hipoteca tiene que estar ligada a un crédito por el principio de accesoriedad, no siempre debe ser la misma obligación, es decir, "su titular puede decidir ceder esa hipoteca a otro sujeto para que garantice un crédito de éste, de modo que el cedente dejará de ser acreedor hipotecario para ser titular de un crédito ordinario, mientras que el cesionario ostentará desde entonces (desde la inscripción de la cesión) ya la cualidad de acreedor hipotecario", ver SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Relación entre el crédito...*, ob. Cit., p. 567.

3.1.2. En el Derecho comparado

En el derecho comparado existe la posibilidad de que la garantía inmobiliaria sea cedida del prestamista A al prestamista B para garantizar nuevas obligaciones. En los países cuyas hipotecas no son accesorias de la obligación garantizada esta posibilidad no plantea mayores problemas. Ello tiene lugar sin causar la extinción de la obligación personal de la entidad de crédito A o sin que sea necesario transmitir la obligación a la entidad de crédito B. En Alemania la entidad de crédito B simplemente tiene que amortizar la obligación de la entidad de crédito A y pactar un nuevo contrato de garantía con el deudor, con la finalidad de que la *Grundschild* pase a garantizar la obligación con esta entidad. No es necesaria la transmisión del crédito concertado con el prestamista A al prestamista B para la viabilidad de esta operación²¹⁴⁷. También existe la posibilidad como ocurre en Noruega de transmitir la hipoteca del prestamista A al prestamista B y que continúe garantizando las obligaciones del Banco A²¹⁴⁸. No obstante, encontramos en este grupo a Portugal y Bélgica cuya hipoteca es accesoria de la obligación garantizada. Efectivamente, la hipoteca portuguesa puede transmitirse aisladamente a un tercero sin la obligación asegurado (art. 727 CCP). Las únicas objeciones son: a) la hipoteca no ha de haber sido concedida en función de la persona del deudor (*intuitu personae*); b) el tercero ha de ser acreedor del mismo deudor; c) si la finca hipotecada pertenece a un tercero, será necesario su consentimiento; y d) la hipoteca cedida garantiza la nueva obligación en los límites de la obligación originariamente garantizada (art. 728 CCP). En el resto de países sólo es posible que la hipoteca se transmita a un tercero por mecanismos de subrogación o novación o si también se ha cedido la obligación garantizada (en los primeros, Polonia, Bosnia y Rumanía (y Francia); en los segundos, Lituania, Rep. Checa, Austria, Croacia y Serbia)²¹⁴⁹. En último lugar

²¹⁴⁷ GUIDO SCHLEIFFER, K., ob. Cit., p. 107.

²¹⁴⁸ MARTHINUSSEN, H. F., ob. Cit., p. 32.

²¹⁴⁹ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 98 y 99. En Rumanía: "Die Kreditablösung erfolgt in der Praxis durch einen vertraglichen Gläubigereintritt. Der Hypothekengläubiger, dessen Forderung durch eine andere Person als den Schuldner befriedigt wird, tritt seine Hypothek an diesen neuen Gläubiger ab. Die Vereinbarung muss gleichzeitig mit der Zahlung erfolgen. Der Schuldner, der zur Tilgung eines Darlehens ein neues Darlehen nimmt, kann den neuen Gläubiger in den Rechten des alten

tenemos a Holanda y Ucrania donde no es posible. En Holanda el principal problema con la *Bankypothek* es a la hora de ceder el crédito porque ello implicaría que el cesionario tendría de nuevo una hipoteca “flotante”. La transmisión del crédito sólo tiene lugar si antes se extingue la relación entre acreedor y deudor, pasando posteriormente a inscribirse una hipoteca ordinaria.

Además, en algunos sistemas de derecho comparado es posible que una garantía inmobiliaria constituida en favor del acreedor A pueda utilizarse para asegurar de forma adicional las obligaciones del acreedor B. En esta situación encontramos países con hipotecas no accesorias como Alemania, Suiza, Eslovenia, Noruega y Estonia, aunque en Francia sí que es posible gracias a la hipoteca reutilizable (art. 2422 *Code*). Esta hipoteca francesa permite al propietario reutilizar la hipoteca convencional mediante un contrato *ad hoc*, incrementando la cuantía de las obligaciones aseguradas. Sin embargo, no nos encontramos ante una hipoteca de propietario ni ante una hipoteca global²¹⁵⁰. Una particularidad de esta hipoteca es que el nuevo préstamo puede ser desembolsado por el mismo u otro acreedor, con lo que se posibilita que un tercero ajeno a la obligación original pueda incorporarse dentro de la hipoteca. De esta manera, se incrementa la flexibilidad de la hipoteca. No obstante, este tercer acreedor no tiene la misma prioridad que el acreedor primitivo, sino que ésta vendrá marcada por la publicación en el Registro de la escritura pública donde consta el contrato de recarga (arts. 2422.3 y 4 *Code*).

Gläubigers subrogieren. Dafür muss in dem neuen Darlehensvertrag ausdrücklich erwähnt werden, dass das neue Darlehen allein mit Zweck der Tilgung des alten Darlehen gewährt wurde. Der alte Gläubiger muss Außerdem bestätigen, dass seine Forderung durch das Geld aus dem neuen Darlehen befriedigt wurde”, ver SACALSCHI, A. S., ob. Cit., p. 72. En Francia el art. 2424 *Code* establece que “Le créancier hypothécaire peut subroger un autre créancier dans l'hypothèque et conserver sa créance”. El acreedor hipotecario puede subrogar a un tercero en la hipoteca y el acreedor primitivo conservar su obligación, de tal forma que la obligación y la hipoteca original quedan desligadas. El tercero adquiriría la hipoteca y, por efecto del principio de accesoriedad, pasaría a garantizar su obligación. Ver MUÑIZ ESPADA, E., *La propuesta de...*, ob. Cit., pp. 164 y 165. Por los motivos apuntados la autora afirma que “se habla también de cesión del derecho de hipoteca”, p. 164.

²¹⁵⁰ MUÑIZ ESPADA, E., *La propuesta de...*, ob. Cit., pp. 140, 152 y 153.

Respecto a la novación del objeto de la hipoteca, ciertos países sí que aceptan el cambio de objeto de la hipoteca sin extinguirse la relación obligatoria. Así en Noruega es posible que la hipoteca pase a gravar otra finca, simplemente cancelando la antigua e inscribiendo la nueva, incluso es posible inscribir la nueva hipoteca antes de cancelar la antigua para que el acreedor hipotecario no tenga un riesgo innecesario²¹⁵¹; en Bosnia es viable y la nueva hipoteca adquirirá primer rango si los acreedores están dispuestos a ello²¹⁵²; en Alemania se requiere el consentimiento del propietario y del prestamista²¹⁵³; en Estonia tampoco existen problemas²¹⁵⁴; y en Rumanía sólo es posible en las hipotecas legales²¹⁵⁵. Por otro, en Croacia²¹⁵⁶ y en Polonia²¹⁵⁷ no es posible el cambio de objeto y, por lo tanto, será necesaria la constitución de una nueva hipoteca con el rango acorde con su inscripción en el Registro.

3.1.3. En la eurohipoteca

En este apartado destacan las siguientes cuestiones:

1) Las BG no determinan específicamente cómo llevar a cabo una novación de la obligación con la eurohipoteca, pero su naturaleza contractualmente accesoria permitiría la modificación de la relación obligatoria sin modificar el derecho real, que seguiría garantizando estas obligaciones gracias al contrato de garantía. En este sentido se pronuncia el grupo de investigación de la eurohipoteca²¹⁵⁸, al proclamar como una de las virtudes que *“también es posible mantener la misma Eurohipoteca como garantía cuando la obligación actualmente garantizada sea sustituida por otra nueva (novación). Es posible ampliar o incluso sustituir un préstamo con un tipo de interés fijo, después de la finalización del período a interés fijo, por otro préstamo por el resto del plazo, conservando la garantía. Se puede aplicar la misma solución cuando varios créditos de escasa cuantía sean sustituidos por otros de gran entidad”* (cfr. apartado 1.7 BG). Además, la subrogación se puede llevar a cabo

²¹⁵¹ MARTHINUSSEN, H. F. ob. Cit., p. 43.

²¹⁵² POVLAKIC, M., ob. Cit., pp. 82 y 83.

²¹⁵³ GUIDO SCHLEIFFER, K., ob. Cit., p. 114.

²¹⁵⁴ TIIVEL, R., ob. Cit., p. 151.

²¹⁵⁵ SACALSCHI, A. S., “Länderberichte...”, ob. Cit., p. 73.

²¹⁵⁶ JOSIPOVIC, T., ob. Cit., p. 196.

²¹⁵⁷ DREWICZ-TULODZIECKA, A., ob. Cit., p. 327.

²¹⁵⁸ GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE LA EUROHIPOTECA, ob. Cit. Id. vLex: VLEX-328802.

de una forma similar al Derecho alemán: la entidad de crédito B amortiza la totalidad del préstamo (o una parte) de la entidad de crédito A y acuerda con el deudor en el contrato de garantía que la eurohipoteca pase a garantizar su préstamo, total o parcialmente.

2) De acuerdo con el apartado 5.1 BG, la cesión de un derecho no certificado solamente es oponible a terceros desde que ha sido inscrita, y la inscripción de la cesión exige el consentimiento del titular de la eurohipoteca previamente inscrito. La transmisión de la eurohipoteca no puede hacerse depender de la transmisión del crédito garantizado, aunque la legislación nacional puede exigir un acuerdo entre el antiguo titular y el nuevo como requisito sustantivo para la cesión de la eurohipoteca.

3) Por lo que respecta a la carta hipotecaria, su cesión se rige por la ley del Estado en el que el inmueble se halla situado.

3.1.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

En este apartado podemos realizar las siguientes consideraciones:

1) La naturaleza contractualmente accesoria de la eurohipoteca debería permitir a las partes **novar** todos los elementos del préstamo y llevar a cabo un procedimiento de subrogación rápido y flexible. Todo ello sin necesidad de consentimiento del acreedor, ni escritura pública ni inscripción registral, es decir, de una forma menos costosa para las partes que como sucede actualmente en el Derecho español. El propietario simplemente reduciría la eurohipoteca amortizando la obligación gracias al préstamo concedido por otro prestamista, garantizándolo posteriormente con la eurohipoteca reducida. Esto fomentaría la movilidad del cliente prevista en el Libro Blanco²¹⁵⁹, que resulta perjudicada con el derecho a enervar que tiene el acreedor original en la subrogación hipotecaria iniciada a instancias del deudor. Sin embargo, acorde con el Derecho español vigente la solución sería distinta²¹⁶⁰.

2) En cuanto a la cesión de la eurohipoteca por el acreedor hipotecario de forma independiente, la primera duda que surge es si la previsión del art.

²¹⁵⁹ Ver NASARRE AZNAR, S., "Eurohypotheck & Eurotrust...", ob. Cit., p. 26.

²¹⁶⁰ Vid. *infra*.

149 LH²¹⁶¹ podría aplicarse a la eurohipoteca. Con la redacción anterior a la Ley 41/2007 este precepto se refería al **crédito hipotecario** considerado como una unidad indisoluble (crédito+hipoteca). Pero la nueva Ley 41/2007 posibilita que la hipoteca pueda circular en el tráfico jurídico de un acreedor a otro. La admisión de este supuesto no iría en contra ni de su accesoriedad ni de su causa, ya que la hipoteca nunca dejaría de estar vinculada a una obligación porque la novación del *pactum de hypothecando* provocaría la vinculación de la hipoteca que garantizaba el préstamo del acreedor A con la obligación cuyo titular es el acreedor B. De esta forma, se cumpliría el dogma de que el acreedor personal y el acreedor hipotecario deben coincidir en la misma persona. Esta posibilidad que describimos no es una ventaja única y exclusiva de las hipotecas no accesorias como la alemana y la suiza. Portugal es un país que tiene una hipoteca accesorias y ha flexibilizado legalmente el vínculo entre la garantía y la obligación admitiendo sin problemas esta operación (aunque con restricciones). Si mantenemos que la obligación no accede al Registro de la Propiedad, en la eurohipoteca podríamos escoger entre dos opciones: a) declarar inaplicable tal precepto; o b) añadir una previsión legislativa al art. 149 LH señalando que también regiría (únicamente) para la cesión de la eurohipoteca, con exclusión de la obligación. La nueva redacción del art. 149 LH distingue entre la cesión de la obligación (conforme al CC) y de la titularidad de la hipoteca (conforme a la LH). Hemos defendido que a través de la novación del *pactum de hypothecando* sería posible que la hipoteca pudiera pasar a garantizar nuevos créditos de otro acreedor. Por lo tanto, la eurohipoteca se acomodaría perfectamente a esta segunda posibilidad aunque iría un paso más allá al permitir que acreedor y deudor hipotecarios fueran dos personas distintas. Pero en este caso la eurohipoteca seguiría garantizando las obligaciones previstas en el *pactum de hypothecando* (causa), y el contrato de garantía haría de unión entre la eurohipoteca (cuyo titular sería el acreedor A) y la obligación (cuya titularidad tendría el acreedor B).

Por lo tanto, entendemos que el legislador español debería flexibilizar legalmente la hipoteca y permitir que circulase entre los diferentes acreedores, sin necesidad de constituir una nueva hipoteca.

²¹⁶¹ Que requiere escritura pública e inscripción.

Por otra parte, no existe un apoyo jurisprudencial a la tesis de la **inscripción constitutiva** de la cesión del préstamo garantizado, con lo que la función meramente declarativa del Registro de la Propiedad (art. 38 LH) seguiría inspirando el art. 149 LH (libertad de las partes de inscribir o no tal cesión). Si así resultara su interpretación, el principio de oponibilidad se limita a la constitutividad respecto a terceros que inscriben en el Registro, dejando el mundo de las relaciones entre las partes y el de las relaciones con fincas no inscritas al margen del Registro y con aplicación pura del derecho civil²¹⁶². En consecuencia, las partes deberían atender respecto a la cesión aislada de la eurohipoteca a lo que hayan pactado en el contrato de garantía. Es decir, los efectos perjudiciales de la no inscripción de la eurohipoteca no crean inseguridad jurídica a terceros puesto que las partes saben a ciencia cierta los riesgos que conlleva su comportamiento. Sólo afecta a las partes, nunca a los terceros, que son los que realmente tienen que ser objeto de protección en la eurohipoteca, pues la clandestinidad de las partes opera en su propio perjuicio sin vincular a los terceros que desconozcan la posible cesión de la eurohipoteca al margen del Registro de la Propiedad. Por lo tanto, atendiendo a la doctrina jurisprudencial en torno al art. 149 LH, la inscripción de la cesión de la eurohipoteca sería declarativa, sin perjuicio su la falta de oponibilidad *erga omnes*.

En nuestra opinión, es el momento de volver a plantear la inscripción constitutiva de los derechos reales, tal y como ya propuso PAU PEDRÓN²¹⁶³. Ello ayudaría eliminar las posibles discordancias entre la realidad jurídica y la realidad extrarregistral. En el mismo sentido, JEREZ DELGADO también está favor y opina que la inscripción debería ser el “*único medio admitido de entrega*”

²¹⁶² GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario. Tomo II (el concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad)*, Civitas, Madrid, 1993, p. 32.

²¹⁶³ En palabras de este autor, “con la inscripción constitutiva se refuerzan -en beneficio de la sociedad- la escritura pública -con la inscripción constitutiva, el negocio no deja de ser el fundamento del cambio real- y la inscripción -que da a ese cambio una publicidad, que su propia naturaleza exige-; con la inscripción constitutiva se protegen los intereses de las partes y de los terceros, Ver PAU PEDRÓN, A., “Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales”, en *RCDI*, Núm. 625, Noviembre-Diciembre 1994, p. 2205. La doctrina, después de realizar una descripción de los autores a favor y en contra de la inscripción constitutiva, acepta la posición de PAU PEDRÓN siempre que la inscripción constitutiva solamente se aplique a la propiedad ya inmatriculada, siendo la opción más viable y adecuada a la realidad, ver RODRÍGUEZ OTERO, L., “La valoración de nuestro sistema”, en *Cuestiones de Derecho Inmobiliario*, Dijusa, 2008, p. 516.

*del inmueble. Sobre la base de la teoría del título y el modo (arts. 1095, 609 y 1462 CC), hacer de la inscripción un presupuesto de la modificación jurídico-inmobiliaria derivada de contrato*²¹⁶⁴. La cesión del crédito hipotecario cuando no tenga finalidades de titulización también debería ser constitutiva, lo que ya hemos defendido tomando como punto de partida la redacción del art. 149 LH, en virtud del cual la cesión “*deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad*”²¹⁶⁵.

En cualquier caso, los **costes de la cesión** serían altos para operaciones con miles de hipotecas. Podría mejorarse este planteamiento si se redujeran los costes que conlleva la cesión del préstamo hipotecario (escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad), como ya realizó el legislador con la subrogación prevista en la Ley 2/1994, con lo que la cesión sería más flexible y menos costosa para el titular del crédito.

Las cesiones de crédito por parte de las entidades bancarias, cuando tienen por destino **fondos de titulización hipotecaria**, tienen un tratamiento más favorable que los créditos ordinarios a los que se aplica el art. 149 LH²¹⁶⁶. El RMH de 1982 exigía una nota marginal al margen de la inscripción del crédito hipotecario cedido cuando la emisión no estaba limitada a inversores institucionales o profesionales, es decir, iba destinada al público en general (art. 64.2). Esta exigencia continúa en el RMH de 2009 (art. 29). Los requisitos del art. 149 LH se ven substituidos por la nota marginal en el Registro de la Propiedad. Los terceros que adquieran algún derecho sobre el crédito hipotecario “*lo harán con la carga del pago de la participación y de sus intereses*” (art. 29 RMH 2009). La posibilidad de ejecutar del partícipe por subrogación provoca que aunque no sea necesario el consentimiento de la

²¹⁶⁴ JEREZ DELGADO, Carmen, “La inscripción constitutiva a debate”, en *ADC*, Núm. LVI-2, Abril 2003, p. 685. Esta autora también cita otros autores que están a favor de la inscripción constitutiva, como DE LA RICA y AMORÓS GUARDIOLA, p. 684.

²¹⁶⁵ En otra obra concluíamos que “Una vez expuestas las diferentes opiniones doctrinales, creemos que el principal argumento para atribuir un valor constitutivo a la cesión del crédito hipotecario (o a la hipoteca aisladamente) sería la imperatividad y literalidad del art. 149 LH y su preeminencia sobre el régimen declarativo de la inscripción (art. 38 LH), ya que los antecedentes históricos y legislativos no permiten sostener indubitadamente el carácter constitutivo de la hipoteca. Por lo tanto, tanto la cesión del crédito junto con la hipoteca como la cesión de la hipoteca de forma aislada deberían acceder al Registro de la Propiedad para su validez, aunque es criticable que la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 omita cualquier referencia a la nueva normativa de la cesión de créditos, referencia obligada para alertar del cambio de orientación”, ver SIMÓN MORENO, H. “La cesión de créditos...”, ob. Cit., p. 159.

²¹⁶⁶ Extraído de SIMÓN MORENO, H. “La cesión de créditos...”, ob. Cit., p. 184.

“cesión” por el deudor hipotecario para su efectividad, sí sea conveniente su notificación. Si la emisión está destinada al público especializado no es necesaria la nota marginal, lo que supone un peligro latente de cara al partícipe si el acreedor hipotecario vuelve a ceder el crédito, vía art. 149 LH, a un tercero de buena fe protegido por el art. 34 LH. El derecho del partícipe o de los subsiguientes adquirentes decaería frente al tercero de buena fe, con lo que implica que sería conveniente que cualquier cesión de esta naturaleza (sean o no a inversores cualificados), tuviera su correspondiente nota marginal para su oponibilidad a terceros²¹⁶⁷. Otra opción, si se adoptase la posibilidad de tenencia fiduciaria de la eurohipoteca, sería que el cedente tuviera las eurohipotecas en fiducia en beneficio de los inversores a través de un *eurotrust*. La oponibilidad a terceros podría alcanzarse, de acuerdo con el Anteproyecto de patrimonios fiduciarios catalán, a través de la inscripción del patrimonio fiduciario en un Registro público, señalándose al fiduciario, sus facultades y la destinación final del patrimonio (arts. 16 y 17).

En el caso de que el titular de la eurohipoteca la cede a un tercero, aquí tiene importancia el **principio de tracto sucesivo**, que significa que para la inscripción de cualquier título en el Registro de la Propiedad es preciso que conste previamente inscrito el derecho del otorgante o de la persona contra la cual se dirige aquél (ver arts. 20 y 38 de la LH). Es otro principio básico registral (así lo apunta la RDGRN de 26 de marzo de 1998²¹⁶⁸). Así, en caso de compraventa de un bien inmueble, el adquirente no podrá inscribir su adquisición si no consta en el Registro la titularidad del vendedor. Si este principio lo ponemos en relación con el contenido de las BG, es decir, la oponibilidad depende la inscripción, por fuerza tendría que anotarse en el Registro de la Propiedad la titularidad no sólo del adquirente de la eurohipoteca sino también la de su transmitente, pues no tendría sentido inscribir la nueva titularidad sin la precedente.

En consecuencia, puede afirmarse que en la eurohipoteca los diversos

²¹⁶⁷ En el mismo sentido, NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., pp. 785 y 786. Ver DÍAZ FRAILE, Juan María, *La ejecución hipotecaria y el mercado secundario*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, pp. 207, 211 y 212.

²¹⁶⁸ RJ 1998\1863.

titulares de la misma deberían tener acceso al Registro, si así lo desean las partes, y siempre y cuando la cesión proceda del anterior titular registral de la eurohipoteca.

Asimismo, también cabe la **transmisión** por parte del propietario al futuro titular. Supongamos que el Derecho español admite la hipoteca de propietario así como la posibilidad de que existan diversos titulares dentro de una misma eurohipoteca (p. e. a través de su redención parcial y posterior cesión a otro acreedor). En este caso, tenemos dos posibilidades:

a) Que el propietario reutilice la eurohipoteca, en cuyo caso lo que realmente está constituyendo no es más que una cesión de la titularidad de la eurohipoteca con una finalidad de garantía. En puridad, el negocio jurídico existente constituye una transmisión/cesión del derecho reflejado en el art. 2.2 LH. Esta cesión se realizaría por medio de **escritura pública** en virtud del art. 3 LH²¹⁶⁹. Los costes de escritura pública para el propietario son considerables, pero en realidad no serían superiores a los de una hipoteca accesoría. En la hipoteca tradicional a cada obligación le corresponde una escritura pública de constitución de la garantía y, sin embargo, en la eurohipoteca con la primera escritura la garantía ya queda constituida. Por consiguiente, el propietario no tendría que volver a constituirla con la consiguiente forma pública para ello. Con ello queremos poner de relieve que los gastos que puede originar la cesión de la eurohipoteca son paralelamente los mismos que para la hipoteca accesoría, es decir, así como en ésta la escritura se formaliza cuando se constituye, en la eurohipoteca ocurre lo mismo con la escritura de cesión una vez redimida la garantía. Para el propietario del bien inmueble es como si constituyera una hipoteca accesoría. La redención y posterior cesión deberá tener lugar para economizar costes en unidad de acto.

b) Que se lleve a cabo una novación del contrato de garantía. La entidad de crédito B amortizaría parte del préstamo garantizado con la eurohipoteca, y con la aceptación de la entidad de crédito A se novaría el contrato de garantía y se incluiría a la entidad de crédito B dentro de la eurohipoteca. El problema de esta solución es que se debería modificar el Registro de la Propiedad para que

²¹⁶⁹ Vid. *supra*. Epígrafe 2.4.

constase la nueva titularidad de la entidad de crédito B, lo que exigiría escritura pública (art. 3 LH). Por lo tanto, sería mejor la opción anterior porque no sería necesario el consentimiento de la entidad de crédito A.

3) Si se trata de la **cesión de una carta hipotecaria**, al serle de aplicación la *lex rei sitae* en cuanto a su constitución y cesión (art. 10.1 CC), ya se puso de relieve la necesidad de una nueva regulación de esta figura como un efecto de comercio más. El art. 154 LH expone que en los casos de cesión de la letra de cambio “*el derecho hipotecario se entenderá transferido con el título sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro*”. Del mismo modo, el pagaré y la letra de cambio son transmisibles por endoso (art. 14 LCCh). De esta manera, la eurohipoteca podría endosarse tomando como base la letra de cambio, sin necesidad de inscripción en el Registro de la Propiedad.

En definitiva, la eurohipoteca permitiría una subrogación y novación ágil y flexible sin necesidad de alterar el Registro de la Propiedad y sin limitaciones en las materias susceptibles de ser objeto de estas operaciones. El antiguo art. 149 LH regulaba de forma conjunta la cesión del crédito y de la hipoteca accesoria, y con la Ley 41/2007 es posible hablar de una cesión de la hipoteca de un acreedor A a otro acreedor B. La nueva redacción no permite la cesión aislada de la hipoteca accesoria por falta de causa (ya no garantizaría nada, con lo que no existiría causa), así como de la eurohipoteca. Pero la cesión a un tercero no implicaría la falta de causa si existe un contrato de garantía, porque la eurohipoteca sigue en ese caso vinculada a la obligación. Ello sería posible si no se ha pactado lo contrario en el contrato de garantía, en aras de prevenir al deudor de realizar un doble pago a diferentes titulares (de la obligación y de la eurohipoteca).

3.2. Las excepciones del propietario en caso de ejecución derivadas del contrato de garantía

3.2.1. En el Derecho comparado

Las hipotecas accesorias solucionan esta tesitura al conceder al deudor

la posibilidad de excepcionar por pago de la deuda. En Alemania el § 1137 BGB transmite a la hipoteca todas las excepciones respecto al crédito, con lo que el deudor puede excepcionar por pago de la deuda. No obstante, este precepto no funcionaba respecto a la *Grundschild*, con lo que surgían problemas de oposición por parte del propietario (incluso respecto a la *Hypothek* es posible en base al § 1138 que el adquirente no esté vinculado)²¹⁷⁰. La situación en la *Grundschild* alemana y que tomamos como punto de partida para adoptar una solución es la siguiente²¹⁷¹:

a) Deudor y propietario son la misma persona y el acreedor no varía. En este caso el propietario puede excepcionar en sede de ejecución todas las causas previstas en el contrato de garantía, p. e. el pago de la deuda, la falta de cumplimiento del plazo o un enriquecimiento injusto si el capital finalmente no se ha desembolsado.

b) Deudor y propietario son la misma persona y el acreedor varía, p. e. por la cesión de la *Grundschild*. Antes de la reforma de 2008 existía en el Derecho alemán una problemática en torno a la cesión de la *Grundschild* a un tercero. Veamos el siguiente ejemplo para comprender el por qué de esta reforma: una entidad prestamista concede diversos préstamos hipotecarios durante un largo plazo de tiempo, finalizado el cual desea ceder el conjunto de hipotecas a terceros. El propietario no es avisado de que su hipoteca contractualmente accesoria ha sido cedida a un tercero y su prestamista no ha sido diligente al entregar el contrato de garantía a los cesionarios de los

²¹⁷⁰ VAN VLIET, L., *Mortgages on Immovables in Dutch Law in Comparison to the German Mortgage and Land Charge* (October 18, 2007). Maastricht Faculty of Law Working Paper. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1147543>: "However, this rule is set aside almost completely by the rules on third party protection against facts which have not been entered in the land register (§ 1138 and 892 BGB). The mortgagor is able to rely on the entry of the mortgage in the public land register. If the secured claim is actually lower than the amount entered in the land register, the assignee is protected in that he is able to extract the registered amount from the property. In the case of enforcement, the sum entered in the land register is payable to the assignee. This protection is also offered if the claim has lapsed as a result of full repayment. The third party protection of § 1138 BGB does not restore the claim, but it ensures that the assignee should be paid from the proceeds of sale up to the amount entered in the land register", p. 6.

²¹⁷¹ De acuerdo con CLEMENTE cuando el acreedor no cambia "Der Schuldner der gesicherten Forderung kann dem Gläubiger die ihm zustehenden Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegenhalten, wenn der Gläubiger die gesicherte Forderung geltend macht. Hierzu gehört insbesondere die Einrede, Zug um Zug gegen Rückgewähr der Grundschild leisten zu müssen", ver CLEMENTE, C., ob. Cit., p. 297. Ver también GABERDIEL, H. y GLADENBECK, M., ob. Cit., p. 357.

préstamos hipotecarios, de tal forma que éstos no se encuentran vinculados por el contrato, que preveía que sólo podía ejecutarse la hipoteca en el caso de que el deudor incumpliera la obligación garantizada. A su vez, el prestamista original decide ceder su préstamo a un tercero sin el conocimiento del deudor. Al cabo de un tiempo, el propietario no puede pagar la deuda y se encuentra ante la ejecución del acreedor personal y del acreedor hipotecario, ambos desconocidos para él.

Pues bien, en el Derecho alemán antes de la reforma de 2008 solamente cuando el tercer acreedor no era de buena fe (*bösgläubigen*) el propietario podía oponer alguna objeción a la ejecución de la garantía, p. e. si el tercero conocía de la existencia de las objeciones que podía oponer de acuerdo con el Registro de la Propiedad o las conocía por otro medio. En caso contrario, si el adquirente era de buena fe no quedaba vinculado a las objeciones del propietario (§§ 1192.1, 1157 y 892 BGB). De hecho, el BGB suponía la buena fe. Ello desembocaba en la posibilidad de que el cesionario de la *Grundschild* pudiera ejecutar al propietario, que podía verse obligado a pagar dos veces (en el caso de que coincidiese con la persona del deudor).

Es cierto que en el Derecho alemán era usual que el cesionario de la obligación y de la garantía pasasen a formar parte del *Sicherungsvertrag* original o se incluyesen en uno de nuevo, lo que posibilitaba al propietario excepcionar las garantías previstas en el contrato, entre las que se encontraría la imposibilidad de ejecutar la *Grundschild* en estos casos²¹⁷². Pero también era posible lo contrario, con lo que la protección del propietario era una indemnización por daños y perjuicios contra el titular original al ser el responsable de esta situación.

El problema, por lo tanto, se centraba en ver qué posibilidades tenía el propietario/consumidor de defenderse de estas actuaciones. A raíz de estos problemas el legislador alemán promulgó la *Risikobegrenzungsgesetz* de 18 de agosto de 2008. Esta Ley introdujo un nuevo apartado al § 1192.1 BGB: “(2) *Ist die Grundschild zur Sicherung eines Anspruchs verschafft worden, können Einreden, die dem Eigentümer aufgrund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschild zustehen oder sich aus dem*

²¹⁷² GUIDO SCHLEIFFER, K., ob. Cit., p. 103.

Sicherungsvertrag ergeben, auch jedem Erwerber der *Grundschild* entgegengesetzt werden; § 1157 Satz 2 findet insoweit keine Anwendung. 2 Im Übrigen bleibt § 1157 unberührt". Lo que establece este precepto es que el § 1157 BGB, que recordemos era la base de la buena fe del tercer adquirente de la *Grundschild*, ya no juegue ningún papel en la adquisición del tercer adquirente. En otras palabras, el cesionario va a estar vinculado *ex lege* a las disposiciones del contrato de garantía (p. e. en los pagos realizados al acreedor original antes o después de operada la cesión). Ello ha llevado a la doctrina a afirmar que la *Grundschild* tiene una accesoriadad de ejecución mayor que la *Hypothek* en base al § 1138 BGB y las reglas de la buena fe (§§ 891 a 899 BGB). Y es que cabe la posibilidad de que el acreedor hipotecario ceda la *Hypothek* a un tercero aunque la obligación haya sido totalmente satisfecha. El tercer adquirente podría ejecutarla si la amortización de la obligación no se ha hecho constar en el Registro, lo que no sería posible en la *Grundschild* por la vinculación *ex lege* del contrato de garantía al tercer adquirente²¹⁷³.

Hemos de partir de la base de que en las hipotecas accesorias la accesoriadad juega un papel de protección del deudor²¹⁷⁴ y que en las hipotecas no accesorias, como la *Grundschild*, todo depende de la vinculación

²¹⁷³ "For the *Verkehrshypothek* German law has made a radically different choice than Dutch law in offering the bona fide assignee a very generous protection in § 1138 BGB. It is true that § 404 BGB provides that the debtor can set up his defences against the assignee, and that § 1137 BGB provides that the owner of the burdened property (this may be the debtor or a third party) can set up against the mortgage the defences which the debtor has against the secured claim. However, this rule is set aside almost completely by the rules on third party protection against facts which have not been entered in the land register (§ 1138 and 892 BGB). The mortgagor is able to rely on the entry of the mortgage in the public land register. If the secured claim is actually lower than the amount entered in the land register, the assignee is protected in that he is able to extract the registered amount from the property. In the case of enforcement, the sum entered in the land register is payable to the assignee. This protection is also offered if the claim has lapsed as a result of full repayment. The third party protection of § 1138 BGB does not restore the claim, but it ensures that the assignee should be paid from the proceeds of sale up to the amount entered in the land register [...] The *Verkehrshypothek*, which was not changed by the August 2008 statute, is now less accessory than the security land charge. As we have seen before, upon transfer of the *Verkehrshypothek* almost always the mortgagor's defences are wiped out. The traditional labels "accessory" and "non-accessory" to indicate the link between the secured claim and the security interest is no longer of any use to describe the German *Verkehrshypothek* and *Sicherungsgrundschild*", en VAN VLIET, L., *Mortgages on Immovables...*, ob. Cit., pp. 6 y 9.

²¹⁷⁴ VAN ERP, S., "Surety interests...", ob. Cit: "Because the accessory principle no longer applies, the required protection cannot be given at the level of property law, but can only be given at the level of contract law", pp. 316.

al contrato de garantía²¹⁷⁵. El problema es que el contrato de garantía no está sujeto a una regulación o forma concretas, es decir, puede concluirse de forma oral, escrita, por teléfono o incluso de forma electrónica²¹⁷⁶.

La desprotección del propietario también aparece en otros ordenamientos. En Estonia no es común que la hipoteca de propietario se transmita aisladamente a un tercero debido al riesgo que provoca²¹⁷⁷, pero puede darse el caso y el § 351 LP prevé que el propietario pueda objetar las excepciones derivadas de la obligación garantizada en un sentido similar al BGB, sea o no al mismo tiempo deudor²¹⁷⁸. Así, el propietario podrá invocar el contrato de garantía frente a terceros, aunque no el tercer adquirente de la finca hipotecada que tendrá que pasar a formar parte de él²¹⁷⁹. En Hungría, por su parte, el doble pago coloca al deudor en una posición desfavorable y con la obligación de cancelar el derecho del Registro de la Propiedad al tener lugar la cancelación por voluntad de las partes²¹⁸⁰; y en Eslovenia la realización de la *Grundschild* no es en principio dependiente de la obligación garantizada, a pesar de que el propietario puede excepcionar lo dispuesto en el contrato de garantía, que normalmente prevé que sólo pueda ser ejecutada la garantía en caso de incumplimiento de la obligación²¹⁸¹.

²¹⁷⁵ CLEMENS, C., ob. Cit., pp. 302, 305 y 306: "Dagegen muss der Eigentümer die Zwangsvollstreckung aus der Grundschild dulden, wenn sie der neue Gläubiger vom ursprünglichen Sicherungsnehmer durch Abtretung - ohne in den Sicherungsvertrag einzutreten oder die Rückgewährpflicht zu übernehmen - gutgläubig einrede frei erworben hat".

²¹⁷⁶ OTTEN, Maike, "Sicherungsvertrag", en DERLEDER, Peter, KNOPS, Kai-Oliver y BAMBERGER, Heinz Georg (Dir.), *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. Auflage, Springer, 2009, p. 728.

²¹⁷⁷ "Die Abtretung einer Eigentümergrundschild zwecks verdeckteter Kreditaufnahme ist rechtlich zulässig, jedoch in der Praxis unbekannt, wohl aufgrund von Risiken im Zusammenhang mit der fehlenden Publizität der Sicherungsbestellung, KLAUBERG, Theis y PÄRN-LEE, Evelin, "Länderteil Estland", en DERLEDER, Peter, KNOPS, Kai-Oliver y BAMBERGER, Heinz Georg (Dir.), ob. Cit., p. 2373.

²¹⁷⁸ "(1) The owner of an immovable may only present objections against a mortgagee which are based on a land register entry or which the owner has on the basis of the law of obligations against the creditor who presented a claim for payment".

²¹⁷⁹ TIIVEL, R., ob. Cit.: "Der Eintritt kann etwa so passieren, dass der Erwerber des Grundstücks durch Vertrag mit dem Veräußerer seine durch die Hypothek gesicherte Schuld übernimmt. Nach der Eintragung des Erwerbers ins Grundbuch muss der Veräußerer den Gläubiger darüber schriftlich in Kenntnis setzen. Hat der Gläubiger innerhalb von Monaten nach dem Empfang der Mitteilung die Erteilung der Genehmigung nicht verweigert, so gilt die Genehmigung als erteilt. Sobald die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung gesteht, hat der Veräußerer den Erwerber darüber zu benachrichtigen", p. 144.

²¹⁸⁰ GÁBOR BOTOS, András, "Länderberichte Ungarn", en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte...*, Band I, ob. Cit., p. 418.

²¹⁸¹ TRATNIK, M., ob. Cit., p. 391.

Otras **soluciones** que podrían adoptarse junto con la prevista en el Derecho alemán para proteger al propietario son las siguientes:

a) En el Proyecto de reforma legislativa de Polonia se prevé en el art. 112.3 que la deuda territorial debe constituirse mediante un contrato que deberá formalizarse en documento notarial. En este contrato (que podemos considerarlo análogo al *Sicherungsvertrag* alemán) el propietario y el acreedor hipotecario pueden determinar cuál es la finalidad de la constitución o el ámbito de ejercicio de la deuda territorial. El legislador polaco ha previsto específicamente la problemática de la cesión de la *Grundschild* a un tercero. Así, el cedente está obligado a informar al cesionario sobre el contenido del contrato de garantía. En caso contrario, será responsable de los daños y perjuicios que pudieran originarse. En Noruega también es posible con la *pantobligasjon* que el propietario pueda verse obligado a pagar dos veces²¹⁸² si el tercer adquirente es de buena fe. Por lo tanto, la buena fe determina la posibilidad de ejecución ante la dificultad de llevar a cabo en la práctica otros mecanismos más eficientes²¹⁸³.

b) Requerir la aceptación del deudor para la transmisión de la carga inmobiliaria o prohibir totalmente su alienabilidad, lo que reduciría enormemente su flexibilidad²¹⁸⁴.

c) Proteger al deudor y adjudicar al contrato de garantía una oponibilidad tan fuerte como un *right in rem*²¹⁸⁵.

²¹⁸² MARTHINUSSEN, H. F., ob. Cit., p. 35.

²¹⁸³ "In Norway, the risk of double payment is related to the use of negotiable documents as the basis for mortgages, which opens for good faith acquisition of the claim. If a fraudulent mortgagee decides to sell a *pantobligasjon* after the debtor/mortgagor has repaid some or all of his debt(s), he risks having to pay the entire debt to the new mortgagee and creditor (Debenture Act § 15). Technically, the mortgagor can protect himself against such a good faith acquisition by demanding that all payments are note on the mortgage document (Debenture § Act 21). This, however, is completely impractical, and undermines the flexibility these documents are meant to promote. If a note of a payment is made on the document itself, the mortgage cannot later be re-used for new credit", ver MARTHINUSSEN, H. F., ob. Cit., p. 35.

²¹⁸⁴ SCHMID, C. y TOBIAS, P., ob. Cit., p. 577.

²¹⁸⁵ SCHMID, C. y TOBIAS, P., ob. Cit.: "This could dogmatically be done by giving the security contract effect *inter omnes*, i.e. effect as part of the real right or by reducing the public trust in the land register", p. 578. En igual sentido VAN ERP, S., "Surety interests...", ob. Cit.: "the protection that the contract then should give to the non-professional debtor vis-a-vis the creditor must be very strong and should have third party effect. By the latter I mean that any third party who acquires the security right by transfer and who had, or should have, notice of the security agreement should be bound by the terms of such agreement. If the non professional debtor is given inadequate protection at the level of contract law, there is no longer a true balance of

3.2.2. En la eurohipoteca

El apartado 5.6 BG prevé que la legislación nacional pueda adoptar dos soluciones:

a) o bien que el contrato de garantía, en su última versión, sea vinculante para cualquier titular futuro de la eurohipoteca y cualquier tercero, siempre que el garante no sea el titular de la eurohipoteca.

b) o bien, alternativamente, que el previo titular de la eurohipoteca sea responsable por los daños causados al propietario, si aquél cede la eurohipoteca sin vincular al cesionario al contrato de garantía. Si el titular de una eurohipoteca la transmite a un tercero, deberá informarle acerca del contrato de garantía. Además, si no existe otro acuerdo ulterior, el titular puede cumplir esta obligación a través de la entrega al tercero de los documentos originales.

Por lo tanto, la eurohipoteca no se pronuncia sobre un aspecto en concreto sino que deja a las legislaciones nacionales el optar por una vinculación *ex lege* del contrato, como ha sido la opción de Alemania, o exigir una compensación por daños y perjuicios, tal y como prevé el Proyecto legislativo de Polonia.

3.2.3. La eurohipoteca bajo Derecho español

Esta cuestión tiene especial interés para los consumidores y usuarios, porque si se cede aisladamente la eurohipoteca a un tercero existe el riesgo de que el propietario, que a su vez es deudor, pueda verse obligado a pagar dos veces (al acreedor personal y al acreedor hipotecario). Como hemos comentado con anterioridad, esta es una de las razones en las que se asienta la doctrina para cuestionar firmemente la naturaleza no accesorio de la eurohipoteca²¹⁸⁶.

Tenemos en este ámbito diferentes posibilidades:

interests”.

²¹⁸⁶ En este sentido VAN ERP, S., “Security interests...”, ob. Cit.: “It seems that in certain cases the borrower cannot invoke the terms of this loan agreement with the original holder of the mortgage against the new holder, thus leaving him at the mercy of the new mortgagee. This clearly violates even the most basic notions of consumer protection, a key value in European law”, p. 9.

a) Una primera posibilidad es que el contrato de garantía no acceda en ningún caso al Registro de la Propiedad. El problema que surge es que los **contratos privados** sólo tienen efectos entre las partes que lo firman (ex art. 1.227 CC), pero no frente a terceros, con lo que si se opta por un contrato escrito sin ninguna otra formalidad, su falta de constancia en documento público y posterior inscripción en el Registro de la Propiedad implicaría su falta de oponibilidad a terceros. Para solucionar esta problemática podría exigirse la entrega de una copia del contrato de garantía al cesionario como requisito de validez de la cesión, en aras de proteger a los consumidores y usuarios. En caso contrario, podría exigirse únicamente la obligación de comunicar al cesionario el contenido del contrato de garantía. Si el cedente incumple esta obligación, el propietario podría resolver el contrato en base al art. 1124 CC y exigir una indemnización por daños y perjuicios al acreedor cedente. En este sentido, la doctrina acude a los arts. 1098 y 1099 CC para que el propietario pueda resarcirse por daños y perjuicios ante un doble pago, con la posibilidad de dirigirse contra el acreedor cedente por haber actuado de mala fe contraviniendo el contrato de garantía²¹⁸⁷.

b) Una **forma pública**, sin inscripción en el Registro de la Propiedad, implicaría que cualquier modificación del contrato de garantía tendría que realizarse con otra escritura, al no tener los documentos privados la fuerza jurídica suficiente para modificar los documentos públicos (art. 1230 CC); y que el documento público constituyera prueba contra tercero de su otorgamiento y fecha, pero no de su contenido, es decir, debería hacerse entrega al tercero del contrato de garantía para vincularle a éste (art. 1218 CC).

El filtro notarial del contrato de garantía en todas aquellas facetas reguladas por la ley española (*lex rei sitae*), es decir, aquellas cuestiones de carácter real, daría seguridad jurídica a la eurohipoteca y evitaría conductas fraudulentas por las partes. Como contrapartida, cualquier modificación del contrato de garantía supondría otra escritura pública, es decir, un mayor coste.

Por otra parte, también podría pensarse no sólo en esta forma pública sino también en su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad. Por

²¹⁸⁷ Estamos de acuerdo con NASARRE AZNAR, S. y STÖCKER, O., "Models d'hipoteca independent...", ob. Cit., pp. 177 y 178.

esta vía se posibilitaría el acceso del contrato de garantía al Registro de la Propiedad y, en particular, de aquellas cláusulas que entran dentro del estatuto real del contrato y que regulan el funcionamiento propio de la eurohipoteca (excluyendo, pues, las meras cláusulas obligacionales). En puridad, son cláusulas (como la prohibición de cesión a un tercero, la facultad de redención del propietario) que afectan directamente al derecho real –eurohipoteca-. Así, por ejemplo, la cláusula que prohíbe la cesión de la eurohipoteca por parte de su titular no deja de ser una cláusula análoga a una prohibición de disponer que tiene acceso al Registro de la Propiedad en determinados casos (arts. 26 y 27 LH).

De esta manera, el contenido fundamental del contrato de garantía y su existencia quedarían reflejados en el registro de la propiedad y, por *ende*, vincularía a los terceros por efecto del principio de fe pública registral (art. 38 LH).

c) Una tercera posibilidad sería permitir el acceso íntegro del contrato de garantía tanto en su perspectiva real como obligacional al registro de la propiedad, pero en ese caso no se conseguiría ninguna ventaja con la accesoriadad legal vigente en la actualidad en el Derecho español e iría en contra del sistema registral español. La flexibilidad que otorgaría el contrato de garantía al funcionamiento de la eurohipoteca quedaría reducida.

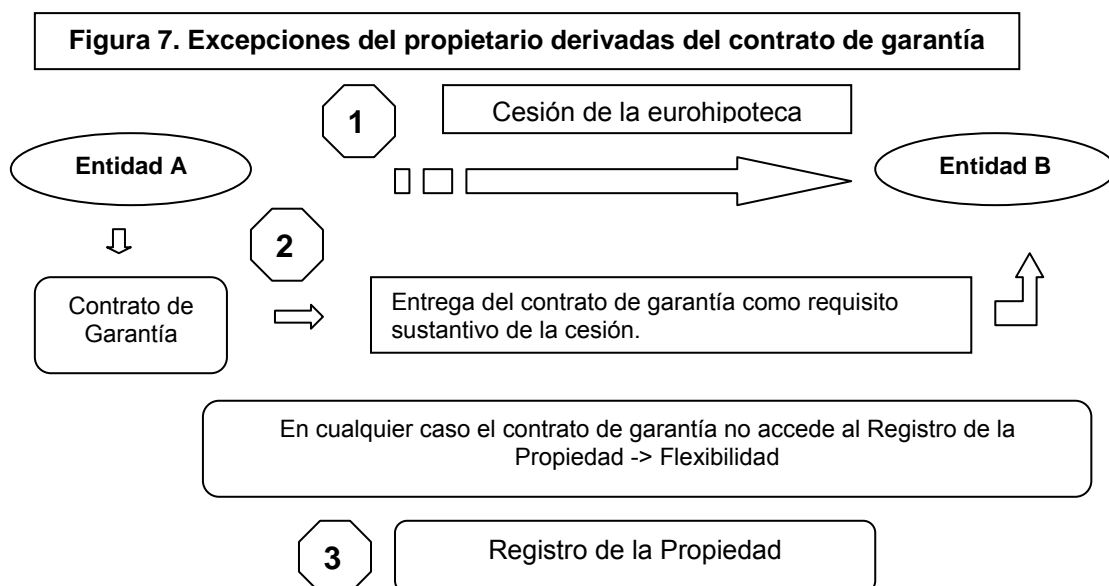
d) Una cuarta y última posibilidad sería que el legislador adoptase la solución alemana de vinculación *ex lege* del contrato de garantía, pero distorsionaría la eficacia que los documentos públicos y privados tienen en el Derecho español.

En nuestra opinión, la opción que más podría equilibrar los intereses de las entidades de crédito y los consumidores y usuarios es la entrega o comunicación del contrato de garantía a terceros, aunque para proteger a éstos se podría exigir su entrega como **requisito sustantivo** de la cesión de la eurohipoteca. Así, el propietario siempre podría oponer aquellas excepciones previstas en el contrato de garantía al adquirente que, por falta de acceso registral, no le afectan por su falta de efectos *erga omnes*. Por lo tanto, no sería suficiente que el acreedor necesitase el consentimiento del propietario, una de

las posibilidades que contemplaba WATT respecto al posible funcionamiento de la eurohipoteca en el Derecho inglés²¹⁸⁸.

En la **Figura 7** tenemos las **excepciones oponibles por el propietario**. El procedimiento podría ser el siguiente:

1. La entidad de crédito A cede la eurohipoteca a la entidad de crédito B con las formalidades exigidas por la ley.
2. La entidad de crédito A o bien entrega el contrato de garantía a la entidad de crédito B, sin la cual la cesión no tendría lugar.
3. El contrato de garantía no accede al Registro de la Propiedad.



4. Registro de la Propiedad

4.1. Los efectos del Registro de la Propiedad

4.1.1. En el Derecho español

Respecto al **Registro de la Propiedad** español podemos apuntar las siguientes características:

1. Una de sus principales funciones es la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 1 LH), gracias a la función de publicidad de las relaciones

²¹⁸⁸ WATT, G., "The eurohypothech...", ob. Cit., p. 189.

jurídico-inmobiliarias que desempeña. Teniendo en cuenta que la primera inscripción será siempre de dominio del bien inmueble que se trate (art. 7 LH: “*La primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y se practicará con arreglo a los procedimientos regulados en el Título VI de esta Ley*”), la función de publicidad de los bienes inmuebles resulta cumplida de forma óptima por esta institución administrativa.

2. Además, el Registro de la Propiedad da fe de todas las relaciones jurídicas descritas en el art. 2 LH, que causarán inscripción con posterioridad a la de dominio, con la particularidad de que considera esta previsión como un *numerus apertus* (salvo de los de garantía) y, como consecuencia, también se inscribirán aquellos derechos reales creados por las partes.

3. Su función es meramente declarativa de derechos, no tiene efectos sustantivos sino meramente formales. El Registro de la Propiedad opera bajo una presunción *iuris tantum* del contenido de sus asientos, esto es, admite prueba en contrario pues la inscripción únicamente produce efectos formales (de publicidad, art. 38 LH). Así, lo inscrito se presume que existe y lo cancelado se presume extinguido –luego existe una presunción en la titularidad registral-. Por lo tanto, en caso de **discordancia** entre la realidad jurídica registral y la extrarregistral, predomina siempre esta última, al reposar sobre algo real y positivo que la norma tiene que proteger (arts. 38 y 97 LH, ver SSTs de 31 de octubre de 1989 y 27 de marzo de 2001²¹⁸⁹). De esta manera, se entiende que una hipoteca sea inexistente porque la obligación ha sido enteramente satisfecha pero aun esté presente en el Registro de la Propiedad (por no haber sido cancelada). La fe pública registral sólo se extiende a los derechos reales, no a las características físicas de la finca²¹⁹⁰.

4.1.2. En el Derecho comparado

²¹⁸⁹ RJ 1989\7035 y RJ 2001\4769.

²¹⁹⁰ STS de 30 de noviembre de 1991 [RJ 1991\8512]: “El principio de la fe pública registral atribuye a las inscripciones vigentes carácter de veracidad en cuanto a la realidad jurídica, pero no con carácter absoluto e ilimitado, ya que ampara datos jurídicos y opera sobre la existencia, titularidad y extensión de los derechos reales e inmobiliarios inscritos, no alcanzando la presunción de exactitud registral a los datos y circunstancias de mero hecho (cabida, condiciones físicas, límites y existencia real de la finca), -SS. de 6-2-1947 (RJ 1947\142), 13-5-1959 (RJ 1959\1998), 16-11-1960 (RJ 1960\3480), 31-10-1961 (RJ 1961\3630), 29-4-1967 (RJ 1967\3256), 16-4-1968 (RJ 1968\2169) y 3-6-1989 (RJ 1989\4290)-”.

En primer lugar, vamos a analizar si los acreedores pueden confiar en el contenido del Registro de la Propiedad a la hora de constituir una hipoteca. La protección de los terceros en el contenido del Registro (fe pública registral) es esencial para el tráfico jurídico inmobiliario y es un aspecto muy relevante para los prestamistas. Éstos nunca van a desembolsar préstamo alguno sin tener la seguridad de que no existen más cargas sobre la finca que se pretende hipotecar (aparte de las ya inscritas con anterioridad) y certeza del dominio de aquélla. La respuesta que más beneficia al tercero es aquella en la cual el contenido del Registro se presume exacto en favor del acreedor. Es decir, si se constituye una hipoteca sobre un bien inmueble libre de cargas que pertenece a una persona determinada, el acreedor puede confiar en que ese hecho es verdad y que no le será oponible un derecho no inscrito. Los países que escogen esta mejor opción serían España, Suiza, Alemania, Noruega, Polonia, Lituania, Estonia, Eslovenia y Bosnia²¹⁹¹.

Sin embargo, esta regla no se aplica en igual medida en todos los países porque en ellos conviven hipotecas de vida registral (Polonia, Lituania y Bosnia) y extrarregistral (Alemania, Suiza, Eslovenia y Noruega). Por ejemplo en el Derecho alemán se protege de forma general a quienes de buena fe confían en el contenido del Registro de la Propiedad (§§ 892 y 893 BGB). Por lo tanto, la hipoteca queda bajo la fe pública registral cuando viva en el Registro. Por el contrario, la carta hipotecaria no goza de ésta porque es una mera transcripción del contenido del Registro de la Propiedad. En puridad, la fe pública sólo se extiende al primer adquirente de la cédula, es decir, a su primer tenedor a cuyo favor se constituye. Si el resto de posibles adquirentes no constan en el Registro de la Propiedad no resultarán amparados por la fe pública registral (p. e. si la obligación está satisfecha y la carta se transmite a un tercero, no juega la fe pública registral en este caso y no cabe su adquisición en base al § 892 BGB²¹⁹²). Lo mismo puede predicarse en Suiza, donde la eficacia positiva o negativa del Registro de la Propiedad sólo se

²¹⁹¹ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 40 y 41.

²¹⁹² SCHWAB, K. H. y PRÜTTING, H., ob. Cit., pp. 314 y 315. ESTERMANN, H., WESTERMANN, H., GURSKY, K.-H. y EICKMANN, D., Vol 2, ob. Cit., p. 1245. Para contrarrestar estos efectos el § 1155 BGB permite aplicar los efectos de la fe pública registral al tenedor de la cédula si acredita que su tenencia tiene lugar después de una serie de endosos ininterrumpidos que conducen al primer acreedor inscrito.

extiende a la garantía y no al crédito garantizado. La protección del tercer adquirente de buena fe de un derecho inscrito en el Registro de la Propiedad se encuentra en el § 973.1 ZGB. Este tercero obra de mala fe cuando conoce o debiera conocer el vicio de la inscripción (§ 974.1 ZGB). El parámetro de la buena fe también se encuentra en Noruega que aplica disposiciones distintas a la *pantobligasjon*²¹⁹³.

Por consiguiente, la protección del tercero siempre depende de que actúe de buena fe, comportamiento que puede variar en determinadas circunstancias.

En un segundo grupo de países se presume correcto lo publicado en el Registro, pero esta presunción puede probarse errónea en un determinado plazo de tiempo. Este es el caso de Portugal, Austria, Hungría, Croacia, Serbia y Rumanía²¹⁹⁴. Así, en Serbia existen dos Registros de la Propiedad y la inscripción se presumirá correcta para el tercero de buena fe a partir de los dos o tres meses de la inscripción²¹⁹⁵. Pasado el plazo el Registro ya se presume correcto. En este grupo destacar el hecho de la juventud de sus sistemas registrales, como Croacia, cuya regulación del Registro de la Propiedad data de 1997²¹⁹⁶ y Rumanía, operativos desde 1996.

En último lugar encontramos aquellos países en los que la prueba en contrario no exige ningún período de tiempo, como en Bélgica, Holanda o la

²¹⁹³ MARTHINUSSEN, H. F., ob. Cit., pp. 27 y 28.

²¹⁹⁴ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 40 y 41.

²¹⁹⁵ ZIVKOVIC, M., ob. Cit., p. 157. En cuanto a Hungría: "Der Vertrauende wird bei schon ursprünglich falschen Eintragungen von Rechts wegen so gestellt, wie es der von ihm angenommenen Rechtslage entspricht. Dies kann den Rechtsverlust des wahren Berechtigten zur Folge haben, allerdings nur dann, wenn (1) die Grundbucheintragung rechtskräftig ist und (2) der durch die falsche Eintragung in seinen bürgerlichen Rechten Beeinträchtigte nicht innerhalb der Rechtsmittelfrist die Anmerkung der Löschungsklage erwirkt und diese binnen weiteren 60 Tagen einbringt", ob. Cit., pp. 215 y 216; en Rumanía la protección de la confianza del tercero en el Registro de la Propiedad tampoco es absoluta y quien pretenda discutir el derecho del tercero deberá iniciar un proceso especial (*Berichtigungsverfahren*), ver SACALSCHI, A.-E., ob. Cit., p. 59.

²¹⁹⁶ "Die grundlegende Wirkung der Publizität sämtlicher dinglicher Rechte durch ihre Aufnahme in das Grundbuch ist die Schaffung einer widerlegbaren Vermutung, das derjenige, der in das Grundbuch als Inhaber einer bürgerlichen Rechts eingetragen ist, der wirkliche Inhaber dieses Rechtes ist. Eine weitere Wirkung besteht darin das, alle Änderungen in bezug auf den Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an Liegenschaften sowie Änderungen ihres Inhalts, Umfangs und Ranges durch die Eintragung offenkundig werden", en DORALT, Peter, HASCHKEK, Helmut H., SCHAUER, Martin, *Das Grundbuchrecht in der Republik Kroatien*, Service Fachverlag, Wien, 1999, p. 25.

Rep. Checa²¹⁹⁷; y donde no existe una protección de la confianza en el Registro de la Propiedad para el acreedor hipotecario, como es el caso de Ucrania. En Bélgica y en Holanda es lógica esta situación atendiendo a que siguen un sistema de registro de documentos/títulos y no de derechos, con lo que no se presume la titularidad de ningún derecho ya que no hay un control *ex ante* (recordemos que es un registro de publicidad negativa que tiene como una de sus consecuencias que “*Abweichungen können in Prinzip gegen jedermann eingewendet werden*”²¹⁹⁸). Lo que ocurre en la Rep. Checa es que no existe una publicidad registral análoga a Alemania o Austria. El catastro se presume en un principio correcto para el que sea de buena fe, pero es posible que no se adecue a la realidad y alguien alegue prueba en contrario²¹⁹⁹. Por lo tanto, en la Rep. Checa sí que existe una presunción en beneficio del tercero, pero hay que puntualizar que esta protección no alcanza a aquellos casos en los que el titular del derecho inscrito en el catastro no tiene tal condición. En palabras de la doctrina, en este ordenamiento “*der Vertrauensgrundsatz nicht verwirklicht ist*” y la “*materielle Publizitätswirkung kommt dem Grundbuchstand nicht zu*”, es decir, no existe la confianza en el Registro de la Propiedad en estos casos²²⁰⁰. Por último, en Ucrania la buena fe no opera para la hipoteca de vida registral pero sí para la constituida en forma de carta²²⁰¹.

Por lo tanto, vemos como el alcance de la fe pública registral es diferente en cada ordenamiento jurídico. Este hecho condiciona la seguridad de las transacciones inmobiliarias transfronterizas a lo largo de la UE.

4.1.3. En la eurohipoteca

En este apartado podemos realizar tres consideraciones:

²¹⁹⁷ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 40 y 41.

²¹⁹⁸ KEMPER, Hans, “Einleitung in das Hypothekrecht...”, ob. Cit., p. 17. Ver en cuanto al sistema registral de estos ordenamientos *supra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 2.3.1.

²¹⁹⁹ BROSTA, Claudie, *Der vertragliche Erwerb von Grundeigentum in Tschechien*, Berlin Verlag, 2000, p. 72.

²²⁰⁰ EBNER, W. y ILLA, B., ob. Cit., pp. 48 y 49.

²²⁰¹ “Die allgemeinen Gutgläubensregeln nicht für den Erwerb einer hypothek oder einer sonstigen Belastung. Ausnahme sind Regelungen zum Schutz des gutgläubigen Erwerbers eines Hypothekenbriefes (Art. 26 Abs. 4 HypG, hierzu s.o. (I.1.b) zum Schutz des Erwerbers des Hypothekenbriefes”, ver KUCHERENKO, K. y LASSEN, T., ob. Cit., p. 221.

1) En virtud del apartado 7.1 BG los Registros de la Propiedad proporcionan información acerca de todos los inmuebles negociables, y deben ofrecer un panorama claro de los derechos que recaen sobre la propiedad y del rango que ocupan. Además, el Registro debe ser transparente y comprensible, sin necesidad de una búsqueda o investigación adicional de documentos dentro o fuera del Registro.

2) Todos los gravámenes inmobiliarios han de ser inscritos en el Registro competente para que produzcan efectos frente a tercero. Es necesario precisar que la eurohipoteca es un mecanismo *soft law* y, por lo tanto, que la publicidad del Registro de la Propiedad es una materia que se confía a los Estados miembros, sin perjuicio de que en un futuro, sobre la base de la plataforma EULIS, pueda existir en la UE un euroregistro²²⁰².

3) Por su parte, el apartado 5.4 BG prevé la buena fe: *“Quien, de acuerdo con la ley nacional, adquiera de buena fe, está protegido: como si el titular inscrito fuera el verdadero acreedor hipotecario; en el supuesto de un derecho certificado, como si el tenedor del certificado fuera el verdadero titular de la Eurohipoteca, siempre y cuando pueda probar su derecho mediante una cadena ininterrumpida de cesiones formalizada en instrumentos auténticos”*.

4.1.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

En este apartado podemos realizar tres consideraciones:

1) El Registro de la Propiedad español tiene, por ley, encomendado las funciones que detallan las BG, y ofrece una información fidedigna de todos aquellos derechos reales y cargas inmobiliarias que afectan a un bien inmueble, así como su rango.

