

UN PAS MÉS EN LA «MOBILITZACIÓ» DE LA HIPOTECA: LA NATURALESA I LA CONFIGURACIÓ JURÍDICA D'UNA HIPOTECA INDEPENDENT

Sergio Nasarre Aznar
Universitat Rovira i Virgili

Otmar Stöcker
Associació de Bancs Hipotecaris Alemanys

1. INTRODUCCIÓ

El present article és el primer d'una sèrie de dos. En el primer tractem la naturalesa i la configuració jurídica de la hipoteca independent i, en el segon, l'oportunitat de la regulació d'aquesta en el futur codi civil de Catalunya.¹

Va ser ja al començament del segle passat quan Gсталver² va comprendre que la solució a la majoria de mals del crèdit territorial apareguts arran de la Llei hipotecària de 1861 era la figura de la *Grundschild* alemanya. La discussió sobre l'existència o no³ i la incorporació o no d'una hipoteca independent en l'ordenament jurídic espanyol ha anat llanguint, doncs, des de l'aparició de la primera llei hipotecària el 1861.

Han estat diversos els autors que durant tot aquest període de cent quaranta anys han anat discutint diferents aspectes relatius a aquesta qüestió: la naturalesa jurídica de la hipoteca, l'anàlisi de la relació d'aquesta amb l'obligació que garanteix, la proposició de noves figures afins a la hipoteca, l'estudi i la interpretació (àmplia) de les diverses formes d'hipoteca,⁴ etc.

1. Algunes qüestions respecte a aquest tema (bases, situacions favorables i dificultats) s'avançen a Sergio NASARRE AZNAR, «La conveniència de la regulació d'un dret real de garantia immobiliària no accessori a Catalunya», *La Notaria*, núm. 11-12 (novembre-desembre 2001), p. 217-219.

2. José GASTALVER, *Crédito territorial*, Sevilla, 1916, p. 43.

3. Sobre si la hipoteca de l'art. 104 LH es pot constituir com a no accessòria a l'obligació que garanteix.

4. Valguin per a tots José M. ROCA SASTRE i Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, toms VII i VIII, 8a edició, Barcelona, Bosch, 1998; José M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre derecho hipotecario*, tom II, 4a edició, Madrid i Barcelona, Marcial Pons, 2000; Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*, Barcelo-

Des del nostre punt de vista, la hipoteca que s'ha anat utilitzant tant a Catalunya com a la resta d'Espanya des de 1861, prevista avui en l'article 104 LH, és un dret real accessori i inseparable de l'obligació la qual garanteix (art. 104 i 149 LH i art. 1528, 1857.1, 1876 i 1878 CC).⁵ La hipoteca (*Hypothek* —en dret alemany— o *hypothèque* —en dret francès—) no dóna més de si ni des del punt de vista del dret vigent, ni des del punt de vista del dret històric, ni des del punt de vista del dret comparat. Si bé en les relacions entre particulars es revela com un dret real de garantia suficient i segur, el dinamisme de l'activitat bancària i els moviments hipotecaris transnacionals exigeixen una hipoteca que, a més de segura, sigui *àgil*.

La Llei del mercat hipotecari (LMH)⁶ demostra que és molt difícil conjugar agilitat amb accessorietat i amb el Registre de la Propietat. D'aquesta manera, el legislador de la LMH va perseguir precisament la dinamització del crèdit territorial mitjançant la *mobilització* de les hipoteques, és a dir, mitjançant l'emissió de cèdules hipotecàries i de la resta de valors del mercat hipotecari que, quan podien, fugien de qualsevol inscripció registral (art. 12 LMH), i va aconseguir la tan anhelada negociabilitat i agilitat en les activitats que tenien com a base (garantia, cobertura, etc.) la hipoteca (crèdit hipotecari).

En canvi, el que pretenem ara és una cosa així com la *mobilització* de la hipoteca, o, millor dit, la institucionalització d'un dret real de garantia immobiliària que, malgrat que jurídicament sigui un bé immoble (art. 334.10 CC), funcioni, quant a la seva negociabilitat, com un bé moble.⁷

La figura de la hipoteca de màxim (*Höchstbetragshypothek*, art. 153 LH i § 1190 BGB) és, possiblement, la que més s'aproxima a les nostres pretensions. Però quan independitzem la hipoteca de qualsevol relació obligacional bàsica i la convertim en una hipoteca «flotant», que falta no solament al principi d'ac-

na, Cedecs, 1998, i Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *El derecho real de subhipoteca*, Barcelona, Bosch, 1957 (respecte al fet que l'objecte de la subhipoteca és el crèdit hipotecari en el seu conjunt).

5. Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *El derecho real...*, p. 96-111. També *vid. infra*, respecte a aquest tema, la doctrina de la Direcció General del Registre i del Notariat (DGRN).

6. Llei 2/1981, de 25 de març, de regulació del mercat hipotecari (LMH) (BOE núm. 90, de 15 d'abril de 1981). El Reial decret 685/1982, de 17 de març, del Reglament hipotecari (RMH) (BOE núm. 83, de 7 d'abril), desenvolupa aquesta llei.

7. Vegeu, en aquest sentit, Antonio ORTI VALLEJO, «Las nuevas formas de movilización de la propiedad inmueble: especial consideración de los fondos de inversión inmobiliaria», conferència realitzada el 15 de desembre de 1996 a l'Acadèmia Granadina del Notariado: «Para Casso, movilizar los bienes inmuebles no es convertir en muebles los bienes raíces. Esto sería *mobilizarlos* (con *b*), lo que sólo mediante una ficción jurídica —continúa Casso— puede suponerse, como ocurre con el artículo 334, que considera inmuebles algunas cosas muebles». En certa manera, l'adhesió d'una hipoteca independent a una carta mobilitza la hipoteca, cosa que es pot considerar una ficció jurídica.

cessorietat, sinó també al d'especialitat, la hipoteca esmentada ja no és admesa per la Direcció General dels Registres i del Notariat (DGRN).⁸

Com a resposta a la demanda d'una institució amb aquestes característiques formulada pels professionals del crèdit hipotecari (bancs, caixes, institucions de crèdit, etc.),⁹ diversos estats europeus continentals¹⁰ s'han dotat o s'estan dotant d'un dret real de garantia sobre immobles que, alhora que tingui constància registral i gaudeixi de la seguretat del Registre, sigui prou àgil per al tràfic econòmic modern. Estem parlant de les ja regulades *Grundschuld* alemanya (§§ 1191-1198 BGB) i *Schuldbrief* o *cédula hypothécaire* suïssa (art. 842 del *Code civil* suís), i també de les garanties anàlogues recollides en les lleis d'Hongria¹¹ i d'Estònia¹² i en l'avançat projecte de Polònia.¹³ Aquests països han confiat, completament o parcialment, el desenvolupament de la seva activitat juridicoeconòmica del crèdit territorial a la hipoteca independent.

8. Vegeu la genuïna resolució de la DGRN de 23 de desembre de 1987, fonament de dret tercer (Marginal Aranzadi (MA) 1987/9722) i una de les darreres en el mateix sentit: la resolució de la DGRN de 3 de novembre de 2000, fonament de dret tercer (MA 2000/10239).

9. Figures com el crèdit obert o la hipoteca oberta estan constantment amenaçades de ser declarades invàlides per la DGRN.

10. Deixem de banda un estudi exhaustiu de la *mortgage* anglesa, que, com que té essencialment una base contractual, pot existir al marge del Registre (*equitable mortgage*) i és susceptible de recaure sobre béns mobles, escapa de la finalitat del present estudi. No obstant això, per a la seva configuració jurídica vegeu Kevin GRAY, *Elements of land law*, 2a edició, Londres, Dublín i Edimburg, Butterworths, 1993; Roger J. SMITH, *Property law*, 3a edició, Londres, Longman, 2000, i Sergio NASARRE AZNAR, «Estudi del *trust* anglosaxó en relació amb el dret immobiliari», *L'exercici de les competències sobre dret civil de Catalunya (Materials de les Onzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, València, Universitat de Girona i ed. Tirant lo Blanch, 2002, p. 557.

11. Mitjançant la llei hongaresa CXXXVII de 2000 es reformen aspectes del dret civil (art. 251, 252, 254, 255, 259, 261, 265, 266, 267, 268 i 269 de la Llei IV de 1959, sobre el Codi civil) i processal d'aquell país. Amb la reforma de l'art. 269 del Codi civil hongarès s'aclareixen els dubtes per a l'ús del dret de la garantia immobiliària independent per a garantir crèdits. La reforma va entrar en vigor l'1 de setembre de 2001. Per a aquest treball hem utilitzat la versió en alemany tant de la llei de reforma com del Codi civil hongarès.