2) Para que los efectos del Registro de la Propiedad ahora citados desplieguen toda eficacia, se exige como regla general la inscripción de todos aquellos derechos reales y cargas reales inmobiliarias para su oponibilidad a terceros, a tenor de las reglas generales contenidas en la legislación hipotecaria, a no ser que los terceros tuvieran conocimiento de éstas en la realidad jurídica extrarregistral (arts. 2.2, 13 y 32 LH). No obstante, este

²²⁰² Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado III, epígrafe 2.3.1.

sistema podría complementarse con la plataforma EULIS²²⁰³.

3) En cuanto a la protección de buena fe del tercer adquirente, Este principio debe analizarse desde **dos puntos de vista**:

1. Cuando sea el propietario quien efectúe un negocio jurídico de disposición con la eurohipoteca (p. e. una compraventa), el nuevo adquirente quedará protegido en su adquisición si la inscribe correctamente en el Registro. Aunque no se mencionen en las BG, son unas situaciones que deberían ser tenidas en consideración si finalmente son admitidas en el Derecho español.

2. En el caso de que un titular adquiriera la eurohipoteca de otro titular (supuesto propio de este punto), la transferencia se hará constar en el Registro y el art. 34 LH actuará sobre la misma con toda su eficacia.

En ambos casos, la función protectora de este precepto operaría cuando el propietario o el titular cedente de la eurohipoteca no tuviera título suficiente para ostentar tal condición (por ejemplo, el propietario ejercita su facultad de redención pero no se hace constar en el Registro y el titular cede la eurohipoteca a un tercero). Si las causas de la falta de legitimidad del titular no constan en el Registro, el adquirente quedará protegido como si realmente tuviera tal cualidad.

Un caso paradigmático donde la buena fe tiene un papel relevante es en la doble venta del bien inmueble, cuyo supuesto recoge específicamente el art. 1473 CC²²⁰⁴. Por lo tanto, en caso de cesión o compraventa de la eurohipoteca a dos personas diferentes por parte de un mismo propietario, prevalecerá el comprador que primero haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando exista buena fe²²⁰⁵.

²²⁰³ Vid. *infra*. Epígrafe 4.2.

²²⁰⁴ “Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe”.

²²⁰⁵ La buena fe la define la STS de 10 de abril de 1991 [RJ 1991\2682]: “En tercer lugar, según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 27-III-1957, 16-II-1981 (RJ 1981\528), 17-XII-1984 (RJ 1984\6286), 26-V y 26-X-1990, el principio «prior in tempore potior in iure» no

En el caso de la eurohipoteca en forma de carta no resultaría aplicable el art. 34 LH pues su transmisión o endoso no tendría reflejo en el Registro de la Propiedad. Aunque las BG hagan referencia en este punto a cesiones formalizadas en instrumentos auténticos, hemos visto como en el Derecho español no son necesarias estas formalidades²²⁰⁶. Los distintos acreedores podrán acreditarse mediante el propio certificado donde se anotarán los endosos. El acreedor estaría legitimado para ejecutar la eurohipoteca aportando el derecho certificado, pues en él constarían los sucesivos endosos y titulares de la misma.

Para averiguar si la cadena de endosos se ha realizado de forma correcta podría acudir al Registro y seguir la información relativa al primer titular de la eurohipoteca. Si la cadena de endosos tiene su inicio en este acreedor el tenedor del certificado podría ejercitar su derecho. Al igual que en el caso anterior se adjuntaría con la transmisión del certificado el contrato de garantía para que dichas disposiciones sean vinculantes al endosatario futuro titular de la eurohipoteca, y no pudiera alegarse su desconocimiento (buena fe) haciendo inviable cualquier oposición del propietario.

4.2. El acceso registral y contratación electrónica

4.2.1. En el Derecho español

Los arts. 222.1 LH y 332 RH permiten a quien tenga un interés relevante consultar el estado del Registro y las cargas que recaen sobre la finca, pero tradicionalmente el interesado debía desplazarse hasta el Registro para obtener tal información.

El **acceso electrónico** a la información contenida en el Registro de la propiedad está dejando de ser una utopía en España. Todo este proceso empezó con el Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario en materia de informatización, bases gráficas y

es suficiente cuando el conflicto de doble venta se produce entre el comprador más antiguo en el tiempo (prioridad substantiva civil) que no inscribe su derecho, y el posterior adquirente que sí realiza la inscripción. En estos casos, además de la prioridad registral, ha de concurrir buena fe, y buena fe no como estado de conciencia o conducta, sino como cuestión de conocimiento de las circunstancias del caso”.

²²⁰⁶ Vid. *supra*. Epígrafe 3.1.1.3.

presentación de documentos por telecopia²²⁰⁷, que introdujo la obligación de que los índices de personas y fincas se llevaran por procedimientos informáticos y la implantación de un índice general informatizado a cargo del Colegio Nacional de Registradores²²⁰⁸, y tuvo su punto culminante en la **Instrucción de 10 de abril de 2000**, de la DGRN, sobre publicidad formal e instrumental del contenido de los Registros de la Propiedad a través del correo electrónico²²⁰⁹. En esta instrucción se acordó: a) que los Registradores de la Propiedad debían disponer obligatoriamente de correo electrónico en sus oficinas; y b) la formación de una red telemática de información registral inmobiliaria que permitiese la comunicación con cualquier interesado. De la misma manera, esta instrucción obligaba a la creación de un portal web destinado a esta finalidad, cual es el siguiente: www.registradores.org. La actuación del Registrador se realizará por correo electrónico mediante la firma electrónica avanzada, implantada por la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica²²¹⁰.

Con posterioridad a esta instrucción se aprobó la **Ley 24/2001**, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social²²¹¹. Esta ley ha modificado el contenido de la LH, estableciendo la posibilidad de que la manifestación de los libros del Registro pueda llevarse a efecto, si así se solicita, por medios telemáticos (art. 222.10 LH²²¹²). Por último, hacer referencia a la **Ley 24/2005**, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso a

²²⁰⁷ BOE 3 abril 1990, núm. 80, [pág. 9241].

²²⁰⁸ Pasando hasta el año 2000 por la aprobación del RD 1558/1992, de 18 de diciembre, de modificación de los reglamentos notarial e hipotecario sobre colaboración entre las notarías y los registros de la propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario (BOE 32/1993); el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, por el que se modifican determinados artículos de los Reglamentos Notarial e Hipotecario sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario (BOE del 24/1/1995); y la LEC 1/2000, entre otras. Ver la reseña histórica completa en RUIZ-RICO MÁRQUEZ, J. F., "Procedimiento telemáticos y Registro de la Propiedad: crónica de una historia interminable", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, Nº 12, Año 2006, pp. 63 y ss.

²²⁰⁹ Ver al respecto BLANCO URZÁIZ, José, "El Registro de la Propiedad y las nuevas tecnologías", en ALMENAR BELENGUER, Manuel y CARBONELL LLORENS, Cristina, (Dirs.), en *Jurisdicción y registro de la propiedad y mercantil, nuevas áreas de interés común*, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 227 y ss.

²²¹⁰ BOE 20 diciembre 2003, núm. 304, [pág. 45329].

²²¹¹ BOE 31 diciembre 2001, núm. 313, [pág. 50493].

²²¹² "La manifestación de los libros del Registro deberá hacerse, si así se solicita, por medios telemáticos. Dicha manifestación implica el acceso telemático al contenido de los libros del Registro".

la productividad²²¹³, que modifica a la Ley 24/2001 ahora citada y que se ha considerado positiva adaptando más si cabe la realidad social al mundo del derecho²²¹⁴.

4.2.2. En el Derecho comparado

Entre los diversos ordenamientos europeos únicamente Inglaterra prevé un Registro de la Propiedad accesible electrónicamente desde la LRA de 2002²²¹⁵, que permite realizar todas sus operaciones a través de él (*e-conveyancing*). Hasta el momento es posible conseguir información sobre las fincas de forma electrónica (p. e. las cargas que pesan sobre una fincas), y está previsto que en breve pueda llevarse a cabo transmisiones electrónicas a través de la *Land Registry portal*. El resto de países o bien tienen una base de datos supranacional a la que realizar consultas o bien el acceso electrónico está limitado regionalmente. Bélgica es el único país europeo que sólo mantiene un Registro basado enteramente en el papel²²¹⁶.

4.2.3. En la eurohipoteca

Los apartados 7.3 y 7.4 BG establecen que la información que figure en los Registros ha de ser accesible para cualquier nacional de un Estado miembro de la UE que pudiera tener interés en ella (a través, por ejemplo, de un Registro electrónico). En este sentido, el apartado 7.5 BG prevé que los Estados miembros puedan admitir los certificados electrónicos de eurohipotecas, que puedan ser transmitidos por sistemas electrónicos, sin que ello afecte a la necesidad de autenticación electrónica. Además, la confianza en la información registral ha de estar protegida y debe indemnizarse en caso de información incorrecta.

4.2.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

²²¹³ BOE 19 noviembre 2005, núm. 277, [pág. 37846].

²²¹⁴ De acuerdo con GARCÍA MAS, Francisco Javier, "La seguridad jurídica preventiva y las nuevas tecnologías: una aproximación a la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reforma para el impulso de la productividad, en *Revista Jurídica del Notariado*, Octubre-Diciembre 2006, N° 60, p. 90.

²²¹⁵ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado I, epígrafe 4.1.2.3.

²²¹⁶ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 35.

En el Derecho español podemos realizar las siguientes consideraciones:

1) En el ámbito interno ya se regula de forma específica el **acceso informático** a la información básica del Registro de un inmueble. El Derecho español se va adaptando a esta necesidad de forma eficiente. Además, esta posibilidad no sólo existiría respecto a las notas simples informativas, que no tienen el valor probatorio de un documento público, sino también respecto a los certificados, que son los únicos que constituyen una prueba plena en juicio del contenido de los registros (arts. 222.2 y 227 LH). Sin embargo, hacer especial hincapié en el hecho de que se han de poner los medios adecuados al alcance de los registradores y notarios para que este proceso pueda llevarse a cabo, advirtiendo la doctrina de que la práctica actual dista mucho de la aplicación de lo dispuesto en la ley²²¹⁷.

Este sistema podría ser compatible con el sistema europeo **EULIS** y un futuro eurorregistro²²¹⁸, que es un sistema que posibilitaría un funcionamiento óptimo de la eurohipoteca²²¹⁹, sobretudo a la hora de facilitar el acceso al contenido de los Registros de cualquiera de los países. De esta manera, se posibilitaría que un prestamista se cerciorase de que no existe ninguna carga inscrita en el Registro de la Propiedad.

2) En este apartado podemos hacer referencia a la posibilidad de introducir un **eurotítulo** junto con la eurohipoteca. La fiabilidad en la utilización de la eurohipoteca depende en gran medida de la confianza de los consumidores y entidades prestamistas en la información que publicite el Registro de la Propiedad del país donde radique la finca, de manera que ésta sea lo más coincidente con la realidad jurídica extrarregistral posible. Recientemente se ha mencionado la posibilidad de crear un título registral estándar en toda Europa basado en el sistema torrens de veracidad absoluta de lo registrado (*eurotítulo*). De esta forma, se pretende que este título europeo

²²¹⁷ Ver RUIZ-RICO MÁRQUEZ, J. F., ob. Cit., p. 73.

²²¹⁸ Vid. *supra*. Capítulo 1º, apartado I, epígrafe 4.1.2.3.

²²¹⁹ Así lo ha entendido la doctrina: "The EULIS project is the first step towards a more transparent system of real estate transactions. The next logical step, from the viewpoint of international accessibility of the information, and clarity about the legal implications of the provided information from the computerized systems, is the harmonization or even integration of the national land registries within the EU in one European land registry, PLOEGER, Hendrik y VAN LOENEN, Bastiaan, *Eulis - At the Beginning of the Road to Harmonization of Land Registry in Europe*, en *ERPL*, N° 3, 2004, pp. 379-387.

sea fiel reflejo del Registro sin posibilidad de contradicción con la realidad jurídica extrarregistral²²²⁰.

¿Sería compatible el *eurotit* con el ordenamiento jurídico español? En el Derecho español rige el principio de exactitud registral (art. 38 LH), con lo que existe una presunción *iuris tantum* del contenido de los libros del Registro de la Propiedad. Este régimen es incompatible con la regulación de un título de esta naturaleza. La eurohipoteca tendría un carácter constitutivo de igual forma que la hipoteca accesorio, con lo que no podría existir en la realidad jurídica sin constancia registral, pero ello no significa que esta titularidad no pueda ser desvirtuada por prueba en contrario o anulada en caso de no reunir los requisitos necesarios de validez (art. 33 LH, p. e. cuando exista una intimidación o violencia que provoque un consentimiento viciado en el hipotecante). En todo caso, se reducirían las posibles situaciones de inexactitud registral, pero no las eliminaría²²²¹: la inscripción viciada no permite mantener al derecho real. Por lo tanto, si se persigue una certeza absoluta del contenido del Registro no podría ser acogido un título de estas características. No obstante, quizás sea suficiente que el título reflejase fielmente el contenido del Registro, sea o no correcto.

En definitiva, el sistema registral español no es infalible en tanto que estar registrado no quiere decir tener el derecho indubitadamente. Producto de un proceso histórico²²²², es difícil que el legislador español acabe modificando

²²²⁰ PLOEGER, H., VAN LOENEN, B. y NASARRE AZNAR, S., "Eurotitle: Land Registry Standard", en *The global magazine for Geomatics*, GIm internacional, December, 2005: "The EuroTitle would be guaranteed by the registration organisation. An owner could choose to have this national title. Land registered under EuroTitle would guarantee certainty of rights, but also provide easy access to underpinning information", p. 36.

²²²¹ Así, por ejemplo, si el título (o, en nuestro caso, la eurohipoteca) ha accedido al Registro pero es nulo de pleno derecho, esta titularidad podrá ser revocada porque el Registro no convalida los títulos nulos conforme a las leyes (art. 33 de la LH). Piénsese, además, que las posibles cesiones del derecho de eurohipoteca de un titular a otro no tienen este carácter constitutivo sino meramente declarativo. No es necesaria su inscripción pero tampoco gozarán de los beneficios de legitimación registral, fe pública y la prioridad registral.

²²²² Ver, por ejemplo, el AAP de Madrid de 18 de julio de 2002 [JUR 2003\48815]: "Nuestro Registro no se limita, como las antiguas Contadurías de hipotecas, a recoger actos y contratos relativos a inmuebles: al contrario, nace con la pretensión de constituir una suerte de mapa jurídico de la propiedad de cada finca y los gravámenes que pesan sobre ella. No pretende la infalibilidad, pero hace lo posible por facilitar información al consultante sobre quién sea el dueño de la finca y qué derechos ajenos recaen sobre ella, y asimismo porque sólo lleguen a los libros títulos válidos y eficaces [...] El fundamento de este principio es fácil de apreciar y ha sido señalado repetidas veces por los autores. La preocupación inicial de la legislación hipotecaria fue la protección de los terceros, pero pronto se vio la necesidad de reforzar la

tal principio.

3) Todas estas consideraciones implican que, al menos, la información contenida en el Registro de la Propiedad sea lo más fiel posible con la realidad jurídica, es decir, la información del Registro tendría que coincidir con la contenida en el **catastro inmobiliario**. Ambas instituciones son independientes e históricamente descoordinadas²²²³.

El catastro inmobiliario se configura como un registro administrativo dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda en el que se describen los bienes inmuebles rústicos, urbanos y de características especiales (así lo define el art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario²²²⁴). Esta norma intenta poner las bases para una óptima coordinación entre estas dos instituciones con apoyo de las nuevas tecnologías²²²⁵.

Para alcanzar un desarrollo pleno del mercado de capitales no sólo sería necesario un instrumento común (la eurohipoteca), sino también una necesaria coordinación entre el Registro y el catastro²²²⁶, sobretodo en el caso español donde el Registro sólo despliega efectos puramente formales.

Es destacable en este ámbito el proyecto GEOBASE, cuyo objetivo es conseguir una identificación clara de las fincas mediante la transmisión de forma progresiva a los Registros de la Propiedad de un sistema de información

protección que el Registro debe dispensar al titular inscrito. Por eso en la Ley de Reforma de 1909 se introdujo el principio de legitimación, habiendo sido desarrollado y correctamente formulado en la Ley de 1944. Se trata, pues, no tanto de la protección de los terceros adquirentes, cuanto de los titulares inscritos”.

²²²³ Para la evolución de esta institución ver DE HARO, Miguel, “La colaboración del catastro y el registro de la propiedad: precedentes y nuevo texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario”, en *CT: Catastro*, Nº 54, 2005, pp. 71 a 84.

²²²⁴ BOE 8 marzo 2004, núm. 58, [pág. 10137].

²²²⁵ DE HARO, M., ob. Cit.: “El Texto Refundido que ahora nos regula la disciplina de colaboración es un texto que reconoce y define el valor propio y las funciones que deben desempeñar tanto el Catastro como el Registro de la Propiedad, estableciendo sistemas de comunicación entre las instituciones que hacen posible coordinar ambas fuentes de información, pero sobre todo y de manera especial introduce un elemento primordial por el cual canalizar el trasvase de información, y esta herramienta no es otra que la aplicación de las nuevas tecnologías”, p. 83.

²²²⁶ VAN DER MOLEN, Paul, “El derecho de propiedad, el Registro y el Catastro en la Unión Europea”, en *CT: Catastro*, ISSN 1138-3488, Nº 45, 2002: “Así que, en mi opinión, la clave para el futuro del registro de la propiedad y el catastro en la UE es un organismo formal bajo el liderazgo de la UE, con la misión integral de conseguir una mayor armonización o coordinación de los regímenes de la propiedad, registro y catastro en el marco de la política de la UE”, p. 69.

gráfica georeferenciado que complete la identificación de las fincas²²²⁷. De esta manera, su identificación, que tiene lugar a través de su descripción de sus linderos, superficie, etc., tendrá una base gráfica en la que apoyarse. El proyecto Geo-Base del Colegio de Registradores cuenta con el asesoramiento y formación del Servicio de Cartografía de la Universidad Autónoma de Madrid.

4) El Registrador de la Propiedad sería **responsable civilmente** cuando la discordancia entre la realidad jurídica registral y la extrarregistral le sea imputable por haber actuado sin la debida diligencia en el ejercicio de sus funciones. Así lo establecen los arts. 296 y siguientes LH, p. e. si se ha cometido algún error o inexactitud en las inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales (art. 296.2 LH)²²²⁸. En estos casos el Registrador sería responsable con su fianza y sus bienes, responsabilidad que se extiende a las indemnizaciones y multas que puedan originarse de la actuación de su sustituto en el Registro mientras esté a su cargo (art. 299 LH).

5) Por último, un **certificado electrónico** de la eurohipoteca permitiría su fácil negociación por vía electrónica, lo que ya es posible en la UE gracias a la Directiva 2000/31, de 8 junio, sobre comercio electrónico, aunque su art. 9.2.a) permite a los Estados miembros que no sea posible llevar a cabo una contratación electrónica de acuerdo con esta Directiva en *“los contratos de creación o transferencia de derechos en materia inmobiliaria”*²²²⁹. El Derecho español no ha introducido dicha posibilidad en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico²²³⁰, que establece que *“para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional*

²²²⁷ BERNÉ VALERO, José Luís, FEMEINA RIBERA, Carmen y AZNAR BELLVER, Jerónimo, *Catastro y Valoración Catastral*, Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2004, p. 435. Ver también NASARRE AZNAR, S., “La reforma...”, ob. Cit., p. 1306.

²²²⁸ El resto de casos del art. 296 LH son: 1. Por no asentar en el Diario, no inscribir o no anotar preventivamente en el término señalado en la Ley los títulos que se presenten al Registro; 3. Por no cancelar sin fundado motivo alguna inscripción o anotación, u omitir el asiento de alguna nota marginal, en el término correspondiente; 4. Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal, sin el título y los requisitos que exige esta Ley; y 5. Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en esta Ley.

²²²⁹ DOCE nº L 17 julio 2000, núm. 178, [pág. 1].

²²³⁰ BOE 12 julio 2002, núm. 166, [pág. 25388].

privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley". Así las cosas, se aplicarían las normas del RRI siempre y cuando la aplicación de sus normas de conflicto no contradiga lo establecido por las normas contenidas en la citada Ley 34/2002²²³¹. Por lo tanto, y siempre que cumplan las anteriores circunstancias, las mismas consideraciones realizadas anteriormente respecto a los contratos de garantía y de préstamo serían aplicables en este apartado. Cuando el prestatario no tuviera la condición de consumidor, sería de aplicación en la contratación electrónica el art. 3 RRI y, en su defecto, el art. 4.1.c) RRI²²³². Cuando sí tuviera tal condición aplicaríamos las reglas del art. 6 RRI²²³³. Por lo que respecta a los aspectos reales del contrato de garantía, seguiría siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 10.1 CC y su alcance²²³⁴. Además, la propia Ley 34/2002 en su art. 3.2 aclara que "*en todo caso, la constitución, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles sitos en España se sujetará a los requisitos formales de validez y eficacia establecidos en el ordenamiento jurídico español*", lo que no deja de ser una réplica de lo dispuesto en el art. 10.1 CC en el ámbito específico de la contratación por vía electrónica.

4.3. La prioridad registral

4.3.1. En el Derecho español

Los derechos registrados en primer lugar gozan de prioridad sobre aquéllos registrados de forma posterior –principio del *prior in tempore potior in*

²²³¹ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia Feliu, La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. La elección entre la vía judicial y la vía extrajudicial para la resolución de conflictos, Ed. Comares, Granada, 2006, p. 131. El contenido obligacional se regiría por lo dispuesto en el RRI si los prestadores de servicios de la sociedad de la información se encuentran establecidos en España o son residentes o domiciliados en otro Estado pero ofrecen sus servicios a través de un establecimiento permanente situado en España (art. 2 Ley 34/2002); o bien si se trata de servicios de la sociedad de la información establecidos en otro Estado miembro de la UE o del Espacio Económico Europeo cuando el destinatario de los servicios radique en España y los servicios afecten a las materias siguientes: d) Obligaciones nacidas de los contratos celebrados por personas físicas que tengan la condición de consumidores; y e) Régimen de elección por las partes contratantes de la legislación aplicable a su contrato (art. 3).

²²³² ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S. F., ob. Cit., pp. 174 y ss.

²²³³ ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, S. F., ob. Cit., pp. 154 y ss.

²²³⁴ Vid. *supra*. Epígrafe 1.3.

iure- (art. 24 LH)²²³⁵, salvo excepciones (p. e. en el caso de las hipotecas legales tácitas, arts. 90.2 LC y 154 LH²²³⁶). Para que ello pueda tener lugar, el principio de prioridad obliga al Registrador a despachar/calificar los títulos por el riguroso orden cronológico de su presentación en el Registro de la Propiedad²²³⁷. A mayor abundamiento, los Registradores de la Propiedad deben tener en cuenta al calificar todos los documentos presentados y los asientos en vigor a fin de cumplir rectamente su función (RDGRN de 7 de febrero de 1959²²³⁸). La prioridad registral así lo exige y, en caso contrario, se desvirtuaría su finalidad (ver, también, art. 248 de la LH).

4.3.2. En el Derecho comparado

En el resto de ordenamientos europeos la prioridad de la hipoteca surge desde el momento en que está registrada en el Registro de la Propiedad o bien cuando se ha solicitado su inscripción²²³⁹. Así, p. e. en Hungría la prioridad de la hipoteca nace cuando se pide su registro, en cambio en Rumanía cuando adquiere tal condición. En Bosnia la situación es igual que Hungría²²⁴⁰, con lo

²²³⁵ Fiel reflejo de esta doctrina es la STS de 26 de enero de 2000 [RJ 2000\121]: “Ante todo hay que partir de la base del *principio registral* de la prioridad en el tiempo -«prior in tempore, potior in iure»- y que *supone, lisa y llanamente, que el derecho inscrito anterior es preferente respecto al posterior*. Ahora bien, *el caso de la concurrencia de dos o más hipotecas sobre una finca, es uno de los ejemplos emblemáticos dentro de la prioridad registral; y hay que afirmar paladinamente que la hipoteca inscrita anteriormente prevalece sobre la inscrita después*; teniendo en cuenta, además, que a efectos de la prioridad, la fecha de la inscripción es la del asiento de presentación del documento correspondiente, según preconizan los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946\886 y NDL 18732)”.

²²³⁶ Ver en más profundidad *infra*. Epígrafe 7.2.

²²³⁷ ROCA SASTRE, R. M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. y BERNÀ i XIRGO, J., ob. Cit., Tomo II-1, p. 386.

²²³⁸ RJ 1959\495.

²²³⁹ *Report EUI*, ob. Cit.: “The rank of a limited right generally is determined either by the **time of registration** or by the **time of filing** for registration. Under normal conditions both dates should be the same, because registration has to be made in the order of filing. – In a **constitutive** system, registration is a precondition for the existence of the mortgage. As a consequence, registration also determines the rank (e.g. Austria, England, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Netherlands, Poland, Portugal, Scotland). The main exception seems to be Sweden, where rank is determined by the application date”, p. 41. La prioridad es una característica de los derechos reales en Europea, vid. *supra*. Capítulo 1^o, apartado III.

²²⁴⁰ “Der für den Rang maßgebliche Zeitpunkt ist das Einlagen des Eintragungsantrags samt der zugrunde liegenden Urkunde beim Bodenamt”, EBNER, W. y ILLA, B., ob. Cit., p. 120, y “Durch die Registrierung der Hypothek im Grundbuch wird deren Rang bestimmt. Wer die Registrierung zugrunde liegender Titel ein späteres Datum aufweist. Die Registrierung hat die Drittwirkung des eingetragenen Rechts zur Folge. Zur Bestimmung des Ranges einer Intabulation ist nur da Datum der Registrierung des Intabulationantrags von Bedeutung. Keine Bedeutung haben in diesem Zusammenhang etwa das Datum des Abschlusses des Rechtsgeschäfts, das Datums des Grundbuchgesuchs, das Datum der dem Gesuch

que si no existe una situación concursal será ese el momento que marque su prioridad.

No obstante, la cuestión es divergente en un concurso de acreedores, ya que no siempre va a ser necesario que la hipoteca esté registrada. Encontramos diversas opciones²²⁴¹: a) que sea suficiente que la creación de la garantía se haya pactado simplemente entre las partes, lo que sucede en Ucrania y Eslovenia. En Ucrania la constitución de una hipoteca no depende de su inscripción en el Registro de la Propiedad. En ese caso, falta por ver el rango entre una hipoteca de vida registral y otra de vida extrarregistral si una hipoteca va a poder formar parte del proceso concursal con el simple acuerdo entre las partes. La prioridad siempre favorece al titular inscrito y el propietario tiene que informar a los posibles compradores de la falta de registro de la hipoteca o se hará cargo de los posibles daños y perjuicios²²⁴². En Eslovenia la naturaleza de la inscripción es constitutiva, incluso para la *Grundschild*²²⁴³, pero se permite que un simple acuerdo contractual tenga efectos en un proceso concursal. Ello es debido a que la inscripción no es constitutiva en las hipotecas legales y en aquellas que tienen su origen en actos administrativos, aunque son raras en la práctica. Además, el rango también viene determinado

beigelegten Urkunden, das Datum, mit dem der Registrator die Intabulation angeordnet hat, oder auch jenes der Durchführung der Intabulation im Grundbuch”, en SACALSCHI, A. E., ob. Cit., p. 48. En Bosnia: “Der Prioritätsgrundsatz das Verhältnis mehrerer Eintragungen untereinander: Jede vorgenommene Eintragung in dem Grundbuch erhält eine eigene Nummer, die für das Rangverhältnis der Rechte maßgebend ist. Da die Anträge in der Reihenfolge, in der sie Empfang genommen sind, bearbeitet werden müssen, ist für die Rangbestimmung letztendlich der Zeitpunkt des Antrageingangs entscheidend”, ver POVLAKIC, M, ob. Cit., p. 57.

²²⁴¹ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 88.

²²⁴² KUCHERENKO, K. y LASSEN, T., ob. Cit.: “Wird ein recht nicht registriert, ist der Pfandgeber verpflichtet, allen Pfandnehmern über dieses Pfand die in Art. 584 ZGB vorgesehenen Informationen zur Verfügung zu stellen. Andernfalls er für entstandene Schäden ersatzpflichtig”, pp. 219 y 220. Debido al carácter meramente declarativo de la inscripción la doctrina sólo exige para que se un crédito asegurado que “deren Forderungen vollständig oder teilweise durch ein Pfandrecht (eine Hypothek) an einem Vermögensgegenstand des Konkursschuldners gesichert sind. Melden gesicherte Gläubiger nach der Veröffentlichung des Eröffnungsbeschlusses ihre Forderungen nicht an, so erlöschen ihre Forderungen nicht per Gerichtsbeschluss nach Art 14”, es decir, lo comuniquen en tiempo y forma sin referirse explícitamente a la inscripción registral, CENTER OF LEGAL COMPETENCE, *Ukrainisches Insolvenzrecht*, Band 25, BWV Berlins Wissenschafts-Verlag, Wien, Graz, 2006, p. 39.

²²⁴³ “Die *Grundschild* kann nur aufgrund eines Rechtsgeschäfts entstehen. Die Eintragung wirkt konstitutiv, wobei aber bei der Grundschild sowohl die Eintragung als auch die Erstellung der Grundschildbrief erforderlich sind. Die Grundschildbrief wird bei dem Entstehen der Grundschild als Eigentümergrundschild für den Eigentümer und bei der Entstehung durch die Umwandlung einer Hypothek für den Hypothekargläubiger erstellt”, ver TRATNIK, M., ob. Cit., p. 387.

por la inscripción en el Registro de la Propiedad²²⁴⁴; b) otros países se sitúan en un punto intermedio para el prestamista al requerir una petición de registro o una *notice* en el Registro de la Propiedad (Alemania, donde es un registro, art. 9 ZGB, Suiza, Austria, Croacia, Serbia y Estonia), pero es una opción más eficiente, ya que se entiende que el Registro de la Propiedad debería ser quien determine qué derechos van a poder ser ejecutables en un proceso concursal; c) la opción menos eficiente es la de Bélgica, Holanda, Portugal, Bosnia, Hungría, Rumanía y Lituania, que exigen que el Registro haya sido plenamente completado.

4.3.3. En la eurohipoteca

En cuanto a la prioridad de rango, y dado que la eurohipoteca es un mecanismo *soft law*, corresponde a la Ley de cada Estado miembro decidir entre otorgarla o bien en momento de la inscripción, o bien en el momento de recepción de la solicitud de inscripción. Si se da este último caso, el Estado miembro debe garantizar que la inscripción registral sigue el orden de prioridad de la recepción de las solicitudes y que se protege la buena fe en relación con el rango inscrito. En los supuestos de ejecución y de insolvencia, los derechos de los acreedores se satisfacen de acuerdo con su rango en el Registro de la propiedad, y los acreedores del mismo rango se extinguen con la ejecución de la eurohipoteca (apartado 8.4 BG).

4.3.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

En el Derecho español la prioridad de los derechos reales y, por extensión, de la eurohipoteca, nace con su **presentación** en el registro, que se considerará a todos los efectos como la fecha de inscripción (art. 24 LH).

Por lo tanto, es el momento de la recepción de la solicitud por parte del registrador cuando la eurohipoteca adquiriría todo su rango²²⁴⁵ (aunque

²²⁴⁴ TRATNIK, M., ob. Cit., p. 387.

²²⁴⁵ En este sentido, la RDGRN de 26 de marzo de 1999 [RJ 1999\2184], expone que el “denominado «rango registral» de cualquier título que pretenda su acceso al Registro, sea de carácter constitutivo o modificativo de un derecho real preexistente, viene dado exclusivamente por la fecha del asiento de presentación respectivo (cfr. artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria)”.

condicionado durante el período de calificación provisional de 60 días), y ello a pesar de no haberse liquidado los impuestos pertinentes (RDGRN de 30 de octubre de 1999²²⁴⁶). En caso de que se presenten dos títulos contradictorios, el segundo quedaría subordinado a la calificación del primero (RDGRN de 24 de octubre de 1998²²⁴⁷) produciéndose una suspensión de su inscripción y aplazamiento de su despacho -tal como resulta implícitamente de lo dispuesto por los arts. 111.3 y 432.2 RH (RDGRN de 26 de julio de 1988²²⁴⁸)-.

Una vez determinado que en el Derecho español rige el principio de prioridad desde la fecha del asiento de presentación o solicitud de inscripción en el Registro de la Propiedad, la posterior inscripción deviene irrelevante a efectos del rango hipotecario, pues únicamente lo consolida de forma definitiva.

No obstante, esta prioridad registral no es absoluta, pues cedería en aquellos casos donde el adquirente no tiene buena fe, es decir, conoce la existencia de una hipoteca anterior a la suya que aún no ha tenido acceso registral cuando procede a la inscripción de su derecho²²⁴⁹.

En cuanto a la prioridad en sede de ejecución e insolvencia, podemos apuntar que la prioridad tanto en la ejecución ordinaria (art. 692.1 LEC) como en sede de concurso (art. 155.3 LC)²²⁵⁰ sigue fielmente el **orden registral** de los diversos titulares, es decir, la regla general de la LH. Por lo tanto, el sistema español se adapta plenamente a las BG.

La cuestión que puede plantearse con la eurohipoteca es la **ordenación de los créditos** dentro de la propia eurohipoteca. Aquí hemos de distinguir:

A) Cuando se incorporan, con posterioridad a la constitución de la

²²⁴⁶ RJ 1999\7776.

²²⁴⁷ RJ 1998\8156.

²²⁴⁸ RJ 1988\6357.

²²⁴⁹ Así lo apunta ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, "Prioridad registral y buena fe. Valor jurídico de la inscripción de la hipoteca. Comentario a la STS de 26 de enero de 2000", en CLEMENTE MEORO, Mario E., *Estudios de derecho inmobiliario registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 194 a 198. El autor defiende que aunque la hipoteca tenga un carácter constitutivo, el pacto de hipoteca anterior sí es oponible a terceros aunque para ello se exige que la hubieran conocido o, al menos, podido conocer.

²²⁵⁰ "Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros".

eurohipoteca en beneficio de un acreedor, nuevos acreedores gracias a la novación del contrato de garantía²²⁵¹. En este caso podemos entender:

1) Que los distintos titulares del gravamen gozarían del **mismo rango hipotecario** al estar incluidos en la misma eurohipoteca, situación que por lo demás no es desconocida en el Derecho español. Esta igualdad de rango puede obtenerse en determinadas ocasiones²²⁵²: a) originariamente cuando se constituye una hipoteca con una pluralidad de acreedores; b) mediante el pacto de una igualdad de rango de dos o más hipotecas en el momento de su constitución (p. e. a través de una cláusula en la escritura pública); c) en un momento posterior a la constitución de la hipoteca, cuando los titulares de dos o más hipotecas inscritas acuerdan la igualdad de rango entre ellas (con el consentimiento de posibles acreedores intermedios); y d) la posibilidad del art. 422 RH, cuando se presentan simultáneamente dos títulos al Registro de la Propiedad, quedando en manos de los interesados la fijación del rango, que puede ser simultáneo. El comportamiento de esta prioridad en sede de ejecución depende de si la ejecución de la eurohipoteca supondría la extinción del gravamen por completo con todos sus titulares ó, por el contrario, si provocaría la subsistencia del resto de acreedores del mismo rango.

Nos encontramos, entonces, ante dos posibilidades:

a) Considerar que la eurohipoteca se extingue por la ejecución de cualquiera de sus titulares, lo que no podría desmerecer a los acreedores de anterior inscripción e igual rango, pues no es justo para el acreedor que inscribió su derecho en primer lugar.

Veamos un ejemplo. Existen tres entidades de crédito: entidad de crédito A (preferente); entidad de crédito B (ejecutante) y entidad de crédito C (subsiguiente). En este modelo la cantidad obtenida en caso de ejecución por el entidad de crédito B se destinará, en un principio, a los titulares del mismo rango de fecha anterior a la ejecución, que podrán ejercer su derecho de preferencia mediante la tercería de mejor derecho (entidad de crédito A). El remanente estará entonces a disposición del entidad de crédito ejecutante (B) y de las subsiguientes garantías reales constituidas (p. e. una hipoteca

²²⁵¹ Vid. *supra*. Epígrafe 2.4.4.

²²⁵² Ver al respecto DE LA REINA TARTIERE, G., "La igualdad de rango hipotecario", en *RCDI*, Núm. 706, Marzo-Abril 2008, pp. 598 y ss.

accesoria), pero la eurohipoteca se extinguiría *ipso iure*.

b) Interpretar que los acreedores del mismo rango (es decir, bajo la misma eurohipoteca) NO se extinguen con la ejecución.

Esta es la opción elegida por el **legislador español**, y sería congruente con el art. 227 RH (“*Se considerarán preferentes, a los efectos del art. 131 de la Ley, las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor*”)²²⁵³. Ello no quiere decir que las cargas reales posteriores a la eurohipoteca no se extingan, sino que el resto de titulares del mismo rango de la eurohipoteca siguen subsistiendo después de la ejecución.

Por otra parte, ¿qué ocurriría con los acreedores preferentes dentro de una misma eurohipoteca cuando se ejecute la finca por un titular de la misma de segundo o posterior rango? En este caso el adquirente asumiría las cargas anteriores, esto es, las eurohipotecas subsistentes y demás cargas reales anteriores pero no su responsabilidad personal. Esta subrogación desembocaría en las siguientes consecuencias jurídicas:

1. Cuando existan una pluralidad de titulares de la eurohipoteca, su ejecución por alguno de éstos no comportaría su extinción, aplicándose las reglas generales de prioridad citadas (arts. 24 LH y 227 RH) y asunción de cargas reales (art. 670.5 LEC). De esta manera, cada una de las eurohipotecas se comportaría de forma autónoma. En el Derecho español sucede lo mismo cuando existen varios acreedores en igualdad de rango. En la RDGRN de 29 de septiembre de 2009 se discutía la caducidad de una hipoteca unilateral constituida a favor de diferentes acreedores en igualdad de rango. La garantía tenía una vigencia de dos años y sólo un acreedor inició la ejecución antes de cumplirse este período. La DGRN estimó que la hipoteca del ejecutante no podía cancelarse debido a que ya constaba por nota marginal en el Registro de la Propiedad la expedición de la certificación de dominio y cargas, pero no fue

²²⁵³ En palabras de la jurisprudencia: “Y para tal supuesto el art. 227 del Reglamento (RCL 1947, 476, 642), que es cierto que tiene un predominante alcance procesal, prevé cuál sea la solución a seguir, considerando preferentes las cargas del mismo rango, lo que, al mismo tiempo, viene a suponer un explícito reconocimiento de la posibilidad de que existan gravámenes con igualdad de rango sin que ello obste a esos principios de determinación y especialidad, y sin que se observe la razón para que merezca un tratamiento diferente esa igualdad cuando está establecida desde el inicio, en el momento de la constitución de las cargas, y cuando tiene su origen en un pacto, siempre y cuando, se insiste, se respeten los presupuestos necesarios para su validez.”, ver SAP de Asturias de 23 de junio de 2004 [AC 2004\1010].

óbice para que el resto de hipotecas fueran canceladas por caducidad.

2. De esta forma, si ejecuta un acreedor intermedio de la eurohipoteca (p. e. su 2º titular), el rematante adquiriría la finca subsistiendo los titulares existentes de la eurohipoteca (1er titular) y eventuales titulares de cargas reales anteriores (p. e. una hipoteca accesoria).

3. La asunción de deuda en la responsabilidad real (por lo tanto, sin extinción de la eurohipoteca) es beneficiosa para el adquirente. Hay que reseñar que estas cargas ya **han sido descontadas** del precio del remate en la subasta (así, un bien inmueble valorado en 1000€ gravado con una eurohipoteca por 500€, saldrá a subasta como máximo por este importe). De esta forma, será el nuevo propietario quien tendrá la facultad bien de pagar el valor de la eurohipoteca pendiente y así poder redimirla o, en caso contrario, soportar la carga y atenerse a una eventual ejecución por parte del acreedor.

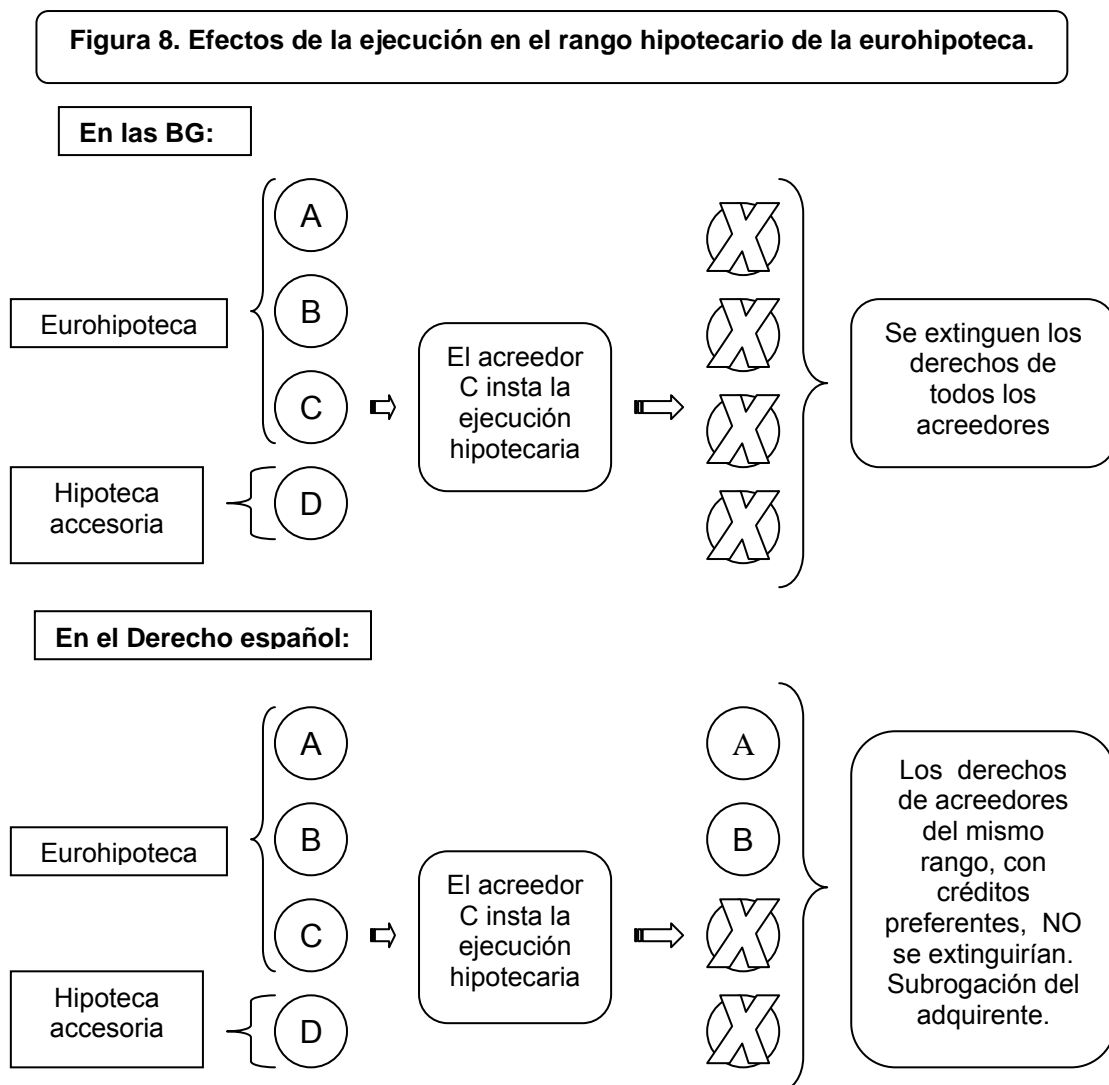
4. El propietario es quien tiene el poder de decisión en este aspecto. Los casos prácticos que con posterioridad podrían plantearse son los siguientes:

a) El nuevo propietario que ha adquirido un bien inmueble en subasta podría decidir redimir la eurohipoteca. Para ello deberá amortizar las obligaciones que está garantizando la eurohipoteca de acuerdo con el contrato de garantía, pagando su valor íntegro a su titular (en el ejemplo, 500 €). En este momento, surgiría automáticamente un derecho de compensación ejercitable por el propietario hacia el deudor hipotecario que ha sido liberado del pago de la obligación por el tercer adquirente. En el caso de que la cuantía de la obligación adeudada fuera inferior a la eurohipoteca, el exceso irá a parar al propietario original cuya finca fue ejecutada, pues puede considerarse esta cuantía como parte y sobrante del remate de esa ejecución.

b) El tercer adquirente puede no querer redimir la eurohipoteca sino adquirir la finca descontando el valor de las cargas reales anteriores. En el caso de que el deudor hipotecario amortice posteriormente la deuda, el tercer adquirente tendrá la posibilidad de redimir la eurohipoteca acreditando que la eurohipoteca del 1er titular no asegura en ese momento ninguna obligación debida (y, por lo tanto, nace el derecho de redención al propietario del bien inmueble), o bien podrá cancelar el gravamen. El problema radica en que este propietario/tercer adquirente ha reducido el importe de esta carga del valor de

subasta, con lo que deberá pagar el importe al propietario original.

Podemos ver el resumen de los efectos de la ejecución en la **Figura 8**:



2) Junto con la igualdad de rango, otra posible opción sería considerar a los titulares que concurren bajo la misma eurohipoteca como **acreedores mancomunados** (arts. 1137 y 1138 CC), aplicando analógicamente la regla del art. 1139 en virtud de la cual si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. En este caso, se llegaría al mismo resultado que en las BG pero partiendo de una premisa distinta. Si en el esquema expuesto el prestamista C ejecutase la eurohipoteca, no podría hacerlo en perjuicio del resto de titulares de la eurohipoteca

(prestamistas A, B y D) si no existe un acuerdo unánime entre ellos.

B) Si se lleva a cabo la **redención y posterior cesión** de la eurohipoteca a un tercero²²⁵⁴. En este caso, tanto la constitución de la eurohipoteca como la posterior cesión de la misma deberían instrumentarse en escritura pública e inscribirse en el Registro para su oponibilidad a terceros. Por lo tanto, la prioridad de la eurohipoteca tendría lugar como si se tratasen de dos hipotecas distintas, es decir, cada una tendría la prioridad en función del momento de inscripción en el Registro de la propiedad.

En definitiva, los acreedores serían satisfechos en el escrupuloso orden de su prioridad registral en los procedimientos de ejecución e insolvencia, que nacería desde la presentación del título en el Registro de la Propiedad. La regulación del Derecho español se adapta mejor al tráfico jurídico que otros países europeos. En el estatuto legal que la hipoteca alcanza para ser efectiva en sede concursal, en nuestra opinión no hace falta ninguna modificación al respecto porque al ser la hipoteca de naturaleza constitutiva adquiere rango desde el asiento de presentación (art. 24 LH). La posibilidad de que una hipoteca documentada en un contrato pueda ser directamente ejecutable en Ucrania y Eslovenia (sin escritura pública ni inscripción), no se acomoda al estándar europeo de inscripción constitutiva de la hipoteca. El Derecho español adopta la mejor de la posibilidad, esta es, que la hipoteca pueda ser ejecutable desde el asiento de presentación.

El sistema de mantenimiento y subsistencia de cargas, que es el que impera en el ordenamiento español si adaptamos el art. 227 RH, sería más beneficioso para los titulares y para la eurohipoteca, pues permitiría su subsistencia y su control por los nuevos adquirentes.

5. La extinción

5.1. En el Derecho español

Las inscripciones en el Derecho español tienen dos causas de **extinción**: la cancelación o la inscripción de la transferencia del dominio o

²²⁵⁴ Vid. *supra*. Epígrafe 2.4.4.

derecho real inscrito a favor de otra persona (art. 76 LH). En el primer caso, es necesario proceder a la realización de un asiento de cancelación y en el segundo uno de inscripción. Existen causas de cancelación total (art. 79 LH) y parcial (art. 80 LH).

Las RRDGRN de 31 de julio de 1989 y 17 de octubre de 1994²²⁵⁵ sientan la siguiente doctrina en cuanto a la cancelación:

“SEGUNDO.- Como ya dijera la Resolución de este Centro Directivo de 31 julio 1989 (RJ 1989\5974), cuya doctrina confirmaron otras posteriores [vid. Resoluciones de 6 febrero y 18 mayo 1992 (RJ 1992\1528 y RJ 1992\5252)], es regla general de nuestro ordenamiento hipotecario la de que la rectificación del Registro, de la que la cancelación no es sino una modalidad, precisa del consentimiento del titular registral o bien de resolución judicial firme dictada en el juicio declarativo correspondiente (artículos 1, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria); la hipótesis contemplada en el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, precisa, en consecuencia, para su operatividad, que la extinción del derecho inscrito, según la Ley o el título, resulte de manera clara, precisa e indubitada”.

Por lo tanto, el consentimiento del titular registral es absolutamente necesario para proceder a la cancelación, salvo que del propio título se pueda extraer su automática cancelación (p. e. en caso de no cumplimiento de una condición suspensiva). Pero surgen otras cuestiones relacionadas con la extinción de la hipoteca:

1) Los efectos jurídicos de la amortización del préstamo.

a) En cuanto a la **hipoteca ordinaria**, cuando la obligación se amortiza en su totalidad el derecho real se extingue automáticamente, ya que la hipoteca deja de cumplir su función de garantía (existe, pues, una accesoriadad de extinción, arts. 104 LH y 1911, 1876, 1528 y 1212 del CC). No obstante, matizar que la hipoteca se extingue en la realidad jurídica, es decir, fuera del Registro de la Propiedad, con lo que hace proceder a su cancelación. La extinción no afectará a terceros que confíen en el Registro (principio de buena fe, art. 34 LH) hasta ese momento (arts. 38 y 97 LH). Si el titular de un crédito extinguido vuelve a ceder el crédito hipotecario a un tercero protegido por el art. 34 LH, el deudor podrá excepcionar el pago del crédito porque el Registro no

²²⁵⁵ RJ 1989\6974 y RJ 1994\7797 respectivamente.

da fe de la subsistencia de la obligación garantizada²²⁵⁶.

Por consiguiente, una vez amortizada la obligación en la hipoteca ordinaria será necesaria la constitución de una nueva hipoteca para garantizar otra obligación, ya se trate de la misma u otra entidad bancaria.

b) En cuanto a la hipoteca de máximo, lo relevante es, por un lado, lo que sucede cuando la relación obligacional básica se extingue o la cuenta corriente llega a 0; y, por otro, qué sucede cuando el período pactado de la hipoteca de máximo llega a su fin.

2) La expiración del plazo pactado de vigencia de la hipoteca.

En la práctica, la extinción de la hipoteca ordinaria se puede producir no por efecto de la amortización del préstamo sino por causas inherentes al derecho real, en este caso, por el transcurso del plazo inicialmente estipulado. Por esta razón, tiene que analizarse en qué casos la hipoteca puede extinguirse por efecto exclusivo del plazo y que efectos jurídicos específicos tiene en las hipotecas en garantía de obligaciones futuras y de máximo (arts. 142, 143 y 153 bis LH) y en garantía de cuentas corrientes de crédito (art. 153 LH). De esta manera, tenemos:

a) Doctrina general sobre la expiración del plazo. La RDGRN de 17 de octubre de 1994²²⁵⁷, que sentaba la doctrina respecto a la cancelación de la hipoteca, prosigue en su explicación refiriéndose, en particular, a la trascendencia del período pactado sobre la garantía hipotecaria una vez éste finalice:

“La hipoteca voluntaria, como fruto que es de la autonomía de la voluntad plasmada en un negocio jurídico, puede constituirse por plazo determinado al igual que puede quedar sujeta a una condición. Ahora bien, el plazo fijado para aquélla puede tener, según los casos, un distinto significado que habrá de analizarse atendiendo a los concretos términos en que aparezca constituida”.

Esta idea también se repite en la RDGRN de 22 de junio de 1995²²⁵⁸, que aclara específicamente los efectos jurídicos que la fijación de un plazo puede provocar en la garantía real sin concretar la modalidad de hipoteca

²²⁵⁶ Ver SIMÓN MORENO, H., “La cesión de créditos...”, ob. Cit., pp. 168 y 170.

²²⁵⁷ RJ 1994\7797.

²²⁵⁸ RJ 1995\5329.

objeto de discusión, por lo que hemos de entender aplicable su doctrina a las hipotecas de forma general, independientemente de su modalidad:

“SEGUNDO.- Nada se opone a que **la hipoteca, como los demás derechos reales**, pueda ser constituida por un **plazo determinado** (vid. artículos 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 del Código Civil), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa.

TERCERO.- No obstante lo anterior, no siempre es fácil decidir si en el caso concreto, el plazo señalado es efectivamente de duración de la hipoteca misma con el alcance anteriormente señalado, o si se trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca, en cuyo caso, una vez nacida la obligación en dicho plazo, la acción hipotecaria podrá ejercitarse mientras no haya prescrito, aun cuando ya hubiere vendido aquél (vid. Resolución de 17 octubre 1994 [RJ 1994\7797]).

En consonancia con estas resoluciones, el plazo de duración de la garantía hipotecaria puede presentarse en dos supuestos de hecho: o bien por la extinción automática de la hipoteca por el transcurso del tiempo por la que fue constituida, o bien simplemente por el transcurso de un plazo para que surja la obligación a garantizar sin que ésta surja finalmente, lo que sucede en el caso de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o sujetas a condición.

b) La expiración del plazo en la hipoteca ordinaria. En esta clase de hipotecas la expiración del plazo de duración puede dar lugar a la extinción de la hipoteca, salvo que ya estuviere en curso la ejecución hipotecaria. Las consecuencias jurídicas de la amortización del préstamo y de la expiración del plazo quedan equiparadas: extinción del derecho real e imposibilidad de garantizar con la misma hipoteca otro préstamo.

Para interpretar el verdadero sentido del plazo estipulado para la hipoteca se atenderá al contenido de la escritura pública (ver RDGRN de 17 de octubre de 1994). En la SAP de La Coruña de 15 de julio de 1995²²⁵⁹, se

²²⁵⁹ AC 1995\2524.

discutía la siguiente cláusula:

“habiéndose constituido por la entidad «Separación..., SA» -, en fecha 23 de diciembre de 1983 ante el Notario señor S. V., hipoteca de superposición de garantía del préstamo concedido por los demandados a tres empresas Inmobiliarias, estipulándose en la escritura (cláusula E) que «el plazo de duración de esta hipoteca es de cinco años a contar desde el día de hoy»”

La sentencia resuelve en el siguiente sentido:

“El plazo de cinco años antes aludido ha de estimarse como de duración de la hipoteca, que no puede reputarse como plazo de caducidad convencionalmente estipulado toda vez que no se concreta ni especifica en la escritura que, transcurridos los cinco años, se extinga la garantía y con ella la posibilidad de ejecución hipotecaria”.

La Audiencia Provincial llega a la conclusión de que no puede interpretarse dicho plazo como fecha de caducidad, lo que refuerza la idea de que las partes tiene que prever expresamente la caducidad del derecho real una vez llegado el plazo inicialmente establecido²²⁶⁰. Un ejemplo donde sí se aprecia el plazo de caducidad es en la RDGRN de 29 de septiembre de 2009²²⁶¹.

c) Para resolver esta cuestión en la hipoteca en garantía de obligaciones futuras y de máximo (arts. 142 y 143 LH) habrá que acudir a la jurisprudencia u órganos administrativos y a las soluciones que respecto a esta materia han proporcionado (en particular, la DGRN). Así, tienen una especial relevancia las siguientes resoluciones y sentencias en cuanto a la **hipoteca en garantía de obligaciones futuras** (hipoteca de seguridad donde existe una indeterminación en cuanto a su existencia):

En la SAP Zaragoza de 2 marzo de 1998²²⁶² y en la RDGRN de 17 de

²²⁶⁰ En el mismo sentido se pronuncia al respecto GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *Práctica hipotecaria. Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Registro de la Propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1995: “Si se quiere configurar un supuesto de caducidad del derecho debe estipularse claramente así, previendo la extinción del derecho y la consiguiente cancelación registral cuando transcurra un plazo determinado o concurren ciertas condiciones (al igual que la doctrina jurisprudencial seguida para la cancelación de la condición resolutoria por caducidad)”, p. 359.

²²⁶¹ BOE de 23 de noviembre de 2009, núm. 282, p. 99194.

²²⁶² AC 1998\4060.

octubre de 1994, en la que se discute sobre una hipoteca constituida en garantía de una deuda futura e incierta (se había pactado un plazo de duración de la garantía hipotecaria del 6 de mayo de 1981 hasta el 20 de agosto de 1988), encontramos la siguiente doctrina:

“TERCERO.- La hipoteca mencionada, limitada a un máximo, y a un plazo, garantiza una obligación aún no nacida, esto es, futura. [...] Es pues una hipoteca de seguridad (STS 18 abril 1959 [RJ 1959\1959]) y, en cuanto derecho real de carácter accesorio (artículo 1857 1.º del Código Civil), sometida a las vicisitudes de la obligación garantizada, que por estar plenamente determinada, no impide su validez (Resoluciones de la DGRN de 22 marzo 1988 [RJ 1988\2563], 3 octubre 1991 [RJ 1991\7491], 17 diciembre 1993 [RJ 1993\9870] y 17 enero 1994 [RJ 1994\239]), pero si la obligación garantizada no llega a surgir, la hipoteca se extingue.

En efecto, las deudas afianzadas se han extinguido por pago, y el fiador opuesto a la demanda reconoce no haber pagado nada por ninguna de ellas. La consecuencia es clara: la hipoteca se ha extinguido pues la obligación que garantizaba, la que obliga al deudor a indemnizar a su fiador (artículo 1838 del Código Civil), no ha llegado a constituirse, al no ocurrir el presupuesto de hecho preciso: el pago por el fiador de todo o parte de las obligaciones afianzadas, a las que se refiere la hipoteca”.

Por lo tanto, de la AP y de la DGRN se deduce que el plazo provoca los siguientes *efectos jurídicos*:

1. Por un lado, que las obligaciones garantizadas tan sólo son las que, derivando de la relación jurídica predeterminada, surjan durante ese lapso de tiempo, no las que existiesen antes ni las nacidas con posterioridad.

2. Por otro, que de no haber surgido responsabilidad alguna de aquella relación jurídica cuyas consecuencias se garantizan durante ese período de tiempo, la hipoteca habrá caducado y, por lo tanto, las partes deben instar su cancelación (art. 82 LH).

d) El siguiente paso es analizar si esta doctrina sigue siendo aplicable a la **hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente** y a la de **máximo sin pacto novatorio final**, teniendo presente que un requisito de constitución es el señalamiento de su plazo duración, por lo tanto, de origen legal (arts. 153 y 153 bis LH).

Una resolución importante en esta temática es la RDGRN de 18 mayo de 1992²²⁶³:

“**QUINTO.**- En este caso, concreto, al indicarse en la escritura de constitución de hipoteca que el plazo de un año es improrrogable, no se ha hecho más que dar cumplimiento a lo establecido para las hipotecas de máximo en el párr. 1.º del art. 153 de la Ley, en donde al vencimiento del plazo o, en su caso, de la prórroga, puede el acreedor no reintegrado de su crédito utilizar la acción hipotecaria para hacer valer su derecho y, por ello, si se procediera a cancelar la hipoteca al transcurrir dicho plazo -por estimarlo de caducidad-, quedaría sin poderlos ejercer el acreedor que dispone de un plazo de veinte años hasta tanto no prescriba la acción hipotecaria -art. 128 de la Ley-“.

A tenor de esta Resolución el plazo que se fija en las hipotecas reguladas en los arts. 153 y 153 bis LH no es de caducidad, con lo que una vez transcurrido el plazo pactado no se puede proceder a la cancelación de la hipoteca.

De igual forma, destacar la RDGRN de 27 de noviembre de 1999²²⁶⁴, en la que se deseaba la ampliación de la hipoteca dentro del período pactado pero contra un pacto de improrrogabilidad:

“**PRIMERO.**- Se cuestiona en el presente recurso si, transcurrido el plazo de duración de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente garantizado con hipoteca -que vencía el 31 de diciembre de 1995-, puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad la prórroga de dicho plazo -hasta el día 1 de enero de 1998- pactada mediante escritura autorizada el día 29 de febrero de 1996” [...].

“a) Dada la accesoriedad de la hipoteca respecto de la obligación garantizada, la modificación de ésta comporta la alteración correlativa de tal derecho de garantía, y b) el principio de prioridad registral determina que, entre derechos reales que no sean incompatibles, el que primero acceda al Registro prevalecerá íntegramente sobre el posteriormente inscrito (cfr. artículo 17 de la Ley Hipotecaria), en tanto no medie la rectificación del asiento anterior (lo que precisará el consentimiento del titular respectivo o la oportuna resolución judicial -cfr. artículo 1 de la Ley Hipotecaria-); debe concluirse en el rechazo de la pretendida extensión temporal del alcance de la hipoteca originaria en el reflejo registral de la modificación realizada, con la prioridad de rango de la inscripción de tal hipoteca, sin

²²⁶³ RJ 1992\5252.

²²⁶⁴ RJ 1999\8458.

consentimiento de los titulares de cargas posteriores a ésta (cfr. artículos 115 y 144 de la Ley Hipotecaria)”.

A primera vista puede parecer que la Resolución rechaza de pleno una ampliación del plazo de la hipoteca que se realiza de forma extemporánea (no se pacta en el título constitutivo como en el caso anterior), pero en el último inciso se desprende, *a contrario*, que será perfectamente inscribible siempre, claro está, que los titulares de cargas existentes con posterioridad den su consentimiento.

Ello nos permite deducir que el transcurso del plazo en la hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente (art. 153 LH) y en la de máximo sin pacto novatorio final (art. 153 bis LH) no supone su extinción automática²²⁶⁵ y, además, que ello no es óbice para su prórroga aún efectuada de forma extemporánea, aunque cumpliendo con los requisitos exigidos por esta Resolución.

En definitiva, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. De forma general, las partes pueden pactar un plazo de duración de la garantía hipotecaria en determinadas modalidades (hipoteca ordinaria y en garantía de obligaciones futuras) y en otras se verán obligados a ello (hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito y de máximo sin pacto novatorio final).

2. En la *hipoteca ordinaria* la expiración del plazo puede tener los mismos efectos jurídicos que la amortización del préstamo si se ha pactado expresamente su caducidad: extinción de la hipoteca sin posibilidad de reutilización. Si nada se pacta sobre la duración del derecho real de hipoteca, y dada su accesoriidad respecto a la obligación principal, el plazo establecido para la obligación coincidirá en ese caso con el de la hipoteca, sin posibilidad de que pueda tener un efecto extintivo dado que en ese caso las partes nada

²²⁶⁵ La opinión contraria es la mantenida por DELGADO RAMOS, J., ob. Cit.: “Cuando se cumpla tal plazo, la hipoteca habrá de ser cancelada, sin más requisitos, (ni consentimiento del titular, ni sentencia judicial) por ordenarlo así tanto el artículo 79 LH (“Podrá pedirse y deberá ordenarse la cancelación total de la inscripción cuando se extinga el derecho inscrito”) como el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que permite la cancelación de la inscripción “cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud de practicó la inscripción o anotación preventiva”; y MUÑIZ ESPADA, E., “La hipoteca de máximo...”. ob. Cit., p. 246.

habrán pactado sobre el plazo de la hipoteca.

3. En la hipoteca en garantía de *obligaciones futuras* o sometidas a condición sólo tendrán cobertura hipotecaria las obligaciones que nazcan dentro del plazo pactado. La hipoteca se extinguirá o bien si se produce un hecho que impida su nacimiento o bien cuando hay certeza de que la obligación no existirá.

4. En la hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente (y en la hipoteca de máximo sin acto novatorio final del art. 153 bis LH) el plazo viene fijado por ley, con lo que su naturaleza jurídica difiere del caso anterior. En la primera, en ningún caso se estará ante un plazo que pueda provocar un efecto extintivo (salvo, claro está, que al finalizar el plazo la cuenta corriente no arroje ningún saldo deudor), puesto que de acuerdo con el art. 153 LH *“si al vencimiento del término fijado por los otorgantes o de la prórroga, en su caso, el acreedor no se hubiere reintegrado del saldo de la cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca”*. En cuanto al posible pacto de prórroga de la hipoteca, la improrrogabilidad no tendrá efecto cancelatorio llegado el final del plazo y, si se decidiera ampliarse la hipoteca fuera del plazo, ello será posible pero con el consentimiento de los titulares con cargas posteriores. En cuanto a la segunda, finalizado el plazo sólo se podrá cancelar del Registro de la Propiedad si no existe ningún saldo deudor, ya que mientras exista alguna obligación que haya nacido de los actos jurídicos básicos el acreedor tendrá el derecho a ejercitar la acción hipotecaria.

3) Un caso especial es el de la **hipoteca de máximo** (arts. 142, 143 y 153 bis LH) en la que el saldo deudor de la cuenta corriente sea 0. No existe doctrina jurisprudencial al respecto, pero acudiendo a las reglas generales del derecho civil e hipotecario podemos exponer las siguientes bases:

1. El art. 23 LH contiene los efectos de las denominadas condiciones resolutorias, que una vez cumplidas despliegan toda su eficacia (ver arts. 238 a 240 RH). Las partes, en la hipoteca de máximo en general, pueden pactar como condición resolutoria explícita que cuando la cuenta corriente llegue a 0 tendría lugar la resolución de la relación obligacional básica. La resolución

tendrá efectos retroactivos hasta la constitución del derecho, provocará la extinción automática de los derechos anexos (en este caso, la hipoteca) sin necesidad de consentimiento del titular registral (art. 82 LH), y será necesario acreditar y probar su cumplimiento (ver RDGRN de 23 de septiembre de 1996²²⁶⁶).

2. En defecto de una condición resolutoria explícita, si el saldo deudor llegara a 0 antes de la expiración del plazo establecido las partes no podrían cancelar la hipoteca a pesar de no existir, en ese preciso momento, cantidad alguna a amortizar. La hipoteca se proyecta sobre una obligación que aunque no ha nacido puede llegar a hacerlo dentro del plazo establecido. El *pactum de hypothecando* une la garantía con las obligaciones que surjan durante el período fijado de la relación obligacional básica o actos jurídicos básicos. En consecuencia, las partes no podrían acudir al régimen de cancelación previsto en el art. 82 LH.

Por otra parte, estas situaciones son extremadamente extrañas en la práctica bancaria aunque es posible que, en algún momento determinado, puedan llegar a darse.

4) Extinción de la hipoteca por **nulidad de la inscripción u otras causas**. A pesar del valor constitutivo del derecho real de hipoteca, la presunción *iuris tantum* del Registro de la Propiedad (art. 38 LH) impide que aquellos actos o contratos que en la realidad jurídica extrarregistral no sean acordes a Derecho adolezcan del mismo defecto de validez aún cuando se hallen inscritos en el Registro de la Propiedad. Fiel reflejo de esta doctrina es el art. 33 LH.

En particular, la escritura de constitución de la hipoteca puede contener los siguientes vicios, que provocarán su nulidad o, en su caso, su anulabilidad²²⁶⁷:

²²⁶⁶ RJ 1996\6510.

²²⁶⁷ La diferencia entre ambas la refleja la STS de 10 de abril de 2001: "Sin embargo, el Código Civil carece de un tratamiento preciso de la ineficacia contractual, pues: a) Se echa en falta una regulación sistemática de la nulidad radical o absoluta, a la que por lo general la doctrina asimila la inexistencia. b) El vocablo «nulidad» que figura en la rúbrica del Capítulo IV, del Título II de su Libro Cuarto y en los artículos 1300, 1301 y 1302 ha de entenderse que se refiere únicamente a la nulidad relativa o anulabilidad, pues el primero de dichos preceptos parte de la base de que los contratos que pueden ser anulados a través del ejercicio de la

1. La escritura o contrato de constitución de la hipoteca, que no deja de ser un contrato consensual, es nula de pleno derecho si no reúne todos los requisitos esenciales para su validez, estos son, consentimiento, objeto y causa (art. 1261 CC):

a) No habrá **consentimiento** cuando exista un error, intimidación, violencia o dolo, que conllevará la anulabilidad del contrato (arts. 1262 y siguientes CC); cuando es constituida por quien no tiene poder suficiente para ello, que provocará su ineficacia a no ser que el representado la ratifique posteriormente (ver STS de 5 de mayo de 1997²²⁶⁸); o cuando no exista libre disposición de los bienes hipotecados por parte del hipotecante porque se ha constituido la hipoteca por quien no tenía dueño (arts. 1857 CC y 138 LH y STS de 29 de septiembre de 2003).

b) No habrá **objeto** en el caso de que se constituya una hipoteca en garantía de títulos endosables o al portador y la naturaleza de éstos se aleje de los requisitos exigidos para su consideración como título-valor (letra de cambio, cheque y pagaré), lo que provocará su “*manifiesta inidoneidad legal para la cobertura hipotecaria de los créditos que documentan*” (SAP de Madrid de 7 de octubre de 2002²²⁶⁹);

c) No habrá **causa** en la hipoteca ordinaria cuando en realidad no exista una relación jurídica subyacente (una obligación determinada o determinable) que sirva de soporte o causa para la hipoteca, siendo el contrato simulado de forma absoluta (arts. 1275, 1276 y 1857 CC, y STS de 3 de julio de 1997, ver en este sentido la SAP de Murcia de 22 de mayo de 2001²²⁷⁰, en la que “*no se determina a través de su contabilidad el soporte o los negocios subyacentes que constituyen la causa de la deuda que se reconoce y en garantía de la cual se genera y constituye la hipoteca*”; o bien cuando la constitución de la hipoteca no tenga una finalidad de garantía sino que se persiga sustraer bienes a los acreedores del hipotecante. Ello provoca la nulidad absoluta del negocio (ver

acción que se regula en los otros dos, son aquellos «en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261». c) Los artículos 1305 y 1306, por su parte, aluden sin duda alguna a casos de nulidad de pleno derecho o absoluta. d) Finalmente, otros preceptos, como el 1307 y 1308 son de común aplicación a ambas especies de nulidad”.

²²⁶⁸ RJ 1997\3669.

²²⁶⁹ JUR 2003\23312.

²²⁷⁰ JUR 2001\258600 respectivamente.

SAP de Barcelona de 17 de mayo de 2001)²²⁷¹.

2. La hipoteca inscrita también carecerá de validez cuando contravenga el **interés público o la ley** (ver STS de 12 de diciembre de 2000²²⁷²).

Por su parte, será rescindible (no inválida), en sede de un **concurso de acreedores**, la constitución de la hipoteca si se hubiere efectuado en los dos años anteriores a la declaración de concurso y tuviese como objeto obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas (salvo prueba en contrario, arts. 71.1 y 3 LC). El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica²²⁷³, ha modificado el apartado 5 del art. 71, de tal forma que no podrán ser objetos de rescisión: a) los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales; b) los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados; y c) las garantías constituidas a favor de los créditos de derecho público y a favor del Fondo de Garantía Salarial en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.

El art. 12.2 Ley 41/2007 prevé que *“las hipotecas inscritas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003 [...] por la administración concursal, que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen. En todo caso quedarán a salvo los derechos del tercero de buena fe”*. Por lo tanto, la administración concursal deberá demostrar que ha existido tanto un perjuicio patrimonial para la masa activa (p. e. a través de las presunciones del art. 71 LC) como un fraude en la constitución del gravamen. Los derechos de terceros de buena fe quedan protegidos, como los de los cesionarios de los préstamos hipotecarios (p. e. los

²²⁷¹ JUR 2001\239987.

²²⁷² RJ 2000\9890: “La posibilidad de apreciar de oficio la nulidad de un contrato se supedita por la jurisprudencia de esta Sala a que así lo exija el interés público (STS 9-5-1994 [RJ 1994, 3894]), o a que las cláusulas del contrato en cuestión sean manifiestamente ilegales, contrarias a la moral o al orden público o constitutivas de delito (SSTS 20-6-1996 [RJ 1996, 5105] y 24-4-1997 [RJ 1997, 3398] entre otras muchas)”.

²²⁷³ BOE 31 marzo 2009, núm. 78, [pág. 30367].

titulares de participaciones hipotecarias)²²⁷⁴.

En el mismo sentido, también será nula la hipoteca por su accesoriadad respecto al préstamo cuando éste sea nulo por **usura**, es decir, cuando se pacten un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino²²⁷⁵, siendo la doctrina mayoritaria la que propugna la nulidad radical del contrato aunque existen opiniones disidentes al respecto, abogando por su anulabilidad²²⁷⁶. A modo de ejemplo, y siguiendo la clasificación efectuada por SABATER BAYLE, la jurisprudencia se ha pronunciado respecto a los tipos de interés pactados y su posible usura²²⁷⁷.

3. La escritura también será nula cuando exista un abuso de derecho²²⁷⁸.

En definitiva, la extinción de la hipoteca por su amortización, nulidad o caducidad dependerá de si la hipoteca constituida responde a los cánones de

²²⁷⁴ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "Incidencia de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario en la Ley Concursal", en *Anuario de Derecho Concursal*, num. 15/2008. BIB\2008\1671; y MUÑIZ ESPADA, E., "Las reformas del derecho concursal ante las nuevas medidas financieras (art. 12.2 Ley 41/2007 y art. 8 RDL 3/2009)", en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, M^a E., *La reforma del mercado...*, ob. Cit., p. 257.

²²⁷⁵ Art. 1 de la Ley de represión de la usura de 1908 (Gaceta 24 julio 1908).

²²⁷⁶ Ver IÑIGO FUSTER, Andrés, *Nulidad y usura. La nulidad del préstamo usurario a la luz de la Ley de represión de la usura*, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 16/2003, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003, BIB 2003\1469. Para el citado autor, el supuesto descrito debe conllevar la nulidad radical del contrato de préstamo: "Así, en el primer y tercer supuesto del artículo 1, esto es, aquellos contratos de préstamo o asimilados en que se estipula un interés superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y aquellos en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias, consideramos que, en atención al fundamento de la propia causa, y aplicando los argumentos dados por FERNANDO VIZCARRO señalados anteriormente con carácter general para todas ellas, en este supuesto nos encontramos ante un contrato radicalmente nulo por ilicitud de la causa, con todas las consecuencias que ello implica".

²²⁷⁷ Clasificación que puede consultarse en SABATER BAYLE, Elsa, "Los contratos usurarios en la reciente Jurisprudencia", en AC, Vol. I, BIB 1994\146, pp. 5 y ss. Así, se declaran usurarios el 22,65% de interés en un préstamo hipotecario entre no empresarios, que fue aceptado por la situación angustiosa del prestatario (STS 30 diciembre 1987 [RJ 1987, 9713]) y el 28% de interés en un préstamo garantizado con la venta a carta de gracia de una finca en Cataluña (STS 7 febrero 1989 [RJ 1989, 754]); y se estiman lícitos o normales el 18 ó 19% de interés en un contrato de descuento bancario a favor de una empresa constructora (STS 11 noviembre 1987 [RJ 1987, 8370]), el 21% de interés en un préstamo bancario con intereses moratorios del 24,50% y comisión del 0,50 (STS 7 febrero 1990 [RJ 1990, 666]) y el 22% de interés en un préstamo bancario que los prestatarios impugnaron alegando que representaba el 100% del capital en cuatro años (STS 6 noviembre 92 [RJ 1992, 9228]).

²²⁷⁸ Recogido en el art. 7.2 CC: "La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

la hipoteca ordinaria o a la de máximo y a las circunstancias específicas que concurren en cada caso (p. e. respecto al plazo).

5.2. En el Derecho comparado

En los Estados miembros donde la hipoteca se extingue como consecuencia de la satisfacción del crédito garantizado no existe un tratamiento unitario en torno a la cancelación de la garantía del Registro de la Propiedad. De esta manera, mientras algunos países esto tiene lugar de forma automática, como Croacia²²⁷⁹, en otros países, como Eslovenia y la Rep. Checa, la inscripción de la cancelación es declarativa, es decir, tiene lugar por voluntad de las partes²²⁸⁰.

La mayoría de países europeos, menos Lituania, Bélgica y Bulgaria, evitan establecer algún tipo de limitación al plazo de la hipoteca²²⁸¹. En Lituania la hipoteca ordinaria garantiza una única obligación pero el art. 4.182.1 CC regula la hipoteca de máximo que permite garantizar varias obligaciones. La ley limita sorprendentemente el registro de la hipoteca de máximo por un período de 5 años. Cuando expira este plazo, la deuda pendiente accede al Registro de la Propiedad y a partir de entonces opera como una hipoteca ordinaria. En Bélgica está fijado un período máximo estatutariamente de 30 años en el art. 90 LoiH²²⁸². Cuando se produce la venta del inmueble a un tercero, éste tiene un período para “*être renouvelées avec la mention des nom, prénoms, profession et domicile du nouveau propriétaire, de son titre de propriété ou, le cas échéant, du titre récognitif du privilège ou du droit d’hypothèque*” (art. 90.2 LoiH).

No obstante, apuntar también que en algunos países la hipoteca está pensada para existir un período de tiempo determinado, si bien es posible que

²²⁷⁹ DORALT, P., HASCEK, H. H., SCHAUER, M., ob. Cit.: “Eintragung der Löschung ist auch für die Beendigung von Rechten konstitutiv, wenn sie aufgrund eines Rechtsgrunds enden, der sich vom Rechtsgeschäft unterscheidet”, p. 77.

²²⁸⁰ LEITFADENREIHE ZUM KREDITRISIKO, *Kreditsicherungsrecht in Slowenien*, ob. Cit., p. 37; y LEITFADENREIHE ZUM KREDITRISIKO, *Kreditsicherungsrecht in Tschechien...*, ob. Cit., p. 29

²²⁸¹ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 24.

²²⁸² “Eine Besonderheit des belgischen Immobilienrechts ist die gesetzliche Höchstlaufzeit einer Hypothek. Falls sie nicht rechtzeitig erneuert wird, erlischt sie spätestens nach 30 Jahren. Nur die Verlängerung von Ablauf der Laufzeit wahrt den Rang der Hypothek”, ver FRANK, S. y WACHTER, T., ob. Cit., p. 24.

tenga una duración mayor, p. e. en Bulgaria la *Pfandrecht* tiene un período de 5 años de caducidad, aunque las partes pueden renovarlo antes de su finalización, mientras que en la *Hypothek* existe un plazo máximo imperativo de 10 años²²⁸³; y en Noruega la hipoteca se cancela del Registro de la Propiedad después de 30 años. Las partes también pueden volver a “registrarla” incluso cuando ya se ha cancelado, pero ello desembocará en una posible pérdida de prioridad si han accedido al registro otros derechos sobre la finca²²⁸⁴.

Por último, en la mayoría de países de Europa se contemplan períodos de retroacción de la apertura del proceso concursal que no son uniformes en cada Estado miembro, p. e. en Noruega puede declararse nulo un crédito si se garantizó con la voluntad de dar preferencia a un acreedor determinado a expensas de los demás, si el deudor se encuentra en una situación delicada y la otra parte conoce tal hecho. Aquellas transacciones realizadas antes de los 10 años de la apertura del proceso concursal no podrán ser anuladas²²⁸⁵; en Austria es posible que no se reconozcan aquellas hipotecas constituidas en los 60 días precedentes a la apertura del concurso (aunque pueden luego ser efectivas una vez finalice el proceso concursal); en Holanda no existe un período concreto sino que se somete a un test de mala fe (p. e. si las partes conocían que se iba a abrir un proceso concursal) para determinar o no la rescisión de la hipoteca constituida²²⁸⁶; y existen en Estonia y Alemania plazos variables en función de si las partes conocían que el contrato causaría un daño a los acreedores (un año y 3 meses respectivamente); hasta 3 y 10 años si existía una intención manifiesta de causar un perjuicio al resto de acreedores y hasta 5 y 2 años si es una persona especialmente relacionada con el deudor (§ 110 *Bankruptcy Act* y §§ 132 y 133 *Insolvenz Ordnung* (en adelante, InsO)²²⁸⁷ respectivamente).

²²⁸³ STOIMENOV, Dimitar y IVANOV, Boris, *Grundeigentum und Sicherheiten in Bulgarien*, Band 35, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2007, pp. 100 y 107.

²²⁸⁴ MARTHINUSSEN, H., F., ob. Cit., p. 24.

²²⁸⁵ “§ 12 Abs. 1 KO bestimmt, dass Absonderungsrechte, die in den letzten sechzig Tagen vor der Konkurseröffnung durch Exekution (Vollstreckung) zur Befriedung oder Sicherstellung neu erworben worden sind, mit Ausnahme der für öffentliche Abgaben erworbenen Absonderungsrechte, durch die Konkurseröffnung erlöschen”, p. 224.

²²⁸⁶ MARSHALL, J. (Ed.), ob. Cit., pp. 37 y 322.

²²⁸⁷ *Insolvenzordnung* vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866).

5.3. En la eurohipoteca

De acuerdo con el apartado 6 BG, la eurohipoteca se extingue cuando se cancela el asiento en el Registro nacional competente con el consentimiento del titular de la eurohipoteca y del propietario del inmueble (pero no se extingue por el pago de los créditos garantizados). Además, el capital de la eurohipoteca no está sujeto a ningún límite temporal o plazo de prescripción. Por último, en el supuesto de que el titular de la eurohipoteca sea desconocido de forma permanente, o resulte inalcanzable o ilocalizable o, también, en caso de pérdida del certificado de eurohipoteca, se aplicará el procedimiento previsto en cada legislación nacional para la cancelación de gravámenes reales.

5.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

En este apartado podemos realizar las siguientes consideraciones:

1) Como hemos visto, existen dos modalidades de cancelación en el Derecho español: la cancelación **total** y la **parcial**.

1. En puridad, la única vía para extinguir el derecho de hipoteca en nuestro sistema hipotecario es su cancelación en el Registro de la Propiedad. Las causas de **cancelación total** se encuentran en el art. 79 LH y, en concreto, el apartado 2 establece que podrá pedirse la cancelación “*cuando se extinga también por completo el derecho inscrito o anotado*”. Ello ocurre cuando se extingue la obligación al estar pensado dicho artículo para la hipoteca accesoria. Dada la naturaleza contractualmente dependiente de la eurohipoteca este precepto podría resultar de aplicación, pero ello dependerá de lo pactado en el contrato de garantía.

Respecto al resto de causas, aunque no se mencionen en las BG, también afectarían al derecho real y serían causas de cancelación en todo caso, p. e. la extinción por completo del inmueble objeto de las mismas, cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se hayan hecho y cuando se declare su nulidad por falta de alguno de sus requisitos esenciales conforme a lo dispuesto en la LH. Estas causas, aparte de ser consecuentes con la naturaleza de cualquier derecho real (p. e. en cuanto a la inexistencia sobrevinida de su objeto en caso de extinción del inmueble), reflejan el

carácter puramente formalista y de publicidad del Registro de la Propiedad.

2. Sin embargo, la cancelación podría ser **parcial** cuando se reduzca el derecho inscrito o anotado (art. 80 LH). Al igual que en el caso anterior, la reducción del derecho podría ser aplicable en la redención extintiva de la eurohipoteca²²⁸⁸.

No obstante, la reducción del bien inmueble provocaría una reducción proporcional de la cuantía máxima de la eurohipoteca establecida en el Registro de la Propiedad.

2) En relación al **consentimiento** del acreedor, en el Derecho español se necesita el consentimiento de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación para proceder a la cancelación en alguno de los casos anteriores, o de sus causahabientes o representantes legítimos (art. 82 LH), esto es, en nuestro caso del titular de la hipoteca accesoria (en caso contrario, podrá acudir al juez para suplir esta negativa)²²⁸⁹, así como escritura pública. Además, se exige la expresión de la causa de la cancelación²²⁹⁰.

En las BG se requiere el consentimiento entre el titular y el propietario del bien inmueble, esto es, las mismas formalidades que en el Derecho español (y concorde con su naturaleza contractualmente dependiente). No obstante, esta afirmación no tiene razón de ser si se admitiera en el Derecho español la eurohipoteca de propietario. Si el propietario del inmueble vuelve a tener la titularidad de la eurohipoteca (p. e. porque ya ha satisfecho la obligación) no

²²⁸⁸ Vid. *supra*. Epígrafe 2.4.

²²⁸⁹ Fiel reflejo de esta doctrina es la RDGRN de 6 de febrero de 1992 [RJ 1992\1528]: "Como ya indicó la Resolución de 31-7-1989 (RJ 1989\5974), la regla general de nuestro ordenamiento hipotecario es la de que la rectificación del Registro, del que la cancelación no es más que una modalidad, precisa bien el consentimiento del titular registral, o bien, resolución judicial firme dictada en el juicio declarativo correspondiente -arts. 138 y 40 de la Ley Hipotecaria-, lo que determina el carácter excepcional de la hipótesis contemplada en el art. 82.2.º, de dicha Ley, precisándose, en consecuencia, para su operatividad que la extinción del derecho inscrito, según la Ley o el título, resulte de manera clara e indubitada."

²²⁹⁰ De acuerdo con la RDGRN de 2 de noviembre de 1992 [RJ 1992\9466]: "Es doctrina de este Centro directivo que, para que pueda registrarse cualquier acto traslativo, se requiere al expresión de la naturaleza del título causal tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser la causa presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda, en primer lugar, cumplir con la función calificadora en su natural extensión y, después, practicar debidamente los asientos que procedan. Esta misma doctrina ha de regir cuando, por consistir la vicisitud jurídico-real en la extinción o en la reducción de un derecho real inscrito, el asiento que proceda practicar sea un asiento de cancelación, total o parcial (cfr. 79 y 80 de la Ley Hipotecaria), no ya sólo por exigirlo su naturaleza genérica de inscripción, sino también porque resulta, impuesto por las normas específicas sobre cancelaciones".

existiría problema alguno para que pueda, por sí mismo, cancelarla en el Registro, pues en nada perjudicaría al titular de la eurohipoteca que ha dejado de serlo mediante la redención.

La posibilidad de las BG únicamente podría aplicarse cuando el propietario no quiera utilizar la facultad de redención y, extinguidas las obligaciones, acuerde con el titular de la eurohipoteca su cancelación directa.

Como contrapartida, si el propietario puede cancelar por sí mismo la eurohipoteca y si ésta se reduce por efecto de la reducción del inmueble, es lógico que el propietario pueda a su vez aumentar el valor de la eurohipoteca establecido en el Registro. Esta cuantía máxima se podrá modificar, por ejemplo, cuando se incremente el valor del inmueble, y siempre y cuando el propietario esté en posesión de la eurohipoteca.

3) Extinción de la hipoteca sobre **varias fincas**. Cuando resulten hipotecadas varias fincas como consecuencia de la distribución de la responsabilidad, procederá la extinción parcial si el deudor paga la parte proporcional de la obligación que gravaba su finca (art. 124 LH) aunque la hipoteca tenga la naturaleza de hipoteca de máximo (ver STS de 7 de junio de 2001²²⁹¹). Esta regla también sería aplicable a la eurohipoteca, sólo que en este caso la cuantía de la eurohipoteca que grava la finca no se extinguiría sino que retornaría, si lo desea, automáticamente al propietario, quien tendría el poder de decidir qué finca queda liberada de responsabilidad.

4) La regulación contenida en el art. 156 LH contiene una serie de causas de cancelación para las hipotecas cambiarias²²⁹². Al igual que sucede con la adopción de la eurohipoteca tomando como base las letras de cambio y títulos al portador, no es posible aplicar estas causas en sentido estricto. El titular de la eurohipoteca (que puede ser el propietario) podría cancelar por él mismo la eurohipoteca acudiendo al Registro de la Propiedad.

²²⁹¹ RJ 2001\5534.

²²⁹² “1. La escritura otorgada por el que haya cobrado los títulos, en la cual se deberá dar fe por el Notario de haberse inutilizado los mismos. 2. Instancia suscrita por el que haya cobrado los títulos y por el deudor, a la que se acompañen los títulos inutilizados; o bien el ofrecimiento de pago y la consignación del importe. 3. Finalmente, declaración de la entidad emisora de las letras, de que éstas no han sido puestas en circulación, justificándose ello con un certificado de su contabilidad expresivo de no existir ingreso en caja correspondiente a una emisión de ellas”.

5) En cuanto al **transcurso del tiempo**, podría entenderse en este caso que las BG se refieren a la perpetuidad de la eurohipoteca como gravamen inmobiliario. De ser así, sería dudoso que finalmente ello pueda ser posible puesto que los derechos reales sobre cosa ajena, cualquiera que sea su naturaleza (goce, garantía o adquisición preferente), **no pueden constituirse por tiempo indefinido**, a tenor del principio general del derecho civil en virtud del cual existe una libertad en la circulación de bienes²²⁹³. Pero si la eurohipoteca se la queda el propietario no debería existir problema alguno. Toda restricción a la facultad dispositiva debería constituirse de forma temporal si la eurohipoteca está en manos de otro. La libre disposición de los bienes es una cualidad esencial de los derechos subjetivos, siendo un principio de orden público (libre comerciabilidad de los bienes)²²⁹⁴.

Pero las BG se refieren al capital, es decir, la eurohipoteca no vincula a los bienes sino al capital o valor del bien inmueble, que es dinamizado permanentemente (reutilización). Además, existe la posibilidad de ser redimida por su propietario una vez la obligación resulte enteramente satisfecha o, en su caso, ser cancelada cuando así sea su voluntad. Por lo tanto, no existe perpetuidad. De cualquier forma, podría fijarse un plazo máximo de duración de la eurohipoteca (p. e. de 99 años, como prevé el CCC en cuanto al usufructo constituido a favor de una persona jurídica, art. 561-3.4 CCC), que no iría en contra de tal principio pues en la actualidad ya se han concedido hipotecas a 50 años a particulares para la adquisición de viviendas (aunque según la Asociación Hipotecaria Española el plazo medio fue de 25 años)²²⁹⁵.

6) Si se desconoce el paradero de una eurohipoteca en forma de carta, sería necesario acudir a otro procedimiento, siendo el más idóneo la **justicia ordinaria** para obtener la cancelación, al amparo del art. 211.2 RH²²⁹⁶. Su

²²⁹³ La regla es que no es posible la vinculación de la propiedad (la sustracción de los bienes al tráfico), por entenderse que sigue vigente la legislación desvinculadora (Ley de 11 octubre 1820 y disposiciones complementarias), según BERNALDO DE QUIRÓS, M. P., ob. Cit., I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 316.

²²⁹⁴ De acuerdo con DOMENGE AMER, B., ob. Cit., p. 67.

²²⁹⁵ Fuente: AHE (www.ahe.es, consultado el día 13 de abril de 2010).

²²⁹⁶ "Si la cancelación se verificase por decisión o por providencia ejecutoria dictada en procedimiento ordinario o especial, o en el que establece el párrafo tercero del artículo 155 de la Ley, se hará constar la recogida e inutilización de los títulos de que se trate por testimonio del Secretario que intervenga en el procedimiento respectivo". De acuerdo con la RGRN de 15

cancelación presentaría especialidades con respecto a la cancelación de las hipotecas ordinarias. En este ámbito, es interesante la propuesta de creación de un depositario especial de estos títulos, como por ejemplo sociedades privadas a sometidas a la supervisión del Mercado de Valores²²⁹⁷.

En definitiva, el Derecho español se podría acomodar a las disposiciones de las BG en materia de cancelación del gravamen por escritura pública y certificación bancaria, a salvo de las posibles situaciones en las cuales la eurohipoteca podría quedar extinguida en la realidad jurídica pero no así en el Registro de la Propiedad, y de aquéllas circunstancias que pudieran afectar a la finca gravada y provocar una disminución de su valor. El consentimiento del acreedor exigido por la LH deviene innecesario con la eurohipoteca, si ésta está en manos del hipotecante.

Sin embargo, no es posible la existencia autónoma de la garantía una vez se ha extinguido la obligación en la hipoteca ordinaria o bien se ha llegado al final del plazo en la hipoteca de máximo. El problema en el Derecho español es que es necesaria la cancelación de la hipoteca del Registro de la Propiedad para extinguirla realmente (art. 79 LH). Por lo tanto, existe un período de tiempo entre la extinción del crédito garantizado y su cancelación registral. Entendemos que una vez extinguido el crédito la hipoteca ya no cumple su función de garantía y no asegura la obligación para la cual fue constituida (especificada en el *pactum de hypothecando*), y deja en consecuencia de tener una causa (la causa de garantía es la única que puede tener la hipoteca española). Por consiguiente, durante este *gap* ni puede iniciarse con la hipoteca un proceso de ejecución ni garantizar otra obligación. La misma situación nace cuando se transmite en virtud del art. 149 LH el crédito sin la garantía hipotecaria. Ello puede crear disfunciones si se transmite de nuevo el crédito hipotecario extinguido a terceros de buena fe, que confían en que la hipoteca aún vive en el Registro de la Propiedad. Como la eurohipoteca se

de febrero de 2006 [RJ 2006\842] “el art. 211 del Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476, 642) determina que si la cancelación se verifica por decisión o por providencia ejecutoria dictada en procedimiento ordinario o especial se hará constar la recogida e inutilización de los títulos de que se trate por testimonio del Secretario que intervenga en el procedimiento respectivo (cfr. Resolución de 25 de marzo de 1999 [Rj 1999, 2183]), por cuanto son los mismos títulos cambiarios los que legitiman al acreedor”.

²²⁹⁷ GRUPO DE INVESTIGACIÓN EUROHIPOTECA, ob. Cit., p. 2473.

puede reutilizar (si se admite la hipoteca de propietario), sería optativo para el hipotecante cancelarla o no.

A primera vista, el hecho de mantener una hipoteca vacía de contenido en el Registro de la Propiedad no tendría sentido si no se admite la eurohipoteca de propietario, es decir, que la hipoteca pueda tener una causa diferente que la de garantía. Si la inscripción de la hipoteca es constitutiva en su creación (art. 145 LH)²²⁹⁸ y es posible defender tal circunstancia en su cesión (art. 149 LH)²²⁹⁹, ¿por qué no extender este requisito a su extinción en estos casos? No obstante, si se admitiera la eurohipoteca de propietario sería útil para éste que la hipoteca no se cancelase automáticamente del Registro de la Propiedad, facilitando así la reutilización de la garantía con otro acreedor sin tener que volver a inscribir la eurohipoteca.

6. Ejecución singular

6.1. Los procedimientos disponibles para el acreedor hipotecario

6.1.1. En el Derecho español

En virtud del art. 3²³⁰⁰ LEC rige en el ordenamiento jurídico español el principio *lex fori regit processum*. Por lo tanto, las normas procesales españolas son de aplicación a cualquier procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado contra un bien inmueble situado en España. La misma regla encontramos en el art. 22 del Reglamento 44/2001²³⁰¹.

En el Derecho español existen diferentes vías para ejecutar una hipoteca, que resumiremos sumariamente:

a) En primer lugar, el **procedimiento judicial sumario**. Este proceso se recogía en el art. 131 LH y actualmente se prevé en el art. 129.1 LH²³⁰², el cual

²²⁹⁸ Vid. *supra*. Epígrafe 1.1.

²²⁹⁹ Lo que defendemos en SIMÓN MORENO, H., "La cesión de créditos...", ob. Cit., pp. 145 y ss.

²³⁰⁰ "Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas".

²³⁰¹ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 2.3.

²³⁰² "La acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados

hace una remisión a la LEC. Esta norma recoge normas especiales sobre la ejecución hipotecaria en sus arts. 681 y siguientes, aunque se aplicarán supletoriamente las normas ordinarias de ejecución. De manera sucinta, las fases del procedimiento hipotecario son las siguientes²³⁰³:

a) Presupuestos procesales:

1. Precio de tasación de la finca, determinado en la escritura de constitución de la hipoteca (art. 682.2.1 LEC).
2. Domicilio para requerimientos y notificaciones que constará en el Registro de la Propiedad (art. 682.2.2 LEC).
3. Competencia objetiva, que corresponde a los juzgados de 1ª instancia y, en concreto, el del lugar donde radica la finca (art. 684 LEC).
4. Legitimación activa, que corresponde al acreedor hipotecario, y pasiva, que recae sobre el deudor, el hipotecante no deudor o el tercer poseedor.

b) Desarrollo de la ejecución:

1. Demanda, con el título (escritura pública), contenido y documentos necesarios (arts. 549, 550, 572 y 573 LEC).
2. Requerimiento de pago al deudor, hipotecante no deudor o tercer poseedor (art. 686.1 LEC), por vía notarial o judicial.
3. Si el deudor no paga, el tribunal reclamará del Registro de la Propiedad certificación registral con el contenido del art. 656.1 LEC²³⁰⁴ y mandará anotar marginal la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas (art. 688.2 LEC).
4. Notificaciones, en su caso, al tercer poseedor, si no ha sido requerido de pago previamente; a los acreedores posteriores y a los arrendatarios y

sujetando su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las especialidades que se establecen en su capítulo V". Misma previsión contiene el art. 222 RH: "Los requerimientos de pago a que se refiere el art. 126 de la Ley, se podrán hacer judicialmente, en la forma establecida por la Ley de Enjuiciamiento Civil, o por medio de Notario, quien observará las mismas formalidades, en cuanto quepan dentro de su competencia y sean compatibles con su ministerio".

²³⁰³ Atendiendo al *iter* que describe MONTERO AROCA, Juan, *El nuevo proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 1032 y ss.

²³⁰⁴ "1º La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado; 2º Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas; 3º El Registrador hará constar por nota marginal la expedición de la certificación a que se refiere el apartado anterior, expresando la fecha y el procedimiento a que se refiera".

- ocupantes de hecho (arts. 661, 662 y 689 LEC).
5. Depósito del bien hipotecado, si se trata de vehículos a motor (art. 687 LEC), o administración interina del bien hipotecado, transcurridos diez días desde la notificación notarial o judicial (art. 690 LEC).
 6. Transcurridos treinta días desde que tuvieron lugar el requerimiento de pago y las notificaciones antes expresadas, se procederá a instancia del actor, del deudor o del tercer poseedor, a la subasta de la finca o bien hipotecado (art. 691 LEC).
 7. Pago del crédito y destino del sobrante (art. 692 LEC).

b) El **procedimiento ordinario**, que tiene por objetivo la obtención de una sentencia, que será título ejecutivo para el acreedor hipotecario de acuerdo con el art. 517.1.2 LEC.

c) Existen otros procedimientos regulados en la LEC. De esta manera, las partes (ejecutante/acreedor y ejecutado/propietario) pueden pactar un **convenio de realización** de la finca en una comparecencia judicial (art. 640 LEC), que deberá ser aprobado por el juez siempre y cuando exista la conformidad de acreedores posteriores que no hayan asistido a la comparecencia. También pueden optar por la **realización por persona o entidad especializada** (art. 641 LEC), que tiene como ventajas respecto al convenio anterior el obtener un mayor precio de venta (el mínimo será de un 70% del valor del bien) y un mayor acercamiento al público²³⁰⁵. El juez deberá aprobar tal designación.

d) Por último, también es posible pactar la **venta extrajudicial del bien hipotecado** conforme al art. 1.858 CC, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. Esta opción no estaba recogida expresamente antes del año 2000 en la LEC, si bien podía tener su base en el art. 129.2 LH²³⁰⁶. Esta práctica fue declarada inconstitucional por las SSTS de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999²³⁰⁷, expresando que “*la función notarial (tan*

²³⁰⁵ GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela y SANCHEZ MARÍN, José Manuel, *La subasta por persona o entidad especializada: visión práctica*, Dykinson, 2004, Madrid, pp. 129 y 131.

²³⁰⁶ “Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá válidamente pactarse un procedimiento ejecutivo extrajudicial para hacer efectiva la acción hipotecaria, el cual será aplicable, aun en el caso de que existan terceros, con arreglo a los trámites fijados en el Reglamento Hipotecario (RCL 1947, 476)”.

²³⁰⁷ RJ 1998\3464 y RJ 1999\2589.

valiosa, de otra parte) no puede sustituir a la estrictamente jurisdiccional, como es la actividad de ejecución, aunque otra cosa pueda decirse de la «jurisdicción voluntaria» que no es en puridad actividad jurisdiccional»²³⁰⁸. La LEC modificó el art. 129 LH en su disposición final novena estableciendo específicamente con carácter legal y postconstitucional que “la venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en Reglamento Hipotecario”.

Con posterioridad a la modificación efectuada por la LEC encontramos distintas resoluciones:

a) El TS dictó una Sentencia el 4 de diciembre de 2002²³⁰⁹ desestimando las alegaciones de unos propietarios ejecutados por una ejecución extrajudicial por vía notarial. Los perjudicados formularon un recurso de amparo al TC al entender que este proceso vulneraba el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que éste había sido declarado inconstitucional en su momento. El TC en Sentencia de 12 de marzo de 2007²³¹⁰ no entra a valorar esta cuestión porque el recurso empleado “no es un cauce idóneo para efectuar juicios abstractos de constitucionalidad de la Ley, sino un medio reparador de lesiones concretas y efectivas de derechos fundamentales”.

b) Las SSTs de 14 de julio de 2008 y 10 de octubre de 2007²³¹¹ vuelven a posicionarse a favor de la inconstitucionalidad de la venta extrajudicial por vía notarial, si bien el proceso se había sustentado sobre el antiguo art. 129.2 LH.

c) Estas sentencias del TS han sido criticadas por la doctrina y no tienen ningún valor normativo, puesto que la declaración de inconstitucionalidad de una ley corresponde al TC y no a los tribunales ordinarios²³¹². Además, la DGRN en su resolución de 28 de mayo de 2001²³¹³ entiende que procede la inscripción en el Registro de la Propiedad de una adjudicación de finca derivada de la ejecución extrajudicial de una hipoteca, y la de 29 de diciembre

²³⁰⁸ La sentencia se basa en la Constitución Española, que atribuye la potestad jurisdiccional exclusivamente a los juzgados y tribunales predeterminados en las leyes (artículo 117.3): “el artículo 129 párrafo segundo de la Ley Hipotecaria debe considerarse derogado por la disposición transitoria tercera de la CE por oposición al artículo 117.3 de la misma”.

²³⁰⁹ RJ 2002\10422.

²³¹⁰ RTC 2007\47.

²³¹¹ RJ 2008\3364 y RJ 2007\6486 respectivamente.

²³¹² Ver la opinión de BERNALDO DE QUIRÓS, M. P., ob. Cit., 4ª Ed., Tomo II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, pp. 184 y ss.

²³¹³ RJ 2001\4809.

de 2005²³¹⁴ critica abiertamente al TS y reafirma que “*sólo las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una Ley tienen – «erga omnes» y con carácter definitivo– la virtualidad de expulsar del ordenamiento jurídico dicha norma de modo que no pueda ser aplicada en lo sucesivo*”.

Por lo tanto, el procedimiento de venta extrajudicial del bien hipotecado es completamente válido (sólo cuando se trate de una hipoteca ordinaria), pero tal y como expresa RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO hasta que no se pronuncie específicamente el TC seguirá reinando la inseguridad jurídica²³¹⁵. En efecto, ni el TS ni el TC han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el nuevo redactado del art. 129 LH.

6.1.2. En el Derecho comparado

En otros países se admiten junto con el procedimiento de ejecución hipotecaria la subasta pública o la venta privada. La mejor solución es que se faciliten ambas posibilidades al acreedor como en Portugal, Holanda (art. 268.1 y 2 BW), Bélgica, Suiza, Bosnia, Hungría, Rumanía y Noruega²³¹⁶. En este último país se hace primar la venta privada a no ser que se prevea que la subasta pública vaya a reportar mayores beneficios sobre la subasta. Sin embargo, Bosnia y Ucrania sólo ofrecen una venta privada y el resto de países una subasta pública. En Alemania el § 866.1 del *Zivilprozessordnung* (en adelante, ZPO)²³¹⁷ determina que la ejecución pueda llevarse a cabo a través la subasta forzosa de la finca (*Zwangsversteigerung*) o su administración

²³¹⁴ RJ 2006\744.

²³¹⁵ RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, “Ejecución extrajudicial de hipoteca”, en AC, Parte Tribuna núm. 10/2001 (2001). De acuerdo con la doctrina “Deberá esperarse a la correspondiente reforma del RH para saber como se llevará a cabo esta forma de enajenación”, GONZÁLEZ LÓPEZ, M. y SANCHEZ MARÍN, J. M., ob. Cit., p. 183. ADÁN DOMÈNECH argumenta que “Con independencia de si la tramitación de este mecanismo extraprocesal debe resultar declarado constitucional o no, la realidad objetiva es que actualmente resulta vigente, por lo que el acreedor hipotecario podrá utilizar el mismo conforme a lo establecido en el Reglamento hipotecario”, ver ADÁN DOMÈNECH, Frederic, *La ejecución hipotecaria*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2008, pp. 59 y 60.

²³¹⁶ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 68.

²³¹⁷ *Ausfertigungsdatum*: 12.09.1950. Disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de> (consultado el día 13 de abril de 2010).

(*Zwangsvverwaltung*)²³¹⁸. Ambas están reguladas por una ley especial (§ 869 ZPO), que es la *Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung* (en adelante, ZVG)²³¹⁹. Esta ley prevé que ambos procedimientos serán llevados por el juzgado donde se encuentre situado la finca (§ 1); y Polonia determina claramente que “*die gepfändete Immobilie unterliegt dem Verkauf durch öffentliche Versteigerung*”²³²⁰.

6.1.3. En la eurohipoteca

El apartado 8.1 BG prevé que “*la calidad de un derecho de garantía inmobiliario depende de la efectividad de la ejecución y que, en consecuencia, debe existir un procedimiento efectivo para la ejecución que reúna los siguientes estándares*”. Por lo tanto, las BG no se decantan por un procedimiento en concreto, y lo único que exigen es que el procedimiento de ejecución se lleve a cabo por un juzgado o tribunal o, como mínimo, que la ley establezca la posibilidad de acudir a los órganos. La ejecución se rige por la *lex fori* (apartados 8.3 y 8.6 BG).

6.1.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

Aquí trataremos las siguientes cuestiones:

1) El procedimiento idóneo para la eurohipoteca. Vistas las diferentes modalidades de llevar a cabo la ejecución de la hipoteca española, sería preferible optar por el **procedimiento de ejecución** previsto en el art. 129 LH - sin descartar el resto- y desarrollado por la LEC. Los motivos son los siguientes:

a) La escritura pública es un título ejecutivo suficiente para despachar ejecución sin necesidad de tener que llegar a un acuerdo con el ejecutado sobre la forma de realización (convenio de realización judicial).

²³¹⁸ ZÖLLER, *Zivilprozeßordnung*, 20. Auflage, Verlag Dr. ottoSchmidt, Köln, 1997, explica la diferencia entra ambas: “Zwangsvversteigerung; sie bezweckt Befriedigung des Gläubigers aus dem durch Grundstücksverwertung mit Zuschlag (§ 90 ZVG) zu erzielenden Erlös, Zwangsverwaltung; sie soll dem Gläubiger Befriedigung durch ordnungsgemäße Nutzung des Grundstücks aus seinen Erträgen (§152, 155 ZVG) bringen”, pp. 2090 y 2091.

²³¹⁹ *Ausfertigungsdatum*: 24.03.1897. Disponible en <http://www.gesetze-im-internet.de> (consultado el día 13 de abril de 2010).

²³²⁰ Ver DREWICZ TULODZIECKA, A., “Länderberichte...”, ob. Cit., p. 297.

b) El procedimiento ordinario es un sistema más largo y costoso que el anterior, que será utilizado de forma residual y que desaprovecha la mayor celeridad del proceso recogido en la LEC.

c) El procedimiento de ejecución llevado a cabo por una persona o entidad especializada otorga una mayor celeridad, pero carece de una regulación idónea que otorgue la suficiente confianza y seguridad jurídica a las partes implicadas. Ello ha provocado que no tenga una presencia muy importante en la práctica²³²¹.

d) La venta extrajudicial de la finca sólo es posible en la hipoteca ordinaria y no en las hipotecas de seguridad, lo que excluye aplicarla a la eurohipoteca²³²². Además, se corre el riesgo de que el TC acabe por declarar el proceso inconstitucional.

e) La LEC destina de forma específica un capítulo a regular de forma exhaustiva la ejecución sobre bienes hipotecados (arts. 681 y siguientes), en beneficio de todas las partes implicadas (acreedor y deudor hipotecarios y, en su caso, el hipotecante), como la facultad de poder pagar la deuda pendiente hasta el último momento (art. 670.7 LEC)²³²³.

f) En caso de concurso, es posible que la ejecución pueda continuar si ha llegado a la fase de publicación de la subasta. Por el contrario, en el resto de procedimientos (p. e. por convenio judicial) se suspendería el proceso²³²⁴.

Hemos visto en los apartados anteriores la posibilidad de un **eurotitle** que refleje el contenido del Registro de la Propiedad. La doctrina también ha apuntado la posibilidad de que la eurohipoteca pueda conceptuarse, a efectos de título de ejecución, como un título ejecutivo europeo tal y como resulta

²³²¹ Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina, intentando solucionar los problemas que se presentan en el Derecho español realizando un paralelismo con la figura del *receiver* inglés. Ver CERRATO GURI, Elisabeth, "Estudi comparatiu entre la figura de la persona o entitat especialitzada prevista a l'art. 641 LEC i l'anomenat receiver anglès", en NASARRE AZNAR, S. y GARRIDO MELERO, M., *Los patrimonios fiduciarios...*, ob. Cit., pp. 117 y 118. Ver también su obra *La ejecución civil privada. Realización por persona o entidad especializada. Estudio del artículo 641 LEC*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2008, pp. 273 y ss.

²³²² El art. 235.1 RH establece que "la ejecución extrajudicial sólo podrá aplicarse a las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones cuya cuantía aparezca inicialmente determinada, de sus intereses ordinarios y de demora liquidados de conformidad con lo previsto en el título y de los gastos de ejecución a que se refiere el artículo 236-k".

²³²³ "En cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor, podrá el deudor liberar sus bienes pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas".

²³²⁴ Vid. *infra*. Epígrafe 7.1.4.

configurado en el Reglamento 805/2004, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados²³²⁵. Esta norma comunitaria prevé que las resoluciones sobre créditos no impugnados de carácter civil o mercantil puedan ser ejecutables directamente en otros Estados miembros, es decir, sin que deba llevarse a cabo ningún procedimiento intermedio en el Estado miembro de ejecución para su reconocimiento (art. 1). Ello facilitaría el “*aspecto ejecutivo no sólo de la futura eurohipoteca sino de las propias escrituras públicas hipotecarias otorgadas a partir de su entrada en vigor*”²³²⁶. Este título de ejecución europeo sería el complemento ideal a un proceso de ejecución diferenciado de la eurohipoteca.

2) En cuanto a la necesidad de un órgano judicial competente, si adoptamos la ejecución prevista en la LEC y prescindimos de otros procedimientos, la ejecución de la garantía hipotecaria se llevaría a cabo por el **Juzgado de Primera Instancia** del lugar en que radique la finca (*lex fori regit processum*, art. 684 LEC). Además, esta competencia de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado está bajo salvaguarda constitucional en el art. 117 CE y el art. 3.1 LEC, que expone que “*con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas*”.

6.2. El tiempo para los procedimientos ejecutivos

6.2.1. En los Derecho español y comparado

Y ahora en cuanto a la eficiencia de la ejecución, en el informe del MFEG²³²⁷ se trata específicamente la situación actual de los procedimientos de ejecución en los distintos Estados miembros, y se constata que su plazo medio en la UE se sitúa entre los 6 y 12 meses (siendo en España la duración entre 7 y 9 meses, por lo tanto, dentro de la media europea). Otro estudio que compara cuánto tiempo dura un proceso de ejecución desde su inicio hasta la

²³²⁵ DOUE nº L 30 abril 2004, núm. 143, [pág. 15]. Ver MARTÍN DIZ, Fernando, *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, Comares, Granada, 2000, p. 786.

²³²⁶ DIÉGUEZ OLIVA, R., ob. Cit., p. 16.

²³²⁷ Report del MFEG, ob. Cit. p. 22.

distribución de lo obtenido en casos simples sin oposición del hipotecante llega a unos plazos semejantes²³²⁸: a) el proceso dura hasta 6 meses en Noruega, Holanda, Serbia, Rumanía y Ucrania; b) hasta el año se encuentra España, Portugal, Suiza, Alemania, Rep, Checa, Austria, Hungría, Lituania y Estonia; c) mientras que Polonia, Bélgica, Eslovenia, Croacia y Serbia la duración oscila entre 1 y dos años. Además, este estudio también analiza la duración del proceso de ejecución desde su inicio hasta la distribución de lo obtenido en casos en los que existe oposición del propietario²³²⁹. A Serbia y a Holanda no le afectan la oposición del propietario ya que el proceso no varía de los 6 meses, aunque en Noruega, Ucrania y Rumanía el proceso se alarga entonces hasta el año. En el resto de países el proceso se alarga entre 1 o 2 años, superándolo p. e. España, Polonia y Bosnia.

6.2.2. En la eurohipoteca

El apartado 8.1 BG exige que la ejecución de la eurohipoteca pueda llevarse a cabo en el plazo de doce meses desde el inicio de la ejecución, incluso cuando el propietario y/o el deudor empleen todas las posibilidades jurídicas previstas en el procedimiento normal y cuando sean agotados todos los plazos temporales.

6.2.3. La eurohipoteca bajo Derecho español

Aunque el proceso de ejecución previsto en la LEC sea el más adecuado para la eurohipoteca, lo cierto es que el tiempo para la ejecución de la finca difiere en los distintos Estados miembros exista o no oposición por parte del propietario. Este plazo depende en su mayor parte del volumen de trabajo de los tribunales españoles cuando se ejecute la eurohipoteca. El proceso de ejecución es largo tanto si existe o no oposición del deudor (puede llegar a superar los dos años), y esta situación sólo puede solucionarse con las medidas legislativas necesarias por parte del legislador en aras de facilitar el proceso de ejecución. Por lo tanto, quizás sería conveniente introducir un procedimiento especial para la eurohipoteca a un nivel español o europeo. Ello

²³²⁸ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 82.

²³²⁹ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 83.

no significaría la supresión de los diferentes sistemas de ejecución de garantías inmobiliarias en Europa para sustituirlo por uno común, sino la regulación de uno de carácter alternativo y específico para la eurohipoteca que garantizase el mismo nivel de protección en toda la UE²³³⁰; ello podría ser interesante en una segunda o tercera fase cuando la eurohipoteca ya sea un instrumento único²³³¹.

6.3. Los documentos para iniciar la ejecución

6.3.1. Derecho español

De acuerdo con el art. 685.2 LEC se acompañarán a la demanda “*el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución*”, lo que supone una remisión al art. 517 LEC. En este precepto se recogen los títulos ejecutivos²³³², que tienen un carácter *numerus clausus*²³³³.

Entre éstos se encuentra la escritura pública, que al estar pensada para la hipoteca accesoria contendrá en principio tanto la obligación como la garantía hipotecaria.

6.3.2. En el Derecho comparado

En el Derecho comparado se obtiene un título para la ejecución de la hipoteca de diferentes formas. Entendemos que esta cuestión es fundamental para poder valorar la eficiencia de la hipoteca para los prestamistas en sede de ejecución. Las más favorables a los intereses de los prestamistas son: a) que no necesiten ningún título para acceder a la ejecución, como en Serbia (donde es posible acudir a la ejecución privada, no a la judicial, mediante el denominado *trustworthy document*, que sin embargo está destinado

²³³⁰ Ver MARTÍN DIZ, F., “Instrumentos de derecho comunitario para la protección procesal del crédito transfronterizo”, en SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Realismo jurídico y experiencia procesal*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 756.

²³³¹ De acuerdo con NASARRE AZNAR, S., “Eurohypothec & Eurotrust...”, ob. Cit: “3. At a third stage, national jurisdictions should realise the importance of adapting their own legislation to maximise the benefits provided by the Eurohypothec- once it is clear to them, for example, that their enforcement procedures are not timely or that their insolvency law does not sufficiently secure the mortgagee”, p. 3.

²³³² MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de...*, ob. Cit., p.149.

²³³³ GIMENO SENDRA, Vicente (Dir.), *Proceso civil práctico*, VI, La Ley, Madrid, 2002, p. 15.

principalmente otras deudas dinerarias, p. e. letras de cambio)²³³⁴, Ucrania y Noruega (aunque la hipoteca inscrita no es base suficiente para ejecutar la hipoteca de máximo, solo la *Pantobligasjon*)²³³⁵; b) que siempre exista un título notarial porque las garantías inmobiliarias siempre se crean ante esta institución, cuyos títulos son directamente ejecutables, como en Rumanía (en el que debe constituirse en documento auténtico); Portugal, donde la constitución de un derecho real tiene lugar simplemente con la celebración de un contrato, salvo las excepciones previstas en la ley (art. 408 CCP, como la hipoteca, que debe constar en escritura pública o testamento, art. 714 CCP), España, Bélgica (art. 76 LoiH, que prevé en su constitución tanto la forma notarial como la privada reconocida ante notario o juez); Holanda (una vez la hipoteca se formalice en documento notarial deberá acceder al Registro de la Propiedad (art. 260 BW); y Eslovenia; y c) que los bancos puedan autoformalizar documentos directamente ejecutables, aunque también puedan formalizarse ante notario, como Polonia a través del *Bankenvollstreckungstitel*²³³⁶. En una posición intermedia se encuentra la opción de que sea usual acudir al notario para tener un título ejecutable, como Alemania, Hungría, Croacia, Serbia y Estonia; y que los títulos ejecutables puedan ser creados ante notario, como en la Rep. Checa. La posición más favorable para los deudores hipotecarios y más perjudicial para los acreedores hipotecarios es que los títulos ejecutables se consigan en un proceso judicial rápido o completo, que contemplan Lituania y Austria²³³⁷.

Es evidente que si el acreedor hipotecario puede acudir directamente a la ejecución sin tener que conseguir un título ejecutivo (porque ya tiene uno válido desde el inicio), el proceso de ejecución es más ágil desde el momento en el que el deudor impaga la deuda. Sin embargo, es cuestionable si realmente son más eficientes los sistemas donde el notario no está presente

²³³⁴ ZIVKOVIC, M., ob. Cit., pp. 176 y 177.

²³³⁵ MARTHINUSSEN, H. F., ob. Cit., ob. Cit., p. 33.

²³³⁶ En Polonia la Ley del Derecho Bancario prevé la posibilidad de que los bancos puedan crear un título propio (*Bankenvollstreckungstitel, BVollstT*). El fundamento de este título fue principalmente otorgar celeridad al proceso de ejecución, ver DREWICZ TULODZIECKA, A., "Länderberichte...", ob. Cit., p. 296.

²³³⁷ En efecto, en Austria siempre debe dirigirse un proceso de acuerdo en base al § 461 ABGB, ver SADJADI, N. J. y THURNER, M., ob. Cit., p. 222.

por la seguridad preventiva que otorga, como hemos constatado a la hora de analizar el posible rol del notario en un sistema de propiedad europeo²³³⁸. Por otra parte, la agilidad del título ejecutivo en el período de ejecución no necesariamente conlleva una menor duración del proceso (p. e. la duración del proceso en Polonia es mayor que en Austria y Lituania).

6.4. La carga de la prueba y defensas del propietario en sede de ejecución

6.4.1. En el Libro Blanco

El Libro Blanco sobre integración de los mercados hipotecarios de 2007 instaba la Comisión Europea a que en 2008 publicase una recomendación en el ámbito de la tasación, registros de la propiedad y ejecución hipotecaria. En ella la Comisión debería exhortar a los Estados miembros a “*velar por que sus procedimientos de ejecución hipotecaria tengan una duración y un coste razonable*”. Fue en septiembre de 2008 cuando vio la luz el Borrador de la Comisión Europea sobre valoración de la propiedad, procedimientos ejecutivos y Registro de la Propiedad en el área de los mercados de crédito hipotecario de la UE²³³⁹, que recomienda a los Estados miembros incrementar la **eficiencia** de sus procedimientos de ejecución. Sin embargo, el Borrador puntualiza que estas medidas no deben perjudicar a los derechos sociales de los ciudadanos (apartado 7 de la Exposición de Motivos y art. 3). La *European Mortgage Federation*²³⁴⁰ ha publicado una serie de indicadores de buenas prácticas a la hora de prestar dinero por las entidades de crédito. Dos de éstos recogen la idea de que el deudor debería tener un procedimiento interno de oposición o acceso a otro mecanismo de disputa, además que el proceso de ejecución (13 y 15)²³⁴¹.

²³³⁸ Vid. supra. Capítulo 3º, apartado III, epígrafe 2.3.1.

²³³⁹ *Draft Commission Recommendation of [...] on property valuation, foreclosure procedures and land registration in the area of EU mortgage credit markets*. Brussels, 3.9.2008.

²³⁴⁰ *EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION. Public Draft for a proposal for EU responsible lending standards for home loans*, 11 de mayo de 2009. <http://www.hypo.org> (consultado el día 13 de abril de 2010).

²³⁴¹ Puntos 13: “The borrower has access to an appropriate (internal) complaints procedure and/or access to another alternative dispute resolution scheme (including external ADR schemes, where relevant)”; y 15: “The realisation of the security will be sought only as a last resort, where attempts to reach alternative arrangements with the borrower either appear to be

La protección de los **consumidores y usuarios** en sede de ejecución es un tema que va a ser objeto de discusión en el seno de la UE en los próximos años. Sin embargo, los recursos del propietario frente a la ejecución de la garantía no se limitan al pago de la obligación o la inexistencia de la garantía. Un estudio debe centrarse en todas aquellas posibilidades que el derecho procesal proporciona al consumidor y que le permiten defenderse con garantías en el proceso. A continuación veremos de forma sucinta cual es la regulación de los Estados miembros en materia de excepciones por parte del propietario.

6.4.2. En el Derecho español

Podemos distinguir entre dos momentos:

a) Previamente a la ejecución: en este caso podemos plantearnos si se incluyen plazos en beneficio del deudor. El art. 685 LEC exige antes de iniciar la ejecución que se acompañen a la demanda el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución. Ello implica que han de tratarse de primeras copias o, si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien debe perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes (arts. 144 y siguientes del Reglamento Notarial de 1944). La Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862²³⁴² (art. 17) establece que es primera copia el traslado de la escritura matriz que tiene derecho a obtener por primera vez cada uno de los otorgantes, siendo la segunda todas las demás que se expidan después de la primera (AAP de Las Palmas de 14 de febrero de 2007)²³⁴³.

El art. 686.1 LEC contempla que en el auto en el cual se despache ejecución se requerirá para pago al deudor, al tercer poseedor o al hipotecante no deudor. Después de un plazo de 30 días se procederá a instancias del ejecutante a la subasta del bien hipotecado (art. 691 LEC)²³⁴⁴.

La LEC exige al acreedor que en el título por el que se despacha

unrealistic or where these have been unsuccessful".

²³⁴² BOE 29 mayo 1862.

²³⁴³ JUR 2007\153113.

²³⁴⁴ Este plazo coincide con el previsto en Ucrania, si bien no existe la posibilidad del deudor de conseguir una moratoria judicial como ocurre en Serbia.

ejecución englobe una **cantidad líquida, vencida y exigible** (arts. 550, 572, 573.1 y 685 LEC)²³⁴⁵ y, de acuerdo con GIMENO SENDRA²³⁴⁶, la escritura notarial deberá documentar los actos o negocios de los que resulte una obligación de pagar una suma de dinero en los términos del art. 520 LEC. En el caso de existir una diferencia temporal entre la constitución de la hipoteca y el préstamo, se deberá adjuntar el contrato que acredite esta cantidad líquida y exigible. Esta previsión se encuentra en el art. 575.1 LEC²³⁴⁷.

b) Durante la ejecución:

En el Derecho español la oposición a la ejecución se regula en el art. 695 LEC, que recoge únicamente dos causas:

1) La extinción de la garantía o de la obligación garantizada, siempre que se presente certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o escritura pública de carta de pago o de cancelación de la garantía.

2) Error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre ejecutante y ejecutado. El ejecutado deberá acompañar su ejemplar de la libreta en la que consten los asientos de la cuenta y sólo se admitirá la oposición cuando el saldo que arroje dicha libreta sea distinto del que resulte de la presentada por el ejecutante.