12. A Estònia, tot esperant l'aprovació del Codi civil, el 9 de juny de 1993 es va aprovar la Llei sobre drets reals (*Asjaõignusseadus*), que va patir algunes modificacions els anys 1995, 1996, 1997 i 1998. En la seva versió actual, la Llei regula en els seus articles 325 a 364 la hipoteca independent, que rep el nom d'*Hüpoteeek*. El dret estonià no recull una hipoteca dependent, sinó únicament una hipoteca independent. La versió final sobre la hipoteca independent estònia va partir d'un esborrany de la llei elaborat per la Bundesnotarkammer alemanya (col·legi federal notarial) el 27 de gener de 1993 (art. 367-373), que va ser parcialment recollit en els articles 367 a 426 del projecte de llei estonià. Per a aquest treball hem utilitzat la versió alemanya de la Llei sobre drets reals.

13. A Polònia, la regulació de la denominada *Immobilienschuld* (deute immobiliari) està en fase de projecte de llei i s'espera que s'aprovi durant el període legislatiu 2001-2002.

Paral·lelament a aquesta situació, des dels anys seixanta del segle passat hi va haver en l'àmbit europeu moviments encaminats a l'harmonització del dret d'hipoteca en tots els països de la Unió Europea. Però, rebutjada la utòpica idea d'harmonitzar els drets reals d'hipoteca ja regulats en els diversos estats membres,¹⁴ els darrers esforços han estat encaminats a la creació *ex novo* d'un dret real de garantia immobiliària que, independentment de la seva estructura jurídica final, sigui tan segur com la hipoteca però més àgil que aquesta, per a afavorir així el crèdit transnacional. Si no volem prescindir de la cobertura del Registre,¹⁵ l'agilitat ha d'anar en detriment d'un altre aspecte de la hipoteca: la seva dependència respecte a l'obligació que garanteix. L'any 2001, l'Associació Hipotecària Europea va reprendre la iniciativa de l'estudi d'un dret real de garantia hipotecària que afavorís les operacions transnacionals en l'àmbit europeu, sense resultats concrets fins a aquest moment.

L'especial situació conjuntural en què es troba l'ordenament jurídic català (en ple procés codificador) fa que aquest sigui apte per a la positivització d'un dret real de garantia immobiliària que fugi de les rigideses de la hipoteca de l'article 104 LH. Hi ha la possibilitat d'entendre com un contrasentit el fet de regular una hipoteca catalana de manera diferent a la vigent fins ara comuna per a tota Espanya, mentre a Europa s'esforcen en una estandarització d'aquest dret real esmentat. Però succeeix precisament el contrari: Catalunya té en aquests moments l'oportunitat de regular un dret real de garantia immobiliària modern, àgil i útil tant per als interessos econòmics interns com per als interessos econòmics transnacionals.

De manera que, si bé la DGRN ha estat tan escèptica a l'hora d'admetre que la hipoteca esmentada no pot en cap cas deslligar-se de l'obligació garantida, ni en el moment del seu naixement, ni durant la seva vida, ni en el moment de la seva extinció, res no podrà objectar a una nova *hipoteca* catalana (art. 149.1.8 CE) que, al costat de la dependent que es pretengui regular, es caracteritzarà per la seva independència respecte a les diverses obligacions que en qualsevol moment pugui garantir.

2. LA NATURALESA JURÍDICA DE LA HIPOTECA INDEPENDENT

2.1. EN GENERAL. DIFERÈNCIES AMB ALGUNES FIGURES AFINS VIGENTS

Una hipoteca independent, o, més aviat, un dret real de garantia immobiliària independent,¹⁶ és aquella que està deslligada causalment de l'obligació la

14. *Vid. infra* el que es diu sobre l'eurohipoteca.

15. Les *equitable mortgages* angleses ho aconsegueixen, però aporten, en general, menor garantia que les *legal mortgages*.

16. Atès que no en tenim cap precedent ni en l'ordenament jurídic comú ni en el català, utilitza-

qual garanteix. És a dir, la hipoteca independent neix, existeix, es desenvolupa i s'extingeix *per se*, independentment de les vicissituds de l'obligació garantida en cada cas.

En conseqüència, pot garantir una pluralitat d'obligacions, encara que siguin futures i totalment indeterminades, entre un creditor i un deutor per una quantia determinada prèviament; fins i tot pot garantir obligacions entre el deutor esmentat i altres creditors. La seva cessió es pot realitzar al marge de l'obligació garantida, pot adoptar la forma d'un títol-valor, pot ser constituïda pel propietari de la finca gravada a favor seu, etc. D'aquesta manera, dóna ple sentit al principi general del dret «qui pot el més, pot el menys»: si un propietari pot negociar lliurement amb la seva finca, per què no ha de poder negociar amb una hipoteca constituïda per ell sobre la seva finca? En definitiva, la hipoteca independent es converteix en un bé més per a negociar àgilment en el mercat.

Cap dels drets reals de garantia immobiliària vigents a Catalunya fins a aquest moment compleix aquesta característica. Poden considerar-se figures afins a la hipoteca de màxim (art. 153 LH) la hipoteca en garantia de comptes corrents de crèdit (art. 132.4 i 153 LH), la hipoteca en garantia d'una obligació futura (art. 142 i 143 LH), la hipoteca constituïda per acte unilateral del propietari (art. 141 LH), la hipoteca en garantia de rendes o prestacions periòdiques (art. 157 LH) o, fins i tot, les hipoteques legals (art. 158 i seg. LH).¹⁷ Però totes aquestes hipoteques tenen una relació de dependència amb l'obligació garantida: en accedir al Registre de la Propietat (per a existir), igualment han d'accedir (algunes) a dades de l'obligació bàsica garantida. Aquestes dades han de ser suficients per a no transgredir ni el principi d'accessorietat ni el principi d'especialitat que han de presidir la hipoteca tradicional: si existeix crèdit, existeix hipoteca; si no existeix crèdit, no existeix hipoteca.

2.2. LA CONSTITUCIÓ DE LA HIPOTECA INDEPENDENT

La hipoteca independent es constitueix quan s'inscriu al Registre de la Propietat. Però, igual com en institucions com la *Grundschild* alemanya o la

rem de moment el concepte d'*hipoteca independent*, encara que entenem que pot conduir a un error respecte a la hipoteca tradicional i dependent. No obstant això, és aclaridor, perquè té una naturalesa anàloga a la de la hipoteca tradicional: un gravamen d'immobles que, si escau, pot ser utilitzat per a garantir una obligació.

17. L'afinitat de les hipoteques legals amb la hipoteca independent ha estat comentada per Juan Manuel REY PORTOLÉS, «Hipoteca con cláusula de *endowment*. Hipoteca flotante», *Jornadas*

Schuldbrief suïssa,¹⁸ hauria d'accedir únicament al Registre de la Propietat la hipoteca independent en si, al marge de tota dada relativa a l'obligació o a les obligacions que ha de garantir:¹⁹ només la quantia per la qual respon la finca i, si escau, el tipus d'interès que generi la garantia.

La hipoteca independent pot constituir-se per un temps indefinit. L'obligació o les obligacions que vagin naixent i es vagin garantint amb el mateix dret real de garantia independent s'han de formular en una escriptura privada, no sent necessària ni la seva elevació a escriptura pública ni la seva constància registral (contractes de préstec, de crèdit obert, etc.).

Amb això s'aconsegueixen «hipoteques» duradores i polivalents més barates tant per al/s creditor/s hipotecari/s com per a l'hipotecant/deutor. És a dir, la vinculació entre el gravamen real i l'obligació garantida en cada cas s'efectuaria *fora de l'àmbit registral*.

2.3. EL CONTRACTE DE GARANTIA

La vinculació de la hipoteca a cadascuna de les obligacions garantides en cada cas es realitza en l'àmbit obligacional, en concret, mitjançant la celebració entre creditor i hipotecant del denominat «contracte de garantia».²⁰

No fa falta que el contracte bilateral esmentat, es realitzi en escriptura pública ni que, per tant, consti en el Registre.²¹ El contracte de garantia estableix

sobre tipos especiales de garantía hipotecaria, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1993, p. 98.

18. *Vid. infra* allò relatiu a ambdues institucions.