Estos dos motivos de oposición se configuran como un *numerus clausus*²³⁴⁸, siendo una norma procesal de derecho necesario y, por lo tanto, indisponible por las partes (AAP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de abril de

²³⁴⁵ MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de...*, ob. Cit., p. 153. La doctrina entiende que en base al art. 551.1 y la anterior interpretación de los arts. 130 y 131 LH, el acreedor debe probar la certeza, la subsistencia y la exigibilidad de la deuda. En cuanto a este último, por ejemplo, "De acuerdo con lo establecido en el artículo 130 LH, el tribunal debía examinar la exigibilidad del crédito, lo cual, como ha señalado la doctrina, se refería al vencimiento del crédito asegurado. Al igual que sucede con los demás aspectos del crédito asegurado, esta exigencia ha de considerarse impuesta por el inciso final del art. 551.1 LEC, en cuanto la acción ejecutiva que se pretende ha de ser conforme con el contenido del título ejecutivo, de modo que, por lo que ahora interesa, el tribunal deba comprobar a lo pactado en el mismo, tal y como establecía para el antiguo juicio ejecutivo el artículo 1467.2º LEC/1881", ver HERBOSA, Inmaculada, *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 49.

²³⁴⁶ GIMENO SENDRA, V., ob. Cit., p. 21.

²³⁴⁷ "La ejecución se despachará por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos", y el apartado 3º establece que "no se despachará ejecución si, en su caso, la demanda ejecutiva no expresase los cálculos a que se refieren los artículos anteriores o a ella no se acompañasen los documentos que estos preceptos exigen".

²³⁴⁸ AAP Sevilla de 27 mayo de 2005 [JUR 2005\191975].

2007²³⁴⁹). El TC dejó clara en su Sentencia de 7 de enero de 1991²³⁵⁰ la naturaleza del procedimiento de ejecución hipotecaria respecto al consumidor, previsto en aquel entonces en la LH. Así, éste *“apenas tiene posibilidades de contención, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el art. 132 prevé, salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquéllos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este TC ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa”*²³⁵¹.

Por su parte, estos dos motivos de oposición pueden considerarse como **causas de suspensión** del procedimiento (provocan su paralización)²³⁵². Para hacer valer en el proceso la eficacia de otras causas deberemos acudir al art. 698.1 LEC, según el cual *“cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores [...] se ventilarán en el **juicio que corresponda**”*, lo que constituye el factor esencial para la constitucionalidad de este procedimiento.

Las consecuencias para el consumidor son:

a) La simple alegación de la extinción de la garantía o de la deuda no es suficiente, es decir, el ejecutado debe aportar una prueba²³⁵³. Si el motivo de oposición es la extinción de la hipoteca, el consumidor deberá aportar la certificación del Registro expresiva de la cancelación de la hipoteca o escritura pública de cancelación de la garantía, situación que de acuerdo con la doctrina será muy rara en la práctica ya que supondría que el acreedor hipotecario desea ejecutar una garantía que formalmente no existe como tal en el Registro

²³⁴⁹ JUR 2007\171299.

²³⁵⁰ RTC 1991\8.

²³⁵¹ En otras palabras, el AAP de Sevilla de 11 octubre de 2003 [JUR 2003\264719] entiende que la finalidad del proceso hipotecario “no es obtener ni el reconocimiento de un derecho, ni la declaración de una prestación debida, ni el derecho del demandante a la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, sino el pago de la deuda que está garantizada con bienes hipotecados o pignorados, siempre que se cumplan los requisitos que se establece en el artículo 682, y a esto va encaminado toda la actuación judicial”.

²³⁵² MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de...*, ob. Cit., p. 367.

²³⁵³ ADÁN DOMÉNECH, F., ob. Cit., p. 405.

de la Propiedad. Si la oposición se formula por la inexistencia o extinción de la obligación garantizada, el consumidor debe presentar la escritura de carta de pago que acredite su extinción (por lo tanto, carta de pago total y sin reserva alguna²³⁵⁴, que plantea algunos problemas)²³⁵⁵.

b) La jurisprudencia ha sido muy estricta en la aplicación de este precepto, no admitiendo otras causas distintas de las contempladas en el art. 695 LEC²³⁵⁶. No obstante, sí que se admiten las excepciones por motivos procesales del art. 559 LEC (AAP de Almería de 6 julio 2004²³⁵⁷), como la falta

²³⁵⁴ “Esta causa de oposición responderá normalmente a un error de la entidad ejecutante y debe ser muy rara en la práctica. En los casos excepcionales en que se produzca este supuesto además, ni siquiera hará falta, por lo general, que el deudor acuda al Juez a formular la oposición, porque bastará que ponga el hecho en conocimiento de la entidad prestamista para que ella misma se encargue inmediatamente de paralizar y dar por terminado el procedimiento”, de acuerdo con RAMÓN CHORNET, Juan Carlos, “La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000”, en *RCDI*, Núm. 663, Enero-Febrero 2001. Id. vLex: VLEX-328103.

²³⁵⁵ “Adviértase que la escritura pública de carta de pago lo es siempre, a la vez, de cancelación de la hipoteca. Una escritura de carta de pago sin cancelación de hipoteca es una mera hipótesis de laboratorio, inexistente en la práctica. Se trata, además, de una escritura cuyo otorgamiento unilateral por el acreedor escapa al control del deudor (siendo su exigencia, por tanto, un requisito formal contrario al principio procesal de igualdad de armas). En la práctica, su formalización, aparte de supeditarse a la percepción de comisiones, por razones organizativas de la entidad acreedora se suele demorar considerablemente en el tiempo respecto del momento histórico de verificación material del pago, que se efectúa casi siempre por vía bancaria, a cambio de un simple recibo o documento bancario”, MIRA MOS, Corazón, “Un nuevo enfoque procesal de la ejecución hipotecaria”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 16, 2008, p. 22. En el mismo sentido se pronuncia MONTERO AROCA: “Es posible, pero difícil en la realidad del tráfico jurídico, que el acreedor hipotecario, sin que se haya extinguido la obligación, cancele la hipoteca, otorgando al efecto la oportuna escritura pública, pero es irreal pensar que se otorgue escritura de carta de pago sólo, manteniendo la hipoteca sin cancelar”, en MONTERO AROCA, J., “Tratado de ejecuciones hipotecarias”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 272.

²³⁵⁶ En el AAP de Barcelona de 20 julio 2004 [AC 2004\1132], se produjo el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria de la siguiente manera: “Se opone la ejecutada interesando el sobreseimiento del procedimiento y el juzgador así lo acuerda en el auto recurrido por cuanto fue la propia Caja la que impuso la concesión del préstamo, la que contrató el seguro colectivo como tomador designándose a sí misma como beneficiaria en caso de muerte o invalidez y lo hizo con compañía de seguros perteneciente a su propio grupo como se deduce la propia fórmula elegida «Seguro colectivo de vid.a para la amortización de préstamos hipotecarios»”. La AP decide que estos motivos alegados por el juzgado no pueden incluirse en el art. 695 LEC.

²³⁵⁷ AC 2004\1702. También el AAP de Valencia de 29 de julio de 2002 [AC 2002\1414] admitió con la anterior legislación la invalidez de una hipoteca por su inscripción tardía después del inicio del proceso: “Ciertamente, como razona la parte recurrente, la causa de oposición deducida por la sindicatura de la quiebra –esto es que la hipoteca se constituyó con posterioridad a la declaración de la quiebra, al ser la inscripción registral posterior a la declaración de la misma– no está contemplada en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil/2000, que establece causas de oposición limitada a la ejecución, pero pese a ello, no procede la estimación del recurso de apelación y la remisión al juicio que corresponda en los términos que resultan del artículo 698 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, por las razones que se desprenden de la resolución apelada, y por las que seguidamente quedarán expuestas”. En el mismo sentido, ADÁN DOMÈNECH, F., ob. Cit., p. 420.

de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda.

c) El art. 698 LEC permite abrir un **proceso aparte** del proceso hipotecario, incluyendo entre las posibles causas de oposición las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, es decir, *“todas las argumentaciones relativas a la nulidad de esos documentos (del art. 685 LEC), a la nulidad de la liquidación efectuada, o a la posible prescripción de la deuda”* (AAP de Almería de 6 julio de 2004), que prosigue argumentando que *“son cuestiones que escapan del estrecho marco de este procedimiento sumario, y que, en su caso, habrán de ser discutidas en el declarativo correspondiente”*.

No obstante, la apertura de este proceso declarativo nunca tiene el efecto de suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución (AAP de A Coruña de 24 abril de 2006²³⁵⁸). La única posibilidad al alcance del consumidor o propietario es pedir la retención de todo parte de la cantidad que deba entregarse al acreedor (art. 698.2 LEC). RAMÓN CHORNET²³⁵⁹ entiende que la LEC prevé esta medida cautelar *“a sabiendas de que con ella no se asegura propiamente la recuperación de la finca vendida o subastada, sino sólo el cobro de una indemnización”*. Por lo tanto, *“ello sólo puede significar que está presuponiendo que la sentencia que pueda recaer en este juicio no puede afectar a la enajenación judicial realizada, sino tan sólo establecer una indemnización compensatoria”*.

Por lo tanto, el proceso declarativo, que presumiblemente terminará después del proceso de ejecución, no afectará a los terceros adquirentes de la finca. El propietario sólo podrá pedir daños y perjuicios al acreedor hipotecario. Aquí hemos de debatir si existe el debido equilibrio de intereses entre la celeridad del proceso judicial y la protección de los consumidores. Los motivos de oposición son muy estrictos, p. e. no se pueden incluir la prescripción del derecho, la anulabilidad de la hipoteca si ha existido un vicio del consentimiento, el pacto por el cual la ejecución no tendría lugar hasta al año del incumplimiento de la obligación, etc.... La pregunta es, ¿son estos motivos

²³⁵⁸ JUR 2006\162460.

²³⁵⁹ RAMÓN CHORNET, J. C., ob. Cit. Id. vLex: VLEX-328103.

de entidad suficiente para paralizar el proceso de ejecución? De acuerdo con la LEC no, pero si al propietario le dan la razón en un proceso declarativo la finca ya se habrá vendido a un tercero y la indemnización por daños y perjuicios no devuelve al consumidor la propiedad de su finca, que nunca debería de haber perdido.

Otra cuestión que podemos plantearnos es si existe la posibilidad de que el ejecutado pueda acudir a procesos de conciliación para evitar la ejecución y llegar a un acuerdo, p. e. el arbitraje. La UE ha prestado atención al tema de la **mediación** en los conflictos donde están involucrados consumidores y usuarios. Ya en 1998 vio la luz la Recomendación 98/257²³⁶⁰, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, la cual restringía su ámbito de aplicación a los procedimientos que conduzcan a la resolución de un litigio mediante la intervención activa de un tercero que propone o impone una solución. Posteriormente, la Comisión Europea adoptó la Recomendación 2001/310, de 4 abril²³⁶¹, pensada específicamente para que las partes alcancen una solución al conflicto pero sin que un tercero imponga una solución. Esta Recomendación se aplicaba a los órganos responsables de procedimientos de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo que busquen “*resolver un litigio mediante una aproximación de las partes para convencerlas de que busquen una solución de común acuerdo*” (art. 1). La preocupación de la UE en este ámbito cristalizó en la Directiva 2008/52, de 21 mayo, que regula ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles²³⁶². Su art. 1 no hace una mención especial a los consumidores y usuarios, pero en su exposición de motivos avisa de que “*se debe alentar a todos los mediadores u organizaciones que entran en el ámbito de aplicación de dicha Recomendación a que respeten sus principios*” (apartado 18), lo que indica que los consumidores y usuarios entran dentro del ámbito subjetivo del art. 1.

La mediación no es acudir a una resolución judicial sino que es un tercero, un mediador, el que intenta que las partes lleguen a un acuerdo. Sus

²³⁶⁰ DOCE nº L 115, 17/4/1998.

²³⁶¹ DOCE nº L 19 abril 2001, núm. 109, [pág. 56].

²³⁶² DOUE nº L 24 mayo 2008, núm. 136, [pág. 3].

ventajas son su confidencialidad respecto a las decisiones judiciales (art. 7 de la Directiva 2008/52), la posibilidad de hacer ejecutiva la resolución en cualquier Estado miembro (art. 6 de la Directiva 2008/52), y su rapidez. Tiene diferencias respecto a la litigación judicial, el arbitraje y la negociación²³⁶³. Respeto a la primera, la principal diferencia es que existe un tercero predeterminado por la ley, el juez, quien decide e impone una decisión. Además, las partes luchan entre sí para tener un mejor derecho. En cuanto al arbitraje, también un tercero impone con carácter vinculante una decisión a las partes, pero este tercero es elegido por éstas. Además, las reglas procesales son básicamente disponibles pero el procedimiento vincula a las partes (no es posible escapar del procedimiento simplemente marchándose de él). Por último, en la negociación no se involucra a un tercero y las partes retienen todo el control del procedimiento.

El Derecho español aún no ha transpuesto la Directiva 2008/52. No obstante, el Derecho español regula el sistema arbitral de consumo en el Real Decreto 231/2008, de 15 febrero²³⁶⁴, que nace para solucionar los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor (art. 1.2). El procedimiento arbitral sólo podrá tener lugar en aquellas materias de libre disposición de las partes (art. 2.1), en las que cabe perfectamente incluir al préstamo hipotecario. Por lo tanto, las partes tienen la opción de acudir libremente al proceso arbitral, cuestión que deben pactar en el convenio arbitral (art. 24). El laudo firme resultante del procedimiento produce efectos de cosa juzgada y sólo es necesario solicitar su ejecución como si fuera una sentencia firme de acuerdo con la LEC (art. 43 Ley 60/2003). En cuanto a la mediación de consumo, ésta se encuentra integrada en el arbitraje, de forma que la mediación aparece como una actuación propia de los órganos arbitrales y dentro del sistema arbitral (art. 38), una vez admitida la solicitud de arbitraje²³⁶⁵.

²³⁶³ VIRGÓS SORIANO, M. y GUAL GRAU, C., "La mediación como alternativa", en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, Núm. 20, Mayo 2008, p. 23.

²³⁶⁴ BOE 25 febrero 2008, núm. 48, [pág. 11072].

²³⁶⁵ BLANCO CARRASCO, Marta, "La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro", en *Anuario Jurídico y Económico*, Núm. 42, Enero 2009, p. 138.

Por lo tanto, no es obligatorio en el Derecho español que en un procedimiento hipotecario deba participar un mediador. Esta figura no tiene una regulación propia (a la espera de la implementación de la Directiva 2008/52), y el arbitraje es un sistema optativo para las partes. Sin embargo, es difícil pensar que un acreedor hipotecario desee someter la ejecución de la garantía a un sistema arbitral, aparte de que la LEC prevé que son competentes en materia de ejecución de resoluciones judiciales el juzgado de 1ª instancia que conoció del asunto en primer lugar (art. 545.1 LEC).

En cuanto al Derecho catalán, se promulgó en el ámbito de la mediación la Ley 1/2001, de 15 marzo, de Mediación Familiar de Cataluña²³⁶⁶, que se ha visto derogada por la Ley 15/2009, de 22 julio, de mediación en el ámbito del Derecho privado de Cataluña²³⁶⁷, que define la mediación como *“el procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral”* (art. 1). La ejecución hipotecaria no está expresamente incluida en el art. 2 de esta ley, pero este precepto prevé *“la mediación civil a la que se refiere la presente ley comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial”* (art. 2.2), con lo que podría incluirse dentro de su ámbito objetivo.

Otra posibilidad al alcance del ejecutado es la facultad de **modificar** los términos del préstamo, p. e. los tipos de interés o plazos. En el Derecho español la modificación de los plazos de amortización o la variación de los tipos de interés queda a la libre voluntad de las partes de acuerdo con la Ley 2/1994. Por lo tanto, si el deudor deja de cumplir con sus obligaciones de pago es la entidad prestamista quien puede o no pactar con el cliente nuevas condiciones. A través del Real Decreto-ley 2/2008, de 21 abril, de Medidas de impulso a la actividad económica²³⁶⁸, el Gobierno introdujo la gratuidad de las escrituras

²³⁶⁶ BOE 16 abril 2001, núm. 91, [pág. 13797].

²³⁶⁷ DOGC 30 julio 2009, núm. 5432, [pág. 60432].

²³⁶⁸ BOE 22 abril 2008, núm. 97, [pág. 20740].

públicas de novación de préstamos con garantía hipotecaria siempre que previeran la ampliación plazo del préstamo y tuvieran como finalidad la adquisición, construcción y rehabilitación de la vivienda habitual (Disposición Adicional 2ª). En particular, esta Disposición Adicional establece una excepción al art. 31.1 del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD. Sin embargo, esta modificación se refiere a la no sujeción a la cuota fija de este impuesto, mientras que la cuota variable es la que se refiere el art. 9 Ley 2/1994 que se refiere expresamente a que “*estarán exentas en la modalidad gradual de "Actos Jurídicos Documentados..."*”. Ambos pueden o no coincidir a la vez en una novación²³⁶⁹. Dos cuestiones son dignas de mención:

a) Esta medida sólo está vigente durante los dos primeros años desde la entrada en vigor de la Ley (23 de abril de 2008), por lo tanto hasta el 23 de abril de 2010.

b) Los bancos no están obligados a consentir la novación sino que deben pactar con el cliente y, en ese caso, la operación gozará de un beneficio fiscal.

Por lo tanto, no existen medidas en el Derecho español para el ejecutado más allá que la negociación con el banco gracias a la Ley 2/1994. Además, sería muy discutible si el Estado podría imponer a las entidades bancarias alargamientos de plazo o modificaciones del tipo de interés en beneficio del deudor, porque entraría a regular una relación *inter partes* donde juegan los principios de libre autonomía de la voluntad y *pacta sunt servanda* (arts. 1255 y 1257 CC).

Por otra parte, el Gobierno español aprobó el 26 de mayo de 2009 una serie de medidas en beneficio de las familias sobreendeudadas por sus

²³⁶⁹ RDGT de 17 julio de 2008. Consulta vinculante [JT 2008\1097]: “A este respecto, en primer lugar, cabe destacar que la aplicación de la exención regulada en el artículo 9 de la Ley 2/1994 no resulta aplicable a todas las escrituras públicas que documenten operaciones de ampliación de plazo de los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición, construcción y rehabilitación de la vivienda habitual que se efectúen en el referido período de dos años, sino sólo a aquellas que cumplan los requisitos exigidos en la referida Ley 2/1994. Es decir, que no necesariamente tienen porqué concurrir en una misma escritura pública el supuesto de hecho de no sujeción a la cuota fija de la modalidad de AJD-DN con el de exención de la cuota gradual de dicha modalidad del ITPyAJD. Las consideraciones que se exponen a continuación se refieren pues, exclusivamente a aquellas escrituras públicas que, por cumplir tanto los requisitos exigidos por el artículo 9 y concordantes de la Ley 2/1994 como los requeridos por la disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 2/2008, tienen derecho en lo tanto a la no sujeción a la cuota fija de AJD-DN como a la exención de la cuota gradual de la referida modalidad del impuesto”.

hipotecas, que no tienen una incidencia específica en el proceso de ejecución, sino que tienden a ayudar al consumidor antes de llegar a esta situación. La más destacable es la que insta al Estado a *“impulsar un plan de choque concertado con los agentes sociales, económicos y financieros, así como con las asociaciones afectadas para atender a las familias sobreendeudadas residentes en España a causa de la crisis económica, que aborde el establecimiento de los mecanismos preventivos de asesoramiento específico y de información sobre los cauces y recursos existentes para abordar situaciones de sobreendeudamiento familiar; el establecimiento de los mecanismos de apoyo en la mediación y arbitraje de soluciones de las familias sobreendeudadas hacia la negociación con las entidades bancarias”*²³⁷⁰. Además, en 2010 se aprobó el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo²³⁷¹, que incorpora una norma relativa a inembargabilidad de ingresos mínimos familiares en caso de ejecución hipotecaria iniciada en base al art. 129 LH. En este caso, si el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada es insuficiente para cubrir el préstamo garantizado, la cantidad inembargable establecida en el art. 607.1 LEC se incrementa en un 10 por ciento y en otro 20 por ciento del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario ni pensión (art. 15).

Además, podemos añadir las siguientes consideraciones:

- a) La ejecución no distingue entre consumidores y usuarios y otros deudores hipotecarios (p. e. personas jurídicas).
- b) No se exige ninguna cuantía mínima para iniciar la ejecución.
- c) No es posible que el consumidor pueda pedir, si la deuda es muy inferior al valor total de la finca gravada, que la ejecución tenga lugar sobre otros bienes de su patrimonio de un valor inferior pero apto para cubrir la totalidad de la deuda (como si prevé Serbia).
- d) No existe la posibilidad de intervención de un mediador ni una

²³⁷⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados Núm. D-216 de 05/06/2009. Pág. 37.

²³⁷¹ BOE, núm. 89, de 13 de abril de 2010.

previsión explícita de que el consumidor obtenga un asesoramiento independiente financiado por el gobierno. La única posibilidad es acudir a un abogado de oficio a través de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita²³⁷². El problema es que deben cumplirse unos criterios económicos (art. 3). Si un consumidor no cumple con los estándares deberá contratar la asistencia de un abogado abonando sus respectivos honorarios.

e) No es posible, como sí lo es en Rumanía, que el deudor pueda pedir un aplazamiento durante un período de tiempo que le permita hacer frente al pago de la deuda gracias a la administración de su patrimonio durante este plazo, siempre con un análisis judicial previo.

f) El art. 579 LEC establece que *“si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución”*. En base a que este precepto no se refiere expresamente al crédito hipotecario, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que la cuantía por la que se despacha la ejecución no sea la debida en base al préstamo hipotecario sino el total adeudado por el deudor²³⁷³. Esta norma es favorable a los intereses del acreedor y consecuente con la posibilidad de que si el producto de la venta forzosa del bien hipotecado no es suficiente para cubrir la deuda pueda continuarse en un proceso ordinario. Sin embargo, el deudor no puede alegar frente a estas deudas que se incluyen en el proceso hipotecario más que las excepciones contenidas en él.

6.4.3. En el Derecho comparado

²³⁷² BOE 12 enero 1996, núm. 11, [pág. 793].

²³⁷³ En AAP de Las Palmas de 26 septiembre 2006 se discutía por los apelantes que “el ejecutante no limitó la ejecución a las cantidades garantizadas con las hipotecas sino que la amplía, extiende o acumula a otras cantidades, cuyo título no son las hipotecas sino los préstamos o pagarés que aquellas garantizaron parcialmente, la acción derivada de las cuales ha de ser ejecutada por sus propias normas recogidas en el art. 548 y ss. LECiv”. Sin embargo, el tribunal desestima la pretensión “porque continúa diciendo el referido precepto –el 579- que si subastados esos bienes hipotecados y su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito (sin especificar si es el hipotecario o el total), el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá conforme a las normas ordinarias (ejecución común). De esta previsión se podría desprender igualmente que la demanda de ejecución formulada conforme al art. 685 LECiv puede serlo por la cantidad total en que consista la deuda y que si el importe obtenido con la subasta del bien hipotecado no cubre esa cuantía total, el procedimiento de ejecución hipotecaria se convierte en ejecución común”.

En el derecho comparado podemos realizar las siguientes consideraciones:

a) En Serbia²³⁷⁴ sólo existe una hipoteca registral y accesoria, y para la venta privada de la finca es necesaria una anotación en el Registro de la Propiedad. El deudor puede apelarla si demuestra que el crédito no existe, que la hipoteca no existe, que aún no es exigible la deuda o bien que ya ha sido pagada. La apelación no puede volver a discutirse en juicio ni con otro remedio legal. Sin embargo, en Serbia no es posible en la hipoteca ordinaria que el acreedor la pueda ejecutar directamente, sino que tiene que obtener previamente un título judicial donde el juez verifica que existe realmente la cuantía debida. La posibilidad de ejecutar directamente sólo es posible en la hipoteca judicial, que se pacta bajo la supervisión del juez. En la hipoteca *out of court* el acreedor debe preavisar al propietario y esperar a la ejecución en 30 días, y en la *notice* que se le envía debe constar la cuantía debida²³⁷⁵. El propietario tiene que probar una “*indisputable writen evidence*” de que el préstamo no es exigible, p. e. que no existe la obligación; que la hipoteca no existe; que no se debía aún la obligación; o que la deuda ha sido satisfecha completamente. Además, es posible que en los 10 días siguientes a la recepción de la *notice of sale* el propietario pueda pedir un *meeting*.

En este ordenamiento cabe la posibilidad de que en la ejecución de la hipoteca judicial el deudor pueda pedir al juez que la ejecución tenga lugar sobre otra propiedad del deudor en aras de prevenir la venta de la finca por una cuantía debida muy pequeña.

b) Por su parte, en Rumanía²³⁷⁶ el deudor puede oponer que no existe la deuda o que ya se ha extinguido, la nulidad de la pretensión o la prescripción de la acción. Las mismas soluciones se presentan para el tercer adquirente de la finca hipotecada, que incluso puede alegar el beneficio de excusión, es decir, puede pedir al acreedor que se dirija contra otros bienes en posesión del deudor. Si el crédito se transmite a un tercero, las excepciones siguen disponibles para el propietario. Además, el deudor puede en los 10 días siguientes a la notificación de la orden de pago alegar que va a satisfacer la

²³⁷⁴ ZIVKOVIC, M., ob. Cit., p. 174.

²³⁷⁵ ZIVKOVIC, M., ob. Cit., pp. 142 y 143.

²³⁷⁶ SACALSCHI, A. E., ob. Cit., pp. 64, 65 y 67.

deuda en los siguientes 6 meses. Si el juez acepta esta propuesta el proceso de ejecución se interrumpe. Si no hace uso de esta posibilidad el juez ordena la ejecución.

c) En Austria el acreedor puede iniciar el proceso a través de la *Pfandrechtsklage*, donde se especifica la cuantía debida si el acreedor personal y el propietario son personas distintas, o la *Schuldklage*, si coinciden en la misma persona. El deudor puede oponer excepciones contra la hipoteca, p. e. destrucción de la cosa o renuncia; o por la obligación, p. e. su amortización²³⁷⁷;

d) En Croacia²³⁷⁸ y en Polonia el propietario puede oponer todas aquellas excepciones en relación a la validez o inexistencia de la deuda.

e) En Ucrania²³⁷⁹ se le concede al deudor un plazo de 30 días para pagar, pasado el cual el acreedor hipotecario puede ejecutar. Si se cede la hipoteca a un tercero y el crédito está pagado, el propietario podrá oponerse.

f) En Bosnia, todos los acreedores son satisfechos en el proceso de ejecución, tanto si la deuda era exigible o no. Ello supone una desviación del principio de accesoriedad. El acreedor hipotecario puede ejecutar si la deuda no está vencida y el propietario no puede oponer ninguna excepción.

g) Como ya hemos comentado, en Inglaterra el propietario tiene a su disposición la *equity of redemption*. El acreedor hipotecario puede apropiarse de la finca hipotecada (*foreclosure*), aunque para ello deberá esperar normalmente 6 meses, plazo que otorga el juez para que pague. Además, le asisten otros derechos, como la acción personal derivada del *covenant*, que no tiene un plazo especificado; y la venta de la finca, aunque para ello deberá informar al deudor que pague inmediatamente o al cabo de tres meses.

Por lo tanto, en aquellos países donde existen hipotecas de naturaleza accesorial al propietario, sea o no deudor, puede defenderse de la ejecución si

²³⁷⁷ "Einwendung des gutgläubigen lastenfreien Erwerbs der Pfandsache, wenn das Pfandrecht durch lastenfreien Eigentumserwerb durch einen gutgläubigen Dritten nach erlischt", ver JASMINE SADJADI, N. y THURNER, M., ob. Cit., p. 220.

²³⁷⁸ Respecto a Croacia, JOSIPOVIC, T., ob. Cit., p. 182. En el caso de Polonia si el propietario no es el deudor, "In so einem Fall kann gemäß Art. 73 der Eigentümer der mit der Hypothek belasteten Immobilie, der kein persönlicher Schuldner ist, unabhängig von dem Einreden, die ihm persönlich gegen den Hypothekengläubiger zustehen, die dem persönlichen Schuldner zustehenden Einreden wie auch diejenigen, auf die der persönliche Schuldner nach der Begründung der Hypothek verzichtete, vorbringen", ver DREWICZ TULODZIECKA, A., "Länderberichte...", ob. Cit., p. 308.

²³⁷⁹ KUCHERENKO, K. y LASSEN, T., ob. Cit., pp. 231 y 242.

la obligación garantizada no existe o está completamente satisfecha (con alguna excepción). Ello es fruto del principio de accesoriedad y de la subordinación de la garantía al crédito. Respecto a aquellos países que tienen hipotecas accesorias y no accesorias, en las primeras tampoco existen problemas si el deudor es una persona distinta que el hipotecante. Es el caso de Eslovenia, donde el propietario no deudor puede oponer las mismas excepciones al acreedor que el deudor hipotecario (p. e. que la hipoteca no es válida o que la obligación ya ha sido satisfecha)²³⁸⁰.

Otra cuestión que podemos plantearnos es de qué manera el **consumidor** puede hacer valer sus derechos en un proceso de ejecución²³⁸¹. Aquí se pone de manifiesto como la eficiencia de la hipoteca es distinta según tomemos como punto de partida al prestamista o al consumidor. La solución considerada más deseable para el prestamista y peor para el consumidor es que el propietario sólo pueda oponer objeciones a la ejecución en un proceso distinto del que ya se ha iniciado. Esta es la opción de Holanda, Lituania y Ucrania. La mejor posición para los consumidores es aquella en la que el juez debería examinar siempre de oficio que se cumplen todos los requisitos para despachar ejecución, pero en cambio ningún país prevé expresamente esta posibilidad. En una posición intermedia encontramos dos alternativas: 1) que el propietario tenga la opción de oponerse tanto en el mismo proceso de ejecución como iniciando otro aparte, opción de Alemania, Suiza, Austria, Hungría, Rep. Checa, Rumanía, Bulgaria, Croacia y Eslovenia; o 2) que el propietario sólo pueda oponerse en el proceso de ejecución hipotecaria, que adoptan España, Portugal, Bélgica y Estonia y Serbia. Estas posiciones intermedias no varían esencialmente. Lo importante es que el consumidor tenga la opción de oponerse y de paralizar la ejecución.

Otra cuestión es determinar quien debería probar la existencia o **exigibilidad de la deuda** si existe disputa en sede de ejecución. La mejor solución para el prestamista es aquella donde es el propietario quien tiene la

²³⁸⁰ TRATNIK, M., "Länderteil Slowenien", en DERLEDER, P., KNOPS, K.-O. y BAMBERGER, H. G. (Dir.), ob. Cit., p. 2737.

²³⁸¹ Ver STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., pp. 63 y 64.

carga de la prueba de la inexistencia del crédito. Esta opción la adoptan Bélgica, Holanda, Noruega, Lituania, Eslovenia, Hungría, Serbia, Ucrania y Turquía. Existen dos posibilidades menos estrictas: a) que el propietario sea quien tenga la carga de la prueba a no ser que exista un contrato de garantía en virtud del cual la hipoteca garantice una pluralidad de obligaciones (Alemania)²³⁸²; o b) que el propietario tenga esa carga pero ha habido una confirmación de la entrega del préstamo por notario u otra forma establecida, como Portugal, Bosnia y Rumanía.

En cambio, la opción más deseable para el consumidor es que siempre recaiga la carga de la prueba en el acreedor hipotecario, tal y como prevén Suiza, Austria, Rep. Checa y Polonia.

6.4.4. En la eurohipoteca

Las BG prevén que el titular de la eurohipoteca debe poder iniciar el procedimiento de ejecución sin necesidad de demostrar los detalles del préstamo, las restantes relaciones jurídicas y la existencia de la deuda; será suficiente con que acredite que es titular de la propia eurohipoteca. Desde la perspectiva del propietario, el procedimiento debe concederle la posibilidad de oponer las excepciones derivadas del contrato de préstamo o del contrato de garantía en el ámbito de un proceso judicial formal. Si el propietario discute la cuantía o la existencia de la deuda, la carga de la prueba recae sobre el titular de la eurohipoteca.

6.4.5. La eurohipoteca bajo Derecho español

En este apartado podemos realizar las siguientes consideraciones:

²³⁸² “Die Einrede hat im Rechtsstreit die Wirkung, dass der Sicherungsgeber zur Zahlung nur Zug um Zug gegen Rückgewähr der Grundsuld verurteilt werden kann (art. 274 BGB). Der Gläubiger als Sicherungsnehmer muss dem Sicherungsgeber zunächst die Rückgewähr der Grundsuld gegen Bezahlung der gesicherten forderung anbieten, bevor er wegen der gesicherten Forderung vollstrecken kann (§§ 765, 756 ZPO)”, ver CLEMENS, C., ob. Cit., pp. 297 y 298. Del mismo autor, “Der Sicherungsvertrag verleiht dem Schuldner die Einreden gegen die Haftungsübernahme, wenn sie nicht in Übereinstimmung mit dem Sicherungszweck geltend gemacht wird. Hierzu zählt beispielsweise die Einrede des Verbots der kumulativen Befriedigung”, p. 300. También contra la *Grundsuld*, p. e. si se ha extinguido y ya no es eficaz., p. 301. Ejemplos del contrato de garantía, p. e. que el crédito aun no es exigible, p. 301; o si la *Grundsuld* tiene una naturaleza subsidaria. También con cesionario a través del contrato de garantía, p. 302.

1) En cuanto a los **documentos** a aportar y la **carga de la prueba**, mientras no se modifique la normativa descrita (cuestión de orden público), el titular de la eurohipoteca debería adjuntar a la demanda de ejecución tanto la escritura pública de constitución o cesión de la eurohipoteca, el contrato de garantía que une el crédito con la eurohipoteca (que podría estar incluido en la propia escritura²³⁸³), como el saldo adeudado por el deudor a través del instrumento pactado entre las partes (siendo conveniente que esté especificado en el contrato de garantía). Para acreditar este saldo las partes podrían utilizar bien el certificado de la cuenta utilizada por la entidad bancaria o, en su caso, la liquidación pactada por las partes, a imagen y semejanza de la actual hipoteca en garantía de apertura de crédito en cuenta corriente –art. 153 LH- o de la hipoteca de máximo sin pacto novatorio final (art. 153 bis LH), y de acuerdo con lo dispuesto en la LEC (art. 573.1.1)²³⁸⁴. No será necesario aportar el préstamo en aquellos casos en que la liquidación se haya efectuado ante notario al igual que el préstamo hipotecario (ver AAP de Castellón de 15 de marzo de 2005²³⁸⁵). Esta situación sería la ordinaria en la eurohipoteca de ámbito nacional. Las de ámbito transfronterizo probablemente tendrían que superar el filtro judicial mediante la presentación adicional del *contrato de préstamo*.

Por lo tanto, no podría aplicarse en el Derecho español lo dispuesto en las BG, es decir, que el titular de la eurohipoteca no tenga que demostrar “*los detalles del préstamo, las restantes relaciones jurídicas y la existencia de la*

²³⁸³ El contrato de garantía es un documento que no prevé expresamente la ley, pero que puede incluirse en la previsión del art. 550.2 LEC que permite aportar con al demanda “cuantos documentos considere el ejecutante útiles o convenientes para el mejor desarrollo de la ejecución y contengan datos de interés para despacharla”. Su aportación no sería necesaria si estuviera perfectamente determinado en la escritura pública. Sin embargo, es mejor hacer una previsión al respecto y que estos documentos en el caso de la eurohipoteca sean exigidos por disposición legal. De esta forma, estos documentos se aportarían de acuerdo con el apartado 4º de art. 550: “los demás documentos que la ley exija para el despacho de la ejecución”.

²³⁸⁴ Aquí aplicamos las mismas reglas que para la hipoteca de máximo, en donde también es necesaria esta certificación. Así, puede verse la STS de 3 de julio de 1994 [RJ 1994\4903]: “La hipoteca de máximo viene caracterizada porque garantiza únicamente la existencia de un gravamen sobre finca identificada, de importe cierto, pero sin referencia sobre la existencia de una obligación afianzada por la hipoteca (Resolución de la DGRN de 16-3-1929). El título para su ejecución no es por sí solo la escritura de constitución, ya que no acredita de modo fehaciente la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda, resultando el pacto sobre la *determinación del saldo válido*, conforme al art. 153 de la Ley Hipotecaria (Sentencia de 6-3-1995 [RJ 1995\1781])”.

²³⁸⁵ JUR 2005\165563.

deuda”, y ello porque en el derecho procesal español la carga de la prueba, es decir, del derecho a ejecutar la garantía por incumplimiento de una obligación, **recae sobre el titular de la garantía**. Sólo una **modificación legislativa** podría permitirlo, puesto que de lo contrario no se dictaría despacho de ejecución. Tratándose de una cuestión de orden público, las BG deberían adaptarse al derecho procesal español. La protección de los consumidores quedaría reforzada, al mantener las causas de oposición españolas (que en todo caso son reducidas y concretas), y hacer recaer sobre el acreedor la carga de la prueba. El perjuicio para éste sería limitado porque ya dispondría de los documentos en su poder. De esta manera, los intereses de cada una de las partes estarían equilibrados en el proceso, una de las preocupaciones de parte de la doctrina a la hora de analizar la existencia de una eurohipoteca en el Derecho español²³⁸⁶.

No obstante, cabe apuntar que esta doctrina tendría aplicación plena cuando exista una obligación garantizada e impagada y el contrato de garantía autoriza al titular de la eurohipoteca a ejecutarla.

2) Por lo que respecta a la alegación del contrato de garantía (p. e. si el acreedor ha cedido la eurohipoteca a un tercero sin el consentimiento del propietario y luego el cesionario la ejecuta), el hecho de que este contrato no pudiera ser alegado en el propio proceso de ejecución tendría como principal repercusión que este proceso no se interrumpiría, con lo que la ejecución podría continuar sin dilación alguna en claro perjuicio del propietario.

El auto citado (AAP de Sevilla de 27 de mayo de 2005) permite como posible salvaguarda para el propietario la alegación en el juicio ordinario de una **medida cautelar** que tenga por finalidad la suspensión de la ejecución, o de la subasta o del auto de adjudicación a las resultas del nuevo juicio (ver también AAP de Barcelona de 20 julio 2004). Así, para la alegación del contrato de garantía el propietario podría interponer una medida cautelar que tuviera como

²³⁸⁶ “Las causas de oposición aún serán más limitadas que las existentes en existe la posibilidad de oponerse a la ejecución hipotecaria no sólo en aso de pago, sino también por error en la determinación de la cantidad exigible, cuando la deuda garantizada sea un saldo bancario (artículo 695 LEC). La Eurohipoteca abstracta por definición no admite oposición del deudor a la liquidación efectuada por la entidad, y lo remite todo a un eventual procedimiento declarativo ordinario por enriquecimiento sin causa”, ver GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., “La reforma hipotecaria...”, ob. Cit., p. 1712.

efecto la suspensión del procedimiento una vez ejecutada la finca, para transmitir al adquirente la finca con la mayor brevedad posible en el caso de que no prosperen las alegaciones del propietario, aunque una previsión legislativa ayudaría a la protección de los consumidores en este aspecto en concreto. Por otra parte, el acreedor no sale en exceso perjudicado, pues aún con causas de oposición la carga de la prueba de la inexactitud de la liquidación efectuada recae sobre el propietario²³⁸⁷.

Pero otra solución que propugna la doctrina es que esta medida cautelar vaya dirigida a que el juez retenga el dinero resultante de la ejecución hasta que resuelva las cuestiones planteadas por el propietario²³⁸⁸ y luego proceder como corresponda. Esta opción sería la más beneficiosa para el acreedor y acorde con el espíritu de la LEC y de la eurohipoteca, es decir, evitar en todo lo posible las dilaciones en el proceso de ejecución pero sin desmerecer la posición jurídica del deudor/propietario.

3) Las limitadas causas de oposición en la legislación española intentan equilibrar la celeridad del proceso de ejecución con la defensa del ejecutado (consumidor y usuario), pero lo cierto es que existen situaciones en las que el propietario se ve injustamente privado de la propiedad de la finca. La normativa actual debería reconsiderarse y dotar de mayores mecanismos de defensa para el ejecutado (p. e. la posibilidad de poder pedir el aplazamiento de la deuda durante un período determinado).

6.5. El pacto comisorio

6.5.1. En el Derecho español

El pacto comisorio es aquella cláusula que permite al acreedor

²³⁸⁷ Así, ver la SAP de Córdoba de 20 de septiembre de 2006 [JUR 2006\30336]: “QUINTO.- En cuanto a la tercera cuestión, cuantía y certeza del crédito reclamado, la cláusula décimo-segunda de la escritura de préstamo y constitución de garantía hipotecaria indica que lo determinará la certificación que expida la entidad prestataria, y esa es la que se ha aportado y sirve de base a la reclamación que se formula, y si bien es cierto que la parte puede discrepar de la misma, ello pasa por que proponga prueba que desvirtúe esa certificación, no bastando con que se atrinchere en la impugnación de esa liquidación sin más. Pero es que, al margen del anterior argumento, ese evidente que en los autos de ejecución hipotecaria, hubo de presentarse una certificación y si la parte sostiene que no es la aportada a los presentes autos por copia, no testimonio, corre de su cargo la prueba de esa circunstancia”.

²³⁸⁸ Es la opinión que mantiene MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de...*, ob. Cit., pp. 600 y 601.

apropiarse de la cosa objeto de garantía en caso de incumplimiento del deudor, cuya prohibición se remonta al Derecho romano post-clásico²³⁸⁹. La prohibición del pacto comisorio se extendió posteriormente al resto de códigos civiles europeos y se discute si la interdicción de este pacto tiene lugar sobre la base del principio de *no enriquecimiento injusto* o porque supone una quiebra del proceso de ejecución previsto expresamente por la Ley²³⁹⁰. Lo cierto es que independientemente de la tesis que escojamos este pacto supone un gran perjuicio para el consumidor y un beneficio para la entidad prestamista.

En el Derecho español, antes de la aprobación de la LH de 1861, eran frecuentes los préstamos usurarios ya que los terratenientes no tenían otras opciones para conseguir financiación debido a la poca oferta de préstamos, situación que tenía lugar porque no existía un sistema que favoreciera el crédito territorial (p. e. la poca claridad de los gravámenes que recaían sobre la propiedad inmueble). Otras instituciones intentaron suplir estas carencias, como el censo enfiteútico que ya hemos comentado²³⁹¹. En el Derecho español su prohibición se recoge en los arts. 1859 y 1884 CC. Se trata de una norma imperativa y de orden público, tal y como han afirmado las SSTs de 26 de abril de 2001 y 18 de febrero de 1997²³⁹², y cualquier intento de apropiación del bien hipotecado por parte del acreedor constituiría un fraude de ley, no permitido por la legislación española y, en consecuencia, nulo.

Ello no obsta, empero, a que existan otras vías para evitar el pacto comisorio y conseguir su mismo fin, como los denominados **pacto marciano** y **pacto ex intervallo**, admitidos en el Derecho español (y comunitario)²³⁹³ y que desnaturalizan en mayor o menor medida esta institución. Además, el art. 670 LEC contempla dos posibilidades del acreedor de adquirir el bien ejecutado en una subasta judicial. En la primera el acreedor hipotecario interviene activamente en el proceso y ofrece una determinada postura, que si es superior al 70% del valor del bien ejecutado “*se procederá por el Secretario Judicial a la liquidación de lo que se deba por principal, intereses y costas y, notificada esta*

²³⁸⁹ De acuerdo con MOLL DE ALBA, Chantal Lacuve, “El pacto comisorio en el Código Civil”, en *Revista de Derecho vLex*, Núm. 10, Octubre 2003. Id. vLex: VLEX-189446.

²³⁹⁰ MOLL DE ALBA, C. L., ob. Cit. Id. vLex: VLEX-189446.

²³⁹¹ NASARRE AZNAR, S., *Las garantías...*, ob. Cit., pp. 44 y 45.

²³⁹² RJ 2001\2037 y RJ 1997\1003.

²³⁹³ En el Derecho comunitario se admite el pacto marciano en las garantías financieras, vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 2.4.

liquidación, el ejecutante consignará la diferencia, si la hubiere” (art. 670.2 LEC). En segundo lugar, el art. 670.4 LEC prevé que si las posturas son inferiores al 70% del valor de tasación el ejecutado pueda presentar a un tercero que mejore esa posición. Si no es el caso, el acreedor hipotecario podrá adjudicarse el bien en los cinco días siguientes *“por el 70 % de dicho valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura”* (art. 670.1.2 LEC). Además, el art. 671 LEC también permite la adjudicación de la finca ejecutada por el acreedor por cantidad igual o superior al 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos si no acude ningún postor a la subasta (de acuerdo con la SAP de Castellón de 5 de julio de 2005²³⁹⁴ ello será posible si la cuantía total debida es inferior al 50 por 100 del valor de tasación). Por lo tanto, el acreedor puede verse satisfecho con cargo al valor de la finca por todos los conceptos que integran su deuda, cuya cuantía puede ser inferior al valor real del bien gravado.

Este derecho del acreedor supone un claro perjuicio para el propietario. Veamos el siguiente caso: acreedor y deudor pactan el desembolso de un crédito por valor de 80.000€ que se garantiza con una hipoteca con la misma cuantía sobre una finca que vale 100.000€. Si el deudor amortiza 30.000€ y el acreedor ejecuta la finca por lo debido (50.000€), éste se adjudicará la finca si no hay postores en la subasta por el 50% de su valor (art. 670.4 LEC). El propietario ejecutado ve como el acreedor hipotecario adquiere su casa valorada en 100.000€ por un préstamo que sólo estaba cuantificado hasta 80.000€ y, además, con el añadido de que realmente el acreedor adquiere el piso no en base a la cuantía inicial (80.000€) sino por la cuantía por la que se despacha ejecución (50.000€, ya que el deudor había amortizado 30.000€ del préstamo inicial).

¿Tiene esta adjudicación efectos liberatorios para el deudor? De acuerdo con el art. 579 LEC, si subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución. Supongamos que

²³⁹⁴ JUR 2005\276658.

en el caso anterior el deudor no ha satisfecho ni un solo euro del préstamo garantizado. El acreedor hipotecario podría entonces adjudicarse la finca si no hay ningún postor por el 50% de su valor (50.000€) –aunque ello no sea posible de acuerdo con la jurisprudencia menor nada dice sobre ello la LEC-, pero aún podría exigir para los 30.000€ restantes el embargo de bienes del deudor. La jurisprudencia ha impedido de llevar a cabo esta acción al acreedor hipotecario, al considerar que éste ya ve satisfecho su crédito al atender al valor real de la finca que entra en su patrimonio (AAP de Ciudad Real de 17 de octubre de 2004²³⁹⁵). Sin embargo, repetimos que no existe norma en la LEC que prevea un resultado así, con lo que teóricamente el acreedor hipotecario estaría legitimado para poder pedir el embargo de más bienes en base al art. 1911 CC.

6.5.2. En el Derecho comparado

El pacto comisorio no está admitido en la mayoría de países europeos por norma general (como ya hemos dicho, es posible en el Derecho inglés a través del *foreclosure*)²³⁹⁶, o bien sólo es posible después infructuosos intentos de venta forzosa del bien gravado (Polonia y Lituania)²³⁹⁷. No obstante, una serie de países sí que lo permiten. En Francia y en Rumanía se acepta el pacto

²³⁹⁵ JUR 2004\48872. El razonamiento del Auto para denegar la petición del acreedor es el siguiente: “El valor de mercado del bien supera con creces la deuda total que se reclama que es de 32.551,72 euros, a pesar de ello la ejecutante entiende que por el valor de adjudicación aún se le deben 4.304,14 euros y pide la continuación de la ejecución. Es evidente que tal petición contraría la finalidad del procedimiento de ejecución, pues la ejecutante ha logrado con creces la satisfacción de su crédito, lo que debe provocar la declaración de conclusión a estos efectos del procedimiento. La petición, a pesar de estar basada en un precepto legal, se muestra abusiva para el caso concreto y no solo por los principios que inspiran este procedimiento sino por los generales del art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), que proscriben el atender cualquier petición que suponga un manifiesto abuso de derecho, como lo sería el hecho de que a pesar de que el bien adquirido por el ejecutante tiene un valor muy superior a la deuda aún se solicite el embargo y realización de nuevos bienes del ejecutado, lo que nos llevaría en cifras reales a un interés desmedido y claramente leonino. La ejecutante, bajo la apariencia de la legalidad formal se extralimita como consecuencia real, por lo que la Ley debe privarla de protección al suponer un claro perjuicio para el ejecutado, que al no estar personado en autos desconoce tan desmedida petición”.

²³⁹⁶ Vid. *supra*. Capítulo 3º, apartado II, epígrafe 3.1.3.

²³⁹⁷ Esta situación la ejemplifica Lituania. El art. 4.170 CCL prohíbe expresamente la transmisión del bien hipotecado o por hipotecar del deudor al acreedor hipotecario. Esta limitación se encuentra justo después de definir la hipoteca, con lo que más que la prohibición del pacto comisorio forma parte de la propia naturaleza de la hipoteca. El art. 4.192.1 CCL prevé que en caso de que la deuda no sea satisfecha el acreedor pueda pedir el auxilio judicial y proceder a la subasta pública del bien inmueble y, si no fuera suficiente, proceder contra el resto de bienes del deudor (art. 4.193 CCL).

comisorio siempre y cuando se haya pactado con anterioridad, aunque no es un derecho absoluto, p. e. en Francia el art. 2459 *Code* permite que por contrato previo entre las partes el acreedor se convierta en el propietario del bien inmueble si la obligación no se satisface en tiempo y forma, siempre y cuando no sea la *residencia habitual del deudor*. En ausencia de pacto podrá acudir al juez (art. 2458 *Code*). Por último, en Ucrania no sólo está permitido el pacto comisorio sino que es costumbre y el acreedor hipotecario siempre tiene a su disposición esta opción (desde el año 2005). Además, el acreedor hipotecario puede comprar el bien inmueble en un momento posterior.

No obstante, todos los países prevén la posibilidad de que el acreedor hipotecario pueda tomar parte en el proceso de ejecución y adquirir la finca con dos grados distintos: a) o bien el préstamo se compensa hasta la cuantía final de la subasta; y b) o bien una parte de la deuda puede dejar de ser exigible para el deudor (Portugal, Bélgica, Alemania, Rep. Checa, Polonia y Serbia).

Si el valor de la propiedad adjudicada al acreedor excede de la deuda los países que permiten el pacto comisorio o la adjudicación directa por el acreedor en subasta pública (si ha resultado infructuosa) sí que conceden una compensación al propietario si el acreedor se adjudica el bien, p. e. en Francia un peritaje tasa el bien inmueble y la diferencia entre el valor de la finca y del préstamo determinará quien tiene el deber de compensar a la otra parte (art. 2460 *Code*); y en Ucrania interviene un perito y si la propiedad tiene un valor superior al crédito se detrae un 90% y el resto va a parar al propietario²³⁹⁸.

6.5.3. En la eurohipoteca

Las BG contemplan que el contrato de garantía que une a la eurohipoteca con las obligaciones garantizadas no pueda prever la cláusula *of voie parée*, es decir, no es posible pactar el pacto comisorio.

6.5.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

Existen **vías indirectas** para admitir el pacto comisorio en el Derecho

²³⁹⁸ Aunque este Derecho no prevé qué sucede si el préstamo es mayor que la finca, en principio el acreedor hipotecario quedaría como un mero acreedor personal, KUCHERENKO, K. y LASSEN, T., ob. Cit., p. 232.

español. En nuestra opinión, deberían de prohibirse aquellos pactos que permiten llegar a un mismo resultado sin subasta pública previa: que el acreedor hipotecario se acabe adjudicando la finca. En cuanto a la adjudicación en sede de ejecución, el auto citado limita el ejercicio extralimitado del derecho del acreedor, pero creemos en la línea de otras jurisdicciones europeas que el acreedor hipotecario ejecutante debería compensar al ejecutado por la diferencia que exista entre el valor real del bien adjudicado y la cuantía pendiente de amortización por el deudor hipotecario. Por el contrario, en España no se prevé expresamente que el acreedor hipotecario deba compensar al propietario.

6.6. La protección de los derechos de acreedores preferentes

6.6.1. En la eurohipoteca

El apartado 8.4 BG prevé que todos los derechos de mejor rango que el del acreedor solicitante han de ser protegidos. La normativa aplicable puede prever que se reserve una cuantía mínima de la suma obtenida con la venta del inmueble a favor de todos los derechos de mejor rango que el del acreedor solicitante, o bien que tales derechos subsistan. En ambos casos, los derechos del mismo rango o de rango posterior, así como el derecho del acreedor solicitante, se extinguen con la ejecución. Los derechos extinguidos se satisfacen con las resultas de la ejecución de conformidad con su rango.

Además, las BG contemplan el supuesto de subrogación en derechos de mejor rango, que tiene lugar a través del pago al titular de la eurohipoteca, solicitante de la ejecución. El acreedor subrogado pagará la suma por la que se solicita la ejecución.

6.6.2. La eurohipoteca bajo Derecho español

En este apartado debemos dar respuesta a las siguientes situaciones:

1) La ejecución no afecta a los derechos preferentes constituidos con anterioridad, que **siguen subsistiendo**. En este sentido, la LEC prevé en este caso que el futuro adjudicatario del bien inmueble *“habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere y*

subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos” (art. 670.5 LEC)²³⁹⁹, cargas y gravámenes que ya se han descontado del valor con anterioridad (art. 666 LEC).

Esta subrogación en las cargas anteriores se contemplaba en la LH en el art. 131.8 con parecido redactado. El art. 670.5 LEC alude a la *responsabilidad* y se han realizado diversas consideraciones al respecto. A tenor de la jurisprudencia la subrogación se produce no sólo en la responsabilidad real, sino que el adquirente se subroga también en el débito pendiente, quedando el ejecutado liberado de tal obligación (subrogación legal o asunción automática de la deuda), aunque la doctrina no es del todo unánime con esta posición²⁴⁰⁰. Tanto el TS como la jurisprudencia menor (SAP de Barcelona de 29 de junio de 1999²⁴⁰¹) han adoptado esta postura hasta un nuevo pronunciamiento al

²³⁹⁹ También pueden citarse aquí el art. 668.3 LEC, que regula el contenido del anuncio de la subasta, siendo uno de sus puntos “que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el sólo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos, si el remate se adjudicare a su favor”; y el art. 669.2: “Por el mero hecho de participar en la subasta se entenderá que los postores aceptan como suficiente la titulación que consta en autos o que no exista titulación y que aceptan, asimismo, subrogarse en las cargas anteriores al crédito por el que se ejecuta, en caso de que el remate se adjudique a su favor”.

²⁴⁰⁰ Así lo entiende la doctrina mayoritaria con anterioridad a la LEC, que podríamos considerar vigente para la nueva, dada la redacción idéntica del art. 670.5, según la STS de 30 de enero de 1999 [RJ 1999\522], que textualmente establece que “tratándose del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, el adjudicatario queda subrogado plenamente en el débito personal correspondiente. Se produce, pues, una subrogación en la persona del adjudicatario o comprador, no solamente en cuanto a las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedando el ejecutado liberado o desligado de esta obligación sin necesidad de que lo consienta el acreedor hipotecario, pues ello es cosa impuesta por la Ley del Procedimiento Ejecutivo”. Ver también la STS de 20 de junio de 1997 [RJ 1997\4882]. La doctrina insiste en que el primitivo deudor (el propietario de la finca enajenada) es reemplazado en el débito por el acreedor adjudicatario, que se subroga en la deuda, que le sucede en ella. Esta opinión es expuesta por CARMEN DEL CASTILLO, Carolina, “Comentario a la STS de 30 de enero de 1999”, en *RDP*, I, 2000, p. 336. No obstante, también se hace eco de la doctrina contraria a la asunción automática de la deuda, es decir, sólo se subroga en la responsabilidad real (no personal), p. 341, postura en la que acaba posicionándose, pp. 346 y ss. En el sentido de que tampoco hay transmisión *ex lege* de la deuda hipotecaria al rematante se sitúa ARIJA SOUTULLO, Carmen, *El tercer adquirente de bienes hipotecados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 51 a 53; y VIVAS TESÓN, Inmaculada, “Comentario a la Sentencia del TS de 30 enero 1999 (RJ 1999,522)”, en *RDPa*, núm. 3/1999: “No estamos, por tanto, ante un supuesto de transmisión automática de ninguna obligación garantizada con hipoteca, producida por la sola adquisición (judicial) del inmueble hipotecado. Se trata, sencillamente, de un clarísimo supuesto de disociación de responsabilidad y garantía ocasionado porque el débito personal no ha de seguir, necesariamente, a la hipoteca. De este modo, el rematante, como tercer poseedor del bien hipotecado, sólo responde realmente, sin que haya podido producirse de ninguna manera una pretendida asunción legal de la deuda por su parte como adjudicatario que es de la finca hipotecada”, pp. 441 a 452.

²⁴⁰¹ AC 1999\6905.

respecto con la nueva LEC, aunque la DGRN se ha pronunciado en sentido contrario²⁴⁰².

La eurohipoteca debería optar sin lugar a dudas por la distinción entre la deuda y la responsabilidad real. Así, el tercer adquirente en subasta asumiría sólo las cargas reales anteriores (p. e. la eurohipoteca de otro acreedor, que ya han sido descontada), y pasaría a formar parte del contrato de garantía, dada la accesoriadad contractual existente entre la eurohipoteca y la obligación garantizada. El pago final por parte del deudor de la deuda garantizada posibilitaría al tercer adquirente, ahora propietario, redimir la eurohipoteca, es decir, recuperar el valor de la finca que había sido descontado en sede de ejecución.

2) En cuanto a los acreedores hipotecarios en **igualdad rango**, la misma doctrina debería mantenerse cuando se produzca la ejecución de un titular de la eurohipoteca y existan otros titulares que subsistan con la ejecución, si se adopta la solución de mantenimiento de cargas. De acuerdo con la LEC, una vez satisfecho el acreedor ejecutante el exceso se depositará a favor de los acreedores posteriores siguiendo el escrupuloso orden y prioridad marcado en el Registro de la propiedad (692.1 LEC). Este artículo está influenciado por la concepción de la hipoteca accesoria y ante la imposibilidad de que existan más de un acreedor con la misma hipoteca y el mismo rango. No obstante, debemos adaptar este artículo a la eurohipoteca y contemplar la posibilidad de que puedan existir varios titulares de la misma eurohipoteca al mismo tiempo con su propia prioridad registral.

3) En el caso de que **acreedores posteriores** en rango amortizasen la

²⁴⁰² Ver RDGRN de 2 de diciembre de 1999 [RJ 1999\9155]: “TERCERO.- El artículo 231 del Reglamento Hipotecario no crea una especial hipótesis de subrogación -lo que sólo sería posible por vía de ley- sino que se limita a aclarar que la especial subrogación que, conforme al artículo 118.II de la Ley Hipotecaria, se produce en favor del deudor cuando paga después de vendida la finca, se produce también cuando la transmisión de la finca hipotecada haya ocurrido en operaciones, a estos efectos, análogas a la venta, como son el remate y la adjudicación en pago. *En el caso de que se ejecute una finca gravada con hipotecas o cargas preferentes al crédito del actor, se entiende que el rematante o adjudicatario acepta estas cargas y que, frente al deudor o dueño de la finca gravada, asume «la obligación de satisfacerlas»* (cfr. artículos 131.8ª, 10ª y 13ª y 133.11 de la Ley Hipotecaria y 1512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). *Asume esta obligación sin liberar, claro es, de su deuda al deudor frente a los respectivos acreedores, que son terceros en estas operaciones* (cfr. artículos 118.1 de la Ley Hipotecaria y 1205, 1252 y 1257 del Código Civil)”.

obligación pendiente para impedir la ejecución, éstos quedarían subrogados en la obligación y en la eurohipoteca, modificándose en consecuencia el contrato de garantía (arts. 1158 y 1159 CC).

4) El Derecho español prevé limitaciones al derecho del acreedor de verse satisfecho en los **intereses y costas** de la venta forzosa de la propiedad. En un principio, los intereses pactados entre acreedor y deudor no están sometidos a ninguna limitación, es decir, la hipoteca garantiza todos los intereses que se generen durante la relación contractual. El problema es que cuando la hipoteca accede al Registro de la Propiedad o bien están ya especificados los intereses (en la hipoteca ordinaria) o están limitados a una cuantía máxima (hipoteca de máximo). Ello no impide que el acreedor pueda incluir en la demanda de ejecución más intereses y costas que los previstos en el Registro de la Propiedad. En el caso de que el propietario coincida con el deudor, si finalmente existe un remate superior el acreedor tendrá derecho a que se impute a las cuantías no garantizadas, si no existen acreedores hipotecarios posteriores (art. 692.1.2 LEC). De la misma manera, si el producto es menor, podrá pedir el embargo de bienes (art. 685 LEC y AAP de las Palmas de 26 de septiembre de 2006²⁴⁰³). Por el contrario, el art. 114.1 LH limita la cuantía de los intereses cuando el propietario es un tercero que no tiene la condición de deudor a los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente (ampliable hasta los 5 años por pacto en contrario, art. 114.2 LH). Este tercero se considera el adquirente de bienes hipotecados, el cual es ajeno a la relación obligatoria asegurada con hipoteca y no asume la deuda garantizada como propia (STS de 13 de diciembre de 2007²⁴⁰⁴).

6.7. El título ejecutivo personal contra el deudor

6.7.1. En el Derecho español

La posibilidad más próxima en el Derecho español a un título ejecutivo personal se encuentra en el denominado **reconocimiento de deuda**, que

²⁴⁰³ AC 2006\2154.

²⁴⁰⁴ RJ 2007\8927.

consiste en un contrato en virtud de cual se considera como existente una deuda contra el que la reconoce dando lugar a una obligación independiente con sustantividad propia, es decir, desligada y libre de la propia existencia de la deuda reconocida. En este sentido, es suficiente la inexpressión de la causa para que, conforme al art. 1277 CC, ésta se presuma como existente y lícita mientras no se demuestre su verdadera inexistencia o ilicitud.

En el reconocimiento de deuda se produce una **inversión o desplazamiento de la carga de la prueba** (STS de 1 de marzo de 2002²⁴⁰⁵). El acreedor únicamente debe aportar el documento donde consta el reconocimiento de deuda sin tener que probar la relación causal subyacente (aunque ésta se entiende que existe). Esta modalidad se denomina constitutiva y es el reconocimiento de deuda en sentido estricto²⁴⁰⁶. Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia niegan el carácter abstracto del reconocimiento de deuda, y defienden que su validez y eficacia dependen de la existencia y licitud de la causa subyacente²⁴⁰⁷.

6.7.2. En el Derecho comparado

En Alemania la constitución de la *Grundschuldbrief* da lugar a dos tipos de documentos: la carta de deuda territorial emitida por el Registro y la copia ejecutiva de la *Grundschuld*. Este documento constituye una promesa de deuda abstracta de la finca gravada (§ 780 BGB) y el propietario se sujeta a la ejecución de su finca o a la ejecución forzosa de todo su patrimonio²⁴⁰⁸. En el mismo sentido, en el Derecho suizo la *Schuldbrief* conlleva la creación de una responsabilidad personal abstracta para el pago de una cantidad principal más intereses, garantizados con hipoteca sobre la finca²⁴⁰⁹.

6.7.3. En la eurohipoteca

²⁴⁰⁵ RJ 2002\3281.

²⁴⁰⁶ AMORÓS GUARDIOLA, M., "Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda", en *RCDI*, Núm. 631, Noviembre-Diciembre 1995, p. 1960.

²⁴⁰⁷ AMORÓS GUARDIOLA, M., ob. Cit., "Hipoteca en garantía...", p. 1981.

²⁴⁰⁸ NASARRE AZNAR, S. y STÖCKER, O., "Models d'hipoteca independent...", ob. Cit., p. 157.

²⁴⁰⁹ NASARRE AZNAR, S. y STÖCKER, O., "Models d'hipoteca independent...", ob. Cit., p. 161.

El apartado 8.5 BG prevé que con la eurohipoteca se cree otro título ejecutivo contra el propietario, de forma personal. A falta de pacto en contrario, el acreedor no debe solicitar un doble pago sobre la base de los dos títulos, sino que debe solicitar un pago total que no exceda la suma de la eurohipoteca.

6.7.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

La abstracción en el reconocimiento de deuda únicamente juega a efectos de prueba. Por lo tanto, el título ejecutivo contra el propietario podría implantarse a través de este mecanismo. No obstante, ¿sería necesaria su implementación? ¿podría utilizarse en todos los casos? Tenemos tres situaciones:

a) Cuando el hipotecante sea a la vez deudor, este reconocimiento de deuda permitiría al acreedor no tener que probar en un principio la obligación garantizada, reclamando la totalidad de la misma.

Este reconocimiento de deuda tendría una utilidad a la hora de su ejecución. Si el acreedor decidiera no ejecutar la eurohipoteca podría interponer una demanda ordinaria con la finalidad de que el deudor fuera condenado en virtud de la sentencia judicial al cumplimiento de la obligación. Ello significaría un proceso judicial costoso que llevaría a un título ejecutivo, mediante el cual se podría proceder al embargo de bienes en posesión del deudor y a la posterior ejecución.

En cambio, con el reconocimiento de deuda se conseguiría evitar este proceso y entrar directamente en la fase ejecutiva. Ésta es la mayor ventaja de este documento si el propietario y el deudor son la misma persona. Además, podría considerarse como ventaja el hecho que el propietario seguiría manteniendo la eurohipoteca y podría solicitar su redención al no haber sido ejecutada por el deudor.

Para que el reconocimiento de deuda sea un título ejecutable de acuerdo con el art. 517 LEC debería constar en documento público. No obstante, ello comportaría costes innecesarios. Si la futura ley que regulase la eurohipoteca contuviera dicho título, éste podría incluirse dentro de la previsión del art.

517.1.9 LEC²⁴¹⁰. En cualquier caso, aún con la existencia de una “abstracción causal”, el deudor siempre podría oponerse a la ejecución por los motivos contemplados en el art. 557 LEC.

b) Si el propietario y el deudor son sujetos diferentes, como ya hemos comentado, no existe una abstracción total en el reconocimiento de deuda, es decir, su validez y existencia va a depender siempre de la validez de la obligación subyacente. Por este motivo, no sería posible en el Derecho español que el propietario cree un título ejecutable (=reconocimiento de deuda) contra él mismo cuando no forma parte de la relación jurídica sobre la cual recae este título.

El reconocimiento de deuda únicamente podría constituirlo el deudor, no el propietario. En caso contrario no existiría ninguna causa que sustentase este reconocimiento y, por lo tanto, sería nulo de pleno derecho por falta de uno de los elementos necesarios de todo contrato (art. 1261 CC), incluso con la previsión legislativa del art. 1277 CC.

En definitiva, la posibilidad de implementar un título ejecutivo contra el propio propietario sería factible únicamente en el primero de los casos (propietario-deudor), lo que lleva a discutir si sería conveniente crear este título para este caso determinado. Pensemos que en tal situación el acreedor hipotecario gozaría de dos títulos directamente ejecutables: uno contra la finca gravada y otro contra todo el patrimonio del propietario/deudor. En nuestra opinión, esta dualidad de títulos es excesivamente gravosa para el propietario que grava su finca para la obtención de un crédito, al verse también afectado su patrimonio personal.

Además, pensemos que si la obligación no resulta enteramente satisfecha una vez ejecutada la eurohipoteca, el acreedor podría pedir el embargo de bienes del deudor y continuar con el proceso de ejecución (art. 579 LEC), ya que el deudor tiene una responsabilidad universal con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC), con lo que la ventaja de un título personal quedaría disminuida.

En consecuencia, sería **innecesario** conceder un título ejecutivo

²⁴¹⁰ “Las demás resoluciones judiciales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución”.

personal al titular de la eurohipoteca para la satisfacción de la obligación. En otras palabras, no compensaría la introducción en el Derecho español de un título de estas características con la gran excepción que sería necesaria introducir respecto a la causa (art. 1274 CC).

7. La ejecución concursal

7.1. El derecho de ejecución separada

7.1.1. En el Derecho español

La LC establece un procedimiento concursal que puede acabar por el acuerdo entre los acreedores para cobrar sus diferentes créditos o por la liquidación del patrimonio del deudor, en cuyo caso los créditos se gradúan entre ellos, es decir, se establece una prioridad donde el crédito garantizado con hipoteca tiene un privilegio especial. Esta condición privilegiada sólo la tienen aquellos créditos que afectan a determinados bienes o derechos, en nuestro caso la hipoteca por recaer sobre un bien inmueble (art. 90.1 LC), que gozan de preferencia sobre los créditos que tienen un privilegio general (que afectan a la totalidad del patrimonio del deudor, art. 91 LC) y los denominados créditos ordinarios y subordinados, que ocupan el último puesto en la graduación (art. 92 LC). La excepción al privilegio especial de la hipoteca son los créditos contra la masa, p. e. los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración de concurso o los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor (art. 84.2 LC).

La LC establece **dos reglas generales** en su art. 56 que afectan a la ejecución de cualquier garantía real y una que incide directamente en los intereses (art. 59.1 LC):

1. Una vez declarado el concurso no se podrá iniciar la ejecución de aquellos bienes necesarios o afectos a la actividad empresarial del deudor durante un límite temporal, que será hasta que se apruebe un convenio o pase un año desde la declaración de concurso sin haberse procedido a la liquidación (art. 56.1 LC).

2. Si la ejecución ya está iniciada, ésta se suspenderá a no ser que al tiempo de la declaración de concurso ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto, y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 56.2 LC).

3. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía (art. 59.1 LC).

Con independencia de la posible suspensión del proceso de ejecución hipotecaria, lo cierto es que dentro del concurso se abrirá un proceso de ejecución separada para la hipoteca.

7.1.2. En el Derecho comparado

En otros ordenamientos también es posible un procedimiento de ejecución separada, como Portugal, Alemania (§ 165 InsO), Holanda y Noruega²⁴¹¹. En cambio, en la Rep. Checa y Ucrania existe un procedimiento especial de asignación del remanente y en el resto de países sólo es posible una influencia indirecta en el administrador del proceso (Bélgica, Suiza, Austria, Hungría, Croacia, Serbia, Bosnia, Rumanía, Polonia, Estonia y Lituania).

La opción más favorable para los intereses del prestamista es que tenga un procedimiento de ejecución separada del resto de acreedores, sin perjuicio de que en algunos países este derecho pueda ser postergado o incluso substituido, p. e. en Alemania el art. 30.d ZVG permite al administrador concursal paralizar la ejecución si el bien es necesario para la continuidad de la actividad del deudor²⁴¹². A pesar de este hecho, el acreedor hipotecario podrá ejecutar la finca antes o después pero con preferencia al resto de acreedores.

²⁴¹¹ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 85.

²⁴¹² En Alemania también existe la posibilidad de que intervenga el administrador concursal en determinados casos: "durch die Insolvenz über das Vermögen des Grundstückeigentümers ist ein Grundpfandrechtsgläubiger nicht daran gehindert die Zwangsversteigerung des Grundstücks zu betreiben. Der Insolvenzverwalter hat aber unter bestimmten Umständen die Möglichkeit, die Verfahrenseinstellung herbeizuführen. Praktische Bedeutung kann dies erlangen, wenn z. B. ein wichtiges Betriebsgrundstück versteigert werden soll und auf der anderen Seite der fortbestehende Zugriff auf das Grundstück für eine Erfolg versprechende Abwicklung der Insolvenz notwendig erscheint", GUIDO SCHLEIFFER, K., ob. Cit., p. 102.

En este sentido, que exista un procedimiento de ejecución separada que pueda iniciarse únicamente a instancias del acreedor hipotecario no quiere decir que no le asista esta facultad si quien tiene todo el control del proceso es el administrador concursal. Efectivamente, en Austria el acreedor pasa a tener un carácter privilegiado (*Absonderungsgläubiger*) y sí tiene un procedimiento de ejecución separada con un trato preferencial al resto de acreedores. De hecho, el bien inmueble gravado forma parte de una masa especial. Sólo después de la satisfacción del acreedor puede el remanente quedar a disposición del resto de acreedores²⁴¹³; en Bosnia todos los créditos resultan vencidos con la apertura del concurso y el acreedor también tiene un derecho de satisfacción preferente²⁴¹⁴; y en Croacia²⁴¹⁵, Rumanía²⁴¹⁶, Eslovenia (art. 19 InsG²⁴¹⁷ y Bélgica (aquí únicamente los acreedores hipotecarios de primer rango)²⁴¹⁸) los créditos también tienen este carácter. Sin embargo, el principal problema de eficiencia para los prestamistas a la hora de cobrar su crédito es que estas situaciones pueden acarrear una demora considerable en la ejecución, al depender su iniciación de la voluntad del administrador concursal²⁴¹⁹.

7.1.3. En la eurohipoteca

El apartado 9.2 BG prevé que en caso de insolvencia la eurohipoteca debería ser tratada de forma separada al resto de los bienes del concurso, sin

²⁴¹³ JASMINE SADJADI, N. y THURNER, M., ob. Cit., p. 223. A no ser que el administrador decida parar la ejecución mediante el pago de la deuda.

²⁴¹⁴ "Im Insolvenzrecht der beiden Entitäten sind die Hypothek sowie die Grundschuld als Absonderungsrechte vorgesehen (Art. 38 Abs. 2 Punkt 1 KonkVerG F BiH/Konk VerG RS) [...] Die Absonderungsgläubiger haben das Recht auf gesonderte Befriedung aus dem belasteten Grundstück und sogar für Hauptforderung, Zinsen und Nebenkosten", POVLAKIC, M., ob. Cit., p. 64.

²⁴¹⁵ JOSIPOVIC, T., ob. Cit., p. 181.

²⁴¹⁶ SACALSCHI, A. E., ob. Cit., p. 67.

²⁴¹⁷ *Gesetz über das Finanzverhalten, die Verfahren wegen Insolvenz und die zwangsweise Beendigung*, vom 17. Dezember 2007, Amtsblatt RS, Nr. 126/2007, S. 18637.

²⁴¹⁸ MARSHALL, J., ob. Cit., p. 60.

²⁴¹⁹ En Serbia también existe un derecho de satisfacción preferente sobre el bien gravado, pero tal y como pone de manifiesto el *Report* "the property of an insolvent debtor is sold only in case of the insolvency judge passes a conclusion on sale of (all or part) of the assets of the insolvent debtor, whereas the insolvency manager performs the sale. This provision leaves the hypothecary creditor in a disadvantageous and dangerous position, for he can neither request the enforcement in a separate procedure, nor can he request/achieve the sale of the encumbered real estate in insolvency procedure, which, especially in case of reorganization, may last for years", ZIVKOVIC, M., ob. Cit., pp. 171 y 172.

que el procedimiento de ejecución se interrumpa o paralice por el comienzo del procedimiento concursal. El titular debería tener la posibilidad de comenzar la ejecución de la eurohipoteca, o bien a través de un procedimiento de ejecución separado del procedimiento concursal, o bien a través de una venta por el administrador concursal. En ese caso, la ejecución podría ser retrasada en tales supuestos por decisión de un órgano judicial, o controlada por un órgano judicial, para cumplir con las exigencias de mantenimiento de las operaciones del patrimonio concursal, y sólo por un período limitado de tiempo, que no debería exceder de un año.

7.1.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

Dos consecuencias jurídicas se extraen del art. 56 LC:

1. En primer lugar, no se podría iniciar la ejecución de la eurohipoteca hasta el cumplimiento del periodo pactado (un año) si el bien garantizado forma parte de la actividad empresarial del deudor.

Este período de tiempo coincide con lo previsto en las BG así como la causa que motiva el retraso (el mantenimiento de la actividad patrimonial del deudor). En un principio, pues, la legislación concursal en este aspecto no supondría un obstáculo a las BG. El único efecto negativo para la eurohipoteca en estos casos sería un retraso del cobro por parte del acreedor por un año, pero el bien no dejaría de estar afecto a la eurohipoteca con la declaración de concurso y, en todo caso, se mantendría el rango registral para el cobro de la deuda y el proceso ejecutivo especial. No obstante, cabe apuntar que esta situación vendría impuesta por la ley (no sería una potestad del juez) y supondría una excepción a la regla general marcada por las BG, esto es, la ejecución separada.

2. Los intereses no se verían afectados y seguirían devengándose, incluyéndose dentro de la eurohipoteca siempre y cuando su valor no exceda de la responsabilidad real establecida en el Registro de la Propiedad para el titular del gravamen.

Otros conceptos, por el contrario, no estarían cubiertos, como la pérdida

de valor del bien inmueble²⁴²⁰.

Por otra parte, ¿cuándo podría el acreedor hipotecario ejecutar la eurohipoteca de forma separada? Existen casos en los que se admite la ejecución, superando las dificultades que se planteaban en el caso anterior²⁴²¹:

1. Se podría iniciar la ejecución cuando los bienes no estén afectos a la actividad productiva del concursado.

2. Podría continuarse con la misma cuando el procedimiento ha llegado a la fase de publicación de la subasta (cfr. arts. 645 y 668 LEC) y los bienes no son necesarios para la actividad profesional del deudor²⁴²².

3. Existe la posibilidad de que la administración del concurso pague los créditos con privilegio especial (en nuestro caso los garantizados con la eurohipoteca) con cargo a la masa pasiva (arts. 56.2 y 155.2 LC), sin necesidad de ejecutar el bien.

4. La declaración de concurso no afectaría a la ejecución de la eurohipoteca cuando el concursado tuviera la condición de tercer poseedor (art. 56.4 LC), es decir, el adquirente del dominio que no se subroga en la obligación garantizada con la eurohipoteca²⁴²³.

5. En el período de paralización de un año podrían darse diferentes situaciones que provocarían la iniciación o reanudación de la ejecución: a) no se abre la liquidación ni se aprueba convenio en el plazo de un año; b) se aprueba un convenio que no afecte al ejercicio del derecho del acreedor; o c) se abre la fase de liquidación, donde se podrán reanudar las que estuvieran

²⁴²⁰ CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Thompson-Civitas, Madrid, 2004, p. 70.

²⁴²¹ En general, ver CORDÓN MORENO, Faustino, *Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra, 2004, pp. 458 y ss; y SÁNCHEZ RUZ, Heliodoro y SÁNCHEZ RUZ, Adelaida, "Paralización de ejecuciones de garantías reales", en ROJO-EMILIO BELTRÁN, Ángel, *Comentario de la Ley Concursal*, Thompson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 1060 y ss.

²⁴²² La ley sólo se refiere a la subasta en sede de ejecución (arts. 643 y ss. LEC), con lo que la doctrina entiende que para el caso de ejecución por persona o entidad especializada (art. 641 LEC) o convenio judicialmente aprobado (art. 640 LEC) deberán suspenderse las actuaciones, con lo que hemos de entender que la ejecución en trámite únicamente podrá continuar su curso si se ha seguido el procedimiento de ejecución de la LEC, un dato más a favor de la elección de este procedimiento como el más idóneo para la eurohipoteca, ver MAIRATA LAVIÑA, Jaime, "Los efectos del concurso en la Ley Concursal", en GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana (Dirs.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22-2003 y de la Ley 8-2003 para la reforma concursal*, Dilex, Paracuellos del Jarama (Madrid), 2003, p. 305.

²⁴²³ MAIRATA LAVIÑA, J., "Los efectos del concurso...", ob. Cit., pp. 305 y 306.

interrumpidas (pero no iniciarlas).

En cualquier caso, si se reanudan las actuaciones, es decir, la ejecución de la eurohipoteca, no podrían ser suspendidas por razón de vicisitudes propias del concurso (art. 57.2 LC)²⁴²⁴.

En definitiva, la **ejecución separada** de la eurohipoteca podría llevarse a cabo en casos determinados, pero dependería en gran medida de las circunstancias concretas ante las que nos encontremos, pero esta situación sería posible no sólo cuando el bien no estuviera afecto a la actividad empresarial del deudor sino también, incluso, cuando la ejecución ya se hubiera iniciado. Durante el período de paralización de un año podría darse el caso de que se amortice el crédito al acreedor (como si lo hubiera hecho el deudor mismo), con lo que el propietario podría pedir la redención de la eurohipoteca si no existen otras obligaciones garantizadas.

Por consiguiente, la situación de concurso en nada afectaría al rango del derecho real, esto es, el **rango permanece inalterado** y estos créditos, en todo caso, serían satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos (art. 155.1 LC), y aunque sean preferentes los créditos contra la masa (art. 84 LC), p. e. los gastos del administrador del concurso (art. 84.2.2 LC) o los gastos de asistencia y representación del concursado, no se podrían satisfacer estos créditos con los bienes garantizados con la eurohipoteca (art. 154.3 LC). Por lo tanto, estos créditos no se satisfacen con el bien garantizado con la eurohipoteca (no puede prededucirse de bienes sujetos a privilegio especial), con lo que el acreedor no debería preocuparse por estos gastos.

7.2. Las cargas legales tácitas

7.2.1. En el Derecho español

En el ordenamiento jurídico español existen derechos que son preferentes aunque no estén inscritos en el Registro y suponen, por ende, una

²⁴²⁴ Entre estas situaciones se pueden incluir la anulación del convenio (art. 143.1.4 LC), su resolución por incumplimiento (art. 140 LC), la apertura de la fase de liquidación posterior al convenio (arts. 142 y 143 LC) y la situación de apertura de la sección de calificación o una nueva declaración de concurso (art. 179 LC), de acuerdo con CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía...*, ob. Cit., p. 70.

excepción al principio de prioridad registral (art. 24 LH): son las denominadas cargas o garantías legales tácitas²⁴²⁵.

Con la promulgación de la primera LH en 1861 esta clase de garantías se suprimieron casi en su totalidad y se convirtieron forzosamente en expresas, que eran las únicas que a partir de aquél momento podían constituirse. La LC ha vuelto a resucitar esta clase de hipotecas al admitirlas legalmente en su art. 90.2²⁴²⁶, otorgándoles el carácter de crédito con privilegio especial análogo a la hipoteca aunque sin realizar una enumeración de éstas. Las que doctrinalmente se suelen admitir son las siguientes²⁴²⁷:

1. Los *créditos salariales hiperprivilegiados* (art. 32 del Estatuto de los Trabajadores²⁴²⁸), por los últimos 30 días de trabajo y siempre que no supere el salario mínimo interprofesional, y deberán ejercitar su derecho dentro del plazo de un año a contar desde el momento en que debió percibirse el salario.

2. Los créditos para el pago de *obligaciones tributarias* (art. 194 LH²⁴²⁹; en el mismo sentido art. 271 RH), y la cuantía se limita a la anualidad corriente y a la última vencida y no satisfecha. Está prevista de manera expresa en el art. 78 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria²⁴³⁰.

3. Créditos por *cuotas pendientes de pago a la comunidad de vecinos* (arts. 9.1.e LPH y 553-5.1 CCC), y se limita al último año completo y la parte vencida de la anualidad corriente.

²⁴²⁵ Que implican: la afectación sujeta al bien al cumplimiento de la obligación, cualquiera que sea su titular (aunque los bienes hayan hecho tránsito a un tercero) y sólo puede realizarse la ejecución dentro de los límites temporales de la ley, ver CARRAMOLINO GÓMEZ, Carlos, "El concepto de hipoteca legal tácita. Una interpretación histórica del artículo 73 de la LGT", en *Estudios jurídicos homenaje al profesor Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 83 a 88.

²⁴²⁶ "2. Para que los créditos mencionados en los números 1 a 5 del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores".

²⁴²⁷ MARTÍN DIZ, F., *La ejecución de...*, ob. Cit., p. 504 y ss., y MONTSERRAT VALERO, Antonio, *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 123 y 124; ver también NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, pp. 542 y ss.

²⁴²⁸ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, del estatuto de los trabajadores (BOE 29 marzo 1995, núm. 75, [pág. 9654]).

²⁴²⁹ "El Estado, las provincias o los pueblos tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor y sobre el tercer adquirente, aunque hayan inscrito sus derechos en el Registro, para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones o impuestos que graven los bienes inmuebles.

²⁴³⁰ "En los tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público o sus productos directos, ciertos o presuntos, el Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales tendrán preferencia sobre cualquier otro acreedor o adquirente, aunque éstos hayan inscrito sus derechos, para el cobro de las deudas devengadas y no satisfechas correspondientes al año natural en que se exija el pago y al inmediato anterior".

4. Los *créditos por primas de seguro* sobre el bien inmueble (art. 168.7 LH).

5. La *obras* a las que hace referencia el art. 77 de la Ley de reforma y desarrollo agrario²⁴³¹.

Cualquiera de estos derechos tiene una preferencia para el cobro en un procedimiento de ejecución mediante la interposición de una tercería de mejor derecho (art. 692.2 LEC), aunque la doctrina discute si se trata propiamente de un derecho real, pues carece el titular de las facultades de cualquier acreedor en fase de seguridad y no puede acudir a los procedimientos de ejecución específicos de la hipoteca²⁴³². Por otra parte, como bien ha destacado CARRASCO PERERA, el art. 155.3.2 LC remite a efectos de la prioridad registral en caso de concurrencia de créditos con privilegio especial a la “regulación de ésta”, pero no existe una ley que propiamente clasifique las hipotecas tácitas. La falta de regulación legal conlleva que las cargas tácitas estén dispersas por el ordenamiento jurídico español, lo que provoca inseguridad jurídica al tercero, que no sabe a ciencia cierta cuáles son las que realmente pueden tener preferencia a su derecho. Por esta razón, el autor entiende que únicamente puede recibir tal denominación -hipoteca legal tácita- la prevista en el art. 194 LH para el pago de obligaciones tributarias a favor de la administración²⁴³³.

En cualquier caso, sí que se tratan genéricamente de cargas inmobiliarias ocultas por su falta de constancia registral, requisito que no exige el art. 90.2 LC. Este tipo de hipotecas crean inseguridad jurídica al acreedor hipotecario en la medida en que su constitución no tiene publicidad a través del Registro de la Propiedad, y la razón de su existencia es un **interés público o social**. Es cierto que en la mayoría de ocasiones estas hipotecas legales tácitas no son muy perjudiciales para el acreedor al estar limitadas en el tiempo y ser concretables, pero pueden existir casos en los cuales su cuantía podría

²⁴³¹ Decreto 118/1973, de 12 enero (BOE 3 febrero 1973, núm. 30, [pág. 1990]). Artículo 77: “En las zonas regables, todas las fincas reservadas, cualquiera que sea su poseedor, están afectas con carga real al pago de las cantidades invertidas por el Instituto en las obras en la proporción imputable al propietario [...]”, de acuerdo con DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Díaz-Bastien-Truhán abogados, Madrid, 2006, p. 179. El autor también cita como principales hipotecas tácitas las cuatro expuestas en primer lugar.

²⁴³² Ver DÍEZ SOTO, C. M., ob. Cit., p. 179.

²⁴³³ CARRASCO PERERA, Á., *Los derechos de garantía...*, ob. Cit., p. 292.

ocasionarle un grave perjuicio, como sucede con las cédulas hipotecarias que tienen la consideración de créditos contra la masa (Disposición Adicional 9ª LC) y, por lo tanto, en situación de concurso pueden tener preferencia sobre los acreedores hipotecarios con la garantía publicitada en el Registro, dada la innecesidad de inscripción registral de la garantía de las cédulas²⁴³⁴. La Ley 41/2007 (art. 2) no corrige las deficiencias de la LMH, pues no varía el redactado inicial de su art. 12: *“El capital y los intereses de las cédulas estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora y no estén afectas a emisión de bonos hipotecarios o sean objeto de participaciones hipotecarias”*. La misma problemática se plantea en los bonos hipotecarios en la nueva redacción a su art. 13.2 por la Ley 41/2007²⁴³⁵, que elimina el acceso de una nota marginal al Registro para dar publicidad a terceros de los créditos hipotecarios que se sirven de cobertura a la emisión de estos bonos. Esta modificación legal equipara la garantía de los bonos a las cédulas, es decir, como hipotecas tácitas²⁴³⁶.

Por lo tanto, mientras no se modifique legislativamente tales previsiones seguirá existiendo inseguridad jurídica en este ámbito.

7.2.2. En el Derecho comparado

Las hipotecas legales tácitas presentes en el derecho comparado son las siguientes:

²⁴³⁴ Ver respecto a las cédulas hipotecarias NASARRE AZNAR, S., “El comportamiento concursal de las cédulas hipotecarias y de las cédulas territoriales en la nueva ley concursal”, en CEF. *Centro de Estudios financieros*, Núm. 1/2004, pp. 16 y ss. El autor se sitúa en contra de tal interpretación, a tenor de los arts. 154.3 LC y 155.3.2 LC; y en relación a los bonos hipotecarios antes de la aprobación de la Ley Concursal, ver NASARRE AZNAR, S., *La garantía...*, ob. Cit., pp. 658 y ss.

²⁴³⁵ “El capital y los intereses de los bonos estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre los préstamos y créditos hipotecarios que se afecten en escritura pública, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la entidad emisora, y, si existen, por los activos de sustitución contemplados en el apartado segundo del artículo 17 que se afecten en escritura pública y por los flujos económicos generados por los instrumentos financieros derivados vinculados a cada emisión, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”.

²⁴³⁶ De acuerdo con NASARRE AZNAR, S., “Las novedades en la emisión de los bonos hipotecarios (art. 2.6 Ley 41/2007)”, en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, E., *La reforma...*, ob. Cit., pp. 494 y 495.

1) Respecto a los procesos de ejecución ordinarios²⁴³⁷:

a) El coste del proceso y costes administrativos: Holanda, Rep. Checa, Hungría, Serbia, Estonia, Rumanía y Ucrania.

b) Las anteriores más impuestos, cargas públicas y costes de mantenimiento: Noruega, Alemania, Suiza, Austria, Croacia y Lituania.

c) Todas las anteriores más salarios de los trabajadores (con límites): Portugal y Polonia.

d) Todas las anteriores más todos los salarios contra el propietario, como Bélgica.

d) Todas las anteriores más todos los impuestos posibles, como en Bosnia.

2) En cuanto a la preferencia de otros derechos sobre la hipoteca en sede concursal, tenemos:

a) El coste del proceso y costes administrativos: Estonia, Holanda, Rep. Checa, Eslovenia, Hungría, Bosnia, Serbia, Rumanía y Ucrania.

b) Las anteriores más los impuestos, cargas públicas y costes de mantenimiento: Noruega, Alemania, Suiza, Austria, Croacia y Lituania.

c) Todas las anteriores más los salarios de los trabajadores (con límites), Portugal, Bélgica y Polonia.

La opción menos eficiente, según el grupo de investigación *Flexibilität der Grundpfandrechte in Mitteleuropa*, es la de otorgar preferencia a todos los salarios o impuestos contra el deudor, que no adopta ningún Estado miembro. Esta cuestión es esencial para la eficiencia de la hipoteca de cara a los prestamistas porque todos estos créditos tienen un rango superior a la hipoteca y pueden ser muy perjudiciales para los intereses del acreedor hipotecario.

El problema radica en que estas cargas legales tácitas no están en ocasiones limitadas a ningún período de tiempo ni a cuantía determinada, con lo que pueden llegar a ser muy perjudiciales para el acreedor hipotecario. Veamos algunos ejemplos. Así, existen algunos países que sí las limitan. En Alemania algunos trabajadores tienen un rango preferente en la ejecución, aunque de poca importancia práctica, y algunos costes están limitados a 5

²⁴³⁷ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 79, 80 y 90.

años²⁴³⁸; en Noruega el § 6.1 de la *Lov om pant* de 1980 prevé que las agencias municipales tengan rango superior sobre las hipotecas inscritas (p. e. por pagos anuales de recibos del agua o de garaje) sin ninguna limitación aparente, aunque por el contrario el salario a los trabajadores sí que tienen limitación en sede de insolvencia hasta un máximo de 30 meses, § 9.3 *Satisfaction of Claims Act*²⁴³⁹; en Eslovenia el salario de los trabajadores sí que se considera un crédito preferente en sede concursal (que se incluye dentro de los gastos del proceso y no en otro aparte), aunque se encuentra limitado en el tiempo²⁴⁴⁰. Por otra parte, en el Derecho portugués existen dos derechos que tienen preferencia sobre a la hipoteca: los privilegios crediticios (arts. 733 y siguientes CCP) y el derecho de *retenção* (arts. 754 y siguientes CCP). Entre los primeros podemos incluir los gastos realizados en sede judicial para la conservación o ejecución del inmueble gravado y los impuestos impagados sobre el bien inmueble transmitido (p. e. contribuciones prediales y sucesiones y donaciones). El derecho de retención nace cuando un acreedor está en posesión de una cosa que pertenece al deudor y sobre la cual ha realizado algún acto de conservación o una determinada actividad. Así, el depositario tiene derecho de retención sobre la cosa depositada por los gastos originados por el contrato; o el transportador sobre las cosas transportadas (art. 755 CCP). Sin embargo, el CCP no establece expresamente ninguna limitación; por su parte, en Suiza el ZGB establece una serie de créditos que no necesitan tener acceso al Registro de la Propiedad, p. e. las medidas necesarias para la

²⁴³⁸ “Diese RK sollte land- und forstwirtschaftliche Arbeitern Ersatz ausstehenden Lohnes bringen. Heute hat diese Vorschrift keine praktische Bedeutung mehr [...] einmalige Leistungen. Es handelt sich um Beträge, die nicht immer wieder anfallen, sondern durch einmalige Zahlung getilgt werden. Diese Eigenschaft einmalig bleibt auch dann erhalten, wenn z. B. die Beitragsatzung vorsieht, dass ein Erschließungsbeitrag in fünf jährlichen Teilbeträgen zahlbar ist. Dann handelt es sich für die hier anstehende Berechnung um fünf getrennte einmalige Leistungen, jeweils ausgehend von ihrem Fälligkeitstermin. Die einmaligen Leistungen verlieren das privileg der RK 3, wenn sie älter sind als vier Jahre”, ver HOCK, Reiner, MAYER, Günter y HILBERT, Alfred, *Immobilien-vollstreckung*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005, pp. 62 y 63.

²⁴³⁹ 8-6-1984, No. 59.

²⁴⁴⁰ CENTER OF LEGAL COMPETENCE, *Slowenisches Insolvenzrecht*, Band 16, BWV Berlines Wissenschafts-Verlag, Wien, Graz, 2005: “Zu den Kosten des Konkursverfahrens zählen unter anderem folgende Forderungen gegen den Konkurschuldner: die Kosten des Konkursöffnungsverfahrens, die Belohnungsanspruch des Masseverwalters und der Ersatz der von diesem getragenen notwendig Kosten, die notwendigen Kosten des Gläubigerausschusses. Ebenso vorrangig zu befriedigen sind Arbeitnehmerforderungen, die ex lege wie die Verfahrenskosten zu befriedigen sind, p. e. Gehälter und Löhne der letzten drei Monate vor Konkursöffnung”, p. 69.

conservación del inmueble (§ 819 ZGB) o aquellas destinadas a evitar su depreciación (§§ 808.3 y 810.2 ZGB), que tampoco están cuantificados; y en Polonia encontramos entre las cargas legales tácitas los costes del proceso concursal, aquellos créditos nacidos por la actuación del administrador concursal y determinados créditos fiscales que no tienen limitación, aunque algunos sí²⁴⁴¹.

Estos casos demuestran que el perjuicio del acreedor puede variar según que legislación y que existe la dificultad de encuadrar un crédito en una categoría específica. Como discutiremos posteriormente con el Derecho español, esta es una situación que va en contra de las disposiciones del Libro Blanco y en la que es urgente una reforma legislativa.

7.2.3. En la eurohipoteca

En virtud del apartado 7.2. BG sólo pueden tener un rango mejor que la eurohipoteca aquellos derechos no inscritos en el Registro, creados por disposiciones legales, relativos a la propiedad, limitados en el tiempo y calculables, Además, la eurohipoteca debe conceder al titular la posibilidad de obtener completa satisfacción incluso en el caso de insolvencia del propietario. El rango no debe sufrir deterioro alguno, como en el supuesto de ejecución, con la excepción de los gastos del administrador del concurso relativos a la propiedad (apartado 9.1 BG).

7.2.4. La eurohipoteca bajo Derecho español

El legislador español debería reconsiderar la existencia de diversas cargas legales tácitas que contravienen directamente el **Libro Blanco** sobre integración de los mercados hipotecarios de 2007. El informe del MFEG ya puso de relieve la necesidad de actuar sobre estas cargas²⁴⁴², y el Libro Blanco de 2007 fijó como una de su prioridades aumentar la eficiencia de los libros

²⁴⁴¹ Por ejemplo tienen limitación algunas tasas y costes de seguridad social, que se sitúan en quinto rango: "Steuern und andere öffentliche Abgaben sowie Forderungen aus Beiträgen zur Sozialversicherung für das letzte Jahr vor dem Datum der Konkurseröffnung, samt allen Nebenforderungen, den Zinsen und Exekutionskosten", ver ZOLL, Fryderyk, KRAFT, Anton y THURNER, Mario, *Polnisches Insolvenzrecht*, Band 5, Center of Legal Competence, Wien, 2002, pp. 258 y ss.

²⁴⁴² *Report of the Mortgage Funding Expert Group*, ob. Cit., pp. 18 y 19.

registrales, en base al cual la Comisión Europea “*exhortará a los Estados miembros a hacer más transparentes y fiables sus registros de la propiedad inmobiliaria, en particular por lo que atañe a los costes ocultos*”²⁴⁴³. Este deseo se ha repetido en el *Draft de la Commission Recommendation on property valuation, foreclosure procedures and land registration in the area of EU mortgage credit markets*, en el que la Comisión afirmaba que los Estados miembros deberían asegurarse de que todas las cargas que pesan sobre la finca tuviesen acceso al Registro de la Propiedad a no ser que hubiesen razones imperativas o de orden público para mantenerlas fuera (art. 6.1). Además, la guía legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas sobre operaciones garantizadas recomienda que se han de reducir al mínimo los créditos que tengan un mayor privilegio que los créditos garantizados²⁴⁴⁴. En realidad, el principal problema de estas cargas ocultas no es tanto su cuantía, que es por defecto indeterminada, sino que no son perceptibles en una transacción transfronteriza por el prestamista si tiene su domicilio fiscal en otro Estado miembro. La Comisión debería exigir la reducción de estas cargas legales tácitas y, avanzando un paso más, que apareciesen en el Registro de la Propiedad (o en la plataforma electrónica, EULIS) todos los derechos y limitaciones que pueden afectar a la satisfacción de una hipoteca, y ello independientemente de que respondan a un interés público. Ello permitiría al prestamista valorar en mejores circunstancias el desembolso del crédito.

Desde el punto de vista del Derecho español es conveniente reformar y abolir esta modalidad de hipotecas. En el Congreso de los Diputados estaba en fase de discusión el Proyecto de Ley por el que modifica la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares, que clarifica en las ejecuciones singulares algunas hipotecas legales tácitas dispersas por el ordenamiento jurídico agrupándolas y graduándolas en el CC²⁴⁴⁵.

²⁴⁴³ Libro Blanco de 2007, p. 10.

²⁴⁴⁴ Vid. *supra*. Capítulo 2º, apartado I, epígrafe 3.

²⁴⁴⁵ Por ejemplo, respecto a los créditos a favor de la Hacienda Pública: “El artículo 77 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, queda redactado como sigue: «1. Los créditos tributarios gozarán para su cobro de la preferencia establecida en los artículos 1.922 y 1.924 del Código Civil, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78, 79 y 80 de esta ley. 2. En caso de concurso, los créditos tributarios, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley Concursal»”.

7.3. La defensa de los consumidores y usuarios

7.3.1. En el Derecho comparado

En el derecho comparado es posible que se supriman todas las deudas del consumidor en un procedimiento concursal después de un período de tiempo, siempre y cuando todos los gravámenes sobre la finca ya se hayan materializado. Esta solución sólo la adoptan Portugal, Bélgica, Holanda, Alemania, Rep. Checa, Austria y Eslovenia²⁴⁴⁶. En efecto, en Alemania si los deudores han actuado con la intención de pagar sus deudas y finalmente no puedan hacerse cargo de ellas, estas pueden ser redimidas total o parcialmente. Sin embargo, ello puede acarrear en casos extremos que el deudor queda exonerado de todas sus deudas en perjuicio de sus acreedores²⁴⁴⁷. El § 227 InsO prevé de forma general que si no se dispone lo contrario el deudor estará exento de pagar las deudas no satisfechas después del proceso concursal. Esta regulación se desarrolla en los § 286 y siguientes InsO. Las deudas pendientes de pago por el deudor pueden extinguirse si en el período de 6 de años desde la apertura del concurso ha intentado satisfacer el derecho de los acreedores, destinando a esta finalidad los ingresos de su trabajo por cuenta ajena o propia o su herencia. Si incumple estas obligaciones los acreedores pueden pedir la anulación de esta medida (§ 296 InsO). La eficacia de la liberación (*Restschuldbefreiung*) es frente a todos los acreedores (§ 301 InsO)²⁴⁴⁸; en Portugal si el deudor es una persona física se le puede conceder una exoneración de los créditos en su contra si éstos no han podido ser cobrados en el proceso concursal a los 5 años posteriores de su

²⁴⁴⁶ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 92

²⁴⁴⁷ “ Die Insolvenzrechtsreform schließt hier an und führt damit im gesamten Deutschland ein Institut ein, das in manchen anderen Rechtsordnungen bereits zum selbstverständlichen Standard gehört: Schuldner, die trotz redlichen Bemühens wirtschaftlich gescheitert sind, sollen künftig die Chance erhalten, sich durch ein besonderes Insolvenzverfahren unter Tilgung eines Teils ihrer Verbindlichkeit von ihrer restlichen Schulden zu befreien. Die Regelungen der InsO können im Extremfall dazu führen, dass der Schuldner sich auch ohne jegliche Zahlung an seine Gläubiger seiner Schulden entledigen und mit einem so genannten Null-Plan in das Verfahren gehen kann”, ver OBERMÜLLER, Manfred, *Insolvenzrecht in der Bankpraxis*, 7. Auflage, 2007, Otto Schmidt, Köln, p. 150.

²⁴⁴⁸ Ver en este sentido EHLERS, Eckhart, “German Statutory Corporate Rescue Proceedings: The *Insolvenzplan* Procedure”, en GROMEK BROCK, Katarzyna y PARRY, Rebecca (Eds.), *Corporate Rescue. An Overview of Recent Developments from Selected Countries in Europe*, Kluwer Law International, 2004, pp. 82 y 83.

finalización (con excepción por ejemplo de los créditos fiscales). Mientras tanto, pesa sobre el deudor la obligación de transmitir los ingresos que tenga a un fiduciario, quien controlará sus ingresos y sus actuaciones en el tráfico jurídico. Los acreedores pasan a ser de igual condición (arts. 235 y siguientes del Dec.-Lei 200/2004, de 18 de Agosto de la *Compilação Legislativa sobre Insolvência*); y en Austria la regulación es similar en los §§ 199 y siguientes de la *Konkurs Ordnung*²⁴⁴⁹. En este ordenamiento también existe un fiduciario y el proceso se termina cuando los acreedores han cobrado en su totalidad, a los tres años si al menos han sido satisfecho el 50% de los créditos y a los 7 años si han sido en un 10% (§ 213). Este procedimiento tiene un carácter subsidiario, es decir, tiene lugar si no se ha llegado a un plan de pago²⁴⁵⁰.

En otros ordenamientos la deuda permanece aún después de completado el proceso de ejecución, como en Noruega, Suiza y Estonia²⁴⁵¹. El resto de países no prevén que el consumidor pueda acudir a un proceso concursal (Lituania, Polonia, Ucrania, Rep. Checa, Croacia, Bosnia, Serbia y Rumanía). En puridad, el hecho de que el deudor hipotecario siga siendo responsable de la deuda es equivalente a que la apertura de un proceso concursal no afecta al derecho del prestamista. A éste le es indiferente que existan mecanismos de protección del consumidor mientras su derecho personal permanezca inalterado.

7.3.2. La eurohipoteca bajo Derecho español

La eurohipoteca no distingue entre un proceso concursal abierto a una persona física o jurídica. En el Derecho español tampoco se prevé un régimen distinto en la LC y se aplicaría el art. 1911 CC.

²⁴⁴⁹ RGBI 1914/337.

²⁴⁵⁰ "Das Abschöpfungsverfahren mit Rechtschuldbefreiung ist, wie bereits skizziert, der letzte Ausweg aus der Schuldenkrise. Am Beginn steht der "Antrag auf Durchführung des Abschöpfungsverfahrens" (kurz Abschöpfungsantrag). Die Subsidiarität des Abschöpfungsverfahrens wird durch die Aussetzung der Entscheidung über den Abschöpfungsantrag sichergestellt: Zwar muss der Schuldner diesen Antrag spätestens mit dem Zahlungsplanantrag stellen. Aber erst wenn dem Zahlungsplan die Bestätigung versagt wurde, obwohl er zulässig gewesen ist und die für das Verfahren geltenden Vorschriften beachtet worden sind, ist über den Abschöpfungsantrag zu entscheiden", ver DELLINGER, Markus y OBERHAMMER, Paul, *Insolvenzrecht*, 2. Auflage, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2004, p. 174.

²⁴⁵¹ STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency...*, ob. Cit., p. 92.

II. Conclusiones: Hipoteca de máximo Vs Derecho comparado Vs Eurohipoteca

Se emplea en las conclusiones del presente capítulo un cuadro sinóptico tomando como punto de partida el derecho hipotecario vigente hoy en España en su versión más flexible, el Derecho comparado y las características de la eurohipoteca tal y como resulta configurada en las BG.

II. Conclusiones	Hipoteca de máximo + Ley 41/2007	Derecho comparado	Eurohipoteca	Posible funcionamiento de la eurohipoteca en el Derecho español
Naturaleza jurídica	Es legalmente accesoria (arts. 104 LH y 1876, 1528 y 1212 CC).	Hipotecas legalmente accesorias como no accesorias (p. e. Noruega, Alemania, Suiza, Estonia, Eslovenia y Hungría). En estos últimos existe una accesoria contractual cuando la hipoteca garantiza una obligación.	Apartado 2.1 BG. Es contractualmente accesoria, precisándose un contrato de garantía. Si la legislación nacional lo permite, puede adquirir un carácter no accesorio.	La hipoteca contractualmente accesoria es desconocida. Son necesarias modificaciones en la naturaleza de la hipoteca (arts. 104 LH y 1876, 1528 y 1212 CC).
Lex Rei Sitae	Art. 10.1 CC: la <i>lex rei sitae</i> será de aplicación a los “demás derechos sobre inmuebles”.	También se aplica la <i>lex rei sitae</i> .	Apartado 2.3 BG. La <i>lex rei sitae</i> es de aplicación a la eurohipoteca, incluyendo el Registro de la Propiedad y el certificado de eurohipoteca. También se extiende al contrato de garantía.	Se necesitaría una modificación en cuanto a la eurohipoteca de vida cartular. Sería necesario también preservar las debidas garantías de los consumidores según la <i>lex contractus</i> .
Hipoteca de propietario	La hipoteca unilateral (art. 141 LH) requiere la aceptación del acreedor para su válida constitución y recaer sobre una obligación determinable (causa).	Posible en Noruega, Estonia, Hungría, Eslovenia, Alemania y Suiza.	Apartado 3.1 BG. El propietario del inmueble es el único legitimado para su creación. Es posible que la ley nacional exija un acuerdo entre el propietario y el futuro titular.	Necesaria excepción al aspecto causal (art. 1261 CC). El legislador español podría exigir la existencia de acreedor, solventado así el problema causal.
Requisitos formales de constitución	La hipoteca deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad –arts. 145 LH y 1875 CC-, y se requiere escritura pública. La oponibilidad surge con la inscripción (arts. 13 y 32 LH).	Se exige de forma general la inscripción de la hipoteca para su validez, con las excepciones de Bélgica, Rumanía, Ucrania y Noruega.	Apartado 3.2 BG: la eurohipoteca debería ser inscrita en el Registro nacional correspondiente, de acuerdo con lo exigido por la ley nacional, siempre que se quiera conseguir oponibilidad a terceros.	No existe problema alguno: coinciden sustancialmente ambas regulaciones. No es necesaria ninguna modificación.

Capítulo 6º. Los elementos configuradores de las hipotecas europeas

Carta hipotecaria	La hipoteca tiene vida registral (art. 145 LH), y todas sus vicisitudes tienen fiel reflejo en el Registro de la Propiedad.	Sólo prevista en determinados sistemas hipotecarios, como en Alemania, Noruega, Suiza, Eslovenia, Ucrania y Bélgica.	Apartado 3.3 BG: la eurohipoteca podrá estar estructurada como derecho <i>certificado (letter right) o no certificado (non-letter right)</i> .	La eurohipoteca en forma de carta podría configurarse como un efecto de comercio.
Forma del contrato de garantía	Rige el principio espiritualista en el CC (arts. 1278 y 1279). Los contratos verbales son válidos.	Forma notarial en algunos ordenamientos (como Estonia y el Proyecto legislativo de Polonia), y libertad de forma en otros (p. e. Alemania)	Apartado 4.2 BG: el contrato de garantía puede tener la forma requerida por la ley nacional. Los contratos verbales son inválidos.	Sería necesaria una excepción a los arts. 1278 y 1279 CC, pero podría imponerse la forma escrita e, incluso, la escritura pública en base al orden público y protección de los consumidores.
Objeto: inmuebles y otros derechos reales	La finca es la unidad básica del Registro (art. 243 LH). Los derechos reales gravables son amplios (arts. 106 y 107 LH). La extensión a la propiedad, frutos, rentas y seguros está prevista (arts. 109 y siguientes LH).	--	Apartado 3.5 BG: la eurohipoteca puede gravar inmuebles. El ámbito objetivo de la eurohipoteca alcanza a la propiedad y los frutos del inmueble (así como otros elementos, como las rentas, pertenencias...).	Los derechos gravables coinciden con los previstos por la legislación española. No existen mayores problemas que las especialidades relativas a los frutos y algunos bienes muebles.
Contenido Registral	Regulado en los arts. 9 LH y 51 RH, hay que inscribir en la escritura circunstancias como el titular, el derecho sobre el cual recae, características físicas de la finca, notario autorizante...	--	Apartado 3.2 BG: los requisitos formales relativos a las declaraciones de las partes y a la inscripción registral son los mismos que se exigen en la legislación nacional a otros gravámenes sobre inmuebles.	No existen problemas para el contenido exigible para la eurohipoteca, pero es necesaria una excepción al principio de especialidad (obligación garantizada).
Hipoteca sobre varias fincas	Exige la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diversas fincas (art. 119 LH). La hipoteca solidaria sólo está prevista en un caso (art. 123 LH) y está fuertemente restringida.	En casi la totalidad de los países europeos está admitida la hipoteca solidaria.	Apartado 3.5 BG: se prevé mediante <i>la Multi-Parcel eurohypotheck</i> la posibilidad de gravar con una misma Eurohipoteca diversas fincas en diversos Estados. La <i>Joint eurohypotheck</i> no impone un sistema de distribución solidaria de la responsabilidad.	El sistema español prevé la posibilidad de que una sola eurohipoteca grave diversas fincas, aunque con la reducibilidad de la hipoteca podría aceptarse una hipoteca solidaria.

Parte II. La hipoteca en Europa. La creación de un mercado hipotecario europeo

Reducibilidad de la hipoteca	La hipoteca se extingue cuando se amortiza el préstamo (accesoriedad, arts. 104 LH y 1876, 1528 y 1212 CC). Además, es indivisible (art. 122 LH) y, por lo tanto, la doctrina considera que no es reducible unilateralmente por el deudor hipotecario.	Prevista en Alemania, Suiza, Austria, Noruega, Croacia y Estonia. En otros países se requiere pacto expreso, como en Holanda, Polonia, Rep. Checa, Hungría y Rumanía.	Apartado 4.3 BG. En el caso de un contrato de garantía no válido, o si todas las obligaciones garantizadas hubieran sido reembolsadas, el garante tiene derecho a la redención de la eurohipoteca o de parte de ésta.	La recuperación parcial de la eurohipoteca por el propietario no sería posible sin una excepción a los principios de accesoriedad y causalidad (arts. 104 LH y 1876, 1528 y 1212 CC) e indivisibilidad (arts. 122 LH y 1876 CC).
Cesión	La cesión del crédito hipotecario exigirá escritura pública e inscripción (no constitutiva). Posibilidad de ceder la hipoteca del Banco A al B (art. 149 LH).	Posibilidad de la garantía inmobiliaria ser cedida del Banco A al Banco B para garantizar nuevas obligaciones en los países cuyas hipotecas no son accesorias del crédito garantizado (y también p. e. en Portugal).	Apartado 5.1 BG: la cesión sólo es oponible a terceros desde su inscripción. Puede requerirse un acuerdo entre el antiguo y el nuevo titular. Es posible la cesión de sólo el crédito o sólo la eurohipoteca.	No es posible la cesión separada de la obligación y la hipoteca. Excepción a los arts. 1261 CC y 149 LH. La accesoriedad contractual permitiría superar este obstáculo. Inscripción constitutiva.
Titularidad	Pueden ser titulares los particulares o las personas jurídicas con personalidad (art. 138 LH). No está regulado y admitido de forma específica el <i>trust</i> .	--	Apartado 3.6 BG: cualquier persona física o jurídica puede ser titular de una eurohipoteca, incluso las entidades sin personalidad.	Necesaria una regulación de los patrimonios fiduciarios.
Excepciones del propietario derivadas del contrato de garantía	Los contratos privados sólo tienen efectos entre las partes (art. 1227 CC).	Alemania: el cesionario va a estar vinculado <i>ex lege</i> a las disposiciones del contrato; y en Polonia el cedente está obligado a informar al cesionario sobre su contenido, sino será responsable de los daños.	Apartado 5.4 BG: dos posibilidades para que el contrato de garantía sea oponible a terceros (vinculación <i>erga omnes</i> o responsabilidad del transmitente).	Posibilidad de que sea obligatoria la cesión del contrato de garantía al cesionario (en caso contrario, no tendría lugar la cesión). Flexibilidad del contrato de garantía.
Buena fe	Presunción de exactitud del Registro (art. 38 LH) y de la buena fe de los terceros adquirentes a título oneroso (art. 34 LH).	Se presume exacto el Registro en España, Suiza, Alemania, Noruega, Polonia, Lituania, Estonia, Eslovenia y Bosnia. En otros países se admite prueba en contrario sin exigir ningún período de tiempo, como Bélgica, Holanda y Rep. Checa. En Ucrania no existe una protección de la confianza en el Registro para el acreedor hipotecario.	Apartado 5.4 BG: quien, de acuerdo con la ley nacional, adquiera de buena fe, está protegido: como si el titular inscrito fuera el verdadero acreedor hipotecario.	El Derecho español se acomoda perfectamente a las disposiciones de la eurohipoteca.

Capítulo 6º. Los elementos configuradores de las hipotecas europeas

Acceso electrónico al Registro de la Propiedad	Información al Registro accesible a partir de la Ley 24/2001, que contiene una previsión expresa al respecto.	Inglaterra es el único que prevé un registro electrónico <i>on-line</i> .	Apartado 7.3 BG: información del Registro accesible para cualquier ciudadano de la UE.	Sería posible con la eurohipoteca tal consulta, aunque con las modificaciones necesarias y con los medios apropiados en los Registros. <i>Eurotitle</i> .
Rango Registral: determinación	Principio “prior in tempore potior in iure” (art. 24 LH), desde el momento de presentación.	Principio “prior in tempore potior in iure” (art. 24 LH), desde el momento de presentación o inscripción.	Apartado 7.2 BG: la prioridad surge bien del momento de inscripción, bien del momento de recepción de la solicitud.	Regirá el criterio marcado por la LH (momento de presentación), con lo que se adapta a las BG.
Extinción	La cancelación puede ser total o parcial. Se necesita el consentimiento de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción (art. 82 LH), así como escritura pública.	En algunos países la cancelación es automática, como Croacia. En otros, como Eslovenia y la Rep. Checa, la cancelación tiene lugar por voluntad de las partes. Todos los países, menos Lituania, Bélgica y Bulgaria, evitan establecer ningún tipo de limitación al plazo de la hipoteca.	La eurohipoteca se extingue cuando se cancela el asiento en el Registro nacional competente con el consentimiento del titular de la eurohipoteca y del propietario del inmueble.	Cancelación del asiento de inscripción del gravamen por escritura pública y certificación bancaria.
Rango Registral en sede de ejecución y concurso	En sede de ejecución (art. 692.1 LEC) y concurso (art. 155.3 LC) los acreedores verán satisfechos sus créditos conforme a su rango.	Existencia de cargas legales tácitas.	Apartado 7.2 BG: en caso de ejecución e insolvencia los acreedores cobran de acuerdo al rango que ostenten en el Registro. Cargas legales tácitas limitadas en el tiempo y calculables.	Suficiente cuando concurren varios derechos reales distintos sobre una finca. Las cargas legales tácitas deberían reformarse, aunque se acomodan a los requisitos de las BG.
Ejecución: carga de la prueba	El acreedor tiene la carga de la prueba de demostrar los detalles de la deuda (arts. 575.1 y 3 LEC).	En aquellos países donde existen hipotecas de naturaleza accesoria el propietario puede defenderse de la ejecución si el crédito garantizado no existe o está completamente satisfecho (con alguna excepción).	Apartado 8.2 BG: el acreedor no tiene que demostrar los detalles del préstamo, las restantes relaciones jurídicas y la existencia de la deuda.	Cuestión de orden público y procesal, el acreedor debería aportar la escritura de constitución (con el contrato de garantía) y el certificado que acredite la cantidad vencida y no satisfecha.
Causas de oposición en la ejecución hipotecaria	Dos causas: extinción de la garantía o de la obligación garantizada, o error en la determinación de la cantidad (art. 695 LEC).	En el resto de países también es posible oponerse a la ejecución de la garantía.	Apartado 8.2 BG: el procedimiento debe otorgar al propietario la posibilidad de oponer las excepciones derivadas del contrato de préstamo o del contrato de garantía.	La LEC debería prever las causas derivadas del contrato de garantía. Además, es debatible la protección de los consumidores y usuarios en sede de ejecución, necesidad de incorporar mayores medidas de protección.

Parte II. La hipoteca en Europa. La creación de un mercado hipotecario europeo

<p>Acreeedores dentro de una misma eurohipoteca</p>	<p>3 opciones: A) Mantener subsistentes los derechos de acreedores preferentes y del mismo rango; B) extinción de la eurohipoteca; C) extinción de la eurohipoteca aplicando las reglas de la mancomunidad (arts. 1138 y 1139 CC).</p>	<p>--</p>	<p>Apartado 8.4 BG: los derechos del mismo rango o de rango posterior, así como el derecho del acreedor solicitante, se extinguen con la ejecución.</p>	<p>Los titulares de igual rango se mantendrían subsistentes tras la ejecución. Adaptación del contenido de las BG.</p>
<p>Pacto comisorio</p>	<p>En el Derecho español se recoge en los arts. 1859 y 1884 CC.</p>	<p>En Francia y en Rumanía se acepta el pacto comisorio siempre y cuando se haya pactado por las partes.</p>	<p>Las BG contemplan que el contrato de garantía no pueda prever la cláusula <i>of voie parée</i>, es decir, no es posible pactar el pacto comisorio.</p>	<p>Aunque formalmente se prevea la nulidad de tal pacto, existen vías indirectas para que el acreedor adquiera finalmente el bien gravado.</p>
<p>Título ejecutivo personal del deudor</p>	<p>Existe el reconocimiento de deuda (art. 1277 CC), pero se presupone la existencia de una causa o negocio jurídico subyacente. No debe ser abstracto.</p>	<p>En el Derecho alemán se puede constituir una copia ejecutiva de la <i>Grundschild</i> (promesa de deuda abstracta de la finca gravada) y en el Derecho suizo la <i>Schuldbrief</i> conlleva la creación de una responsabilidad personal abstracta.</p>	<p>Apartado 8.5 BG: la legislación nacional debe establecer la posibilidad de que, al mismo tiempo que la eurohipoteca, el propietario cree otro título ejecutable contra él mismo, de forma personal.</p>	<p>Dada la acción personal del acreedor frente al deudor, supondría una innecesaria distorsión del ordenamiento. El hipotecante no deudor, además, sólo debería ser responsable por el valor de la finca, no por más</p>
<p>Insolvencia. Efectos jurídicos sobre la garantía</p>	<p>Una vez declarado el concurso no se podrá iniciar ninguna ejecución de aquellos bienes necesarios o afectos a la actividad empresarial del deudor durante un límite temporal (art. 56 LC).</p>	<p>Es posible el procedimiento de ejecución separada en Portugal, Alemania, Holanda y Noruega.</p>	<p>Apartado 9 BG. La ejecución de la eurohipoteca no debería esperar por la ejecución de otros bienes: debería ser tratada de forma separada. En los casos de insolvencia, el titular de la eurohipoteca debe tener la posibilidad de comenzar la ejecución bien a través de un procedimiento de ejecución separado.</p>	<p>El único efecto negativo de la legislación concursal española es un retraso del cobro por parte del acreedor, pero el bien no deja de estar afecto a la Eurohipoteca con la declaración de concurso y, en todo caso, se mantendría el rango registral para el cobro de la deuda.</p>

Capítulo 6º. Los elementos configuradores de las hipotecas europeas

<p>Equivalencia de la garantía</p>	<p>De acuerdo con NASARRE AZNAR, para evaluar que créditos hipotecarios pueden incluirse dentro del art. 5 LMH a efectos de cobertura de créditos hipotecarios debería atenderse junto a la “equivalencia de garantía” de los derechos reales inmobiliarios en otros Estados miembros a su “fortaleza”, es decir, al entorno jurídico en el que se desarrolla²⁴⁵². El art. 6.1 RMH establece como criterio que “<i>la hipoteca o derecho dado en garantía será jurídicamente válido y eficaz</i>” y que éste haya sido “<i>documentado por escrito en tiempo y forma</i>”. Si atendemos estrictamente al concepto de equivalencia la hipoteca española diferiría de la <i>Grundschild</i> alemana, la <i>Schulbrief</i> suiza, y las hipoteca de Noruega, Eslovenia, Estonia y Hungría. No nos encontramos en estos casos ante hipotecas ni derechos <i>stricto sensu</i> sino ante cargas inmobiliarias que pueden circular de forma autónoma en el tráfico jurídico, incluso quedar en manos del propietario de la finca (la <i>mortgage</i> inglesa, como hemos visto, tampoco se acomodaría a la naturaleza de la hipoteca española). El resto de hipotecas europeas sí que serían equivalentes al tener una naturaleza accesorio. Sin embargo, también puede atenderse a los derechos que asisten a los acreedores hipotecarios en estos países para ver su posible equivalencia. Esto enlaza directamente con otro requisito, es decir, que el “<i>régimen jurídico que regule la garantía contemple la existencia de mecanismos suficientes para garantizar la obtención de un precio justo en la ejecución de la garantía</i>”. Cuando hablamos de ejecución hay que valorar tanto la ejecución judicial y como la llevada a cabo en un proceso concursal. De las hipotecas en Europa únicamente la de Noruega, Holanda, Alemania y Portugal tienen un proceso de ejecución separada si el deudor se encuentra en situación de concurso. Sin embargo, hemos constatado como este derecho también pertenece a los acreedores de otros países donde la ejecución se lleva a cabo por el administrador concursal, lo que puede alargar en exceso el proceso. Éste ya sería un motivo suficiente para descartar la equivalencia de garantía.</p> <p>El art. 6.1 RM también se refiere a que la garantía sea válida y eficaz. ¿Son equiparables a la hipoteca española aquellas hipotecas cuya existencia no depende de su acceso al Registro de la Propiedad? Aunque es verdad que estas hipotecas que no tienen acceso al Registro de la Propiedad pueden participar igualmente en sede concursal, su rango viene determinado por su acceso al Registro. En este grupo encontraríamos a Noruega, Rumanía y Bélgica y Ucrania (este último ni siquiera tiene un sistema de fe pública eficiente y, además, permite el pacto comisorio –si bien no es miembro aún de la UE).</p> <p>En definitiva, los criterios que marca el RMH necesitan de una reforma que concrete los aspectos específicos que deberían tenerse en cuenta a la hora de valorar la equivalencia de las hipotecas europeas con la española.</p>
---	---

²⁴⁵² NASARRE AZNAR, S., “Las novedades en la emisión de cédulas hipotecarias. Atención al Registro Contable Especial (arts. 2.4 y 2.5 Ley 41/2007)”, en NASARRE AZNAR, S., MUÑIZ ESPADA, E., y SÁNCHEZ JORDÁN, M^a E., “La reforma del mercado...”, ob. Cit., p. 455.