19. GASTALVER, *Crédito territorial*, p. 73, considerava que els elements de caràcter personal dificulten el desenvolupament de la hipoteca.

20. Respecte a la *Grundschild* i al contracte de garantia (*Sicherungsvertrag*) a Alemanya, vegeu Dietrich REINICKE i Klaus TIEDTKE, *Kreditsicherung*, Berlín, Luchterhand, 1994, p. 336. Vegeu també Wolfgang RAUCH i Steffen ZIMMERMANN, *Grundschild und Hypothek. Der Realkredit in der Bankpraxis*, Munic, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996, p. 187.

21. Otmar STÖCKER i Hans WOLFSTEINER, «Diskussionspapier: Nicht akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa», *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB)*, núm. 4, 1998, p. 266. Pot trobar-se íntegrament traduït a Sergio NASARRE AZNAR i Otmar STÖCKER, «Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no sucesorio. El ejemplo de la Europa central», *RCDI*, núm. 671 (maig-juny 2002), p. 915 i seg. Pensem que, en cas contrari, estariem indirectament restringint (encarint) una altra vegada la negociabilitat de la garantia. En contra d'aquesta opinió de STÖCKER i WOLFSTEINER hi ha Hans G. WEHRENS, «Real security regarding immovable objects. Reflexions on a Euro-Mortgage», *Towards an European Civil Code*, 1a edició, Hartkamp A. S. i altres, Ars Aequi Libri, 1994, p. 402, que assenyalava que el contracte de garantia o bé ha d'estar inscrit en el Registre (formalitzat prèviament en una escriptura pública) o bé, almenys, ha de ser presentat al registrador per a comprovar que compleix els requisits mínims legals.

la base jurídica per a establir que el banc haurà de retenir la hipoteca independent en garantia d'una obligació fins que quedi sola la finalitat de garantia²² (és a dir, no hi hagi crèdit per garantir). El contracte de garantia es podria incorporar, mitjançant una clàusula, tant al contracte que crea l'obligació que es pretén garantir com al document en què les parts es comprometen a crear el dret real de garantia independent o en una declaració de destinació.²³

Per la importància que té aquest contracte, sí que recomanem que la llei estipuli uns continguts mínims:

a) La causa per la qual se celebra el contracte de garantia: que consti que el contracte de garantia se celebra amb la finalitat que el propietari d'una finca dóna aquesta en garantia al creditor per a garantir una obligació determinada.

b) S'ha de preveure què succeeix quan s'extingeix l'obligació garantida, és a dir, quan la hipoteca independent es queda sense obligació per garantir. En aquest cas, s'ha de concedir una acció (en principi no garantida) al propietari de la finca gravada perquè el creditor li torni la hipoteca independent.²⁴ L'extinció del crèdit pot venir, entre d'altres, tant del pagament complet del deute (per part del deutor o d'un tercer) com de la condonació d'aquest per part del creditor.

c) També s'ha de preveure en quins casos pot donar-se la cancel·lació total o parcial de la hipoteca independent. D'aquesta manera, si la hipoteca està garantint el 100 % d'un crèdit i aquest queda amortitzat en un 20 % al cinquè any, la hipoteca independent encara continua existint per la quantia total original. Si l'amortització (cancel·lació) parcial de la hipoteca independent no està prevista per la part que estigui sobregarantint el crèdit, aquest percentatge d'excés de garantia estarà sent retingut fiduciàriament pel creditor hipotecari en benefici del propietari de la finca gravada. I com que la fidúcia no està avui prevista en el nostre ordenament jurídic,²⁵ la inseguretat seria màxima en cas de concurs del

22. RAUCH i ZIMMERMANN, *Grundschuld und...*, p. 188.

23. Així succeeix amb el *Sicherungsvertrag* a Alemanya (RAUCH i ZIMMERMANN, *Grundschuld und...*, p. 188).

24. En aquest sentit, vegeu Otmar STÖCKER, *Die Eurohypothek*, Berlín, Ed. Duncker & Humblot, 1992, p. 34 i 277. Respecte al *Sicherungsvertrag* alemany, vegeu RAUCH i ZIMMERMANN, *Grundschuld und...*, p. 188.

25. Encara que és possible que acabi essent regulada en el Codi civil català. Vegeu, en aquest sentit, Esther ARROYO i AMAYUELAS, «La regulació quebequesa del trust», *La Notaria*, núm. 11-12 (novembre-desembre 2001), p. 92 i 93; Ferran BADOSA COLL, «El patrimoni fiduciari en el dret civil català», a les *Actes del Primer Congrés de Dret Civil Català: «El Dret Patrimonial en el Futur Codi Civil de Catalunya»*, Tarragona, 2001, i, finalment, Sergio NASARRE AZNAR, «Estudi del trust anglosaxó...».

creditor, ja que no se sabia si incorporar o no a la massa del possible concurs del creditor hipotecari el percentatge d'excés de garantia.

d) S'ha de preveure també com s'ha d'utilitzar l'excés de garantia en cas que es vulgui garantir amb aquest un crèdit contractat amb un altre creditor.

e) S'ha d'estipular si la garantia ha d'executar-se necessàriament per la totalitat o si també es pot executar parcialment i en quines circumstàncies.

f) Finalment, s'ha de preveure quan el creditor hipotecari pot convertir en líquid la garantia. S'ha d'estipular que el creditor només pot executar la hipoteca independent quan el deutor incompleixi (ja que la hipoteca s'ha constituït en garantia per al cas en què el deutor incompleixi)²⁶ i, a més, s'ha d'estipular, si escau, el nivell de tolerància del creditor.

El contracte de garantia provoca l'extracció de l'òrbita registral de la relació/vinculació hipoteca-crèdit i la converteix en obligacional. Amb això s'aconsegueix una major flexibilització del dret real de garantia independent i la possibilitat que aquesta sigui utilitzada per a garantir diferents obligacions sense costos extraordinaris, cosa que afavoreix la dinamització del crèdit territorial.

2.4. EL PROBLEMA DE LA CAUSALITAT, L'ABSTRACCIÓ I L'ACCESSORIETAT EN LA HIPOTECA INDEPENDENT

A continuació pretenem demostrar que la causa no és un obstacle²⁷ per a la regulació d'una hipoteca independent en els sistemes de negocis causals com el nostre (art. 1261.3 i 1275 CC),²⁸ ja que causa i accessorietat són dos àmbits diferents.

26. RAUCH i ZIMMERMANN, *Grundschild und...*, p. 188.

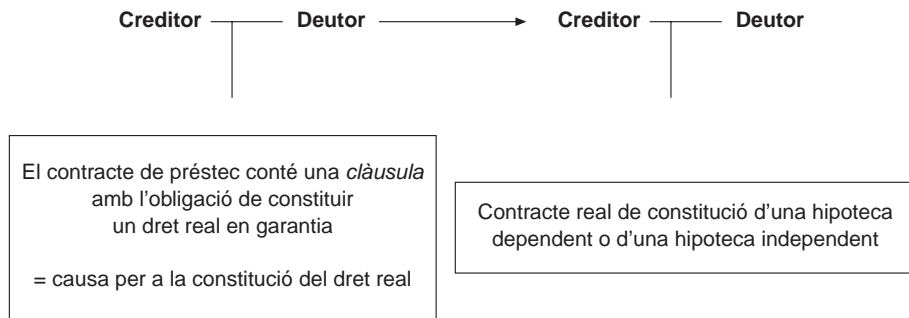
27. Vegeu, en aquest sentit, l'exposició de motius de la Llei de 30 de desembre de 1944, de reforma de la Llei hipotecària: «Tampoco se ha estimado procedente incorporar a nuestra legislación la llamada *deuda territorial*. Por su carácter abstracto, sin íntimo enlace con una causa que justifique la disminución del patrimonio del deudor, difícilmente se armonizaría con el sistema vigente». Tinguem en compte que quan el deutor constitueixi la hipoteca independent que proposem per a garantir una obligació conforme a allò establert entre ell i el creditor, la hipoteca independent tindrà la mateixa causa que la hipoteca dependent; i, en cas que s'admetés la constitució unilateral de la hipoteca independent per part del propietari, hem de tenir en compte que aquesta no suposaria una minva en el patrimoni d'aquest, ja que ell també seria el titular d'aquella.

28. Manuel AMORÓS GUARDIOLA, *La causa del crédito hipotecario*, Madrid, 1990, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales.