VIII. CONCLUSIONES

I. En nuestra opinión, la fragmentaria regulación de los derechos reales en Europa es insuficiente para alcanzar un auténtico mercado interior (art. 26.2 TFUE). Es cierto que el derecho contractual es uno de los pilares para conseguir un mercado interior, pero no lo es menos que los derechos reales serían igualmente necesarios para la consecución de esta finalidad. Las actuaciones de la UE en el ámbito de los derechos reales han sido aisladas y descoordinadas, sin estar integradas bajo un plan de acción de carácter global que les hubiera dotado de coherencia interna.

II. Para solucionar esta cuestión en relación a los derechos reales existen, al menos, dos posibles aproximaciones: a) regular de forma omnicomprensiva los derechos reales en la UE partiendo del Derecho de propiedad y sustituyendo la normativa nacional de cada Estado miembro; o b) proponer un modelo de derecho real, como podría ser la eurohipoteca para el derecho real de hipoteca, que pudiera acogerse en los distintos Estados miembros como un Régimen 28, es decir, como un instrumento que conviviría con los derechos reales previstos en cada Estado.

III. En cuanto a la primera (ver la segunda en conclusión XIV), la opción de una regulación común de los derechos reales en la UE no constituye un objetivo de imposible realización. Es cierto que existen unas raíces históricas divergentes para los sistemas de derecho civil y para el derecho angloamericano. Los primeros, como el español, el catalán, el francés o el alemán, tienen su origen en el Derecho romano, en el que nace (siglo II d. C.) la distinción entre la propiedad y los derechos reales y entre éstos y los derechos personales gracias a las *Institutiones* de Gayo. En particular, la diferenciación tuvo lugar en la estructura de la fórmula. Los glosadores contribuyeron a la distinción entre la propiedad y los derechos reales en cosa ajena que posteriormente consolidó Hugo Donellus y que acabó por influir a los códigos civiles europeos. Por su parte, en el derecho angloamericano la influencia del derecho romano fue escasa pero no desconocida, ya que adoptaron por ejemplo el sistema de acciones romano para diferenciar a los derechos reales de los personales.

Conclusiones

A pesar de las diferencias históricas entre ambas tradiciones jurídicas existe en la actualidad cierta aproximación en materia de derechos reales: a) la evolución que ha experimentado la relación de la persona con la propiedad inmueble en el Derecho inglés; b) la distinción que puede realizarse tanto en los sistemas de derecho civil como en el derecho angloamericano entre el *primary right* (la propiedad o el *freehold*) y el resto de derechos reales, que tienen su origen en aquél; c) la existencia de un *common core* en algunos derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles; d) la presencia de unos principios comunes en materia de propiedad; e) la existencia en algunos sistemas de derecho civil desde los glosadores de un dominio directo y otro útil (censo enfiteútico), muy similar a la naturaleza jurídica del *leasehold* anglosajón y que sirvió de base para el desarrollo del feudalismo en la Edad Media; f) la evolución histórica de la *mortgage* inglesa, que se ha ido despojando de sus ficciones y se ha acercado en su naturaleza jurídica a un derecho real en cosa ajena (*charge*); g) la influencia recíproca entre ambas tradiciones jurídicas, por ejemplo en la admisión de patrimonios fiduciarios o parafiduciarios o fiducias atrustadas en los sistemas de derecho civil; la introducción en 2002 del *commonhold* (propiedad horizontal) en el Derecho inglés; la mayor influencia de la naturaleza obligacional en el *leasehold*; la incorporación del contrato en favor de terceros en el Derecho inglés; o la adaptación de un mecanismo parecido a la *floating charge* en algunos sistemas de derecho civil, como el alemán, el sueco y el finlandés; h) la influencia recíproca entre los propios sistemas de derecho civil, por ejemplo los proyectos legislativos de Bosnia y Polonia que han regulado hipotecas no accesorias en base al Derecho alemán, o la hipoteca reutilizable en el Derecho español en base al Derecho francés; i) el hecho que del contrato nazcan derechos personales tanto en los sistemas de derecho civil como en el derecho angloamericano; j) la mayor presencia de las leyes en el Derecho inglés (en forma de *Acts*) y la mayor importancia de la jurisprudencia en los sistemas de derecho civil; k) los esfuerzos de la UE en conseguir cierta uniformidad en determinadas instituciones, como la reserva de dominio, que permiten observar unas bases comunes en todos los Estados miembros; y l) la voluntad de la Declaración de Bolonia de 1999, que busca que las universidades impartan mayores contenidos de derecho comparado,

fomentando así la recepción y el conocimiento de las instituciones de Derecho privado previstas en otros Estados miembros.

IV. Además, aunque el Derecho inglés, el alemán y el español se han desarrollado sobre unas bases distintas, comparten un concepto común de derecho real. Así, un derecho real confiere un poder pleno o limitado sobre cosa propia o ajena por un período de tiempo limitado o ilimitado (p. e. el derecho de propiedad español o catalán). Este derecho recaería sobre bienes muebles, inmuebles o, en su caso, derechos reales limitados, y gozaría de efectos *erga omnes* en función de los criterios de oponibilidad previstos en cada ordenamiento jurídico, lo que permitiría a su titular perseguir el bien con independencia de su poseedor (reipersecutoriedad) siempre que no esté protegido en su adquisición.

V. Las normas que forman parte del Derecho comunitario permiten concluir: a) que existen incoherencias entre ellas; b) que es posible hablar de la propiedad sobre bienes incorpóreos; y c) que recurre en ocasiones tanto a las normas de Derecho internacional privado como al principio de reconocimiento mutuo. Esta situación evidencia la necesidad de ofrecer una regulación a nivel europeo que evite acudir a las legislaciones nacionales o tener que reconocer los derechos reales constituidos en otros ordenamientos. El DCFR está a la espera de la decisión por parte de la Comisión Europea, pero constituye un marco de referencia para conseguir un mercado interior junto con los derechos reales, que los regula en parte. Por su parte, el EUI de Florencia ha publicado un estudio en el que se analizan otros aspectos distintos de los derechos reales de garantía, como la transmisión del dominio en los diversos sistemas europeos. Del mismo modo, el grupo de la *Runder Tisch* ha trabajado sobre los diversos sistemas hipotecarios europeos, atendiendo a la constitución, cesión y ejecución del derecho real de hipoteca, así como en temas vinculados como el funcionamiento de los Registros de la Propiedad.

VI. Tanto el *ius communitatis* como las aportaciones de la doctrina pueden considerarse la base para un sistema de propiedad europeo, así como el *common core* de los derechos reales, es decir, su objeto y la facultad de reipersecutoriedad de su titular. A partir de estos elementos comunes podremos clasificar a los derechos reales y dotarles de un contenido (p. e. los

Conclusiones

derechos reales de usufructo, tanteo y retracto, prenda...), pero todos ellos tendrán como característica común su objeto y la reipersecutoriedad. El sistema de propiedad que se aplicaría a los derechos reales estaría integrado por una serie de principios que regularían el funcionamiento de los derechos reales y que están presentes tanto en los sistemas de derecho civil como en el derecho angloamericano.

VII. Un análisis del derecho angloamericano y de los sistemas de derecho civil permite sostener que las divergencias históricas entre ambos sistemas respecto a la relación de la persona con la propiedad inmueble son cada vez menores. Por lo tanto, para el sistema de propiedad europeo sería posible adoptar como punto de partida un sistema unititular. Esta estructura debería combinar, no obstante, la sencillez del concepto de propiedad civilista y la flexibilidad del derecho angloamericano, es decir, la institución del *trust*. Esta institución debería adoptar la forma o bien de un patrimonio de afectación o de un patrimonio propiedad de sí mismo. En cualquier caso, es esencial que el patrimonio esté blindado de las acciones de terceros acreedores del fiduciario o fiduciante (no de los acreedores del propio fondo). En cuanto a la equidad, el análisis de los derechos en equidad presentes en el Derecho inglés avala parcialmente la posibilidad de que se integren en una armonización europea en un único cuerpo normativo, sin distinción entre derechos legales o en equidad.

VIII. La base de este sistema unititular en un sistema de propiedad europeo sería, por lo tanto, el Derecho de propiedad, que otorgaría a su titular las facultades de poseer, disfrutar y disponer de un bien determinado con exclusividad respecto a terceros, al ser un recurso limitado. Esta definición económico-civilista se completa con una serie de limitaciones públicas y privadas. La posesión pasaría a ser una situación de hecho que equivaldría a título como en el Derecho inglés, de tal forma que el poseedor podría defenderse de intromisiones ilegítimas por parte de terceros. El resto de derechos reales en cosa ajena sobre bienes inmuebles, junto con la propiedad horizontal como modo relevante de organización del dominio colectivo, se pueden identificar a tenor de los siguientes criterios: a) la regulación más extendida de la propiedad horizontal en la UE es aquella en la que los propietarios son dueños de unos elementos privativos y cotitulares de unos

Conclusiones

elementos comunes; b) las vertientes real y personal del *leasehold* angloamericano se asimilan al censo enfiteútico y al arrendamiento personal en los sistemas de derecho civil; c) la servidumbre es una relación que se establece entre un predio sirviente y uno dominante, el primero al servicio de aquél; d) el usufructo es el derecho a gozar de una cosa ajena, que debería conllevar la posesión del usufructuario (en caso contrario, podría asimilarse a una servidumbre personal), quien debe respetar el destino económico de la cosa (*salva rerum substantia*); e) a través del derecho de opción se concede la posibilidad de adquirir un bien en un momento futuro de acuerdo a la cantidad establecida en el momento de su constitución; f) los derechos de adquisición preferente otorgan el derecho a adquirir preferentemente sobre un tercero un bien determinado, ya tenga lugar esta adquisición antes o después de la transmisión; g) la hipoteca inmobiliaria es un derecho real de garantía, que podría ser un derecho real en cosa ajena sin que el hipotecante pierda la propiedad del bien hipotecado; h) los *restrictive covenants* se asimilan a las servidumbres y a los derechos reales de aprovechamiento parcial.

En cuanto a los bienes muebles, tenemos: a) la esencia de la prenda es que el acreedor adquiere la posesión del bien pignorado en garantía de una determinada obligación, cuyo incumplimiento permite al acreedor pignoraticio proceder a la venta del bien; b) en cuanto al derecho de retención, el elemento común es su origen: nace cuando una de las partes ha llevado a cabo una determinada actuación sobre un bien; c) la hipoteca sobre bienes muebles cumple una función de garantía pero se estructura de forma dispar en los diversos ordenamientos.

Por último, existen junto con la propiedad y los derechos reales en cosa ajena otro tipo de derechos, que son aquéllos que permiten que el propietario y el titular de un derecho real sean la misma persona (p. e. la *Grundschild* alemana o la servidumbre catalana). Por lo tanto, nos encontramos realmente ante derechos reales en cosa propia.

IX. Los principios esenciales de este sistema de propiedad europeo y que se aplicarían sobre los anteriores derechos reales serían: a) El principio *numerus clausus*, que debería adoptar una versión estricta en los derechos reales sobre bienes muebles y una versión más laxa en los derechos reales

Conclusiones

sobre bienes inmuebles; b) el principio de especialidad, que sólo podría excepcionarse en el ámbito de las garantías mobiliarias; c) el principio de publicidad, que debería articularse idealmente para los bienes inmuebles a través de un eurorregistro. En cuanto a los bienes muebles, la posesión sería el sistema más adecuado de publicidad pero con la posibilidad de aceptar garantías reales no posesorias, todo ello a través de un Registro de bienes muebles.

X. Además, existen otros principios o cuestiones relevantes en esta armonización de los derechos reales: a) el principio de separación de los derechos reales de los derechos obligacionales. Esta separación puede verse mitigada concediendo a los derechos personales, cuando proceda, una eficacia real (p. e. a través de su inscripción en el Registro de la Propiedad); b) el principio de prioridad de los derechos reales, característica que presenta todo derecho real y que otorga la seguridad jurídica a su titular de que podrá disfrutarlo con preferencia a otros derechos posteriores, con excepción de aquéllos que gozan de prioridad aunque no estén inscritos; c) el principio de defensa y transmisibilidad de los derechos reales. La defensa del derecho de propiedad y de la posesión tendría lugar a través de la acción reivindicatoria o de las acciones posesorias, aunque también debería incluirse a la *actio negatoria* para el propietario o titulares de derechos reales que comporten posesión. En cuanto a los bienes muebles, se concede una mejor protección al propietario concediéndole la posibilidad de reivindicar la cosa que verse abocado a su pérdida irreversible; d) el principio de no poder transmitir más de lo que uno tiene. Los Derechos inglés, español, catalán y alemán ofrecen una solución similar a la adquisición de un bien mueble de un no propietario: el adquirente queda en ocasiones protegido en su adquisición. La diferencia radica en la forma de llegar a este resultado en los bienes inmuebles. Sin embargo, el título del tercero está sujeto en ambos casos a determinadas excepciones. A nivel europeo el tercer adquirente (de buena fe) debería gozar de protección en la gran mayoría de los casos, con excepción p. e. de los casos de fraude; e) el derecho angloamericano y los sistemas de derecho civil comparten vías de adquisición y pérdida de los derechos reales. El sistema inglés de *e-conveyancing* otorgaría eficiencia y seguridad jurídica a las

Conclusiones

transacciones inmobiliarias transfronterizas gracias a la inscripción constitutiva. En cuanto a los bienes muebles, un sistema con *traditio* otorgaría una mayor publicidad a la transmisión posesoria, con las debidas excepciones en las garantías mobiliarias (p. e. en la prenda). Además, sería preferible un sistema causalista.

XI. El art. 345 TFUE, sobre la interdicción de prejuzgar por parte de la UE los regímenes de propiedad de los Estados miembros, no es un límite a la actuación de la UE, y de su interpretación por parte del TJCE se puede concluir: a) que la UE puede incidir en el ejercicio de los derechos de propiedad; b) que la UE ha de respetar los regímenes de propiedad de las empresas de los Estados miembros; y c) que este precepto no impide que la UE lleve a cabo actuaciones en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual (p. e. a través de directivas). No queda claro en la doctrina del TJCE si el art. 345 TFUE no impediría una actuación general de la UE en el ámbito de los derechos reales. La respuesta puede hallarse en el respeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En cuanto al principio de subsidiariedad, la conclusión respecto a la eurohipoteca y el *trust* es satisfactoria, planteándose problemas en las relaciones de vecindad o en aquellos derechos reales que no redundan de manera directa y evidente en beneficio de las libertades comunitarias; y en cuanto al de proporcionalidad, sería necesaria una unificación a largo plazo para respetar la cultura jurídica de los Estados miembros.

XII. Si un ámbito como los derechos reales ha de ser regulado a nivel europeo, el instrumento más apropiado en el primer caso sería un Reglamento. La tesitura en un sistema de propiedad de elegir entre un modelo legislado o jurisprudencial se decanta en favor del primero, ya que es el más eficiente para el conocimiento de las normas jurídicas, con la debida atribución a los jueces, en determinadas circunstancias, de la potestad de crear derecho. Su introducción no tendría lugar desde un principio sino después de un período de adaptación por parte de los Estados miembros a la normativa europea.

XIII. Por lo tanto, es factible construir un sistema de propiedad europeo en base al sistema competencial. Un argumento en contra podría ser que el *common law* estaría renunciando a algunas de sus características más

Conclusiones

esenciales, como el rol de la posesión, de la *equity* y de los tribunales. Sin embargo, no se trataría de una ruptura sino de una evolución. La aproximación al sistema unititular del Derecho inmobiliario inglés es una evidencia, que unida a la menor trascendencia actual de la equidad (a excepción del *trust*) y a la sistematización de ciertos aspectos legales (p. e. la LPA de 1925 y la LRA de 2002), permiten que el paso no sea de ningún modo traumático. Además, se ha constatado que existen criterios que permiten identificar a los derechos reales en los Estados miembros y que pueden compartir los principios que integran un sistema de propiedad europeo, que sería eficiente atendiendo a los criterios del *European Bank for Reconstruction and Development*.

XIV. La segunda posibilidad para solucionar la situación actual de los derechos reales en la UE es la proposición de derechos reales que no sustituyan a las legislaciones nacionales sino que se añadieran a los ya existentes (*soft law* o sistema optativo). La adopción de esta posibilidad es más factible que una regulación omnicompreensiva de los derechos reales en Europa, puesto que: a) no sustituiría a los derechos reales previstos en cada sistema hipotecario europeo; b) se tratarían de modelos que, aunque pudieran ser discutibles y mejorables, ya estarían creados sin ser necesaria la elaboración de un nuevo cuerpo de normas como debería tener lugar en un sistema de propiedad europeo; c) tanto el Parlamento Europeo como el Consejo han apoyado que el DCFR sea un instrumento optativo para los operadores jurídico-económicos europeos. La misma idea es la que subyace con otros modelos ya creados, como la eurohipoteca, que podrían convivir con los restantes derechos reales de los Estados miembros.

XV. Un modelo que responde a esta segunda estructura es, precisamente, la eurohipoteca, que sería una alternativa viable a corto plazo. Las razones en favor de este modelo son: a) que no ha sido concebida como un derecho que sea lo más parecido posible a las hipotecas previstas en cada Estado miembro, sino que parte de la idea de máxima utilidad; se configura como una garantía eficaz y eficiente; b) la eurohipoteca es apoyada expresamente tanto por las instituciones europeas, los Estados miembros y organismos jurídico-económicos, como parte de la doctrina científica alemana, italiana, inglesa y española, así como de otros países como Portugal, Polonia y Noruega; c) la

Conclusiones

eurohipoteca cumpliría con los principios que integran los sistemas de propiedad de cada Estado miembro, como el de especialidad, publicidad y la separación entre el derecho de propiedad y el derecho contractual; y d) el derecho contractual y el de garantías son los que han sido objeto de mayor regulación y estudio tanto en el Derecho privado europeo como en el Derecho internacional. La preferencia por las garantías reales en estos ámbitos puede tener su origen en que favorecen la concesión de préstamos transfronterizos, dinamizando de esta forma la economía global. A nivel europeo, ello significa que las garantías reales, como la eurohipoteca (y la prenda), son las que podrían redundar de una forma más directa en beneficio de las libertades comunitarias y del mercado interior.

XVI. La eurohipoteca cumpliría con los principios (ver conclusiones IX y X) que configurarían un sistema de propiedad si finalmente llegase a regularse en la UE. Los objetivos previstos en el Libro Blanco de 2007 son insuficientes para alcanzar un mercado hipotecario integrado. El principal problema desde un punto de vista civil es la regulación divergente de la hipoteca en los diferentes Estados miembros. Ninguna actuación de la UE prevista en el Libro Blanco de 2007 o en el derecho secundario permite superar este obstáculo. Tampoco otros posibles mecanismos de convergencia, como el reconocimiento mutuo, permiten a los ciudadanos y empresas de la UE obtener financiación de prestamistas situados en otros Estados miembros (p. e. de su Estado de origen) y favorecer así a las libertades comunitarias.

XVII. Un instrumento único como la eurohipoteca lograría impulsar el mercado común e interior al redundar en beneficio de cada una de las libertades comunitarias y del mercado hipotecario tanto en las operaciones activas (vivienda) como pasivas (refinanciación hipotecaria). La eurohipoteca permitiría estructurar adecuadamente una política coherente de *housing* que facilitaría en toda la UE la adquisición de bienes inmuebles con fines residenciales. Además, la eurohipoteca sería un instrumento que permitiría estructurar operaciones de refinanciación hipotecaria (*eurotrust*), que son importantes para el conjunto de la economía de la UE tal y como se ha comprobado con la crisis *sub-prime* que comenzó a finales del año 2007.

XVIII. La accesoriedad influye en la posibilidad de que la hipoteca pueda

Conclusiones

atender a las necesidades de los operadores jurídico-económicos (operaciones activas y pasivas del mercado hipotecario), principalmente cuando se necesita que la garantía sea flexible, útil y segura. Los negocios que sí se pueden llevar a cabo de manera eficiente según el Derecho español vigente: a) garantizar varias obligaciones con una misma hipoteca, a pesar de requerir una relación obligacional básica o actos jurídicos básicos (accesoriedad de alcance); b) garantizar un nuevo préstamo una vez amortizado parcialmente el original, tanto en las hipotecas de máximo como en la hipoteca reutilizable; c) la venta de finca hipotecada con la concertación de un nuevo préstamo; y d) la sindicación inicial de un préstamo hipotecario. Como contrapartida, los negocios que no son posibles o no lo son de manera eficiente son: a) que la hipoteca pueda nacer sin una obligación determinada o determinable (accesoriedad de nacimiento); b) que el acreedor y el deudor sean sujetos distintos, con lo que se dificulta la sindicación sobrevenida de préstamos hipotecarios, la hipoteca en fiducia y los mecanismos de refinanciación hipotecaria (accesoriedad de competencia); y c) que la hipoteca pueda subsistir una vez se haya extinguido la obligación principal (accesoriedad de extinción). El origen de esta situación en el Derecho español se encuentra tanto en la causa (art. 1261 CC) como en la inadmisión del *trust*. La causa es el límite de la accesoriedad, con lo que el legislador español debería actuar sobre la causa para que se pudiera superar la accesoriedad de nacimiento, de competencia y de extinción. En cuanto a la ausencia de una fiducia con efectos de *trust*, ya existen en el Derecho español instituciones fiduciarias o parafiduciarias como los fondos de titulización hipotecaria o de activos, que guardan relevantes similitudes con el *trust*.

Un grupo de sistemas hipotecarios europeos, compuesto por Alemania, Noruega y Estonia, Suiza, Hungría y Eslovenia regulan cargas inmobiliarias cuya naturaleza contractualmente accesoria permite llevar cabo de forma eficiente aquellos negocios imposibles con las hipotecas legalmente accesorias. No obstante, tanto en las hipotecas legalmente accesorias como en las que existe un vínculo contractual existen problemas prácticos a la hora de estructurar préstamos sindicados (sindicación sobrevenida) y en los mecanismos de refinanciación hipotecaria, todo ello solventable a través, por

ejemplo, del *eurotrust*, a nivel europeo.

XIX. La eurohipoteca como derecho real inmobiliario es un derecho contractualmente accesorio a la obligación garantizada que pretende ser un instrumento eficaz y eficiente en el mercado hipotecario europeo, que podría dar respuesta a multitud de negocios con obligaciones hipotecarias. Todos los problemas que existen para dar una solución óptima a los casos más usuales de la práctica bancaria podrían resolverse a través de la eurohipoteca, un instrumento paneuropeo, seguro y flexible que daría confianza a prestamistas y prestatarios en el mercado interior.

XX. En particular, la regulación actual del Derecho español cumple con los estándares de la eurohipoteca principalmente en los siguientes aspectos: a) en la *lex rei sitae*, que se aplicaría a su constitución, registro y oponibilidad a terceros; b) en lo relativo a su objeto, tanto desde la perspectiva real como obligacional; c) en su contenido registral, con excepción de las obligaciones garantizadas, pues los arts. 9 LH y 51 RH exigen la concreción de la obligación asegurada, que no sería preceptivo en la eurohipoteca; d) en la hipoteca que recae sobre diversas fincas. No obstante, en el derecho comparado observamos como la regulación española es la excepción a la regla general: la hipoteca solidaria. El legislador español debería considerar los beneficios de esta hipoteca siempre y cuando fuera acompañada de la posibilidad de reducir la hipoteca cuando exista un exceso de garantía en poder del acreedor, lo que debería constituir una relación fiduciaria entre deudor y acreedor; e) en cuanto a su titularidad, ya sea por personas físicas o jurídicas (art. 138 LH). No obstante, una regulación de la fiducia ayudaría a superar definitivamente lo dispuesto en el art. 11 RH, que impide la inscripción a entidades sin personas jurídicas, y posibilitar utilizar estructuras fiduciarias en la refinanciación hipotecaria; f) en las operaciones de novación y subrogación, destacando el hecho de que la Ley 2/1994 limita desde la Ley 41/2007 la movilidad del cliente gracias a la existencia del derecho de enervación en sede de subrogación, que por lo tanto debería eliminarse y delegar en el deudor la decisión de continuar o no con la misma entidad de crédito; g) en su extinción y cesión, siempre que no se desee ceder por separado la garantía de la obligación; h) en la buena fe del tercer adquirente; i) en la prioridad registral en sede de ejecución y concurso

Conclusiones

(arts. 692.1 LEC y 155.3 LC), bajo la influencia directa del principio *prior in tempore potior in iure* –primero en el tiempo primero en derecho- (art. 24 LH); j) en el acceso electrónico al Registro de la Propiedad desde la Ley 24/2001. El Registro de la propiedad debería formar parte de la plataforma EULIS tal y como recomienda para un contexto europeo el Libro Blanco de 2007 y sería recomendable la introducción de un *eurotitle*; k) en el pacto comisorio, que está admitido no obstante en otros ordenamientos europeos como Francia y Rumanía; y l) en materia de concurso de acreedores, a pesar de la paralización general de las garantías reales (art. 56 LC). Como contrapartida, no los cumple principalmente en los siguientes: a) en la accesoriedad contractualmente dependiente (ya que la accesoriedad de la hipoteca española es legal); b) en la eurohipoteca de propietario, ya que en este caso no existiría causa de garantía; c) en la eurohipoteca en forma de carta; d) la posibilidad por parte del propietario, dentro de la eurohipoteca, de recuperarla parcialmente (redimirla) cuando exista un exceso de cobertura hipotecaria; e) la cesión separada de crédito e hipoteca, por culpa de la causa (art. 1261 CC); f) la forma escrita del contrato de garantía; g) la indemnización registral por causas no imputables al Registro de la Propiedad; h) la carga de la prueba en sede de ejecución y las causas de oposición respecto al contrato de garantía, que deberían incluirse dentro del mismo procedimiento sin necesidad de abrir de nuevo la vía judicial, como exige el art. (695 LEC); i) el título ejecutivo personal contra el propietario, siendo innecesaria tal opción dada la posibilidad del acreedor, en caso de incumplimiento por parte del deudor y de forma aislada de la garantía hipotecaria, ir contra el patrimonio personal del deudor.

XXI. De los aspectos donde las legislaciones española y catalana son insuficientes destacan especialmente:

a) El principio de accesoriedad. La hipoteca española, incluso con la Ley 41/2007, sigue sin encontrar desde un punto de vista legal una regulación jurídica acorde con las necesidades actuales (y futuras previsibles) del mercado hipotecario. En la misma situación encontramos a la regulación de la hipoteca en el CCC, que no ha incorporado el Borrador para una hipoteca independiente ni tampoco ha flexibilizado el vínculo entre la obligación y la garantía como sí lo ha hecho la Ley 41/2007 a través de la hipoteca reutilizable

Conclusiones

y la hipoteca de máximo sin pacto novatorio final. Una naturaleza contractualmente accesoria de la hipoteca no significaría la ausencia absoluta de accesoriidad, pues ésta se consigue a través del contrato de garantía - accesoriidad contractual-. El tránsito de la accesoriidad legal a la contractual no tiene por qué conllevar inseguridad jurídica en el tráfico jurídico inmobiliario si se regula convenientemente. La principal objeción a la eurohipoteca es la posibilidad de que el deudor se vea ejecutado dos veces si el préstamo y la garantía se han cedido separadamente a dos acreedores distintos. Este problema lo ha solucionado el legislador alemán con la vinculación *ex lege* del contrato de garantía a terceros, y en el Derecho español podría solucionarse con la entrega obligatoria del contrato al cesionario como requisito sustantivo de la cesión (cuya ausencia provocaría su nulidad). La accesoriidad contractual permitiría que los titulares de la obligación y de la garantía fueran dos titulares distintos.

b) La indivisibilidad de la hipoteca (art. 122 LH). Lo que posibilita la eurohipoteca, gracias a su reducibilidad, es reutilizar la garantía en caso de sobreendeudamiento de la finca, lo que permitiría cobijar nuevos créditos y aprovechar al máximo el valor de la finca. Además, la reducibilidad de la hipoteca es contraria a la movilidad del cliente que intenta potenciar el Libro Blanco de 2007 y no tiene nada que ver con la indivisibilidad, pero se utiliza el art. 122 LH para denegar tal posibilidad, con lo que este precepto debería modificarse y permitir al propietario sacar el máximo valor del bien inmueble, lo que es posible en otros ordenamientos europeos como Alemania, Suiza Noruega, Estonia, Hungría o Rumanía.

El resto de materias de las cuales el derecho español y catalán no tienen una regulación óptima (en relación con el modelo ideal de eurohipoteca) no suponen un obstáculo que haga inviable la implementación de la eurohipoteca, pues algunos aspectos podrían posponerse en el tiempo (p. e. la carta hipotecaria) o incluso no resultarían necesarios (p. e. el título ejecutivo personal contra el propio propietario), aunque sí la hacen menos útil y más compleja.

XXII. En cuanto a la equivalencia de otras hipotecas europeas a la hipoteca española a efectos de las operaciones pasivas del mercado hipotecario (art. 5.3 LMH), la hipoteca española diferiría desde el punto de vista de la accesoriidad

Conclusiones

de la *Grundschild* alemana, la *Schuldbrief* suiza, y las hipotecas de Noruega, Eslovenia, Estonia, Hungría y Polonia. El resto de hipotecas europeas sí que serían *a priori* equivalentes al tener una naturaleza accesorio. Sin embargo, de las hipotecas europeas únicamente las de Noruega, Holanda, Alemania y Portugal tienen un proceso de ejecución separada si el deudor se encuentra en situación de concurso (aunque hemos constatado como este derecho también pertenece a los acreedores de otros países donde la ejecución se lleva a cabo por el administrador concursal, lo que alarga en exceso el proceso). Además, existen hipotecas que no necesitan acceso al Registro de la Propiedad para constituirse como la de Noruega, Rumanía, Bélgica, Francia y Ucrania. Estos motivos serían suficientes para descartar la equivalencia de estas hipotecas con la prevista en el Derecho español.

CONCLUSIONS

I. From our point of view the fragmented regulation of property rights in Europe is insufficient to achieve a genuine internal market (art. 26.2 TFUE). Although it is true that contract law is the cornerstone to achieve an internal market, property rights are also of the utmost importance and equally necessary to achieve this goal. The actions of the EU in the field of property rights have been isolated and uncoordinated, without being integrated in a global action plan which would have offered internal coherence.

II. The current situation of property rights could be resolved, at least, through two different approaches: a) regulate property rights in the EU in a comprehensive way, on the basis of a system of property law, replacing the national rules of each Member State, or b) propose a model of property right, as could be the eurohypothec for the mortgage, which could be accepted in the various States as a 28th Regime, namely, as an instrument that would coexist with the property rights foreseen in each legal system.

III. With regard to the first option (look at conclusion XIV for the second), a common framework of property rights in Europe does not seem to be an objective of impossible achievement. It is true that there exist divergent historical roots between civil law and Anglo-american law. The legal systems which belong to the first, such as the Spanish, Catalanian, French or Italian, have their origin in Roman law, where there was the distinction between ownership and other property rights and between these and obligational rights through the *Institutiones* of Gaius (II century BC). The glossators contributed to the distinction between ownership and *iura in re aliena* which was later consolidated by Hugo Donellus and had a great influence on European civil codes. In turn, Anglo-American law had a little but not unknown influence from Roman law, because it adapted, for instance, the Roman system of actions to establish a difference between rights *in rem* and *in personam*.

In spite of the historical divergences between both legal traditions, there exists nowadays an approximation in the field of property rights: a) the evolution of the relationship of the person with the land in English law; b) the distinction that can be made both in civil law and Anglo-American systems between a primary right (ownership or freehold) and other property rights, which have their

Conclusions

origin in this primary right; c) the existence of a common core in several property rights over movables and immovables; d) the existence of common principles in the system of property law; e) the existence in some civil law systems, since the glossators, of a dominium *directum* and *utile* (emphyteusis), which has similarities with the Anglo-American leasehold and which was the basis for the development of feudalism in the Middle Ages (this division of ownership still exists for instance in the CC); f) the historical evolution of the English mortgage, whose fictions have been set apart and whose legal nature is quite similar nowadays to a *iura in re aliena*; g) the mutual influence between both legal traditions, such as in the admission of fiduciary or parafiduciary patrimonies in civil law systems; the introduction in 2002 of the commonhold (condominium) into English law; the major influence of the contractual nature of the leasehold; the acceptance of the contract in favour of a third party in English law; or the adaptation of the idea which underlies the English floating charge in some civil law systems, such as the German, Swedish and Finnish; h) the mutual influence among civil law systems, such as the legislative proposals in Bosnia and Poland which introduce non-accessory mortgages on the basis of German law or the “rechargeable mortgage” in Spanish law on the basis of French law; i) the fact that from the contract arise rights *in personam* both in civil law and Anglo-American systems; j) the wide presence of the law in English law (Acts) and the increasing importance of jurisprudence in civil law systems; k) the endeavours of the UE in the achievement of a certain uniformity in specific institutions, such as the retention of title, which establish common bases in all Member States; and l) the will of the Declaration of Bolonia in 1999, whose goal is that universities teach more content of comparative law, fostering the reception and the knowledge of foreign private law institutions.

IV. Moreover, even though the English, German and Spanish legal systems have different roots, they share a common concept of property right; namely, it is possible to identify common characters that allow their recognizability in several Member States of the EU. Thus, a property right grants a full or limited power over a proper or alien thing for a limited or unlimited period of time (for instance, the Spanish or Catalan right of ownership). This right would fall over movables, immovables or rights, and would have *erga omnes* effects in

Conclusions

accordance with the opposability systems foreseen in each legal system, which would allow their holder to follow the thing independently of its possessor (*reipersecutoriedad*) as long as its acquisition were not protected.

V. We can conclude from the rules that are part of community law the following: a) there are incoherences among them; b) it is possible to talk about incorporeal things; and c) they resort either to international private rules (for instance, either when there exists a transfer to a third party after the constitution of a retention of title clause or the real or personal legal nature of timesharing), or to the principle of mutual recognition. This situation is evidence of the need to offer at a European level a framework that avoids going to national legislation or having to recognise property rights constituted in other legal systems. The DCFR is waiting for the final decision on the part of the European Commission, but it is a framework of reference to achieve a common market along with property rights, which are regulated partly in this framework. In turn, the EUI of Florence has published a study where other aspects apart from property rights are analysed, such as the transfer of ownership in several European legal systems. Other groups, such as the *Runder Tisch* of Berlin, has worked over several European mortgage systems, focusing on the constitution, transfer and enforcement of the mortgage, as well as related topics such as the functioning of the land register.

VI. Both the *ius communitatis* and the contributions of scholars can be deemed the starting point for a European system of property law, and also the common core of property rights, namely, their object and the faculty of their holder to follow the thing wherever it is (*reipersecutoriedad*). From these common elements we can then classify property rights and give them a specific content (for instance the property rights of usufruct, pre-emption, pledge...), but all of them will have as common characters their object and this faculty. The European system of property law, which would apply to property rights, would be integrated by several principles that would regulate its functioning. These principles are present either in civilian or Anglo-American systems.

VII. An analysis of both systems shows that the historical differences between them with regard to the relationship between the person and land are now much smaller. Therefore, in a European system of property law it would be

Conclusions

possible to take as a starting point a system where, in principle, the existence of only one ownership title over a thing was possible. However, this structure should combine the simplicity of the civil law concept of ownership and the flexibility of Anglo-American law, namely, the institution of *trust*. The structure either of the *patrimony of affectation* or a patrimony ownership of itself should be adopted. In any case, it is essential that patrimony be isolated from the actions of creditors either of the fiduciary or settler (not the creditors of the pool). With respect to equity, the analysis of equitable rights foreseen in English law shows that the possibility exists to integrate them in a single body of rules in a European harmonisation, without any distinction between legal or equitable rights.

VIII. The basis of a single title system in a European system of property law would be, therefore, the right of ownership, whose holder would have the faculties to possess, use and dispose of a specific thing with exclusivity regarding third parties, due to the fact that it is a limited source. This economic-civil law definition is completed by a number of public and private limitations. Possession would be a *de facto* power which would be a root of title as happens in English law, so the possessor could defend himself against wrongful interference by third parties. The rest of *iura in re aliena* over immovables, along with the condominium as a device of organisation of collective *dominium*, can be identified according to the following criteria: a) the most extended regulation of the condominium in the UE is the one where the owners have the ownership of a private element and at the same time are co-owners of several common elements, subject all of them to fulfilling a number of rights and obligations; b) the real and personal side of the Anglo-American leasehold have similarities with the emphyteusis and the personal lease in civil law systems; c) Easement is a relationship established between the servant and dominant tenements, the first at the service of the second; d) usufruct is the right to use of an alien thing, whose holder would have the possession of the thing (otherwise it could be assimilated to a personal easement); e) through the right of option, the holder has the chance to acquire a thing in the future according to the amount agreed at the moment of its constitution; f) the right of pre-emption grants his holder the right to acquire a specific thing with preference over anyone else, independently

Conclusions

of whether this acquisition takes place before or after its transmission; g) the mortgage over immovables is a security right, which could be a *iura in re aliena* without the mortgagor losing the ownership of the encumbered thing; h) *restrictive covenants* could be assimilated to easements and the property right of partial use.

With reference to movables: a) the essential characteristic of the pledge is that the creditor acquires the possession of the pledged good, corporeal or incorporeal, in security of a specific obligation, the unfulfilment of which allows the creditor to sell the thing; b) with reference to the right of retention, the common element is its origin: it arises when one party has carried out a specific act over the thing; c) the mortgage over movables fulfils a security function but it is structured in a different way in several legal systems.

Lastly, there are, along with ownership and *iura in re aliena*, other kinds of rights which allow the owner and the holder of property right to be the same person (such as the German *Grundschuld* or the Catalan easement). Therefore, we have rights to a proper thing.

IX. The main principles of this European system of property law, which would be applied to the aforementioned property rights, would be: a) the principle of *numerus clausus*, which should adopt a strict version in property rights over movables and a more flexible version in those over immovables; b) the speciality principle, which can only be excepted in the field of security rights over movables; c) the publicity principle, which should be articulated in immovable property through a European land register. With reference to movables, possession would be the most adequate system of publicity, but with the possibility of accepting non-possessory security rights, the publicity of which should take place through a register of movables (arts. IX.-3:301 y 302 DCFR).

X. Moreover, there are other principles and relevant questions in the harmonisation of property rights: a) the principle of separation between property law and the law of obligations. This separation could be mitigated granting the rights *in personam*, when needed, a proprietary effect (for instance, through its access to a land register); b) the priority of property rights is a characteristic which is present in each legal system and gives legal certainty to their holder that he will be able to enjoy the right with preference over subsequent rights; c)

Conclusions

the principle of defence and transferable property rights. The faculty to recover the thing and its alienability are features that provide efficiency to property rights from the point of view of an economic analysis of law. The defence of the right of ownership and possession should take place through the *actio reivindicatoria* or possessory actions, but the *actio negatoria* to the owner or owners of property rights involving possession should also be included. As regards movable property, the owner would have greater protection if he has the opportunity to claim the thing rather than be doomed to its irreversible loss; d) the principle that nobody can transfer more than he has. The English, Spanish and Catalan legal systems offer a similar solution for the acquisition of a movable thing from someone who is not the true owner. The acquirer is sometimes protected in his acquisition. The difference in immovable property is in the way of arriving at the same result. Nevertheless, the title of the third party is subject in both cases to a number of exceptions. At a European level the third party (in good faith) should have protection in the majority of cases, with the exception of, for instance, a case of fraud; e) the Anglo-American and civil law systems share ways of acquisition and loss of property rights. The English system of *e-conveyancing*, combined with the EULIS platform, the basis for a future European land register, should give efficiency and legal certainty for cross-border real estate transactions, thanks to the constitutive registration of property rights over immovable property. As regards movable property, a system with *traditio* gives greater publicity to the transmission of possession, with appropriate exceptions for secured transactions (for example in the pledge). In addition, a causal system would be preferable.

XI. Art. 345 TFUE, about the prohibition of the EU to affect the rules of Member States governing the system of property ownership, does not limit the action of the EU, and from an interpretation by the TJCE it can be concluded that: a) the UE may affect the exercise of property rights, b) the UE must respect the property regimes of the enterprises of Member States; and c) this provision does not prevent the UE from carrying out actions in the field of intellectual property rights (for instance through directives). It is unclear whether or not art. 345 TFU would prevent a general policy of the EU in the field of property rights. The answer may be in the principles of subsidiarity and

Conclusions

proportionality. With regard to the principle of subsidiarity, the conclusion concerning the eurohypothec and the trust is successful, but the answer is more problematic relating to neighbours or those rights that do not directly benefit community freedoms, and in terms of proportionality, would require a long-term unification to respect the legal culture of Member States.

XII. If the field of property rights is to be regulated some day at a European level, the most appropriate instrument in the first case would be a regulation. The problem in a European system of property law of choosing between a legislative or case law model has to be resolved in favour of the first, because it is more efficient for the knowledge of legal rules, with attribution to the judges, in specific circumstances, of the legal authority to create law. The introduction of this model will not take place in the beginning but after an adaptation period by Member States to European rules.

XIII. Therefore, it is feasible to build a European system of property law according to the competence system. A counterargument could be that Anglo-American law waives some of its most essential features such as the role of possession, equity and the courts. Nevertheless, it would not be a break but an evolution. The approach of the English system of property law to a single title system is evidence (for instance through the land register), which together with the lower impact of equity (with the exception of trust) and the systematization of legal aspects (for instance the LPA 1925 and the LRA 2002), makes that step not traumatic. In addition, it has been found that there are common criteria for identifying property rights in the Member States and they can share the principles that make up a property system in Europe which would be efficient according to the criteria of the *European Bank of Reconstruction and Development*.

XIV. The second possibility to solve the current situation of property rights in the EU is to make a proposal of a property right that does not substitute national rules. It would be additional to the existing rules (*soft law* or optional system). The adoption of this possibility is more feasible than a comprehensive regulation of property rights in Europe, because: a) it would not substitute the property rights foreseen in each legal system; b) there would be models which, although they could be discussed and improved, would already be in existence

Conclusions

without the necessity to create a new body of rules as would be the case for a European system of property law: c) both the European Parliament and the European commission have given full support to the idea that the DCFR was an optional instrument for European corporate bodies. The same idea is embodied in other models already created, such as the eurohypothec, which could co-exist with the other property rights of each Member State.

XV. A model which could be included in the second structure is, precisely, the eurohypothec, which would be a feasible alternative in the short term (within a European system of property law it would be in the long term). The reasons in favour of this model are the following: a) it has not been conceived as a right as similar as possible to the mortgages available in each Member State, but it takes as a starting point the idea of maximal utility. Thus, it is a security that seeks efficacy and it is also an efficient security; b) the eurohypothec is expressly supported either by European institutions, the Member States and economic corporate bodies, or by German, Italian, English and Spanish scholars (and from other countries as well, such as Portugal, Poland or Norway); c) the eurohypothec would also be in accordance with the principles behind the property system in each member state, such as the speciality, publicity and separation between property law and the law of obligations principles; t) The fields of contract and property law have been the areas which have been subjected to greater regulation and study both in European private (for instance, collateral arrangements) and international law (for instance the central American mortgage and the security over mobile equipments). The preference for security interests in these areas may have its origin in the fact that they foster cross-border lending, thus dynamizing the global economy. At a European level, this means that security interests, such as the eurohypothec (and the pledge), are those that could result in a more direct benefit for community freedoms and the internal market.

XVI. The eurohypothec would be in accordance with the principles (look at conclusions IX and X) which would shape a European system of property law if it was eventually regulated. The objectives pursued by the White Paper of 2007 are not enough to achieve an integrated mortgage market. The main problem from a civil law point of view is the divergent regulation of the mortgage in

Conclusions

several Member States. No action foreseen in the White Paper of 2007 or in the secondary legislation allows this barrier to be surmounted, neither other possible ways of convergence, such as mutual recognition, do not allow citizens and enterprises throughout Europe to obtain financing from a lender located in another Member State (for instance, from its state of origin) and thus do not foster community freedoms.

XVII. A single instrument like the eurohypothec would help impulse the common market because it fosters each community liberty and the mortgage market both in active (housing) and passive (refinancing) operations. Both are intimately connected. The eurohypothec would allow a coherent policy of housing to operate that would facilitate the acquisition of immovables for housing purposes throughout the EU. Moreover, the eurohypothec would be an instrument that would allow the structuring of refinancing operations (*eurotrust*), which are important for the global economy of the EU, as has been confirmed during the sub-prime crisis which started at the end of 2007.

XVIII. Accessoriness has a great influence on the possibility that the mortgage may satisfy the needs of the juridical-economic actors (active and passive operations of the mortgage market), mainly when a flexible, useful and efficient security is needed. The operations that can be carried out are the following under the current Spanish mortgage law: a) to secure several obligations with the same mortgage, in spite of the fact that either a basic legal relationship or basic juridical acts are needed (accessoriness of scope); b) to secure a new loan when the original has been partially paid, either in the maximum mortgage or the “reusable” mortgage; c) to sell the encumbered property taking a new loan; and d) the primary syndication of a mortgage loan. The legal acts that are not possible or are not possible in an efficient manner are: a) the mortgage can not be constituted without a certain loan (accessoriness of origin); b) the mortgagee and the personal creditor can not be different holders, which is an obstacle to the secondary syndication of mortgage loans, the mortgage in trust and refinancing (accessoriness of competence), and c) the mortgage can not exist once the main obligation is extinguished (accessoriness of extinction). The origin of this situation in Spanish law is found in both the *causa* (art. 1261 CC) and the inadmissibility of the trust. The *causa*

Conclusions

is the limit of accessoriness, and for that reason the Spanish legislator should act on the *causa* so that the accessoriness of origin, competence and extinction may be surmounted. As for the absence of the trust, fiduciary or parafiduciary institutions like mortgage securitisation funds or assets already exist in Spanish law and have relevant similarities to the trust.

A number of European mortgage systems, composed of German, Norwegian, Estonian, Swiss, Hungarian and Slovenian, regulate land charges whose contractual nature allows that business to be carried out efficiently, which is impossible with legal accessory mortgages. Nevertheless, in both legally accessory mortgages and those where there is a contractual relationship there are practical problems in structuring syndicated loans (secondary syndication) and mortgage securitisation, which could be solved through an *eurotrust* at a European level.

XIX. The eurohypothec, as a contractual accessory right, is intended to be an effective and efficient security in the European mortgage market, which could provide an optimal solution to the abovementioned business cases. The eurohypothec was conceived in the Basic Guidelines of 2005. All problems that exist to provide an optimal solution to the most common business cases of the mortgage market could be solved through the eurohypothec, a pan-European, secure and flexible instrument, which would give trust to both lenders and borrowers in the common market.

XX. In particular, the current regulation of the Spanish law meets the standards of the eurohypothec mainly in the following aspects: a) in the *lex rei sitae*. It would be applied to its constitution, registration and opposability vis-a-vis third parties. This rule is also present in the majority of European countries; b) with respect to its object, either from a real (immovable and property rights over immovable) or obligational point of view; c) in its registrar content, with the exception of secured obligations, because sections 9 LH and 51 RH demand the concretion of the secured loan, which would not be the case under a eurohypothec; d) when the euroypothec is spread over several real estates, since art. 119 LH foresees the distribution of the mortgage liability among them, whereas in other countries the general rule is the joint mortgage. The Spanish legislator should consider the benefits of this kind of mortgage as long as it

Conclusions

were accompanied by the possibility of reducing the mortgage when there is an overcollateralisation, which should be considered as a fiduciary relationship between the mortgagee and mortgagor; e) with respect to the holder, either natural or juridical persons (art. 138 LH). However, the regulation of the trust would help to definitively overcome what is foreseen in art. 11 RH, which does not allow the registration of legal entities without legal personality, and the chance to use fiduciary structures in the refinancing; f) in the operations of novation and subrogation, highlighting the fact that the 2/1994 act, since the enactment of the 41/2007 act, limits the mobility of the debtor because of the existence of a right to stop the subrogation by the original mortgagee, which should be eliminated, granting the debtor the decision to continue or not with the same credit entity; g) In its extinction and transfer, as long as the holder does not want to transfer the security isolated from the loan; h) in the good faith of the third party; i) in registration priority either in insolvency or enforcement (arts. 692.1 LEC y 155.3 LC), under the direct influence of the principle *prior in tempore potior in iure* (art. 24 LH); j) in electronic access to the land register since the 24/2001 act. Spain should be a member of the platform EULIS as recommended in a European context by the White Paper of 2007 and it would also be advisable to introduce a *eurotitle*; k) the *pactum commissorium*, which is allowed in other European legal systems such as France or Romania; and l) in insolvency, despite the general paralysation of security rights (art. 56 LC). However, it does not fulfil the following: a) in contractual accessoriness (because accessoriness in Spanish law is legal); b) in the owner's hypothec, because in this case *causa* of security would not exist; c) in the eurohypothec as a certificate; d) the possibility on the part of the owner to partially reduce the eurohypothec (redemption) when there is overcollateralisation; e) the isolated transfer of the loan and the mortgage, because of the *causa* (art. 1261 CC); f) the written form of the security contract, since in Spanish law the general rule is the principle of freedom in this area (art. 1278 CC); g) the indemnity for reasons not attributable to the land register; h) the burden of proof in the enforcement and the objections with regard to the security contract, which would be included within the same procedure without the need to start a new one, as demanded by art. 698 LEC; and i) the owner's personal obligation, being unnecessary

Conclusions

given the possibility of the mortgagee to go against the personal patrimony of the debtor after the enforcement of the mortgage.

XXI. Among the aspects where the Spanish and Catalan legislations are not satisfactory are the following:

a) The principle of accessoriness. The Spanish mortgage, even with Law 41/2007, does not offer, from a legal point of view, a legal regulation in line with the current (and those that are predictable in the future) needs of the mortgage market. It is the same situation with the regulation of the mortgage in the CCC, which has not incorporated the Draft for an independent mortgage and has not made any attempt to make the link between the obligation and the security more flexible as in the 41/2007 act through the reusable mortgage and the maximum mortgage without final novation agreement. A contractual accessory mortgage does not mean the complete absence of accessoriness, as it is achieved through the security contract –contractual accessoriness. The transition from legal to contractual accessoriness does not necessarily lead to legal uncertainty if it is properly regulated. The main objection to the eurohypothech is the possibility that the debtor could be sued twice if the loan and the security have been transferred separately to two different creditors. This problem has been solved by the German legislator in linking *ex lege* the security agreement to third parties, and in Spanish law could be solved with the compulsory delivery of the security contract to the transferee as a substantive requirement of the assignment (whose absence would cause it to be void). The contractual accessoriness makes it possible for the holders of the security and the loan to be different persons;

b) The indivisibility of the mortgage (section 122 LH). What makes the eurohypothech possible, thanks to the possibility to reduce it, is to reuse the security in case of overcollateralisation, which would allow new loans to be secured and take advantage of the value of real estate. Furthermore, the faculty of redemption of the mortgage favours consumer mobility (which the White Paper of 2007 tries to promote) and has nothing to do with its indivisibility, but section 122 Lh is used to deny that possibility, so this article should be modified to allow the owner to take out the maximum value of the property, which is possible in other European jurisdictions such as Germany, Switzerland,

Conclusions

Norway, Estonia, Hungary or Romania.

The remaining aspects in which Spanish and Catalan law do not enjoy optimal regulation with regard to the ideal model of eurohypothec are not an obstacle that makes the functioning of the eurohypothec unviable, given that some aspects could be postponed in time (for instance, the mortgage certificate) or even are not necessary (for instance, the owner's personal obligation against the owner himself), but make it less useful and more complex.

XXII. On the equivalence with other European mortgages for the purpose of passive operations of the mortgage market (Article 5.3 LMH), the Spanish mortgage would differ from the point of view of accessoriness from the German *Grundschuld*, the Swiss *Schuldbrief*, and the hypothecs of Norway, Slovenia, Estonia and Hungary. We do not have in these cases mortgages *stricto sensu*, but land charges (when not pursuing security functions) that can operate autonomously in the market, even left in the hands of the owner of the property (as in the English mortgage). The rest of European mortgages would *a priori* be equivalent due to their accessoriness. However, only the European mortgages from Norway, Netherlands, Germany and Portugal have a separate execution process if the debtor is in a situation of insolvency (although this right also belongs to creditors in other countries where enforcement is carried out by the trustee in bankruptcy, which extends the time of the process.) In addition, there are mortgages that do not need access to the land register for their constitution, e.g. in Norway, Romania and Ukraine, French and Belgium. These reasons were sufficient to rule out the equivalence of these mortgages with the Spanish mortgage.

BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, Tomo I, Vol. I, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Ed. Castalia, Madrid, 1989.

ACCURSII, *Glossa in digestum vetus*, Rectore ac moderatore Mario Viora, Augustae Taurinorum, Ex Officina Erasmiana, Torino, MCMLXVIII (1968).

- *Glossa in Digestum Novum*, Corpus Glossatorum Juris Civilis, IX, Rectore ac moderatore Mario Viora, Augustae Taurinorum, Ex Officina Erasmiana, Torino, MCMLXVIII (1968).

ADÁN DOMÈNECH, Frederic, *La ejecución hipotecaria*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2008.

ADRIÁN ARNÁIZ, Antonio Javier, “Libre circulación de personas, servicios y capitales”, en CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, *Políticas comunitarias. Bases jurídicas*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

AFFAKI, Georges, “Analysis of Obstacles to the Proper Functioning of the Internal Market”, en DROBNIG, Ulrich, SNIJDERS, Henk. J., ZIPPRO, Erik-Jan (Ed.), *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, Sellier, München, 2006.

AKKERMANS, Bram, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Ius Commune Europaeum Series, Intersentia, N° 75.

- “The New Dutch Civil Code: Borderline between Property and Contract”, en VAN ERP, S. y AKKERMANS, B. (Eds.) *Towards a Unified System of Land Burdens?*, Intersentia, Oxford, 2006.

AKKERMANS, Bram y RAMAEKERS, Eveline, “Article 345 TFUE (ex Article 295 EC), its meanings and interpretations”, en *European Law Journal*, Vol. 16, Issue 3, 2010.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil. Derecho de bienes*, Vol. III, 10ª Ed., Edisofer, Madrid, 2004.

- “Artículos 1.952 a 1.954” y “Artículo 1.941”, en ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXV, Vol. 1º, Edersa, 2005. Id. vLex: VLEX-255399 y Id. vLex: VLEX-255394.
- *Derecho civil. Derecho de bienes*, III, 10ª Ed., Edisofer, Madrid, 2004.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones*, Tomo VII, Vol 8º: Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria. Edersa, 2000.

ALBALADEJO, M. y PANTALEÓN, Fernando, “Artículo 610”, en *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Vol 1º, 2004. Id. vLex: VLEX-233315.

ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete Partidas (El libro del Fuero de las Leyes)*, Introducción y edición dirigida por José Sánchez-Arcilla Bernal, Ed. Reus S.A.,

Bibliografía

Madrid, 2004.

- *Fuero Real*, Edición y análisis crítico por Gonzalo Martínez Díez, Fundación Sánchez Albornoz, Ávila, 1988.

ALFONSO XI, *El Ordenamiento de leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho*; Valladolid, Lex Nova, 1983.

ALLEN, Tom, "The autonomous meaning of 'Possession' under the ECHR", COOKE, Elizabeth, *Modern studies in property law*, Vol. II, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2003.

- *Property and the human rights Act 1998*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

ALPA, Guido, "European Community Resolutions and the Codification of 'Private Law'", en *ERPL*, N° 2, 2000.

ALPA, Guido, PAU PEDRÓN, Antonio, y otros, *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles en Europa*. Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999.

ALTAVA LAVALL, Manuel Guillermo (Coord.), *Lecciones de derecho comparado*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2003.

ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia Feliu, *La contratación internacional por vía electrónica con participación de consumidores. La elección entre la vía judicial y la vía extrajudicial para la resolución de conflictos*, Ed. Comares, Granada, 2006.

AMESTI MENDIZÁBAL, Christi, "El contrato de crédito sindicado", en BONARDELL LENZANO, Rafael, (Coord.), en *Contratos bancarios*, Civitas, Madrid, 1992.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, "La unidad del crédito hipotecario", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985.

- "Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda", en *RCDI*, Núm. 631, Noviembre-Diciembre 1995.

ANGUITA VILLANUEVA, Luis A. "La Protección Jurídica de los Bienes Culturales en el Derecho Español", en *Ius et Praxis*, 2004, Vol.10, no.1. Texto disponible en <http://dialnet.unirioja.es/>.

ANGUITA RÍOS, Rosa M^a, *Aspectos críticos en la estructura de la hipoteca inmobiliaria*, Dykinson, Madrid, 2006.

ANTEQUERA, José María, *Historia de la legislación romana. Desde los tiempos más remotos hasta nuestros días*, 3^a Ed., Imprenta a cargo de D. R. P.

Bibliografía

Infante Madrid, 1874.

AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, “Consumidor residente en la Unión Europea vs. consumidor residente en un estado tercero: a propósito de la propuesta de Reglamento Roma I”, en *Anuario español de derecho internacional privado*, N° 6, 2006.

ARJONA GUAJARDO FAJARDO, José Luis, “La hipoteca de constitución unilateral”, en *ADC*, II, 1994.

ARROYO APARICIO, Alicia y GÓMEZ JENÉ, Miguel, “Hacia una modificación de la directiva de Timesharing”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. LVII-2, Julio 2005.

ARROYO i AMAYUELAS, Esther, “Estudio preliminar”, en SCHULZE, Reiner y ZIMMERMANN, Reinhard, *Textos básicos de derecho privado europeo. Recopilación. Presentación y coordinación de la edición española, estudio preliminar y anotaciones de Derecho español y europeo de Esther Arroyo i Amayuelas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

- “Hacia un derecho contractual más coherente. La sistematización del acervo comunitario”, en BOSCH CAPDEVILA, Esteve (Coord.), *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009.
- “Los Principios del Derecho contractual comunitario”, en *ADC*, Núm. LXI-1, Enero 2008.
- “Textos básicos de derecho privado europeo, *acquis communautaire* y derecho civil futuro”, en ESPIAU ESPIAU, Santiago y VAQUER ALOY, Antoni, *Bases de un derecho contractual europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- “¿Por qué el *trust* en Catalunya?”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 2005.
- “La regulación quebequesa del *trust*”, en *La Notaría*, Núm. 11/2001, Noviembre 2001. Id. vLex: VLEX-242007.
- “Los patrimonios financieros y el *trust*”, en *RCDI*, Núm. 693, Enero-Febrero 2006. Id. vLex: VLEX-330004.
- “¿Por qué el *trust* en Catalunya”, en NASARRE AZNAR, S. y GARRIDO MELERO, M., *Los patrimonios fiduciarios y el *trust**, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.
- “Article 121-8. Efectes”, en VAQUER ALOY, Antoni i LAMARCA i MARQUÈS, Albert (Eds.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2005.

ARROYO i AMAYUELAS, E., BENACCHIO, G.A., PASA, B. y VIÑAS, R. (Coords.), *Repertorio de derecho civil y mercantil comunitario: con legislación, jurisprudencia, doctrina y notas de concordancia con el Derecho español*, Bosch, Barcelona, 2005.

Bibliografía

ARANDA, Elvira, “El Tratado de Lisboa y el fortalecimiento democrático de la Unión Europea”, en FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. y DÍAZ BARRADO, Castor M. (Dir.), *El Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2008.

ARIJA SOUTULLO, Carmen, *El tercer adquirente de bienes hipotecados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luís, *La hipoteca global: valoración y crítica*, Secretariado de publicaciones, Sevilla, 2004.

ARNÁIZ EGUREN, Rafael, “La publicidad registral en el panorama mundial actual”, en *Anales (I) 1996-1997. Centro para la investigación y desarrollo del derecho registral inmobiliario y mercantil*, 1998.

ASOCIACIÓN HIPOTECARIA ESPAÑOLA. Resumen Anual de cifras del Mercado Hipotecario. Disponible en <http://www.ahe.es>.

- Indicador del BDE sobre el Esfuerzo para la adquisición de vivienda de los hogares (DIC 2009).
- “Resumen de los diferentes sistemas de prepago en Europa”.

AVILA NAVARRO, Pedro, *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, Centro de estudios registrales, Madrid, 1990.

AZOFRA, Fernando, “Hipotecas flotantes”, en *RCDI*, Núm. 707, Mayo-Junio 2008.

BADOSA COLL, Fernando, “Examen de tres “esquemas fiduciarios” en el derecho español: la venta en garantía, la legitimización dispositiva sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular”, en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (Coord.), *Estudios jurídicos homenaje al profesor Díez-Picazo*, Tomo I, Thompson-Aranzadi, Madrid, 2003.

BAFFI, Enrico, “The Anticommons and the Problem of the *numerus clausus* of Property Rights”. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1023153>.

BALDUS, Christian, “Codification of Private Law in the European Community: The Legal Basis and Subsidiarity”, en *ERA-Forum. Extra Issue. Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, 2002.

BANAKAS, Stathis, “Understanding Trusts: A Comparative View of Property Rights in Europe”, en *Indret*, 1/2006. Disponible en <http://www.indret.com/es/>.

BARBANCHO TOVILLAS, Francisco José, “Hipoteca flotante ([Comentario a la RDGRN 24 julio 1998 (RJ 1998, 5979)])”, en *RDPa*, núm. 2, 1999.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles, “La eficacia de los derechos patrimoniales”, en *ADC*, Núm. LXI-3, Julio 2008.

Bibliografía

BADENAS CARPIO, Juan Manuel, “Comentarios y jurisprudencia sobre la hipoteca constituida en garantía de rentas y prestaciones periódicas”, en *ADC*, Nº 4, 1996.

BARR, Warren, “Charitable lettings and their Legal Pitfalls”, en COOKE, Elizabeth, *Modern studies in property law*, Vol. I, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001.

BARRADA ORELLANA, Reyes, “La responsabilidad del *trustee* en el *trust* inglés. En particular, las llamadas *tracing rules*”, en GARRIDO MELERO, Martín y NASARRE AZNAR, S., *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III Congreso de derecho civil catalán*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

- *Las Garantías mobiliarias en el derecho civil de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- “Aproximación al pacto de reserva de dominio según la Ley 28/1998, de venta a plazos de bienes muebles”, en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, Nº 82, Enero-Febrero 1999.

BASEDOW, Jürgen, “Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid”, en *ERPL*, Nº 1, 2001.

BAUR, J. F. y STÜRNER, R., *Sachenrecht*, 18 Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2009.