A) El principi de separació

Així com un contracte de compravenda és la causa per a la transmissió posterior del dret de propietat, és a dir, el negoci obligacional és la causa per al negoci jurídic pel qual s'atribueix la propietat (art. 609 CC),²⁹ el negoci jurídic (per exemple, un contracte de préstec) pel qual es crea l'obligació que s'ha de garantir ha de contenir una clàusula on s'insti la constitució d'un dret real amb finalitat de garantia, que serà la causa per a la celebració del contracte real d'hipoteca.

Principi de separació dels drets reals



B) La causa

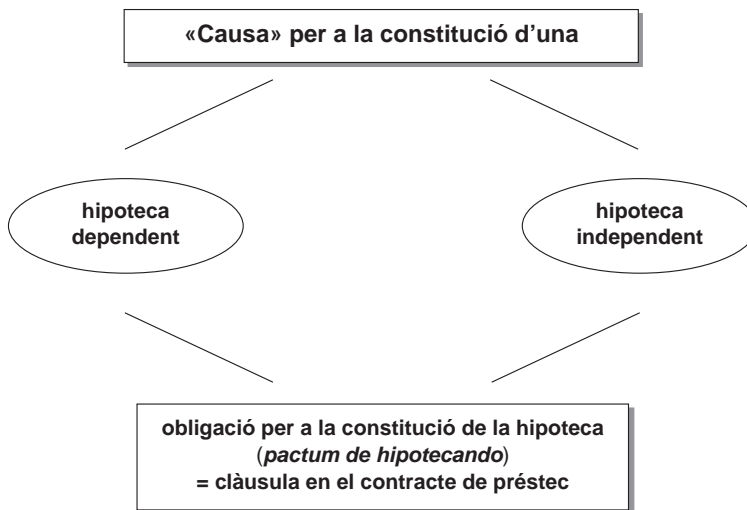
D'aquesta manera, el negoci jurídic (p. ex., el de préstec entre prestador i prestatari) que genera l'obligació que s'ha de garantir (p. ex., pagament del préstec), sol contenir la causa per a la constitució del dret real de garantia: l'obligació del deutor de constituir en favor del creditor bé una hipoteca dependent, bé una hipoteca independent en garantia del préstec esmentat.

Per tant, la causa per a constituir tant una hipoteca dependent com una hipoteca independent rau en el negoci jurídic (p. ex., clàusula obligant a constituir

29. En aquest sentit, vegeu Santiago CHAMORRO PIÑERO, «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral», *RGLJ*, febrer de 1943, p. 157, i José Luis LACRUZ BERDEJO, «La causa en los contratos de garantía», *RCDI*, núm. 544, p. 721.

una garantia per al contracte de préstec),³⁰ en el qual s'estipula l'obligació del propietari (sigui o no el deutor) de constituir-la, és a dir, el *pactum de hipotecando*. La causa de la hipoteca independent i la causa de la hipoteca accessòria de l'art. 104 LH, per tant, és la mateixa.

En tot cas, la causa de la hipoteca no ha de ser confosa ni amb la seva finalitat (*animus solvendi*³¹)³² ni amb el negoci jurídic (p. ex., contracte de préstec) del qual sorgeix l'obligació que s'ha de garantir (p. ex., el pagament del préstec). 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.



30. Una altra cosa és plantejar-nos la possibilitat d'admetre la hipoteca independent de propietari (*Eigentümersgrundschuld*) considerant la seva creació un negoci jurídic unilateral, en el qual la causa podria ser la garantia de qualsevol obligació en un futur.

31. CHAMORRO PIÑERO, *El derecho real...*, p. 158.

32. Vegeu l'opinió de Blas PÉREZ GONZÁLEZ i José ALGUER, «Traducción y adaptación del derecho de cosas» de Martin WOLFF (Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP i Martin WOLFF, tom III, vol. 2, Barcelona, Bosch, 1971), p. 201.

La hipoteca independent és «no accessòria», però no és abstracta, ja que té com a causa «el compliment del negoci jurídic que obliga el propietari a constituir-la en garantia»,³³ igual com la hipoteca accessòria. Aquesta «dependència de la causa» (necessitat de causa), és a dir, el fet que, per a existir, una hipoteca necessita causa en un sistema causal com el nostre, no està renyida amb la no-accessorietat respecte a l'obligació garantida.