BAZ IZQUIERDO, Fernando, “El sistema hipotecario inglés: rasgos esenciales”, en *RCDI*, Núm. 545, Julio-Agosto, 1981.

BEALE, Hugh, BRIDGE, Michael, GULLIFER, Louise y LOMNICKA, Eva, *The law of personal property security*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

BELL, John, BOYRON, Sophie y WHITTAKER, Simon, *Principles of French law*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

BELL, Abraham y PARCHOMOVSKY, Gideon, “What property is”. University of Pennsylvania Law School. Scholarship at Penn Law. 2004, Paper 9. Disponible en: <http://lsr.nellco.org/upenn/wps/papers/9>.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, “Hipoteca flotante”. (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de septiembre de 2003), en *RCDI*, Núm. 685, Septiembre-October 2004.

BROSTA, Claudie, *Der vertragliche Erwerb von Grundeigentum in Tschechien*, Berlin Verlag, 2000.

BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel Peña, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Universidad de Madrid, Sección de Publicaciones, Madrid, 1982.

Bibliografía

- *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
- *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 4ª Ed., Tomo II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001

BERNÉ VALERO, José Luís, FEMEINA RIBERA, Carmen y AZNAR BELLVER, Jerónimo, *Catastro y Valoración Catastral*, Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2004.

BETANCOURT, Fernando, *Derecho Romano Clásico*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2001.

BIRKS, Peter (Ed.), *English private law*, Vol. I. Oxford University Press, Oxford, 2000.

- *Five keys to land law*, en BRIGHT, Susan y DEWAR, John, *Land Law. Themes and Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

BLACKSTONE, William, *Commentaries on the laws of England*, editado por CAREY JONES, William, Vol I, Claitor's Publishing Division, 1976.

BLANCO CARRASCO, Marta, "La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro", en *Anuario Jurídico y Económico*, Núm. 42, Enero 2009.

BLANCO URZÁIZ, José, "El Registro de la Propiedad y las nuevas tecnologías", en ALMENAR BELENGUER, Manuel y CARBONELL LLORENS, Cristina, (Dir.), en *Jurisdicción y registro de la propiedad y mercantil, nuevas áreas de interés común*, CGPJ, Madrid, 2004.

BLANQUER UBEROS, Roberto, "Desde la accesoriadad de la hipoteca a la accesoriadad del crédito: los problemas de una inversión", en *AAMN*, Tomo 40, 2001.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Opción, tanteo y retracto. La regulación catalana de los derechos voluntarios de adquisición*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

- "Comentari a l'article 122-1 CCC. Caducitat d'accions i altres poders jurídics", en VAQUER ALOY, Antoni i LAMARCA i MARQUÈS, Albert (Eds.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el Dret civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2005.

BOSCH CARRERA, Antoni, "La admisión en nuestro derecho de patrimonios sin titular (la fiducia, el trust y los fideicomisos)", en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 2005.

BOGUSZ, Barbara, "Modernising English Property Law: The Influence of Internal Market Principles", en *European Business Law Review*, Vol. 17, Issue

Bibliografía

5, 2006.

- “Bringing Land Registration into the Twenty-First Century – The Land Registration Act 2002”, en *Modern Law Review*, Vol. 65.

BOTANA, G., y LEBSANFT, Ch., “La Ley alemana sobre transmisión de derechos de utilización de inmuebles destinados a vivienda en régimen de tiempo compartido. Estudio comparado con la Directiva europea”, en *ADC*, Núm. LI-3, Julio 1998.

BOTÍA VALVERDE, Antonio, *Hipoteca recargable y novación*, en www.notariosyregistradores.com, 2008.

BRACON, Henry, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, Edited by WOODBINE, George E. y traducido y revisado por THORNE, Samuel E., Vol. II, Belknap Press of Harvard University Press, Massachusetts, 1968.

BRAUN, Alexandra, “El *Trust* en Italia: aplicaciones en el ámbito del derecho de la persona y de la familia”, en ARROYO i AMAYUELAS, Esther (Dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 2007.

BRAVO DE MANSILLA, Guillermo Cerdeira, *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Ed. Cedec, Barcelona, 1998.

BRAY, Judith, “Feudal Law: The Case for Reform”, en DIXON, M. (Ed.), *Modern Studies in Property Law*, Volume 5, Hart Publishing, Oxford, 2009.

- *Unlocking land law*, Hodder & Stoughton, London, 2004.

BRIDGE, Michael, *Personal property law*, 3rd Edition, Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 2002.

BRIDGE, Stuart, “Leases – contract, property and status”, en TEE, Louise, *Land Law. Issues, debates, policy*, Willan Publishing, Portland, 2002.

BRIGHT, Susan, “Of estates and Interests: A Tale of Ownership and Property Rights”, en BRIGHT, Susan y DEWAR, John, *Land Law. Themes and Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

BROSTA, Claudio, *Der vertragliche Erwerb von Grundeigentum in Tschechien*, Berlin Verlag, Berlin, 2000.

BUCKLAND, W. W., *A text-book of roman law from augustus to justinian*, Cambridge University Press, 1921.

BUSSANI, Mauro, “En busca de un Derecho privado europeo”, en *ADC*, Núm. LV-3, Julio 2002.

- “The Driving Forces Behind a European Civil Code” (December 31, 2002). *Zbornik Pravnog fakulteta Sveucilita u Rijeci. Supplement*, Broj 3, p. 133 f., 2002, pp. 4 y 5. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1322074>.

Bibliografía

CALATAYUD SIERRA, Adolfo, “Régimen jurídico de la subrogación activa o de acreedor tras la Ley 41/2007”, en *La Notaría*, Núm. 49 y 50, Enero 2008.

CALVO CARAVACA, A. L., “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, en *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 1, Nº 2, 2009.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*, Vol. I y II, 10ª Ed., Comares, Granada, 2009.

CÁMARA LA PUENTE, S., “El “Núcleo Común del Derecho Privado Europeo” (Proyecto de Trento)”, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.

- “El trust y la Fiducia: Posibilidades para una Armonización Europea”, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.
- “Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos”, en *ADC*, Vol. 57, Nº 3, 2004.

CAMPO VILLEGAS, Elías, “El valor constitutivo de la escritura notarial para la hipoteca y su valor ejecutivo en la nueva LEC”, en *Reglamento hipotecario: (con las modificaciones introducidas por las últimas sentencias del Tribunal Supremo) y Estudios jurídicos en torno a la calificación registral y la inscripción a la luz de dicha jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2001.

CANALS BRAGE, F., “La accesoriadad de la hipoteca en la Ley 41/2007”, en *Jornadas de regulación del mercado hipotecario. Sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2008.

- “La ampliación del Derecho real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado: algunas observaciones a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)”, en *RCDI*, Núm. 678, 2003.
- *La recarga de la hipoteca*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2010

CANDAU, Alfonso, “El papel del Registro en el futuro de las hipotecas”, en JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN (Ed.), Europa Artes Gráficas, Salamanca, 2006.

CANDIAN, Albina, GAMBARO, Antonio y POZZO, Barbara, *Property – Propriété – Eigentum, Corso di diritto privato comparato*, CEDAM, Padova, 1992.

CARMEN DEL CASTILLO, Carolina, “Comentario a la STS de 30 de enero de 1999”, en *RDP*, I, 2000.

CARRAMOLINO GÓMEZ, Carlos, “El concepto de hipoteca legal táctica. Una

Bibliografía

interpretación histórica del artículo 73 de la LGT”, en *Estudios jurídicos homenaje al profesor Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003

CARRASCO PERERA, Ángel, “Orientaciones para una posible reforma de los derechos reales en el Código Civil español”, en Área de Dret Civil, UdG (Coord.), *La codificació dels drets reals a Catalunya. Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa*, Documenta Universitària, Girona, 2007.

- *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Thompson-Civitas, Madrid, 2004.

CARRASCO PERERA, Angel, *Tratado de los derechos de Garantía*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.

CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, *Tratado de los derechos de garantía*, Tomo I, Navarra, 2008.

CARRERA HERNÁNDEZ, Jesús, “La libre circulación de mercancías”, 2008, en *Base de Datos Jurídica Iustel*: Ref: §900394.

CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio Ortega, *Derecho romano*, Promotor Cultural Malagueño, Málaga, 1998.

CARTER, A. T., *A history of the English courts*, 7ª Ed., Butterworth & Co, London, 1944.

CARUSO, Daniela, “Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property”, en *European Law Journal*, Vol. 10, Nº 6, November 2004.

CASHIN RITAINE, Eleanor, “Obligatory and Proprietary Rights: Where to Draw the Dividing Line – If at all?”, en FABER, Wolfgang y LURGER, Brigitta, *Rules for the Transfer for Movables. A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, Sellier, Munich, 2008.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral, Derecho de cosas*, T. II, Vol. I, Reus S.A., Madrid, 1984.

CASTRONOVO, Carlo y MAZZAMUTO, Salvatore, *Manuale de diritto privato europeo*, Vol. II, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2007.

CATERINA, R., “Il possesso”, en GAMBARO, A. y MORECCO, A., *Trattato dei diritti reali*, Vol. 1, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

CENTER OF LEGAL COMPETENCE, *Real Property Rights in Estonia*, Band 24, Intersentia, 2006.

- *Ukrainisches Insolvenzrecht*, Band 25, BWV Berlines Wissenschafts-Verlag, Wien, Graz, 2006.
- *Slowenisches Insolvenzrecht*, Band 16, BWV Berlines

Bibliografía

Wissenschafts-Verlag, Wien, Graz, 2005.

CERRATO GURI, Elisabeth, “Estudi comparatiu entre la figura de la persona o entitat especialitzada prevista a l’art. 641 LEC i l’anomenat receiver anglès”, en NASARRE AZNAR, S. y GARRIDO MELERO, M., *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.

- *La ejecución civil privada. Realización por persona o entidad especializada. Estudio del artículo 641 LEC*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2008.

CHAMBOREDON, Anthony, “The debate on a European Civil Code: For an “Open Texture””, en VAN HOECKE, Mark y OST, Francois (Eds.), *The harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, Portland, 2000.

CHEREDNYCHENKO, Olha, “EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law”, en *ERPL*, Nº 1, 2006.

CHICHARRO LÁZARO, Alicia, *El principio de subsidiariedad en la Unión Europea*, Aranzadi, Navarra, 2001.

CHIRICO, Filomena, VAN DAMME, Eric y LAROUCHE, Pierre, “Conclusion”, en CHIRICO, F. y LAROUCHE, P. (Eds.), *Economic Analysis of the DCFR. The work of the Economic Impact Group with CoPECL*, Sellier, Munich, 2010

CLARKE, Ian, *The land registration act 2002. A practical guide*, Sweet & Maxwell, London, 2002.

CLARKE, David, “Long Residential Leases: Future Directions”, BRIGHT, S. (Ed.), *Landlord and Tenant Law. Past, Present and Future*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

CLARKE, Alison y KOHLER, Paul, *Property law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

CLEMENTE, C., *Recht der Sicherungsgrundschuld*, 4. Auflage, RWS Verlag, Köln, 2008.

CLERK & LINDSELL, *Torts*, Common Law Library, Sweet & Maxwell, London, 1995.

COLLINS, Hugh, *The European Civil Code. The way forward*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

COMISIÓN EUROPEA. *Economic Crisis in Europe: Causes, Consequences and Responses. European Economy 7/2009. Directorate-General for Economic and Financial Affairs*, pp. 13 y ss. Disponible en <http://europa.eu>.

COOKE, Elisabeth, *Land Law*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2006.

Bibliografía

- *The New Law of Land Registration*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003.
- “The Land Registration Act 2002 and the nature of ownership”, en HUDSON, Alastair (Ed.), *New perspectives on property law, obligations and restitution*, Cavendish Publishing Limited, London, 2004.

CORDERO LOBATO, E., “Comentario a la STS de 6 de octubre de 1995. Hipoteca en garantía de obligación ajena. Inaplicación de las acciones de la relevación y cobertura previstas para la fianza; efectos del pago frente a otros garantes”, en *CCJC*, 40, 1996.

CORDÓN MORENO, Faustino, *Comentarios a la Ley Concursal*, Navarra, 2004.

COUSINS, Edward, *The law of mortgages*, 2nd Ed., *Property and conveyancing library*, Sweet & Maxwell, London, 2001.

HUDSON, Alastair (Ed.), *New perspectives on property law, obligations and restitution*, Cavendish Publishing Limited, London, 2004.

COX, Kristof, “Summary of the Discussion at Leiden University”, en DROBNIG, Ulrich, SNIJDERS, Henk. J., ZIPPRO, Erik-Jan (Ed.), *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, Sellier, München, 2006.

CHRISTIAN, Peter y GRAFF, Müller, “EC directives as a means of private law unification”, en HARTKAMP, A., HESSELINK, M. y otros, *Towards a European Civil Code*, Third Fully Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International, 2004.

CUMING, Donald, “Security interests in Mobile Equipment”, en DAVIES, I. (Ed.), *Security interests in mobile equipment*, Ashgate/Dartmouth, Aldershot, 2002.

DAVIES, Gareth, “Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time”, en *Common Market Law Review*, N° 43, 2006.

DADOMO, Christian y FARRAN, Susan, *French substantive law. Key elements*, Sweet & Maxwell, Londres, 1997.

DAZA MARTÍNEZ, Jesús y RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *Instituciones de derecho privado romano*, 2^a Ed., Madrid, 1992.

DE CASSO, “Sobre movilización inmobiliaria”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1938.

DE CÓRDOBA CLAROS, Iñigo Fernández, “La hipoteca global”, en MADRID DE CARRERAS, Valerio Pérez, *Hacia un nuevo derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Consejo General del

Bibliografía

Notariado, Madrid, 2008.

DELGADO RAMOS, Joaquín, *Los principios hipotecarios tras la Ley 41/2007 de reforma del sistema hipotecario*, en www.notariosyregistradores.com, 2008.

DE HARO, Miguel, “La colaboración del catastro y el registro de la propiedad: precedentes y nuevo texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario”, en *CT: Catastro*, Nº 54, 2005.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a Isabel, “El nuevo derecho de superficie”, en *RCDI*, Núm. 712, Marzo-Abril 2009.

DEL POZO CARRASCOSA, P., “Els drets reals de garantia (I): retenció, penyora i anticresis”, en Àrea de Dret Civil, UdG (Coord.) *La codificació dels drets reals a Catalunya*. Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa, Girona, Documenta Universitària, 2007.

DEL POZO CARRASCOSA, P. y GINER GARGALLO, Antonio, “Artículo 566-1 a 566-13”, en GINER GARGALLO, Antonio (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 2008.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro y TORMO SANTOJA, Mercedes, “Comentario a la Ley 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía”, en COLEGIO DE REGISTRADORES (Coord.), *Comentarios de derecho patrimonial catalán*, Bosch, Barcelona, 2005.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni y BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, 2^a Ed., Marcial Pons, Barcelona, 2009.

DE LA MATA, Almudena, “Un paso más hacia la unificación del derecho privado europeo”, en *Aranzadi Civil*, Núm. 7/2003 (Estudio). BIB 2003\831.

DE LA PUENTE ALFARO, Fernando, “Modificaciones en el ámbito legal del Registro de la Propiedad de Inglaterra y Gales: Land Registration Act 2002”, en *RCDI*, Núm. 678, Julio-Agosto, 2003.

- “El Registro de la Propiedad en Inglaterra y Gales”, en *RCDI*, Núm. 670, Marzo-Abril 2002.
- “La armonización del Derecho privado en Europa y el Registro de la Propiedad”, en ORDUÑA MORENO, Javier y DE LA PUENTE ALFARO, Fernando, *Los Sistemas de Transmisión de la Propiedad Inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Civitas, Madrid, 2009.
- “Novación de la obligación accesoria de intereses y modificación de la cobertura hipotecaria”, en *RCDI*, Núm. 690, 2005.

DE LA REINA TARTIERE, G., “La igualdad de rango hipotecario”, en *RCDI*, Núm. 706, Marzo-Abril 2008.

Bibliografía

DE LOS MOZOS, José Luís, *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005.

DELLINGER, Markus y OBERHAMMER, Paul, *Insolvenzrecht*, 2. Auflage, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2004.

DE PABLO CONTRERAS, Pedro, DE LA IGLESIA MONJE, Isabel y ORDUÑA MORENO, Javier, "Anexo. La convergencia de los sistemas registrales europeos: una propuesta de armonización", en ORDUÑA MORENO, Javier y DE LA PUENTE ALFARO, Fernando, *Los Sistemas de Transmisión de la Propiedad Inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Cívitas, Madrid, 2009.

DESGORCES, Richard, *Droit civil. Les biens*, Hachette Supérieur, Paris, 2007.

DESSEMONTET, F. y ANSAY, T, *Introduction to Swiss Law*, Third Edition, Kluwer Law International, The Hague, 2004.

DEXTER HAZELTINE, Harold, "The Gage of Land in Medieval England", en *Select Essays in Anglo-American Legal History*, Vol. III, The Lawbook Exchange, Ltd., New York, 1992.

DÍAZ BAUTISTA, Antonio, *Manual de derecho romano*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Murcia, 1995.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, Dolores, "Apuntes sobre la multipropiedad", en *RCDI*, núm. 658, Marzo-Abril, 2000.

DÍAZ FRAILE, Juan María, *La ejecución hipotecaria y el mercado secundario*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis María, "La naturaleza de la Unión Europea", en *Indret*, 4/2008.

- "Autonomía privada y derechos reales", en *RDCI*, Núm. 513, Marzo-Abril 1976.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil. Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral*, Vol. III, 7ª Ed., Madrid, Tecnos, 1997.

- *Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 2003 y 2005.
- *Sistema de Derecho civil*, Vol I, 11ª Ed., Tecnos, 2003.
- *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 7ª Ed. Tecnos, Madrid, 2005.
- *Sistema de derecho civil*, Vol. II, 8ª Ed., Tecnos, Madrid, 1999.

DÍEZ PICAZO, L., ROCA TRIAS, E. y MORALES, M.A., *Los Principios de derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

Bibliografía

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Díaz–Bastien–Truhán abogados, Madrid, 2006.

DIÉGUEZ OLIVA, Rocío, “La Eurohipoteca: luces y sombras de la pretendida unificación en materia hipotecaria”, en *Berkeley Program in Law & Economics*, 2009. Disponible en <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/060509-00>.

DI LUIGI, M. Cristina, “Divergences of Security and Property Law in the European Union”, en *Journal of Business Law*, N° 6, 2008.

DIGBY, Kenelm Edward, *An introduction to the history of the law of real property: with original authorities*, 5ª Ed., Clarendon Press, Oxford, 1897.

DIXON, Martin, *Q & A Series Land Law*, Fourth Edition, Cavendish Publishing, London, 2002.

- “Proprietary and non-proprietary rights in modern land law”, en TEE, Louise, *Land Law. Issues, debates, policy*, Willan Publishing, Portland, 2002.
- *Modern Land Law*, 5th Ed., Cavendish Publishing Limited, London, 2005.

DOMENGE AMER, Bartolome, *Las prohibiciones de disponer*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.

DOMINGO, Rafael (Coord.), *Textos de derecho romano*, Aranzadi, Navarra, 2002.

DORALT, Peter, HASCHEK, Helmut H., SCHAUER, Martin, *Das Grundbuchrecht in der Republik Kroatien*, Service Fachverlag, Wien, 1999.

D´ORS, *Derecho privado romano*, 10ª Edición, Eunsa, Navarra, 2004.

DREWICZ TULODZIECKA, Agnieszka (Ed.), *Basic Guidelines for a Eurohypothec*, Warsaw, 2005.

- “Länderberichte Polen”, en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, Band 23, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlín, 2006.

DROBNIG, U., *Transfer of Property* (January 15, 2010). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1537164>.

- “Recognition and Adaptation of Foreign Security Rights”, en DROBNIG, Ulrich, SNIJDERS, Henk. J., ZIPPRO, Erik-Jan (Ed.), *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, Sellier, München, 2006.

DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, *La propiedad en garantía*, Aranzadi, Navarra, 1998.

EBNER, Wolfgang y ILLA, Balázs, *Grundeigentum und Sicherheiten in Ungarn*,

Bibliografía

Band 27, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2007.

EDWARDS, Richard y STOCKWELL, Nigel, *Trusts and equity*, 8th Ed., Pearson Education Limited, Harlow, 2007.

EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRIGOLEIT, Hans Christoph; JANSEN, Nils; WAGNER, Gerhard; ZIMMERMANN, Reinhard, "Le cadre commun de référence pour le droit privé européen. Les questions de son évaluation et les problèmes de codification", en *Revue de Droit Européen*, Núm 4, 2008.

EHLERS, Eckhart, "German Statutory Corporate Rescue Proceedings: The *Insolvenzplan* Procedure", en GROMEK BROCK, Katarzyna y PARRY, Rebecca (Eds.), *Corporate Rescue. An Overview of Recent Developments from Selected Countries in Europe*, Kluwer Law International, 2004.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio, *Código Civil Alemán. Comentado*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.

ELEFTHERIADIS, Pavlos, "The Analysis of Property Rights", en *Oxford Journal of Legal Studies*, 16, 1996.

ELVIN Q. C., David y KARAS, Jonathan, *Unlawful interference with land*, Sweet & Maxwell, London, 2nd Ed., 2002.

ESCUADERO, José Antonio, *Curso de historia del derecho. Fuentes e Instituciones Político-Administrativas*. Madrid, 1995.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, "Prioridad registral y buena fe. Valor jurídico de la inscripción de la hipoteca. Comentario a la STS de 26 de enero de 2000", en CLEMENTE MEORO, Mario E., *Estudios de derecho inmobiliario registral en homenaje al profesor Celestino Cano Tello*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ESPIAU ESPIAU, Santiago, "La adquisición de buena fe de bienes muebles en la regulación del Código Civil de Cataluña", en *ADC*, Núm. LX-1, Enero 2007.

- "Comentario a la RDGRN de 28 de julio de 1998", en *CCJC*, N^o 49, 1999.

ESTERMANN, Harry, WESTERMANN, Harm Peter, GURSKY, Karl-Heinz y EICKMANN, Dieter, *Derechos reales*, 7^a Ed., Vol. 1 y 2, Fundación Cultural del Notario, Madrid, 2007.

EUROPEAN MORTGAGE FEDERATION. *Public Draft for a proposal for EU responsible lending standards for home loans*, 11 de mayo de 2009. <http://www.hypo.org>.

EUROSTAT, European Commission, *Europe in Figures. Eurostat yearbook*, 2009.

Bibliografía

- *Combating poverty and social exclusion. A statistical portrait of the European Union 2010.* Disponible en <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home>.

FALCÓN TELLA, María José, “La equidad en el espacio. El tratamiento de la equidad en los distintos sistemas y ordenamientos jurídicos”, en *Equidad, Derecho y Justicia*, 2005.

FÁTIMA FERREIRO, Maria de, “A Europa e a Terra: Património ou Mercadoria?”, en Actas del 14º Congresso da Associação Portuguesa para o Desenvolvimento Local de 4 a 6 de Julho de 2008.

FELIU REY, Manuel Ignacio, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Civitas, Madrid, 1995.

FEENSTRA, Robert, “Dominium and ius in re aliena: The origins of a Civil Law Distinction”, en BIRKS, P. (Ed.), *New perspectives in the Roman law of property. Essays for Barry Nicholas*, Oxford University Press, Oxford, 1989.

FENET TÍTOL, Alain, “Diversité linguistique et construction européenne Font”, en *Revue de Droit Européen*, Núm 2, 2001.

FERNÁNDEZ BARREIRO, A. y PARICIO, Javier, *Fundamentos de Derecho Privado Romano*, 2ª Ed., Editorial centros de estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, “Ciencia jurídica europea y derecho comunitario: ius romanum, ius commune, common law, civil law”, en DÍAZ ROMERO, María del Rosario (Coord.), *Derecho privado Europeo: Estado Actual y Perspectivas de Futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Civitas, Navarra, 2008.

FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena Bellod, *Hipoteca en garantía de crédito abierto en cuenta corriente bancaria*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ LOZANO, José Luis, *Breves notas sobre la Ley 41/2007 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.* 9 de diciembre de 2007. Disponible en www.notariosyregistradores.com.

FERNANDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado*, 3ª Ed., Civitas, Madrid, 2004.

FIKENTSCHER, Wolfgang, *Schuldrecht*, 9ª Ed., Walter de Gruyter, 1997.

FIGUEIRAS DACAL, Manuel, *El sistema de protección jurídica por el Registro*

Bibliografía

de la Propiedad, Difusa, 2001, Madrid.

FINCH, Henry, *A summary of the common law of England: as it stood in force, before it was altered by statute or acts of Parliament / extracted (for the most part) out of the French and English copies of Sir Henry Finch, Kt., his learned treatise of the law, and digested into certain tablets for the help and delight of such students as affect method*". Reproducción electrónica. (Early English books online). Versión digital de: Early English books, 1641-1700; 29:4, London, 1654.

FIORENTINI, Francesca, *Garanzie Reali Atipiche*. Disponible electrónicamente en <http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/Property/fiorentini1.htm>.

- *Le garanzie immobiliari in Europa. Studio di diritto comparato*, Stämpfli Editore SA, Berna, 2009.

FISHER, Howard D., *The German Legal System and Legal Language*, Fourth Edition, Routledge-Cavendish, London, 2009.

FLEISCHER, Holger, "Case C-367/98, *Commission of the European Communities v. Portuguese Republic* (Golden shares); C-483/99, *Commission of the European Communities v. French Republic* (Golden shares); and C-503/99, *Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium* (Golden shares). Judgments of the Full Court of 4 June 2002", en *Common Market Law Review*, N° 40, 2003.

FLEISIG, Heywood, "The economics of collateral and of a collateral reform", en DAHAN, Frederique y SIMPSON, Jon, *Secured Transactions Reform and Access to Credit, European Bank for Reconstruction and Development*, 2008.

FRANK, Susanne y WACHTER, Thomas (Hrsg.), *Handbuch Immobilienrecht in Europa. Zivil- und steuerrechtliche Aspekte des Erwerbs, der Veräußerung und der Vererbung von Immobilien*, Recht in der Praxis, C.F. Müller RWS, 2004.

FRANKOWSKI, Stanislaw, *Introduction to Polish Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2005.

FOX, David, "Relativity of Title at Law and in Equity", en *Cambridge Law Journal*, N° 65, 2006.

- "Forgery of the Register under the Land Registration Act 2002", en COOKE, Elizabeth, *Modern studies in property law*, Vol. III, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005.

FUSARO, Andrea, "The numerus clausus of property rights", en COOKE, Elizabeth, *Modern studies in property law*, Vol. I, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001.

FUENTESECA DEGENEFTE, Margarita, *De emphyteutico iure*, Dykinson, Madrid, 2003.

Bibliografía

GABERDIEL, Heinz y GLADENBECK, Martin, *Kreditsicherung durch Grundschulden*, Deutscher Sparkassen Verlag GmbH, Stuttgart, 2008.

GÁBOR BOTOS, András, "Länderberichte Ungarn", en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, Band 23, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlín, 2006.

GADEA, Enrique, *Los títulos-valor. Letra de cambio, cheque y pagaré*, Dykinson, Madrid, 2004.

GALGANO, F., *Diritto Privato*, 14ª Ed., CEDAM, Padova, 2008

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, "Sobre la propiedad: observaciones histórico-dogmáticas y actuales", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Nº 225, Abril 2006.

GAMBARO, Antonio, "Toward a Codification of the European Law of Property", en GAMBARO, A. y RABELLO, A.M. (Ed.), *Towards a new european ius commune*, The Hebrew University of Jerusalem, Israel, 1999.

- "European aspects of Property Law", en WERRO, Franz (Ed.), *New perspectives on European Private Law*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Suiza, 1998.
- "Western Property Law", en BUSSANI, Mauro y WERRO, Franz (Ed.), *European Private Law: a Handbook*, Vol I, Carolina Academic Press, Durham, 2009.
- "Property Law", en LENA, Jeffrey S. y MATTEI, Ugo, *Introduction to Italian Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2002.

GARCÍA ALGUACIL, María José, *Consolidación y derechos reales sobre cosa propia*, Ed. Comares, Granada, 2002.

GARCÍA CANTERO, Gabriel, "El anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía)", en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.

GARCÍA COLLANTES, José Manuel, "El Informe Bremen: Más de lo mismo", en *El Notario del Siglo XXI*, Julio-Agosto 2009, Nº 26.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, 1ª Parte, Tomo III, Digesto 6ª y 7ª partes, Barcelona, Imprenta de Redondo y Xumetra, 1987.

- Tomo I, Institutas y digesto 1ª, 2ª y 3ª Partes.
- Tomo II. Digesto. 4ª y 5ª partes.
- Tomo IV. Código, Libros 1º, 2º, 3º, 4º y 5º.
- Tomo V. Código. Libros 6º a 12º.

GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario. Tomo II (el concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad)*, Civitas, Madrid, 1993.

Bibliografía

GARCÍA GARNICA, M^a del Carmen, “El ámbito material de la unificación del derecho privado europeo: ¿una unificación global o sectorial?”, en SÁNCHEZ LORENZO, Sixto y MOYA ESCUDERO, Mercedes (Ed.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en europea*, Dykinson, Madrid, 2003.

GARCÍA GARRIDO, Manuel. J., *Derecho privado romano. Acciones, casos e instituciones*, 5^a Ed., Dykinson, Madrid, 1991.

GARCÍA MAS, Francisco Javier, “La seguridad jurídica preventiva y las nuevas tecnologías: una aproximación a la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reforma para el impulso de la productividad, en *Revista Jurídica del Notariado*, Octubre-Diciembre 2006.

GARCIA URBANO, José Maria, “Crisis estructural del derecho real de hipoteca”, en GIMENO GÓMEZ DE LA FUENTE, Juan Luis (Coord.), *Homenaje a José María Chico Ortiz*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

GARCÍA VILLAVERDE, Rafael, ALONSO UREBA, Alberto y PULGAR EZQUERRA, Juana (Dir.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22-2003 y de la Ley 8-2003 para la reforma concursal*, Dilex, Paracuellos del Jarama (Madrid), 2003.

GARDEÑES SANTIAGO, Miguel, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid, 1999.

GAVELLA, Nikola y BORIC, Tomislav, *Sachenrecht in Kroatien*, Berlin Verlag, Wien, 2000.

GAVRILOVICH VINOGRADOV, Pavel, y BÉRARD, André, *Derecho romano en la Europa medieval: (proceso formativo, Francia, Inglaterra y Alemania). Derecho romano en Escocia*, traducciones a cargo de Manuel J. Peláez y Eduardo Pardo Unanua; "prólogos" de P. G. Vinogradov ... [et al.] ; edición a cargo de Manuel J. Peláez, Ángel Varona Aramburu y Elena Martínez Barrios, Editorial Universidad de Málaga, Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones [etc.], Málaga, 2000

GEOFFREY, Samuel, “Are Property Rights So Simple in Europe”, en JACKSON, Paul y WILDE, David C, *Property law: current issues and debates*, Ashgate, Aldershot, 1999.

- “Property and obligations: continental and comparative perspectives”, en HUDSON, Alastair (Ed.), *New perspectives on property law, human rights and family home*, Cavendish Publishing, 2003.
- *Contract Law: Cases and Materials*, 1st Ed., Sweet & Maxwell, London, 2007.
- “Civil codes and the Restructuring of the Common Law”, en

Bibliografía

- FAIRGRIEVE, Duncan (Ed.), *The Influence of the French Civil Code on the Common Law and Beyond*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2007.
- "English private law in the context of the codes", en VAN HOECKE, Mark y OST, Francois (Eds.), *The harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, Portland, 2000.
- GIMENO SENDRA, Vicente (Dir.), *Proceso civil práctico*, VI, La Ley, Madrid, 2002.
- GINEBRA MOLINS, M^a Esperanza, "Art. 569-30. Art. 569-32. Comentario", en GINER GARGALLO, Antonio (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 2008.
- GLEESON, Simon, *Personal property law*, Law and Tax, London, 1997.
- GLYN WATKIN, Thomas, *An historical introduction to modern civil law*, Ashgate, 1999.
- GÓMEZ, Antonio, *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gomez, a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Valladolid, Lex Nova.
- GÓMEZ BUENDÍA, M^a Carmen, "La fiducia en el Derecho romano y su posterior evolución", en GARRIDO MELERO, Martín y NASARRE AZNAR, S., *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III Congreso de derecho civil catalán*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "El registro de bienes muebles", en *RCDI*, Núm. 657, Febrero 2000.
- "La reforma hipotecaria desde el la perspectiva del ministerio de justicia", en *RCDI*, Núm. 702, Julio-Agosto, 2007.
 - "Estudio sobre las modernas figuras de crédito abierto garantizado con hipoteca", en GIMENO GÓMEZ LAFUENTE, Juan Luis, *Homenaje a José María Chico Ortiz*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995.
 - "La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario", en *RCDI*, Núm. 691, 2005.
 - "La Eurohipoteca: El sistema hipotecario español como modelo de referencia", en LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.), *Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, La Ley, Madrid, 2006.
 - "Principio de especialidad registral", en *RCDI*, Núm. 625, 1994.
 - GÓMEZ GALLIGO, F. J., "El crédito abierto garantizado con hipoteca", en DEL POZO CARRASCOSA, Pedro y DÍAZ MUYOR, Manuel (Coords.), *Contratación Bancaria, Jornadas celebradas en Tarragona, 6 y 7 de marzo de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
 - *Práctica hipotecaria. Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Registro de la Propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
 - "Incidencia de la Ley de Reforma del Mercado Hipotecario en la

Bibliografía

Ley Concursal”, en *Anuario de Derecho Concursal*, num. 15/2008. BIB\2008\1671.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. y DEL POZO CARRASCOSA, P., *Lecciones de Derecho hipotecario*, 2ª Ed., Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

GÓNZALEZ BOU, Emilio, “El censo enfiteútico en Cataluña: configuración actual y perspectivas de futuro”, en *La Notaría*, Núm. 6/2003, Junio 2003. Id. vLex: VLEX-231515.

- “El estudio ZERP y ARBO”, en *La Notaria*, Núm. 53-54, Mayo 2008.

GONZÁLEZ CAMPOS, J, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 6ª Ed., Eurolex, Madrid, 1995.

GONZÁLEZ LÓPEZ, Marisela y SANCHEZ MARÍN, José Manuel, *La subasta por persona o entidad especializada: visión práctica*, Dykinson, 2004.

GOODE, Ray, *Commercial Law*, Butterworths, 2004.

GORDLEY, James y MATTEI, U., “Protecting possession”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, No. 2, 1996.

GRAY, Kevin, *Elements of land law*, 2ª Ed., Butterworths, London, 1993
- “Property in Thin Air”, en *Cambridge Law Journal*, Nº 50, 1991.

GRAY, Kevin y GRAY, Susan Francis, *Elements of land law*, 5ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2009.

GRAZIADEI, Michele, MATTEI, Ugo y SMITH, Lionel (Eds.), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

GRUPO DE INVESTIGACIÓN DE LA EUROHIPOTECA, “Proyecto de investigación europeo Eurohipoteca: puntos para la discusión”, en *RCDI*, Núm. 685, Septiembre-Octubre 2004. Id. vLex: VLEX-328802.

GUIDO SCHLEIFFER, Karben, “Länderberichte Deutschland”, en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, Band 23, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2006.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *El Derecho real de subhipoteca*, Ed. Bosch, Barcelona, 1957.

GUZMÁN ZAPATER, Mónica, “El Reglamento CE nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo”, en *Aranzadi Civil*, num. 12/2009. BIB 2009\167.

GUERRA PÉREZ, Miguel, contenidos en la obra de XIOL RÍOS, Juan Antonio,

Bibliografía

Enjuiciamiento civil: comentarios y jurisprudencia: Ley 1/2000, de 7 de enero, Sepín, Las Rozas, 2008.

HARMATHY, A., *Introduction to Hungarian law*, Kluwer Law International, The Hague, 1998.

HAYTON, David J. y KORTMANN, S.C.J.J. y VERHAGEN, H.L.E., *Principles of European Trust Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1999.

HAYTON, David y MITCHELL, Charles, *Commentary and Cases on The Law of Trusts and Equitable Remedies*, 12th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2005.

HANSMANN, Henry y KRAAKMAN, Reinier, "Property, contract and verification: the numerus clausus problem and the divisibility of rights". Disponible en <http://ssrn.com/abstract=323301> y en *Journal of Legal Studies*, University of Chicago Press, 2002, Vol. 31, Issue 2.

HARPWOOD, Vivienne, *Modern tort law*, 5th Edition, Cavendish Publishing, London, 2004.

HARPUM, Charles y BIGNELL, Janet, *Registered Land. The New Law. A guide to the Land Registration Act 2002*, Jordans, 2002.

HARRIS, J. W., *Property and justice*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

HARRIS, Anthony, "Transfer of Claims and Mortgages and Syndications", en *Rechtsfragen der Immobilienfinanzierung in England and Wales*, Band 25, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2006.

HARTKAMP, A. S., "Chapter 8. Law of obligation", en CHORUS, Jeoren, GERVER, Piet-Hein, HONDIUS, Ewoud y KOEKKOEK, Alis (Ed.), *Introduction to Dutch Law*, Third revised edition, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

- "Perspectives for the development of a European Civil Law", en BUSSANI, Mauro y MATTEI, Ugo, *Making European Law: Essays on the 'Common Core' Project*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

HELLER, Michael, "The tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets", en *Davidson Institute Research Workshop on the Economics of Transition y Harvard Law Review*, Volume 111, (3).

- "Property", en CANE, Peter y TUSHNET, Mark (Eds.), *The Oxford handbook of legal studies*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- "The Dutch Civil Code – A Mode to be Imitated", en *ERA-Forum. Extra Issue. Towards a European Civil Code. Reflections on the Codification of Civil Law in Europe*, 2002.

HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, "La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo", en *RDP*, Mayo-Junio 2005.

Bibliografía

HERBOSA, Inmaculada, *El despacho de la ejecución hipotecaria. Causas de oposición y suspensión*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

HEREDIA CERVANTES, Iván, "El artículo 5 del reglamento comunitario 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia: cuestiones relativas a los derechos reales sobre créditos", en *Anuario de Derecho Internacional Privado*, Nº 3, 2003.

HERNANDEZ MORENO, Alfonso, "La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (breves notas y aproximación crítica)", en NIETO CAROL, Ubaldo y MUÑOZ CERVERA, Miguel (Coords.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Vol. 2, Tomo 2, Madrid, 1996.

HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso y VIOLA DEMESTRE, Isabel, "La subrogación en los derechos de crédito", en DEL POZO CARRASCOSA, Pedro y DÍAZ MUYOR, Manuel (Coords.), *Contratación Bancaria, Jornadas celebradas en Tarragona, 6 y 7 de marzo de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1997

HEUTGER, Viola, "Law and Language in the European Union", en *Global Jurist Topics*: Vol. 3, Iss. 1, Article 3, 2003, pp. 4 a 6. Disponible en: <http://www.bepress.com/gj/topics/vol3/iss1/art3>.

HILL, Jonathan, "The proprietary character of possession", en COOKE, E., *Modern studies in property law*, Vol. I, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001.

HILL, Gregory, WALLINGTON, Richard, DEW, Richard y HARRY, Timothy, *The Land Registration Act 2002*, Butterworths LexisNexis, 2005.

HM LAND REGISTRY. *Annual Report and Accounts 2008/9*. Disponible en <http://www.landreg.gov.uk/kb/>.

HOLDSWORTH, W. S., *An historical introduction to the land law*, Oxford University Press, 1927.

- *A history of English law*, Vol. VII, Methuen & Co. Ltd. London, 1925.

HONORÉ, A. M., "Ownership", en GUEST, A. G. (Ed.), *Oxford essays in jurisprudence, A collaborative work*, Oxford University Press, Oxford, 1961.

HOUGHTON, John y LIVESEY, Lynne, "Mortgage conditions: Old Law for a New Century", en COOKE, Elizabeth, *Modern studies in property law*, Vol. I, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2001.

HOWELL, Jean, "Land Land in a E-conveyancing World", en *The Conveyancer and Property Lawyer*, Vol. 70, 2006.

Bibliografía

HURNDALL, Anthony (Ed.), *Property in Europe. Law and Practice*, Butterworths, London, 1998.

HYLAND, Richard, “The American experience: Restatements, the UCC, Uniform Laws, and Transnational Coordination”, en HARTKAMP, A., HESSELINK, M. y otros, *Towards a European Civil Code*, Third Fully Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International, 2004.

IMPERATORIS IUSTINIANI INSTITUTIONUM – Libri Quatuor, *Instituciones del Emperador Justiniano*, traducción al castellano por D. Ismael Calvo y Madroño, 3ª Ed., Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1915.

IÑIGO FUSTER, Andrés, *Nulidad y usura. La nulidad del préstamo usurario a la luz de la Ley de represión de la usura*, Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 16/2003, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2003, BIB 2003\1469.

IRNERIUS, *Summa codicis des Irnerius; mit einer einleitung herausgegeben von Hermann Fitting*, J. Guttentag, Berlin, 1894, reedición del año 1997, Nachdruck.

JAFFEY, Peter, *Private law and property claims*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

JANSEN, Nils, “European Civil Code”, en SMITS, Jan (Ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2006.

JARDIM, Mónica, *A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus*. (Comunicação feita na F.D.U.C., em 18 de Abril de 2008, no Colóquio: Euro-hipoteca, Mercado Financeiro e Harmonização Internacional do Direito das garantias o II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral, em 10/05/07).

JASMINE SADJADI, N. y THURNER, M., “Länderberichte Österreich”, en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, Band 23, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2006.

JEREZ DELGADO, Carmen, “La inscripción constitutiva a debate”, en *ADC*, Núm. LVI-2, Abril 2003.

JEREZ RIESCO, José Luis, *Comercio internacional*, ESIC, Madrid, 2007.

JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita, “La concurrencia de posesiones en conceptos diferentes sobre una misma cosa: especial referencia al artículo 463 del Código Civil”, en *ADC*, Núm. LII-2, 1999.

JORDANO BAREA, Juan B, “Posesión propiedad. Conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del notariado el día 2 de mayo de 1991”, en *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo VI (1992), Id. VLEX: VLEX-233178.

Bibliografía

JORDANO FRAGA, Francisco, “Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen de la cesión de créditos hipotecarios”, en *RCDI*, Núm. 653, 1999.

JOSIPOVIC, Tatjana, “Immobiliarsachenrecht in Kroatien”, Center of Legal Competence, Wien, 2002.

KEMPER, H., “Fragen zur Konsortialfinanzierung”, en *Länderseminar Niederlande*. 2 Juli 2003, dbb Forum, Berlin.

KERAMEUS, Konstantinos D. y KOZYRIS, Phaedon J., *Introduction to Greek law*, 2nd Edition, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1993.

KERRIDGE, Roger, *The law of succession*, 11th Edition, Sweet & Maxwell, London, 2002.

KIENINGER, Eva Maria, *Security rights in movable property in European private law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

KLAUBERG, Theis y PÄRN-LEE, Evelin, “Länderteil Estland”, en DERLEDER, Peter, KNOPS, Kai-Oliver y BAMBERGER, Heinz Georg (Dir.), *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. auflage, Springer, 2009.

KLEIJN, W. M., JORDAANS, J. P., KRANS, H. D., PLOEGER, H. D. y STEKETEE, F. A. P., “Property Law”, en CHORUS, Jeoren, GERVER, Piet-Hein, HONDIUS, Ewoud y KOEKKOEK, Alis (Ed.), *Introduction to Dutch Law*, Third revised edition, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

HOCK, Reiner, MAYER, Günter y HILBERT, Alfred, *Immobilien-vollstreckung*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2005.

HÖK, Götz-Sebastian, “Länderteil Belgien”, en DERLEDER Peter, KNOP, Kai-Oliver y GEORG BAMBERGER, Heinz (Herausgeber), *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. auflage, Springer, 2009.

KOHLER, Jürgen, “Property law”, en REIMANN, Mathias y ZEKOLL, Joachim, *Introduction to German law*, Kluwer Law International, 2nd Edition, 2005.

KUCHERENKO, Konstantin y LASSEN, Tim, “Länderbericht Ukraine”, en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*. Band II, Band 32, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlín, 2007.

KURCZ, Mgr Bartłomiej, “Harmonisation by means of Directives – never-ending story?”, en *European Business Law Review*, Nov/Dec 2001.

LACAL, Pascual, “El mito de la accesoriadad de la hipoteca”, en *RDP*, Núm 392, Nov. 1949.

Bibliografía

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de derecho civil. Derechos reales*, III, Vol. I, 2ª Ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2003.

- *Nociones de derecho civil patrimonial*, 4ª Ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

LACRUZ PÉREZ, María Jesús, *Notas prácticas sobre algunos aspectos de los préstamos y créditos hipotecarios, tras la Ley 41/07 de diciembre, que modifica la Ley sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios*. Disponible en www.notariosyregistradores.com.

LANDSMEER, Arie, "Capital Movements: On the Interpretation of Article 73b of the EC Treaty: ECJ, Manfred Trummer, Peter Mayer, Case C-222/97, Judgement, 16 March 1999", en *Legal issues of economic integration*, Vol. 27, Nº 2, 2000.

LANDO, O., "Can Europe built unity of civil law whilst respecting diversity?", en *Europa e diritto privato*, 1/2006.

- "On Legislative Style and Structure", en *ERPL*, Nº 4, 2006.

LANDO, Ole y BEALE, Hugh, *Principles of European Contract Law. Prepared by the Commission on European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

LAROUCHE, Pierre, "Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe: Presentation, Progress, Rationale", en *ERPL*, Nº 1, 2000.

LASARTE, Carlos, *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de derecho civil*, Tomo IV, 7ª Ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

LATHAM, Melanie, *The law of property*, en TRIDIMAS Takis y NEBBIA, Paolisa (Eds.), *European Union Law for the Twenty-first Century Rethinking the New Legal Order*, Volume 2, Hart Publishing, Oxford, 2004.

LAUROBA LACASA, Elena, "Artículos 521- a 522-8 CCC", en GINER GARGALLO, Antonio (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 2008.

LAWSON, Anna, "Easements", en TEE, Louise, *Land Law. Issues, debats, policy*, Willan Publishing, Portland, 2002.

LEGRAND, "Against a European Civil Code", en *The Modern Law Review*, Vol. 60, 1997.

LEHMANN, Matthias, "El trust y el derecho alemán: ¿historia de amor o choque de culturas?", en ARROYO i AMAYUELAS, Esther (Dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 2007.

LEITFADENREIHE ZUM KREDITRISIKO, *Kreditsicherungsrecht in Slowenien*, Oesterreichischen Nationalbank, 2004.

Bibliografía

- *Kreditsicherungsrecht in Tschechien*, Oesterreichischen Nationalbank, 2004.
- LEVY, Ernst, *Derecho romano vulgar de occidente*, Revista Histórica del Derecho. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 2003.
- LIGHTWOOD, John M., *A treatise on possession of land*, Stevens and Sons, London, 1894.
- LINDE PANIAGUA, Enrique (Coord.), *Políticas comunitarias*, Colex, Madrid, 2001.
- LITTLETON, Thomas, *Treatise of tenures*, by Tomlins, London, 1841.
- LLOPIS GINER, Juan Manuel, “El objeto de la hipoteca inmobiliaria (comentario al art. 106 de la LH)”, Núm. 617, en *RCDI*, 1993.
- LÓPEZ RICHART, Julián, *Los contratos a favor de tercero*, Dykinson, 2003.
- LÓPEZ-RODRÍGUEZ, Ana M., “Towards a European Civil Code Without a Common European Legal Culture? The Link Between Law, Language and Culture”, en *Brooklyn Journal of International Law*, Volume 29, Issue 3, 2004.
- LONDON SCHOOL OF ECONOMICS. *The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets. Report for European Commission, DGInternal Market and Services*. 2005.
- LÓPEZ LIZ, José, *Subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Bosch, Barcelona, 1995.
- LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M. y PENADÉS LÓPEZ, Vicente L. Montes (Coords.), *Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- LUCAS ESTEVE, Adolfo, “El derecho de retención en Cataluña. Concepto y fundamento”, en *RCDI*, Núm. 671, Mayo-Junio 2002. Id. vLex: VLEX-328499.
- LUCIO CICERÓN, Marco, *Las Leyes Catilinas. Traducción de las leyes, introducción y notas por Alvaro D’ors; y traducción de las Catilinas por María Casilda Guitérrez de Albéniz*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- LUPOI, Maurizio, *Trusts*, 2ª Ed., Giuffrè Editore, Milán, 2001.
- LURGER, Brigitta, “Introduction to the Project ‘Transfer of Movables’: Organisational Framework, Basic Issues and Goals”, en FABER, Wolfgang y LURGER, Brigitta, *Rules for the Transfer for Movables. A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, Sellier, Munich, 2008.

Bibliografía

LYCKOWSKA, Karolina, “El nuevo régimen de fiducie en el Derecho francés a la luz de las últimas reformas”, en *Indret*, 1.10. Disponible en <http://www.indret.com/es/>.

McENDRICK, Ewan, “Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In”, en VOGENAUER, Stefan y WEATHERILL, Stephen, *The harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006.

McGHEE, John, *Snell’s equity*, 13th Ed., *Property and conveyancing library*, Sweet & Maxwell, London, 2000.

MCFARLANE, Ben, *The structure of property law*, Hart Publishing, Oxford, 2008.

MAITLAND, F. W., *The Forms of Action at Common Law*, 1909. Disponible en <http://www.fordham.edu/halsall/basis/maitland-formsofaction.html>.

MANFRED, Wolf, “Marketability contra Freedom of Parties in the Law of Land Burdens”, en VAN ERP, S. y AKKERMANS, B. (Eds.), *Towards a Unified System of Land Burdens?*, Intersentia, Oxford, 2006.

MARKESINIS, Basil, UNBERATH, Hannes y JOHNSTON, Angus, *The German law of contract: a comparative treatise*, 2nd Edition, Hart Publishing, Oxford, 2006.

MARSHALL, Jennifer (Ed.), *European Cross-Border Insolvency*, Allen & Overy, 2002.

MARTÍN CASALS, Miquel, “Els principis de dret patrimonial europeu i la codificació del dret català”, *La Notarí*, núm. 11, noviembre 2001.

MARTÍN DIZ, Fernando, “Protección procesal del crédito transfronterizo en la Unión Europea: propuesta de orden de embargo de activos bancarios”, en *Revista de Derecho Comunitario*, Vol. 12, Núm 30, 2008.

- “Notas para la revisión del modelo de ejecución general de garantías reales inmobiliarias: hacia la Eurohipoteca”, en DE DISO, Salustiano, INFANTE, Javier, ROBLEDO, Ricardo y TORIJANO, Eugenia (Coords.), *Historia de la propiedad, crédito y garantía, V Encuentro Interdisciplinar*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.
- “Instrumentos de derecho comunitario para la protección procesal del crédito transfronterizo”, en SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Realismo jurídico y experiencia procesal*, Atelier, Barcelona, 2009.
- *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, Comares, Granada, 2000.

MARTIN, Jill E., *Modern Equity*, 15th Ed., Sweet & Maxwell Ltd, London, 1997.

Bibliografía

MARTHINUSSEN, Hans Fredrik, "Country Report Norway", en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*. Band II, Band 32, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2007.

MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, *El instituto del «Trust» en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios del «civil law»*, Aranzadi, Navarra, 2005.

MARTÍNEZ ROSADO, Javier, "Consideraciones en torno a modernas figuras de garantía: las reservas de dominio complejas", en *RDP*, Julio, 2003. Id. vLex: VLEX-193697.

MARTÍNEZ SANZ, Fernando, "Principios de Derecho europeo de los Contratos (Comisión Lando)", en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.

MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., "La función registral en los principales países europeos", en ORDUÑA MORENO, Javier y DE LA PUENTE ALFARO, Fernando, *Los Sistemas de Transmisión de la Propiedad Inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Cívitas, Madrid, 2009.

- "Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria", en ORDUÑA MORENO, Javier y DE LA PUENTE ALFARO, Fernando, *Los Sistemas de Transmisión de la Propiedad Inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Cívitas, Madrid, 2009.
- "Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria", en *Indret*, 4/2008. Disponible en www.indret.com.

MASIDE MIRANDA, Enrique, "El futuro Código Civil Europeo de Contratos", en *RCDI*, Núm. 684, Julio–Agosto, 2004. Id. vLex: VLEX-328755.

MASTROPAOLO, "La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/CE del 6 giugno 2002)", en *Rivista diritto commerciale*, I, 2003.

MATTEI, Ugo, "A transaction costs approach to the European Code", en *ERPL*, Nº 5, 1998.

- *Basic principles of property law. A comparative legal and economic introduction*, Greenwood Press, Westport, 2000.
- "Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics", en *International Review of Law and Economics*, 14, 1994.

MEDICUS, Dieter, "Durchblick: Die Akzessorietät im Zivilrecht", en *Juristische Schulung*, Heft 10, 1971.

MEGARRY, Robert y WADE, William, *The law of real property*, 6ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2000.

Bibliografía

MEGÍAS QUIRÓS, José Justo, “El subjetivismo jurídico y el derecho subjetivo en los textos romanos”, en CARPINERO, Francisco, MEGÍAS, José, RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J. y DE MORA, Enrique V., *El derecho subjetivo en su historia*, Universidad de Cadiz. Servicio de Publicaciones, Cadiz, 2003.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., “Estado, Propiedad, Mercado”, en *RCDI*, Núm. 708, Julio-Agosto 2008.

- “La función económica de los sistemas registrales”, en *RCDI*, Núm. 671, Mayo-Junio 2002. Id. vLex: VLEX-328493.
- “Registro de la Propiedad y desarrollo de los mercados de crédito hipotecario”, en *RCDI*, Núm. 700, Marzo–Abril 2007.

MÉNDEZ SERRANO, M^a del Mar, *Los fondos de inversión inmobiliaria y los arrendamientos urbanos: otra alternativa al problema de la vivienda en España*, La Ley, Madrid, 2007.

MENÉRES CAMPOS, Maria Isabel Helbling, *Da Hipoteca. Caracterização, constituição e efeitos*. Almedina, Coimbra, 2003.

MERRILL, Thomas W., “Property and the rights to exclude”, en *Nebraska Law Review*, Vol. 77, 1998.

- “Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 110, Octubre 2000.
- “What happened to property?”, en *The Yale Law Journal*, Vol. 111, Octubre 2001.

MERCER OLIVER WYMAN. *Study on the Financial Integration of European Mortgage Markets*. 2003.

MERRYMAN, John Henry, “Ownership and Estate (Variations on a Theme by Lawson)”, en MERRYMAN, J. H., *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law*, Kluwer Law International, 1999.

MILO, J. M., “Combating Late Payment in Business Transactions: How a New European Directive Has Failed to Set a Substantial Minimum Standard Regarding National Provisions on Retention of Title”, en *ERPL*, 3-2003.

- “Property and real rights”, en SMITS, Jan M. (Ed.), *Elgar encyclopedia of comparative law*, Edward Elgar, Northampton, Massachusetts, 2006.
- “La recepción del trust en los países bajos”, en ARROYO i AMAYUELAS, Esther (Dir.), *El Trust en el Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 2007.

MIQUEL, Joan, *Derecho privado romano*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

- *Historia del derecho romano*, Promociones y Publicaciones

Bibliografía

Universitarias, SA, Barcelona, 1995.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, “La reserva de dominio, referencia al derecho europeo”, en DÍAZ ROMERO, María del Rosario (Coord.), *Derecho privado Europeo: Estado Actual y Perspectivas de Futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Civitas, Navarra, 2008.

MIRA MOS, Corazón, “Un nuevo enfoque procesal de la ejecución hipotecaria”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 16, 2008.

MOLL DE ALBA, Chantal Lacuve, “El pacto comisorio en el Código Civil”, en *Revista de Derecho vLex*, Núm. 10, Octubre 2003. Id. vLex: VLEX-189446.

MONÉGER, Françoise, *Droit international privé*, Litec, Paris, 2001.

MONTÁNCHEZ RAMOS, Manuel, *Algunas reflexiones respecto del pacto de reserva de dominio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

MORGAN, Jill, “Leases: Property, Contract or More?”, en DIXON, M. (Ed.), *Modern Studies in Property Law*, Volume 5, Hart Publishing, Oxford, 2009.

MONTEMAYOR ACEBES, Martha Elena, *Fragmentos Vaticanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

MONTERO AROCA, *El nuevo proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- “Tratado de ejecuciones hipotecarias”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

MONTÉS PENADES, Vicente Luis, “Artículos 351 y 352”, en ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil*, Tomo V, Vol 1º, 2ª edición, 2008. Id. vLex: VLEX-229833.

MONTSERRAT VALERO, Antonio, *Las novedades de la ejecución hipotecaria en la LEC 2000*, Civitas, Madrid, 2002.

MOR, Guido, *Lex romana canonice compta : testo di leggi romano-canoniche del sec. IX pubblicato sul ms. parigino Bibl. nat. 12448 : con introduzione e due tavole delle fonti*, Tip. cooperativa, Pavia, 1927.

MUIRHEAD, James, *Historical introduction to the private law of Rome*, 2nd Edition revised and edited by GOUDY, Henry, Adam and Charles Black, London, 1899.

MURGA, José Luis, *Derecho romano clásico. II. El proceso*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza, 3ª Ed., 1983.

MURO VILLALÓN, J., “Art. 569-33. Art. 569-34. Art. 569-35. Comentario”, en

Bibliografía

GINER GARGALLO, Antonio (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 2008.

MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian, "EC Directives as a Means of Private Law Unification", en HARTKAMP, A., HESSELINK, M. y otros, *Towards a European Civil Code*, Third Fully Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International, 2004.

MUÑIZ ESPADA, Esther, *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- "La hipoteca de máximo del art. 153 bis Ley Hipotecaria", en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, M^a E., *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de crisis económica*, Edisofer, Madrid, 2009.
- *La propuesta de una hipoteca independiente en el Derecho español*, Madrid, 2008.
- "Las reformas del derecho concursal ante las nuevas medidas financieras (art. 12.2 Ley 41/2007 y art. 8 RDL 3/2009)", en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, M^a Elena, *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de crisis económica*, Edisofer, Madrid, 2009.

MURO VILLALÓN, Jesús Víctor, *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid, 1993.

NASARRE AZNAR, Sergio, "The Eurohypothe: a Common Mortgage for Europe", en *The Conveyancer and Property Lawyer*, January-February 2005.

- "Seis temas de common law", en *La Notaría*, Núm. 2/2003, Febrero 2003.
- *La garantía de los valores hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.
- "La reforma del derecho registral inglés", en *RCDI*, Núm. 683, Mayo-Junio 2004.
- "Reacciones al Libro Verde de la Unión Europea sobre el crédito hipotecario en torno a la Eurohipoteca", en MUÑIZ ESPADA, Esther, SÁNCHEZ JORDÁN, M^a. Elena, y NASARRE AZNAR, Sergio, *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy*, Colegio de Registradores de España, Madrid, 2008.
- Eurohypothe & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the Integration of EU Mortgage Credit Markets", en *Zentrum für Europäisches Rechtspolitik*, Universidad de Bremen. Diskussionpapier 7/2008, Bremen, 2008.
- "Panorama actual de la responsabilidad civil medioambiental en España. Especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre", en

Bibliografía

- COMUNITAT DE REGANTS – SINDICAT AGRÍCOLA DE L'EBRE, *Derecho de aguas, protección y conservación del medio ambiente. Jornadas sobre Derecho de aguas, protección y conservación del Medio Ambiente en las Tierras del Ebro. Tortosa, 3 y 4 de abril de 2008*, Tirant lo Blanch, 672.
- Crónicas sobre el progreso de armonización de los derechos reales en Europa en *ADC*, siguientes números: Núm. LIX-1, enero-marzo 2006; Núm. LIX-3, Julio-Septiembre 2006; Núm. LX-I, enero-marzo 2007; Núm. LX-3, Julio-Septiembre 2007; Núm. LXI-1, Enero 2008; Núm. LXI-3, Julio-Septiembre 2008; y [Núm. LXII-3, Julio 2009](#).
 - *Tort Law-Spain*, International Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law International, The Netherlands, 2008.
 - “La regulación de la fiducia como instrumento de utilidad financiera”, en en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (Coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 2005.
 - “El patrimonio fiduciario y el trust. La experiencia internacional aplicada a Cataluña. El III Congreso de Derecho Civil Catalán 2005”, en NASARRE AZNAR, S. y GARRIDO MELERO, M., *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006.
 - *Securitisation & Mortgage Bonds: Legal aspects and harmonisation in Europe*, Gostick Hall Publications, Cambridge, 2004.
 - “Eurohypothec: Drafting a Common Mortgage for Europe”, en *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, Vol. 2, Issue 1, 2010.
 - “Los requisitos de los créditos y préstamos hipotecarios para poder participar en el Mercado Hipotecario (art. 2.2 Ley 41/2007)”, en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, M^a Elena, *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de crisis económica*, Edisofer, Madrid, 2009.
 - “El comportamiento concursal de las cédulas hipotecarias y de las cédulas territoriales en la nueva ley concursal”, en CEF. *Centro de Estudios financieros*, Núm. 1/2004.
 - “Las novedades en la emisión de los bonos hipotecarios (art. 2.6 Ley 41/2007)”, en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, M^a Elena, *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de crisis económica*, Edisofer, Madrid, 2009.

NASARRE AZNAR, Sergio y RIVAS NIETO, Estela, “Las nuevas sociedades anónimas cotizadas en el mercado inmobiliario (SOCIMI): ¿solución para el alquiler de vivienda en España?”, en *Centro de Estudios Financieros (CEF)*, núm. 105, Octubre 2009.

- “Patrimonios financieros sin personalidad. Naturaleza jurídica y régimen tributario”, en *Centro de Estudios Financieros (CEF)*,

Bibliografía

núm. 261, diciembre 2004.

NASARRE AZNAR, Sergio y STÖCKER, Otmar, “Models d’hipoteca independent en dret comparat. La regulació d’un dret real de garantia independent a Catalunya”, en *RCDP*, Volum 2, 2003.

- “Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de Europa central”, en *RCDI*, Núm. 671, Mayo-Junio 2002.
- “Un pas més en la “movilització” de la hipoteca: la naturalesa i la configuració jurídica d’una hipoteca independent”, en *RCDP*, Vol. I, 2002.
- “Eurohypothec and Eurotrust: Future Instruments of a Pan-European Mortgage Market”, en VRIES ROBBÉ, Jan Job de y ALI, Paul U., *Innovations in securitisation. Yearbook 2006*, Kluwer Law International, 2006.

NAVARRO VIÑUALES, José María, “El derecho real de hipoteca inmobiliaria en la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, Núm 654, en *RCDI*, Septiembre-Octubre 1999.

NIGLIA, Leone, “The Non-Europeanisation of Private Law”, en *ERPL*, N° 4, 2001.

NOVÍSIMA RECOPIACIÓN de las leyes de España: dividida en XII libros en que se reforma la recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año de 1567 ... y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de 1804, mandada formar por el Señor Don Carlos IV, Tomo V, Libros X-XI-XII, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1975

OBERMÜLLER, Manfred, *Insolvenzrecht in der Bankpraxis*, 7. Auflage, 2007, Otto Schmidt, Köln.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “Artículos 1604 a 1664 del Código Civil”, en DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús, *Comentarios al Código Civil*, Tomo XX, Vol. 3º, Edersa, 2005, Id. VLEX: VLEZ-232487.

- *Compendio de Derecho Civil. Derechos reales e hipotecario*, Tomo 3, 2004. Id. vLex: VLEX-215166.

O’CONNOR, Pamela, “Registration of invalid dispositions: Who gets the property?”, en COOKE, Elizabeth, *Modern studies in property law*, Vol. III, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005.

OLESTI RAYO, Andreu, “El derecho de establecimiento”, en *Base de Datos Jurídica Iustel*: Ref: §900397.

OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, “La reserva de dominio como instrumento de lucha contra la morosidad en la Directiva 2000/35/CEE y en la Ley 3/2004”, en *RDPa*, Año 2006-1, N° 16.

Bibliografía

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN ECONÓMICA Y EL DESARROLLO (OCDE). *Organisation for Economic Co-operation and Development - Economic Surveys. European Union*. Volume 17/11. Septiembre 2007.

OSAJDA, Konrad, *The Experiences, Methods, Objectives and Perspectives of Unification of Private Law in the European Union* (April 18, 2006). Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=897403>.

OTTEN, Maike, "Sicherungsvertrag", en DERLEDER, Peter, KNOPS, Kai-Oliver y BAMBERGER, Heinz Georg (Dirs.), *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. auflage, Springer, 2009.

PADIAL ALBÁS, Adoración y TOLDRÀ ROCA, M^a Dolors, *El Derecho de propiedad y otros derechos reales en el derecho civil de Cataluña*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PALMER, Robert C., "The origins of property in England", en *Law and History Review*, Vol. 3, 1985.

PANESAR, Sukhninder, "The importance of Possession of Land", en *Hong Kong Law Journal*, Vol. 33, 2003.

PARICIO, Javier y FERNÁNDEZ BARREIRO, A., *Historia del derecho romano y su recepción europea*, 2^a Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1997.

PARISI, Francesco, SCHULZ, Norbert, y DEPORTER, Ben, "Duality in Property: Commons and Anticommons", en *International Review of Law and Economics*, 25, 2005.

PARISI, F., "Entropy with property". Disponible en http://ssrn.com/abstract_id=264315.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, "Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario", en *RCDI*, Núm. 711, Enero-Febrero 2009.

PAU PEDRÓN, A. "El patrimonio fiduciario desde la perspectiva registral", en GARRIDO MELERO, Martín y NASARRE AZNAR, S., *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III Congreso de derecho civil catalán*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

- *La hipoteca en el libro quinto del Código Civil de Cataluña*, Ponencia en las XIV Jornades de Dret Català a Tossa, 21 i 22 de septiembre de 2006.
- "Efectos de la inscripción en la constitución de los derechos reales", en *RCDI*, Núm. 625, Noviembre-Diciembre 1994.
- "The register as an instrument of security in property transactions",

Bibliografía

en SANCHEZ JORDÁN, María Elena y GAMBARO, Antonio, *Land law in comparative perspective*, Kluwer Law International, The Hague, 2002.

PAULO, Julio, *Sentencias a su hijo. Libro I. Interpretatio*, Introducción, traducción y notas por IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia, Universidad Autónoma de México, México, 1987.

PENNER, J, "Bundle of rights", en *UCLA Law Review*, Vol. 43, 1996.
- *The idea of property in law*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

PEÑA LÓPEZ, José María, *Concepto del derecho real: revisión crítica de su caracterización en la doctrina moderna*, Tórculo, A Coruña, 1998.

PÉREZ DE NANCLARES, J. Martín, "La falta de competencia de la UE para elaborar un Código Civil Europeo: sobre los límites a la armonización en materia de Derecho civil", en CÁMARA LAPUENTE, Sergio, *Derecho privado europeo*, Codex, Madrid, 2003.

PÉREZ VERA, Elisa (Dir.), *Derecho internacional privado*, Vol. II, UNED, Madrid, 2001.

PERREAU-SAUSSINE, Louis, *L'Immeuble et le droit international privé: étude des méthodes*, Defrénois, Paris, 2006.

PICHERER, Martin H., *Sicherungsinstrumente bei Konsortialfinanzierungen von Hypothekenbanken*, Verband deutscher Hypothekenbanken, Bonn, 2002.

PINNA, Andrea, *Drafting a Civil Code for Europe. Aims and Methods*, 2001.
Disponible en <http://palissy.humana.univ-nantes.fr/MSH/prog/ssn/SSN02.pdf>.

PLOEGER, Hendrik, VAN VELTEN, Aart y ZEVENBERGEN, Jaap, *Report for the Netherlands, Real Property Law and Procedure in the European Union Projekt*, 2005.

PLOEGER, Hendrik y VAN LOENEN, B Bastiaan, *Eulis - At the Beginning of the Road to Harmonization of Land Registry in Europe*, en *ERPL*, N° 3, 2004.

PLOEGER, H., VAN LOENEN, B. y NASARRE-AZNAR, S., "Eurotitle: Land Registry Standard", en *The global magazine for Geomatics*, GIm internacional, December, 2005

PLUCKNETT, Theodore F. T., *A concise history of the common law*, 5th Ed., Butterworth & Co. (Publishers) Ltd., London, 1956.

POLLOCK FREDERICK, y MAITLAND, Frederic William, *The history of English law. Before the time of Edward I*, 2ª Edición, Vol. II, Cambridge University Press, 1968.

Bibliografía

POSNER, Richard, "Economic analysis of Law", en ACKERMAN, Bruce A., *Economic foundations of property law*, Little, Brown and Company, Boston, 1975.

POVLAKIS, Meliha, "Länderbericht Bosnien und Herzegowina", en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, Band 23, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlín, 2006.

PRETEL SERRANO, Juan José. "La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito: Examen actual de la figura desde la perspectiva de la Ley 1/2000", en *RCDI*, Núm. 661, Septiembre-Octubre 2000.

PRIETO ESCUDERO, Miguel, "El concepto de privilegio del crédito", en *RDP*, núm. 1-2, Enero-Febrero 2006. Id. vLex: VLEX-289866.

PROVERA, Giuseppe, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, G. Giappichelli Editore, Torino, 1989.

PUGLIESE, Giovanni, *Instituzioni di Diritto romano*, 3º Ed., Giappichelli Editore, Torino, 1991.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, Tomo III, Vol. I, 3ª Ed., Bosch, Barcelona, 1991.

PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de derecho civil español*, Tomo III, Vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

QUESADA PÁEZ, Abigail, "Hipotecas especiales", en *RCDI*, Núm. 711, Enero – Febrero 2009.

RAMÓN CHORNET, Juan Carlos, "La oposición a la ejecución hipotecaria en la nueva LEC 2000", en *RCDI*, Núm. 663, Enero–Febrero 2001. Id. vLex: VLEX-328103.

RANK, Willem, "Harmonisation of National Security Rights", en DROBNIG, Ulrich, SNIJDERS, Henk. J., ZIPPRO, Erik-Jan (Ed.), *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, Sellier, München, 2006.

REHM, Christian, *Projektfinanzierung nach schweizerischen Recht*, Band 65, Schulthess, 2002.

REDONDO TRIGO, Francisco, "El pacto marciano, el pacto ex intervalo y la fiducia cum creditore en las garantías financieras del real decreto-ley 5/2005", en *RCDI*, Núm. 699, Enero-Febrero 2007.

REEVE, Andrew: "The meaning and definition of "property" in seventeenth-century England", en *Past and Present*, Nº 86, 1980.

REIMANN, Mathias, "Of products and process. The first six trento volumes and

Bibliografía

their making”, en MATTEI, U. y BUSSANI, M., *Opening Up European Law: The Common Core Project Towards Eastern and South Eastern Europe*, Berne, Switzerland: Stampfli Publishers, 2007.

REINHARD SCHULTE-BRAUCKS, Reinhard, y ONGENA, Steven, “The Late Payment Directive – a step towards an emerging European Private Law?”, en *ERPL*, N° 4, 2003.

REINOSO BARBERO, Fernando, “El derecho romano en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista General de Derecho Romano*, 10. Referencia IUSTEL: RI §406633.

REY PORTOLÉS, Juan Manuel, “La hipoteca como derecho real divorciado del crédito garantizado”, en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993.

RIDALL, J. G., *Land Law*, 7th Edition, Lexis Nexis UK, London, 2003.

RIZA ÇOBAN, Ali, *Protection of property rights within the European convention on human rights*, Ashgate, 2004.

ROCA SASTRE, Ramón M^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÀ i XIRGO, Joan, *Derecho hipotecario*, 9^a Ed., Tomos I, II-1, III, IV, VIII, IX y X, Bosch, Barcelona, 2008.

ROCA TRÍAS, Encarna, “El “Study Group a European Civil Code” (Proyecto Von Bar)”, en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Coord.), *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003.

- “Codification in Catalonia and in Europe. The Civil Code as an instrument for legal policy”, en PRATS ALBENTOSA, Lorenzo, PALAO MORENO, Guillermo y REYES LÓPEZ, María José (Coords.), *Derecho Patrimonial Europeo*, núm. 10, 2003.

RODRIGO BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, “Ejecución extrajudicial de hipoteca”, en *AC*, Parte Tribuna núm. 10/2001 (2001)

RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi, “El Justo título para usucapir”, en *RCDI*, Núm. 711, Enero-Febrero 2009.

- “Hacia la flexibilización de la hipoteca: la hipoteca flotante como nueva hipoteca de máximo”, en GÓMEZ GÁLLIGO, Javier, *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Tomo II, Aranzadi, Navarra, 2008.
- “Hacia la admisión de las hipotecas flotantes puras”, en *RCDI*, Núm. 701, Mayo-Junio 2007.

RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., “Artículo 1.930”, en ALBALDEJO GARCÍA, M., *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXV, Vol. 1º, 2005. Id. vLex: VLEX-255381.

Bibliografía

RODRÍGUEZ OTERO, Lino, *Instituciones de Derecho hipotecario*, Tomo I, Dijusa, 2007.

- “La valoración de nuestro sistema”, en *Cuestiones de Derecho Inmobiliario*, Dijusa, 2008.

RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J., “Jus commune y derecho subjetivo en el siglo XVI”, en CARPINTERO, Francisco, MEGÍAS, José, RODRÍGUEZ PUERTO, Manuel J. y DE MORA, Enrique V., *El derecho subjetivo en su historia*, Universidad de Cadiz. Servicio de Publicaciones, Cadiz, 2003.

RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, José Simeón, “Requerimientos del Derecho Comunitario en cuanto al régimen de adquisición y utilización de bienes inmuebles”, en *RCDI*, Núm. 657, Febrero 2000.

ROMANO, Silvio, “Gai Inst. IV, 2; 3; 4. Acciones in rem – Acciones in personam”, en *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, Volume Sesto, G. Giaspichelli Editore Torino, 1968.

ROSE, Carol M., “Crystals and Mud in Property Law”, en *Stanford Law Review*, Vol. 40, Nº 3, Febrero 1988.

ROUTLEY, P., “Tenancies and Estoppel – after *Bruton v London & Quadrant Housing Trust*”, en *Modern Law Review*, 63, 2000.

RÖTTINGER, Moritz, “Towards a European Code Napoléon/ABGB/BGB? Recent EC Activities for a European Contract Law”, en *European Law Journal*, Vol. 12, Nº 6, November 2006.

ROVIRA PEREA, Joaquín, “Cancelaciones obligacionales y reales tras la reforma de la Ley 2/1994”, en *La Notaría*, Núm. 49-50, Enero 2008.

RUBIO GARRIDO, Tomás, *La Ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, Comares, Granada, 1998.

RUBIO TORRANO, Enrique, “La llamada "Hipoteca Flotante"”, en *Aranzadi Civil*, Parte Tribuna núm. 15/2003, 2003.

RUDDEN, Bernard, “Economic Theory v. Property Law”, en EEKELAAR, John y BELL, John (Ed.), *Oxford essays in jurisprudence*, Third Series, Clarendon Press, Oxford, 1987.

RUDDEN, Bernard y MOSELEY, Hywel, *An outline of the Law of Mortgages*, The Estates Gazette Limited, London, 1967.

RUIZ-RICO MÁRQUEZ, J. F., “Procedimiento telemáticos y Registro de la Propiedad: crónica de una historia interminable”, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas tecnologías*, Nº 12, Año 2006.

Bibliografía

RUTGERS, Jacobien W., *European Competence, A European Civil Code, A Common Frame of Reference or An Optional Instrument* (November 19, 2009), pp. 14 y 15. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1509382>.

SAAVEDRA MONTERO, Eva, *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, Dykinson, Madrid, 1999.

SABATER BAYLE, Elsa, “Los contratos usurarios en la reciente Jurisprudencia”, en AC, Vol. I, BIB 1994\146.

SACALSCHI, Adrian Stefan, “Länderbericht Rumänien”, en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band II, Band 32, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2007.

SACCO, Rodolfo, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Instalment I of II)”, en *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, 1991.

SACRISTÁN BERGIA, Fernando, “Las garantías autónomas a primera demanda”, en SEQUEIRA, Adolfo, GADEA, Enrique y SACRISTÁN, Fernando (Dir.), *La contratación Bancaria*, Dykinson, 2007.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.

- “Hipoteca de constitución unilateral”, en *RCDI*, Julio-Agosto 2005.
- “Hipoteca de máximo e hipoteca flotante”, en *RCDI*, Núm. 707, Mayo-Junio 2008.

SALAZAR ROMERO, Juan Antonio, “La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: comentario a la Directiva 2000/35”, en *Revista General de Derecho Europeo*, Nº 4, mayo 2004. Referencia Base de Datos jurídica IUSTEL: RI §402550.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho mercantil*, Vol. II, 31ª Ed., Thompson-Aranzadi, Navarra, 2008.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª Paz, “Las tendencias unificadoras del derecho contractual europeo”, en *RDP*, Núm. 06, Noviembre 2003. Id. vLex: VLEX-20595.

SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena, “La Eurohipoteca”, en *Estudios jurídicos homenaje al profesor Díez-Picazo*, Thompson-Aranzadi, Madrid, 2003.

- “Historia de la Eurohipoteca”, en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, Mª. E., *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.
- “La propuesta polaca de introducción de una garantía real

Bibliografía

independiente”, en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, M^a E., *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de crisis económica*, Edisofer, Madrid, 2009.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002.

- “Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea”, en ÀREA DE DRET CIVIL, Universitat de Girona (Coord.), *El Dret civil català en el context europeu. Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa. 26 i 27 de setembre de 2002*, Girona, Documenta Universitaria, 2003.
- “Vías y límites a la unificación del derecho privado europeo: «soft law versus hard law» o Comisión contra Parlamento”, en DÍAZ ROMERO, María del Rosario (Coord.), *Derecho privado Europeo: Estado Actual y Perspectivas de Futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, Civitas, Navarra, 2008.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, “Breves reflexiones sobre las adquisiciones a non domino de inmuebles en el Ordenamiento alemán”, en *ADC*, Núm. LIV-4, Octubre, 2001.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. Olga, “Las peculiaridades del derecho inglés desde la mirada de la Europa continental”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. XVII, Enero 2000.

SÁNCHEZ RUZ, Heliodoro y SÁNCHEZ RUZ, Adelaida, “Paralización de ejecuciones de garantías reales”, en ROJO-EMILIO BELTRÁN, Ángel, *Comentario de la Ley Concursal*, Thompson-Civitas, Madrid, 2004.

SAN JOSÉ, M. Calvo, “La acción negatoria de servidumbres”, en *RDP*, Núm. 4, 2002. Id. vLex: VLEX-194681.

SCALAMOGNA, Pierluigi, ““Eurohipoteca”, lo strumento per armonizzare il mercato ipotecario europeo?”, *Congreso Nazionale del Notariato*, Pesaro, 18/21 settembre 2005.

SCHWAB, Karl H. y PRÜTTING, Hanns, *Sachenrecht*, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997.

SCHMID, Christoph, “Options under EU Law for the Implementation of a Eurohypothec”, en DREWICZ, TULODZIECKA, Agnieszka (Ed.), *Basic Guidelines for a Eurohypothec*, Warsaw, 2005.

SCHMID, C. y TOBIAS, Pinkel, “The Spanish Mortgage Reform from a Foreign Perspective – A Step Forward in Flexibility and Liberalisation?”, en MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, M^a E., *La reforma*

Bibliografía

del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de crisis económica, Edisofer, Madrid, 2009.

SCHULTE-NÖLKE, Hans, TWIGG-FLESNER, Christian y Ebers, Martin, *Consumer Law Compendium*. Disponible en <http://www.eu-consumer-law.org>.

SCHWAB, Karl Heinz, *Sachenrecht*, Verlag C. H. Bevk, 27 Auflage, München, 1997.

SEDA HERMOSÍN, Manuel Antonio, *El procedimiento de subrogación hipotecaria*, en MADRID DE CARRERAS, Valerio Pérez, *Hacia un nuevo derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2008.

SEFARINI, Felipe, *Instituciones de derecho romano*, Versión española de la 6ª edición italiana, y comparación con el derecho civil español general y especial de Cataluña por D. Juan de Dios Trías, José Espasa Editor, Barcelona, 1898.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La hipoteca unilateral*, Ed. Thompson-Civitas, Madrid, 2004.

SHEARS, P. & STEPHENSON, G., *James's Introduction to English Law*, Butterworths, London/Dublin/Edinburgh, 1996.

SHEPPARD, William, *An epitome of all the common & statute laws of this nation now in force: wherein more then fifteen hundred of the hardest words or terms of the law are explained, and all the most useful and profitable heads or titles of the law by way of common place, largely, plainly and methodically handled: with an alphabetical table*, "Published by His Highness special command. Reproducción electrónica.(Early English books online). Versión digital de: Early English books, 1641-1700; 849:17, London, 1656.

SCHULTZ, Fritz, *Derecho romano clásico*. Traducción directa de la edición inglesa por CRUZ TEIGERIO, José Santa, Bosch, Barcelona, 1960.

SEILER, Matthias, *Trust und Treuhand im schweizerischen Recht*, Schulthess, Zürich, 2005.

SLIJEPCEVIC, Ratomir M. y ILIJA, Babic, *Real Property rights in Serbia*, Band 17, Center of Legal Competence, Wien, 2005.

SIMÓN MORENO, Héctor, "La sindicación del préstamo inmobiliario en el corporate finance. Su posible optimización", en *RCDI*, Núm. 713, Julio-Agosto 2009.

- "El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sus aplicaciones prácticas", en GARRIDO MELERO, Martín y NASARRE AZNAR, S., *Los patrimonios fiduciarios y el trust: III Congreso de derecho civil catalán*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- "La cesión de créditos hipotecarios", en MUÑIZ ESPADA, Esther,

Bibliografía

- NASARRE AZNAR, Sergio y SÁNCHEZ JORDÁN, M^a Elena, *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de crisis económica*, Edisofer, Madrid, 2009.
- SIMPSON, A. W. B., *A history of the land law*, 2nd edition, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- SMITH, Roger, *Property law*, 4th Edition, Longman, New York, 2003.
- SMITS, Jan, "A European Private Law as a Mixed Legal System", en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 5, 1998.
- *The making of European private law. Towards a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp Intersentia, 2002.
 - "Convergence of Private Law in Europe: Towards a New Ius Commune?", en ORUCU, Esin y NELKEN, David (Eds.), *Comparative Law: A Handbook*, Hart Publishing, 2007.
- SNIJDERS, Henk J., "Access to Civil Securities and Free Competition in the EU, a Plea for One European Security Right in Movables", en DROBNIG, Ulrich, SNIJDERS, Henk. J., ZIPPRO, Erik-Jan (Ed.), *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, Sellier, München, 2006.
- SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 6, 12 Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Berlin, 1990.
- SPARKES, Peter, *European Land Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007.
- STADLER, Astrid, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Mohr Siebeck, 1996.
- STEIN, Peter G., *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Siglo veintiuno de España editores, Madrid, 2001.
- STEINER, Eva, "Codification in England: The Need to move from an Ideological to a Functional Approach-A Bridge too Far?", en *The Statute Law Review*, Vol 25, Nº 3, 2004.
- STEPHENSON, Charles H. S., *A Study of the law of mortgages*, 2^a Ed., Effingham Wilson, Londres, 1912.
- STEVEN, Andrew J., "Accessoriness and Security over Land", en *Edinburgh Law Review*, Vol. 13, 2009.
- STÖCKER, Otmar, "La Eurohipoteca", traducción de CASERO MEJÍAS, Manuel, en *RCDI*, Enero-Febrero, núm. 620, 1994.
- *La Eurohipoteca: ¿La accesoriedad como dogma?*, Traducción de Héctor Simón Moreno, en MUÑIZ ESPADA, Esther, NASARRE AZNAR, S. y SÁNCHEZ JORDÁN, Elena, "Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy", Colegio de

Bibliografía

- Registadores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.
- “Real estate liens as security for cross-border property finance The Eurohypothech - a security instrument with real prospects”, en *RCDI*, Núm. 703, Septiembre–Octubre 2007.
- STÖCKER, O. y STÜRNER, R., *Flexibility, Security and Efficiency of Security Rights Over Real Property in Europe*, Vol. III, Band 39, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2009.
- STOIMENOV, Dimitar y IVANOV, Boris, *Grundeigentum und Sicherheiten in Bulgarien*, Band 35, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2007.
- STRAHAN, J. Andrew, *The principles of the general law of mortgages*, 3rd Ed., Sweet & Maxwell, London, 1925.
- STÜRNER, Michael, “Tendiendo un puente entre el common law y el derecho continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 15, Enero 2007.
- STÜRNER, R. y STADLER, A., *Hypothekenpfandbriefe und Deckungswerte in der Schweiz*, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Band 31.
- SUTHERLAND, Donald W., *The assize of novel disseisin*, Oxford University Press, Oxford, 1973.
- TALAMANCA, Mario, *Instituzioni di diritto romano*, dott. A. Guiffre Editore, Milano, 1990.
- TATE, Joshua C., “Ownership and Possession in the Early Common Law”, en *American Journal of Legal History*, Vol. 48.
- TEJEDOR BARTOLOMÉ, Cristina, “Los préstamos sindicados como alternativa a la financiación tradicional”, en *Estrategia financiera*, Nº 218, 2005.
- THOMAS FÜLLER, Jens, “The German Property Law and its Principles – Some Lessons for a European Property Law”, en FABER, Wolfgang y LURGER, Brigitta, *Rules for the Transfer for Movable. A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, Sellier, Munich, 2008.
- THOMAS, David. A., “Restatements Relating to Property: Why Lawyers Don't Really Care”, en *Real Property, Probate and Trust Journal*, Vol. 38, 2004 .
Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1184059>.
- THOMPSON, Mark P., *Modern land law*, Fourth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- THUNIS, Xavier y VAN DER MENSBRUGGHE, François, “A la recherche de la

Bibliografía

«possession» en droit anglais”, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1-2000.

TIIVEL, Rein, “Länderberichte Estland”, en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, Band 23, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlín, 2006.

TRATNIK, Matjaz, “Länderbericht Slowenien”, en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band I, Band 23, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlín, 2006.

TRIMARCHI, Mario, “I beni e la proprietà”, en TIZZANO, Antonio, *Il Diritto Privato dell'Unione Europea*, Tomo I, G. Giappichelli editore, Torino, 2006.

- TRIMARCHI, Mario, “Proprietà e diritto europeo”, en *Europa e diritto privato*, Nº 3, 2002.

TRIDIMAS, Takis, *The general principles of EU Law*, 2n Ed., Oxford University Press, Oxford, 2007.

TUOR, Peter, SCHNYDER, Bernhard, SCHMID, Jörg y RUMO-JUNGO, Alexandra, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12 Auflage, Schulthess, Zurich, 2003.

TURNER, R. W., *The equity of redemption. Its nature, history and connection with equitable estates generally*, Cambridge University Press, 1931.

UNDERKUFFLER, Laura S., *The idea of Property: Its Meaning and Power*, Oxford University Press, 2003.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, “Aspectos civiles de la Ley 2/1994, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios”, en *AC*, Nº 4, 1994.

URIA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y PÉREZ DE LA CRUZ, Antonio, en URIA, R., MENÉNDEZ, A. y APARICIO GONZÁLEZ, Maria Luisa, *Curso de derecho mercantil*, II, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2007.

VADILLO CASERO, Teresa J., “La eurohipoteca”, en *El notario del Siglo XXI*, Noviembre – Diciembre 2006, nº 10. Disponible en <http://www.elnotario.com/egest/portada.php>.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel, “La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable”, en *Jornadas sobre la 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*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.

VAN BLIET, Lars, “The Transfer of Moveables in Scotland and England”, en *Edinburgh Law Review*, Vol. 12, issue 2, Mayo 2008.

Bibliografía

- *Mortgages on Immovables in Dutch Law in Comparison to the German Mortgage and Land Charge* (October 18, 2007). Maastricht Faculty of Law Working Paper. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1147543>.

VAN CAENEGEM, R. C., *An historical introduction to private law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

VAN ERP, Sjef, "European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism?", en *Walter van Gerven Lectures*, 6, Europa Law Publishing, December, 2006.

- "Security Interests: A Secure Start for the Development of European Property Law", en *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, No. 5, 2008. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1297282>.
- *From 'Classical' to Modern European Property Law?* (April 2, 2009). Collection of Essays, Forthcoming. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1372166>.
- Globalisation or isolation in new Dutch property law? The New Civil Code of the Netherlands and the New Civil Codes of the Netherlands Antilles and Aruba Compared", en *EJCL*, Vol. 7.5, Diciembre 2003. Disponible en <http://www.ejcl.org/>.
- "A numerus quasi clausus of property rights as a constitutive element of a future european property law?", en *EJCL*, Vol 7.2, junio 2003. Disponible en <http://www.ejcl.org/>.
- "Comparative property law", en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.), *The oxford handbook of comparative law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- "European Union case law as a source of European private law: A Comparison with American Federal Common Law", en *EJCL*, Vol. 5.4, Diciembre 2001. Disponible en <http://www.ejcl.org/>.
- "Linguistic Diversity and a European Legal Discourse", en *EJCL*, Vol. 7.3, 2003, Editorial. Disponible en <http://www.ejcl.org/>.
- "Surety agreements and the Principle of Accessory – Personal Security in the Light of a European Law Principle", en *ERPL*, N° 3, 2005.

VAN GERVEN, Walter, "Casebooks for the common law of Europe: Presentation of the project", en *ERPL*, N° 4, 1996.

- "Principles of Contract Law", en HARTKAMP, A., HESSELINK, M. y otros, *Towards a European Civil Code*, Third Fully Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International, 2004.

VAN LOENEN, Bastiaan y PLOEGER, Hendrik, "EULIS – At the Beginning of the Road to Harmonization of Land Registry in Europe", en *ERPL*, N° 3, 2004.

VAN NIEVELT, Börre, "Vollständige oder teilweise Abtretung einer Hypothekenforderung", en *Länderseminar Niederlande*, 2 Juli 2003, dbb Forum, Berlin.

Bibliografía

VAQUER, Antoni, “La codificación del Derecho patrimonial en Cataluña: en busca de modelos comparados”, en *La Notaría*, Núm. 11, 2001. Id. vLex: VLEX-242006.

VAQUER ALOY, Antoni y CASTELLS ALCUBIERRE, Gerard, “L'expropiació forçosa de l'usdefruit d'habitatges buits per a arrendar-los en la Llei 18/2007, del dret a l'habitatge”, en *Revista Catalana de Dret Privat*, Vol. 10, 2009.

VERBEKE, Alain y LELEU, Yves-Henri, “Harmonisation of the Law of Succession in Europe”, en HARTKAMP, A., HESSELINK, M. y otros, *Towards a European Civil Code*, Third Fully Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International, 2004.

VERDERA SERVER, Rafael, *La hipoteca a favor de dos o más acreedores*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

VERSTIJLEN, Frank. M. J., “General aspects of transfer and creation of Property Rights”, en DROBNIG, Ulrich, SNIJDERS, Henk. J., ZIPPRO, Erik-Jan (Ed.), *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?*, Sellier, München, 2006.

VIRGÓS SORIANO, M. y GUAL GRAU, C., “La mediación como alternativa”, en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, Núm. 20, Mayo 2008.

VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *Comentario al reglamento de insolvencia*, Thompson-Civitas, Madrid, 2003.

VITTORIA ONUFRIO, Maria, “Harmonisation of European contract law and legal translation: a role for comparative lawyers”, en *InDret*, 2/2004. Disponible en <http://www.indret.com/es/>.

VIVAS TESÓN, Inmaculada, “Comentario a la Sentencia del TS de 30 enero 1999 (RJ 1999,522)”, en *RDPa*, núm. 3/1999.

VOCI, Pasquale, *Instituzioni di diritto romano*, 3ª Ed., Giuffrè, Milano, 1954.

VOLTERRA, Eduardo, *Instituciones de derecho privado romano*, Traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús Daza Martínez, Civitas, Madrid, 1991.

VON BAR, Christian, “A Common Frame of Reference for European Private Law - Academic Efforts and Political Realities”, en *EJCL*, Vol. 12.1, Mayo 2008. Disponible en <http://www.ejcl.org/>.

- *The Common European Law of Torts. The Core Areas of tort Law. Its approximation in Europe, and its accomodation in the Legal system*, Vol. I, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- “A new Jus Commune Europaeum/Importance of the Common Law”, en MARKESINIS, Basil S, *Millennium Lectures. The coming*

Bibliografía

together of the Common Law and the Civil Law, Hart Publishing, Oxford, 2000.

VON BAR, Christian y CLIVE, Eric (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Vol. 5 y 6, Sellier, Munich, 2009.

VON BAR, C. y DROBNIG, U., *The interaction of contract law and property law in Europe. Comparative study*, European Law Publishers, München, 2004.

HARTKAMP, A., HESSELINK, M. y otros, *Towards a European Civil Code*, Third Fully Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International, 2004.

WALDOCK, CH. M. y GREVILLE HANBURY, Harold, *The law of mortgages*, Stevens & Sons, Sweet & Maxwell, LTD, London, 1938.

WATT, Gary, *Trusts and equity*, 3rd Ed., Oxford University Press, Oxford, 2008.

- "Mortgage Law as a Legal Fiction", en COOKE, Elizabeth, *Modern studies in property law*, Vol. 4, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.
- "The Eurohypothech and the English Mortgage", en *Maastrich Journal of European and Comparative Law*, 13, 2006.

WEATHERILL, Stephen, "Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?", en *ERPL*, N° 5, 2004.

WEHRENS, Hans G., "Real Security regarding Immovable Objects – Reflections on a Euro-Mortgage", en HARTKAMP, A., HESSELINK, M. y otros, *Towards a European Civil Code*, Third Fully Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International, 2004.

WERRO, F., "Towards denationalization of Private Law in Europe", en WERRO, F. (Ed.), *New perspectives on European Private Law*, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Suiza, 1998.

WESENBERG, Gerhard y WESENER, Gunter, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*; traducido de la 4^a edición alemana, Wien-Köln-Graz, 1985, por DE LOS MOZOS TOUYAM, José Javier; Lexnova, Valladolid, 1998.

WHINCUP, Michael H., *Contract law and practice*, Fifth revised and enlarged edition, with a foreword by Professor Bernard Rudden, Kluwer Law International, 2006.

WILHEM, Jan, *Sachenrecht*, 3 Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2007.

WOLFSTEINER, Hans y STÖCKER, Otmar, "A non-accessory Security Right over Real Property for Central Europe", en *Notarius International*, Vol. 8, 1-2/2003.

Bibliografía

WOLFF, Martín, *Derecho de cosas*. Tomo III, Vol I, 3ª Ed. al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1971.

WONNACOTT, Mark, *Possession of land*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

WORTHINGTON, Sarah, *Personal property law. Text and materials*, Hart Publishing, Oxford, 2000.

- *Equity*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- "Equity", en CANE, Peter y TUSHNET, Mark (Eds.), *The Oxford handbook of legal studies*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

YOUNGS, Raymond, *English, French & German Comparative Law*, 2nd Edition, Roudledge-Cavendish, London, 2007.

ZEVENBERGEN, J., "Registration of Property Rights", en *Notarius International*, 1-2 2003.

ZIMMERMANN, Reinhard, "Roman law and the harmonisation of private law in Europe", en HARTKAMP, A., HESSELINK, M. y otros, *Towards a European Civil Code*, Third Fully Revised and Expanded Edition, Kluwer Law International, 2004.

ZIVKOVIC, Milos, "Country Report Serbien", en STÖCKER, O. (Dir.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*. Band II, Band 32, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlín, 2007.

ZOLL, Fryderyk, KRAFT, Anton y THURNER, Mario, *Polnisches Insolvenzrecht*, Band 5, Center of Legal Competence, Wien, 2002.

ZÖLLER, *Zivilprozeßordnung*, 20. Auflage, Verlag Dr. ottoSchmidt, Köln, 1997.

ZUNZUNEGUI, Fernando, "Una aproximación a las garantías financieras (Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005)", en *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, Working Paper 2/2006. Disponible en <http://rdmf.wordpress.com/>.

ZURILLA CARIÑANA, M^a Ángeles, *La garantía real y la propiedad horizontal*, Tecnos, Madrid, 1995.

ZWEIGERT, Honrad y KÖTZ, Hein, *Introducción al derecho comparado*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

ANEXO: BASIC GUIDELINES²⁴⁵³

B. Documento de trabajo: “Líneas básicas para una Eurohipoteca”

B.II. La Eurohipoteca

2. PRINCIPIOS

2.1. La Eurohipoteca

La Eurohipoteca es un gravamen inmobiliario no accesorio que atribuye a su titular el derecho al pago de una suma de dinero sobre un inmueble. Generalmente se emplea en combinación con un contrato de garantía.

2.2. Contrato de garantía

El contrato de garantía establece los términos bajo los cuales el titular de la Eurohipoteca puede conservarla y ejecutarla.

El contrato de garantía no es igual al contrato de préstamo. No obstante, aquél puede incluirse en el mismo documento que el contrato de préstamo.

2.3. *Lex Rei Sitae*

La ley del Estado miembro en el que se sitúa el inmueble (*lex rei sitae*) es de aplicación a la Eurohipoteca, incluyendo el Registro de la Propiedad y el certificado de Eurohipoteca, y al contrato de garantía.

3. CREACIÓN

3.1. Consentimiento del propietario

El propietario del inmueble es el único legitimado para crear una Eurohipoteca. El propietario del inmueble gravado y el deudor del crédito garantizado pueden ser sujetos diferentes.

Es posible que la ley nacional exija un acuerdo entre el propietario y el futuro titular de la Eurohipoteca como requisito sustantivo para la creación de esta garantía.

3.2. Inscripción en el Registro de la Propiedad y requisitos formales

En el ámbito de la inscripción registral (a la que se alude en el número 7), resultan de aplicación a la Eurohipoteca los siguientes principios:

Oponibilidad (eficacia frente a terceros): La Eurohipoteca debe ser inscrita en el Registro nacional correspondiente, de acuerdo con lo exigido por la ley nacional.

La Eurohipoteca sólo es oponible frente a terceros cuando figure inscrita en el Registro.

²⁴⁵³ Traducción extraída de SÁNCHEZ JORDÁN, M^a Elena, y NASARRE AZNAR, Sergio, *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy*, Colegio de Registradores de España, Madrid, 2008.

Requisitos formales: Los requisitos formales relativos a las declaraciones de las partes y a la inscripción registral son los mismos que se exigen en la legislación nacional a otros gravámenes sobre inmuebles (hipotecas).

Contenidos de la inscripción registral: El asiento de inscripción registral debe contener los siguientes aspectos:

- la cuantía de la deuda y la moneda en que ha de efectuarse el pago²⁴⁵⁴,
- el titular de la Eurohipoteca,
- si se trata de un derecho adherido a un certificado o no (siempre y cuando la ley nacional admita ambas posibilidades),
- si la hipoteca es o no ejecutiva (si es que no es que no se considera ya ejecutable por ley),
- en el caso de que se trate de una Eurohipoteca que grave varios inmuebles (*multi-parcel Eurohypothec*)²⁴⁵⁵, habrá de aludirse a los restantes inmuebles gravados.

3.3. Derecho certificado y no certificado.

La legislación nacional podrá establecer que la Eurohipoteca pueda estar estructurada como derecho certificado (*letter right*) o no certificado (*non-letter right*)²⁴⁵⁶, en función de lo que decidan las partes.

En el Registro de la Propiedad debe constar si se trata de un derecho certificado o no certificado, en el caso de que la ley nacional admita ambas posibilidades.

3.4. Pago

Capital: El titular de la Eurohipoteca tiene derecho al pago del capital que figure en la inscripción registral. Su derecho de crédito debe consistir en el pago de una suma de dinero.

La Eurohipoteca puede garantizar el pago de una suma de dinero en cualquiera de las monedas de curso legal en los Estados miembros. La ley nacional también puede establecer la posibilidad de que garantice sumas de dinero en otra moneda

²⁴⁵⁴ Esta moneda y cuantía puede diferir respecto a la cuantía debida conforme al acuerdo contractual.

²⁴⁵⁵ N.T. En el texto original se hace equiparar a “multi-parcel Eurohypothec” la “joint Eurohypothec”, lo que no siempre ocurre. La “multi-parcel” hace referencia a la Eurohipoteca que grava diversas fincas en garantía de una o varias obligaciones; la “joint” hace referencia al tipo de relación que se establece entre cada una de las fincas gravadas con una misma Eurohipoteca y, en concreto, señala que la responsabilidad de todas las fincas gravadas es solidaria (joint) – que es el tipo de responsabilidad que rige en Alemania- en contraste con la responsabilidad dividida, que existe en derecho español (art. 119 LH). En esta traducción, por lo tanto, hemos adoptado la única terminología que hace referencia exclusivamente al hecho de que una Eurohipoteca grave diversas fincas, que es la de “multi-parcel”.

²⁴⁵⁶ N.T. Hace referencia al tipo de Eurohipoteca según si sólo consta en el Registro de la Propiedad o si además la Oficina del Registro ha emitido un certificado que representa la inscripción y que supone una vida extrarregistral para la Eurohipoteca, pues ésta va adherida a dicho certificado.

Intereses: La Eurohipoteca no genera intereses²⁴⁵⁷.

Crédito garantizado: La creación, transmisión y existencia de la Eurohipoteca, así como el ejercicio de los derechos que de ella derivan no depende de la existencia de obligaciones garantizadas²⁴⁵⁸.

En cualquier caso, si la Eurohipoteca se emplea con fines de garantía, el propietario del inmueble gravado puede oponerse en los supuestos en los que el titular de la Eurohipoteca ejercite derechos derivados de la garantía que no se le hayan concedido en el contrato de garantía.

3.5. Objeto

Inmueble: La Eurohipoteca puede gravar inmuebles (*land*) situados en cualquier Estado miembro de la UE.

Otros bienes gravables: La *lex rei sitae* será la que establezca la posibilidad de que se pueda gravar, a través de la Eurohipoteca, no solo el suelo, sino también los edificios de los que se sea titular con independencia del suelo²⁴⁵⁹ o cualquier otra carga inmobiliaria o Eurohipoteca (en este caso se llamaría Sub-eurohipoteca)²⁴⁶⁰.

Eurohipoteca sobre varios inmuebles (*Multi-Parcel*) y²⁴⁶¹ Eurohipotecas transnacionales: La legislación nacional podrá establecer la posibilidad de que una única Eurohipoteca pueda gravar varios inmuebles situados en el mismo Estado miembro.

Varias Eurohipotecas constituidas en distintos Estados miembros pueden garantizar uno o varios derechos de crédito al mismo tiempo a través de un único contrato de garantía (Eurohipotecas transnacionales).

Ámbito objetivo de la Eurohipoteca: El ámbito de la Eurohipoteca es el mismo que el de otros gravámenes inmobiliarios previstos en la legislación nacional, en tanto que éstos alcanzan a la propiedad y los frutos del inmueble, en particular las rentas, las pertenencias y también las acciones derivadas de contratos de seguros por pérdidas o daños a la propiedad, las edificaciones y otros bienes determinados²⁴⁶².

3.6. Titular

²⁴⁵⁷ Algunos miembros son partidarios de la posibilidad de que la legislación nacional admita que la Eurohipoteca genere intereses, de conformidad con un tipo que puede ser distinto del acordado para el contrato de préstamo. El tipo de interés (o, en caso de tipos flexibles, el tipo máximo) deberá figurar en la inscripción registral.

²⁴⁵⁸ La causa de la Eurohipoteca puede encontrarse en el contrato de garantía o en un deber independiente de crear una Eurohipoteca, que podría encontrarse incluido en el mismo documento que el contrato de préstamo (véase parte CII 2).

²⁴⁵⁹ N.T. En España, por ejemplo, a través del derecho de superficie.

²⁴⁶⁰ N.T. Con esta traducción se aclara lo que en el original no quedaba suficientemente claro sobre cuál debe ser el objeto de la Sub-eurohipoteca: lo será una Eurohipoteca.

²⁴⁶¹ N.T. En el original podría llevara confusión la disyuntiva “o” dado que la Eurohipoteca “multi-parcel” y las “Eurohipotecas transnacionales” son dos figuras distintas.

²⁴⁶² Algunos miembros prefieren una armonización en cuanto al ámbito objetivo de la Eurohipoteca.

Eurohipoteca de propietario (*Owner's Eurohypothec*)²⁴⁶³: La ley nacional puede establecer la posibilidad de que la Eurohipoteca pueda constituirse a favor del propietario actual del inmueble. En tal circunstancia, el propietario continúa siendo el titular de la Eurohipoteca incluso aunque transmita la propiedad sobre el inmueble.

Representante registral (*Register representative*): Cualquier persona física o jurídica puede ser titular de una Eurohipoteca. En el caso de que se constituya o se transmita una Eurohipoteca a una persona jurídica, carente de personalidad (por ejemplo, un *trust* u otra entidad fiduciaria), la legislación nacional puede establecer que la inscripción registral sea válida únicamente si aparece inscrito un representante registral de dicha entidad, que de información completa y realice cualquier declaración en nombre del titular actual de la Eurohipoteca.

4. CONTRATO DE GARANTÍA

4.1. Definiciones y ley aplicable. “Contrato de garantía” es un acuerdo contractual en virtud del cual el propietario de un inmueble concede una Eurohipoteca como mecanismo de garantía en favor del (futuro) titular de la Eurohipoteca.

“Crédito garantizado” es la obligación asegurada a través del contrato de garantía y que otorga a su titular un derecho a recibir un pago en efectivo. Puede consistir en, o incluir:

- Obligaciones presentes o futuras (incluyendo las obligaciones que surgen de un contrato marco o un acuerdo similar);
- Obligaciones debidas al futuro titular de la Eurohipoteca por un sujeto distinto del garante; u
- Obligaciones de un tipo específico, que surgen de tiempo en tiempo²⁴⁶⁴.

La Eurohipoteca puede emplearse para garantizar préstamos transfronterizos pero, dependiendo de la voluntad de las partes, también puede servir para asegurar préstamos nacionales.

El contrato de garantía no está sujeto a las previsiones legales de los contratos de préstamo. La legislación sustantiva aplicable al contrato de garantía es la ley del Estado miembro en el que el inmueble está situado (*lex rei sitae*)²⁴⁶⁵.

4.2. Forma y contenido

²⁴⁶³ N.T. Esta Eurohipoteca de propietario va más allá que la “hipoteca unilateral” del art. 141 LH y, en consecuencia y debido a la finalidad que persigue esta modalidad de Eurohipoteca aquí propuesta, hemos optado por una traducción literal que se corresponde con la modalidad de hipoteca de propietario, no permitida en nuestro derecho pero sí en diversos países europeos; en consecuencia, la posibilidad de su constitución queda dependiente de la *lex rei sitae*.

²⁴⁶⁴ N. T. Se refiere a obligaciones que, no siendo fijas pero sí determinables, quedan garantizadas con la Eurohipoteca cada vez que comienzan.

²⁴⁶⁵ Algunos miembros prefieren abrir la posibilidad de elección libre de la ley aplicable a los contratos de garantía, en especial, en los supuestos de préstamos inmobiliarios comerciales.

La obtención de una Eurohipoteca como mecanismo de garantía por una persona distinta del titular del bien gravado precisa un contrato de garantía.

Forma

El contrato de garantía se hará en la forma exigida por la legislación nacional. Los contratos verbales son inválidos²⁴⁶⁶

El propietario tiene derecho a recibir una copia escrita del contrato de garantía. La ley nacional puede establecer requisitos formales adicionales para el contrato de garantía. En cualquier caso, el acuerdo no tiene que ser inscrito en el Registro de la propiedad²⁴⁶⁷.

Contenido mínimo

El contrato de garantía debe contener, como mínimo, las siguientes estipulaciones:

- las partes y la fecha del acuerdo,
- la Eurohipoteca; es posible emplear el mismo contrato de garantía para varias Eurohipotecas o para Eurohipotecas sobre varios inmuebles (*multi-parcel Eurohypothec*),
- los créditos que se van a garantizar;
- las condiciones de redención de la Eurohipoteca por parte de aquél que la ha dado en garantía;
- las condiciones del procedimiento de ejecución de la Eurohipoteca dentro de los límites establecidos por las distintas legislaciones nacionales afectadas.

Cláusulas prohibidas

El contrato de garantía no puede establecer las siguientes cláusulas:

- restricciones a la venta de la propiedad como un todo;
- el pacto comisorio

El propietario del inmueble gravado no puede crear nuevas cargas sobre la propiedad que pudieran afectar a la Eurohipoteca sin el consentimiento del titular de la garantía en la forma prevista por la ley nacional. Esta previsión no se aplica a las cargas de rango inferior.

4.3. Redención y derechos del propietario

En el caso de que no exista un contrato de garantía válido, o si todas las obligaciones garantizadas hubieran sido reembolsadas al acreedor, el garante tiene derecho a solicitar la redención de la Eurohipoteca o de parte de ésta. Tiene derecho a decidir la forma de redención, que podría consistir en la

²⁴⁶⁶ N. T. Esta prohibición se refiere a evitar formas que no llevasen a admitir la afectación del contrato de garantía a terceros, dar más seguridad y certeza al contrato y una mayor protección de los consumidores (ver infra. sobre el "Contenido Mínimo" y párrafo 5.6).

²⁴⁶⁷ N. T. Ello se hace en aras a una mayor flexibilidad. No se prohíben otro tipo de constancias en el Registro, ya que debe hallarse una compatibilidad con el párrafo 5.6.

extinción de la Eurohipoteca o en su transmisión al garante o, a elección de éste, a un tercero. En caso de que fuera necesario, el titular de la Eurohipoteca debe contribuir al abono de tales gastos.

El garante está facultado para ceder el derecho de redención a un tercero.

En el supuesto de que la Eurohipoteca fuera certificada, el derecho de redención incluye el derecho a recibir el certificado.

En el caso de exceso de garantía o sobrecobertura (*over-collateralisation*), el garante puede solicitar, a su propia costa, la adaptación parcial de la garantía a través de una reducción parcial de la Eurohipoteca o a través de una redención parcial²⁴⁶⁸.

En caso de ejecución, el titular de las distintas Eurohipotecas podría estar facultado por el contrato de garantía para elegir qué propiedades va a ejecutar. El procedimiento de ejecución puede llevarse a cabo de forma separada, sobre cada propiedad, o de forma conjunta²⁴⁶⁹.

Si el titular de la Eurohipoteca incumple el contrato de garantía, el titular del inmueble tiene derecho a recibir indemnización por los daños sufridos de acuerdo con la *lex rei sitae*. La legislación nacional debe concederle una compensación efectiva.

5. TRANSMISIÓN

5.1. Derecho no certificado

La cesión de un derecho no certificado solamente es oponible a terceros desde que ha sido inscrita.

La inscripción de la cesión exige el consentimiento del titular de la Eurohipoteca previamente inscrito. La legislación nacional puede exigir un acuerdo entre el antiguo titular y el nuevo como requisito sustantivo para la cesión de la Eurohipoteca.

5.2. Derecho certificado

La cesión de un derecho certificado se rige por la ley del Estado en el que el inmueble se halla situado.

La cesión solo será efectiva si el certificado de la Eurohipoteca se ha entregado al nuevo titular de la garantía.

5.3. Requisitos formales

Los requisitos formales de la declaración de cesión de las partes, así como los que se exigen para la inscripción y para la transmisión del certificado, deben

²⁴⁶⁸ N. T. Aunque la redacción original sea algo críptica, “reducción” se refiere a la extinción de la parte sobrante de la Eurohipoteca –a lo que tiene derecho a hacer constar en el Registro el hipotecante-, mientras que “redención” se refiere a la devolución de la parte sobrante de la Eurohipoteca al hipotecante y a la posibilidad de que éste disponga de ella o la reutilice.

²⁴⁶⁹ Algunos miembros proponen que el procedimiento de ejecución conjunta debería estar sometido a las mismas reglas en todos los Estados miembros.

ser los mismos que los establecidos para otras hipotecas en la legislación nacional.

5.4. Buena fe

Quien, de acuerdo con la ley nacional, adquiera de buena fe, está protegido:

- como si el titular inscrito fuera el verdadero acreedor hipotecario²⁴⁷⁰,
- en el supuesto de un derecho certificado, como si el tenedor del certificado fuera el verdadero titular de la Eurohipoteca, siempre y cuando pueda probar su derecho mediante una cadena ininterrumpida de cesiones formalizada en instrumentos auténticos.

Lo expuesto no afecta a las excepciones oponibles por el propietario (5.6.).

5.5. Independencia del crédito garantizado

La transmisión de la Eurohipoteca no puede hacerse depender de la transmisión del crédito garantizado.

5.6. Excepciones oponibles por el propietario

La legislación nacional puede establecer

- bien que el contrato de garantía, en su última versión, es vinculante para cualquier titular futuro de la Eurohipoteca y cualquier tercero, siempre que el garante no sea el titular de la Eurohipoteca.
- o bien, alternativamente, que el previo titular de la Eurohipoteca es responsable por los daños causados al propietario, si aquél cede la Eurohipoteca sin vincular al cesionario al contrato de garantía.

Si el titular de una Eurohipoteca la transmite a un tercero, deberá informarle acerca del contrato de garantía. Si no existe otro acuerdo ulterior, el titular puede cumplir esta obligación a través de la entrega al tercero de los documentos originales

Los derechos de redención del propietario no están sujetos a ningún límite temporal o a ningún plazo de prescripción, siempre y cuando la Eurohipoteca esté inscrita.

6. EXTINCIÓN

6.1. Cancelación en el Registro

La Eurohipoteca se extingue cuando se cancela el asiento en el Registro nacional competente con el consentimiento del titular de la Eurohipoteca y del propietario del inmueble. La Eurohipoteca no se extingue por el pago de los créditos garantizados.

6.2. Transcurso del tiempo

²⁴⁷⁰ N.T. Aquí, "acreedor hipotecario" (*mortgagee*, en el original) debe entenderse como el titular de la Eurohipoteca.

El capital de la Eurohipoteca no está sujeto a ningún límite temporal o plazo de prescripción²⁴⁷¹.

6.3. Derechos del propietario en el contrato de garantía

Si las obligaciones garantizadas han sido completamente reembolsadas, el propietario puede exigir la cancelación de la Eurohipoteca, o su cesión a sí mismo o a un tercero, a su elección.

El contrato de garantía puede establecer otros supuestos en los que el propietario puede solicitar la cancelación o la cesión de la Eurohipoteca.

6.4. Exclusión del acreedor desconocido

En el supuesto de que el titular de la Eurohipoteca sea desconocido de forma permanente, o resulte inalcanzable o inhallable o, también, en caso de pérdida del certificado de Eurohipoteca, se aplicará el procedimiento previsto en cada legislación nacional para la cancelación de gravámenes reales.

7. REGISTRO

La Eurohipoteca sólo puede prosperar en un contexto jurídico en el que tanto la propiedad como las cargas inmobiliarias y sus rangos respectivos sean transparentes y figuren en un Registro dependiente de las autoridades nacionales competentes (Registro de la propiedad), en el que se cumplan los siguientes estándares mínimos:

7.1. Contenido de la inscripción registral

Los Registros de la propiedad proporcionan información acerca de todos los inmuebles negociables.

Todos los gravámenes inmobiliarios, y otras cargas sobre inmuebles, con independencia de su naturaleza, y, en particular, las cargas impuestas legalmente o por orden judicial, han de ser inscritas en el Registro competente para que produzcan efectos frente a terceros (oponibilidad)²⁴⁷².

Los Registros deben ofrecer un panorama claro de los derechos que recaen sobre la propiedad y del rango que ocupan, que sea transparente y comprensible, sin necesidad de una búsqueda o investigación adicional de documentos dentro o fuera del Registro (aunque puede ser necesario investigar el contenido exacto de algunos derechos).

7.2. Rango

Inscripción o solicitud: De conformidad con la ley nacional, la prioridad y el rango de las cargas sobre los inmuebles pueden depender bien del momento de la inscripción, bien del momento de recepción de la solicitud de inscripción.

²⁴⁷¹ En cualquier caso, si la Eurohipoteca devengara intereses, pueden aplicarse límites temporales a los intereses o a otros aspectos.

²⁴⁷² La legislación nacional puede exigir incluso que la inscripción en el Registro sea necesaria para la creación o la transmisión de derechos reales (efecto constitutivo).

En el segundo supuesto, el Estado miembro debe garantizar que la inscripción registral sigue el orden de prioridad de la recepción de las solicitudes y que se protege la buena fe en relación con el rango inscrito.

En los supuestos de ejecución y de insolvencia, los derechos de los acreedores se satisfacen de acuerdo con su rango en el Registro de la propiedad.

Únicamente aquellos derechos no inscritos en el Registro, creados por disposiciones legales, relativos a la propiedad, limitados en el tiempo y calculables, pueden poseer un rango mejor que la Eurohipoteca.

7.3. Acceso

La información que figure en los Registros ha de ser accesible para cualquier nacional de un Estado miembro de la UE que pudiera tener interés en ella (a través, por ejemplo, de un Registro electrónico).

7.4. Fiabilidad

La confianza en la información registral ha de estar protegida y debe indemnizarse en caso de información incorrecta.

7.5. Certificados electrónicos

Los Estados miembros pueden admitir los certificados electrónicos de Eurohipotecas, que puedan ser transmitidos por sistemas electrónicos, sin que ello afecte a la necesidad de autenticación electrónica.

8. EJECUCIÓN

La calidad de un derecho de garantía inmobiliario depende de la efectividad de la ejecución. En consecuencia, debe existir un procedimiento efectivo para la ejecución que reúna los siguientes estándares.

8.1. Plazo de los procedimientos de ejecución

La ejecución de una Eurohipoteca debe estar organizada y regulada en todos los Estados miembros de tal manera que, incluso cuando el propietario y/o el deudor empleen todas las posibilidades jurídicas previstas en el procedimiento normal y cuando sean agotados todos los plazos temporales, pueda consumarse la ejecución y puedan abonarse al titular de la Eurohipoteca las sumas obtenidas en dicho procedimiento en el plazo de doce meses desde el inicio de la ejecución. Los Estados miembros han de controlar si este objetivo se alcanza y, además, pueden dar los pasos necesarios para lograr la efectividad de los procedimientos.

8.2. Carga de la prueba

El titular de la Eurohipoteca debe estar facultado para iniciar el procedimiento de ejecución y para obtener la realización del inmueble sin necesidad de demostrar los detalles del préstamo, las restantes relaciones jurídicas y la existencia de la deuda; será suficiente con que acredite que es titular de la propia Eurohipoteca.

El procedimiento debe otorgar al propietario la posibilidad de oponer las excepciones derivadas del contrato de préstamo o del contrato de garantía en el ámbito de un proceso judicial formal. Si el propietario discute la cuantía o la existencia de la deuda, la carga de la prueba recae sobre el titular de la Eurohipoteca.

8.3. Procedimiento judicial

El procedimiento de ejecución se llevará a cabo por un juzgado o tribunal, o deberá establecer la posibilidad de acudir a un órgano judicial.

8.4. Derechos preferentes y derecho de subrogación

En el ámbito de la ejecución, todos los derechos de mejor rango que el del acreedor solicitante han de ser protegidos. La regulación podría prever bien que las cuantías obtenidas con la venta deberían satisfacer como mínimo todos los derechos de mejor rango que el del acreedor ejecutante o bien podría prever que dichos derechos se mantuvieran existentes. En ambos casos, los derechos del mismo rango o de rango posterior, así como el derecho del acreedor solicitante, se extinguen con la ejecución. Los derechos extinguidos se satisfacen con las resultas de la ejecución de conformidad con su rango.

Cualquier acreedor que sufra la pérdida de un derecho como consecuencia de la subasta debe tener derecho a subrogarse en la posición del acreedor solicitante de la ejecución. La subrogación tiene lugar a través del pago al titular de la Eurohipoteca, solicitante de la ejecución. El acreedor subrogado pagará la suma por la que se solicita la ejecución. Para la Eurohipoteca, que es independiente de la deuda garantizada²⁴⁷³, lo expuesto significa que el acreedor subrogado no paga la obligación garantizada, sino la garantía misma. En consecuencia, la subrogación sólo supone la transmisión del derecho de garantía al acreedor subrogado. El crédito garantizado no se transmite, sino que permanece con el acreedor sustituido. Este último sigue obligado, de acuerdo con el contrato de garantía, a abonar la suma de reembolso en la cuenta del deudor y a compensarla con la obligación garantizada.

8.5. Obligación personal del propietario

La legislación nacional podría establecer la posibilidad de que, a la vez que con la Eurohipoteca, el propietario crease otro título ejecutable contra su patrimonio personal. A falta de pacto en contrario, el acreedor no puede solicitar un doble pago sobre la base de los dos títulos, sino que debe solicitar un pago total que no exceda (o hasta) la suma de la Eurohipoteca.

8.6. Legislación aplicable

²⁴⁷³ N. T. Esta supuesta “independencia” de la obligación garantizada debe entenderse conjuntamente con los párrafos 2.1, el 8.2 y el 5.6 donde se especifica que el modelo de Eurohipoteca planteado no es independiente de las vicisitudes de la obligación garantizada sino más bien es “contractualmente dependiente”, es decir, que se le pueden comunicar los efectos de la obligación garantizada vía lo estipulado en el contrato de garantía.

La ejecución se rige por la *lex fori*.

9. INSOLVENCIA

9.1. Conservación (mantenimiento) del rango

La Eurohipoteca debe conceder al titular la posibilidad de obtener completa satisfacción incluso en el caso de concurso del propietario. En caso de procedimiento concursal, el rango de la Eurohipoteca no debe sufrir deterioro alguno, con la excepción de los gastos del administrador del concurso relacionados con la propiedad, que pueden tener un mayor rango.

9.2. Ejecución separada (separación)

En el supuesto de insolvencia del propietario, la ejecución de la Eurohipoteca no debería esperar por la ejecución de otros bienes: debería ser tratada de forma separada al resto de los bienes del concurso. El procedimiento de ejecución no debería ser interrumpido o paralizado por el comienzo de un procedimiento concursal. En el caso de concurso, el titular de la Eurohipoteca debería tener la posibilidad de comenzar la ejecución de la Eurohipoteca, bien a través de un procedimiento de ejecución separado del procedimiento concursal, bien a través de una venta por el administrador concursal. En tales supuestos, la ejecución sólo puede ser retrasada por decisión de un órgano judicial y solamente para asegurar las operaciones del patrimonio concursal. Dicho retraso sólo podrá ser por un período de tiempo limitado y en ningún caso debería exceder de un año.

10. COSTES E IMPUESTOS ESTATALES

Los costes y los impuestos estatales deben ser idénticos a los generados por otras cargas inmobiliarias en el ámbito de la legislación nacional. Las diferencias de trato fiscal entre prestamistas locales y extranjeros son contrarias al Derecho europeo.

Para evitar la doble imposición en varios Estados miembros, éstos podrán gravar fiscalmente la creación de la garantía, y no el contrato de préstamo. Los Estados miembros deberán recaudar impuestos estatales basados únicamente en el importe de la suma garantizada (registrada), pero nunca por un valor superior al valor fiscal máximo del bien gravado. Los contratos de garantía no generarán ningún tipo de coste o impuesto estatal²⁴⁷⁴.

11. IMPLEMENTACIÓN

²⁴⁷⁴ N. T. Se entiende que el hecho mismo del contrato de garantía no quedará gravado impositivamente, independientemente del gravamen fiscal que se derive de la forma en la cual se sustancie.

Anexo: Basic Guidelines

La Eurohipoteca puede ser introducida a través de un Reglamento, como si se tratara de un vigesimosexto régimen²⁴⁷⁵, como una garantía inmobiliaria que coexistiera con los restantes gravámenes inmobiliarios nacionales (que continuarían existiendo). Alternativamente, podría ser regulada a través de una Directiva, que podría ser implementada bien a través de la adaptación de un instrumento ya existente²⁴⁷⁶, bien a través de la creación de un nuevo tipo de hipoteca en el ámbito del Derecho nacional.

Sólo los gravámenes inmobiliarios que cumplan con los requisitos establecidos por la norma europea podrían ser denominados Eurohipotecas.

²⁴⁷⁵ N. T. Como “26th Regime” se entiende un corpus de normas claro, más allá de las normas nacionales de los 25 estados miembros de la UE en una determinada materia, que es ofrecido a los agentes del mercado para ser utilizado como una opción más por dichos agentes y que supera las complejidades y problemáticas que planea el reconocimiento mutuo o el régimen de Directivas.

²⁴⁷⁶ N. T. Se entiende que debería ser un derecho real utilizable con fines de garantía que implementase la Directiva.