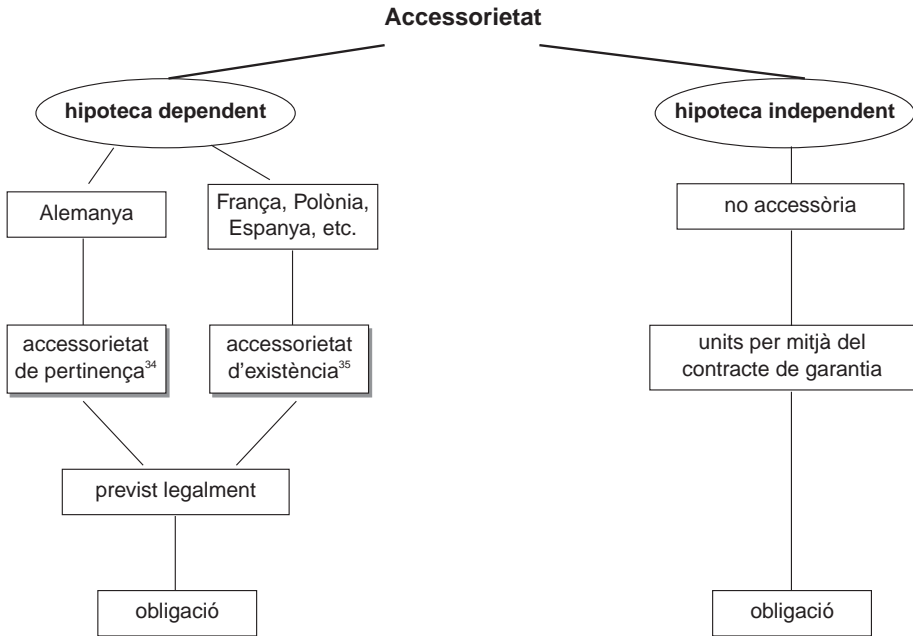
Per tant, la hipoteca independent no està mancada de causa: la clàusula, en el negoci jurídic que origina l'obligació que s'ha de garantir (crèdit, préstec, etc.), per la qual el deutor queda obligat a constituir la hipoteca independent en garantia del préstec esmentat, és la causa de la hipoteca independent, com succeeix en la hipoteca dependent.

C) Accessorietat

L'accessorietat és la dependència o independència del dret real de garantia respecte a l'obligació garantida (p. ex., la devolució d'una quantitat en un contracte de préstec).

La hipoteca dependent i la hipoteca independent es diferencien en la manera de quedar lligades a una determinada obligació: la hipoteca dependent queda lligada per llei des del seu naixement a una obligació concreta (art. 105 LH i 1857.1 CC); en canvi, la hipoteca independent quedarà lligada a una determinada obligació mitjançant el «contracte de garantia», al qual ja hem fet referència. En la hipoteca independent, doncs, la vinculació es realitza en l'àmbit obligacional i no legal.

33. Martin WOLFF, «Derecho de cosas» (Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP i Martin WOLFF, tom III, vol. 2, Barcelona, Bosch, 1971), p. 201 i 202, alerta de la confusió patent entre abstracció i accessorietat. Atès que en el dret alemany regeix el principi d'abstracció, es considera que tant la penyora com la hipoteca són «independents de la seva causa jurídica», és a dir, abstractes. Aquesta causa jurídica és per a les dues «el compliment d'un negoci jurídic que obliga a atorgar aquell dret». I, encara que no en el dret alemany, ja que en aquest la causa s'obvia (és un ordenament abstracte), per al dret espanyol d'obligacions (ordenament causal) aquesta és la causa que ha de ser presa en consideració tant per a la hipoteca dependent com per a la hipoteca independent. Ambdues tenen, doncs, la mateixa causa, que serà l'obligació del propietari de constituir-la, expressada, normalment, en una clàusula del contracte de préstec. El que les diferencia és la seva accessorietat o no respecte a l'obligació garantida en cada cas, però no la seva causa. En conclusió: l'*abstracció* és la «independència de la seva causa jurídica», és a dir, la independència de l'obligació que ha obligat a constituir-la (clàusula en el contracte de préstec) (admès a Alemanya, però no a Espanya), mentre que l'*accessorietat* és la dependència respecte a l'obligació que s'ha de garantir (el pagament del préstec) i la *no-accessorietat* és la independència respecte a aquesta.



D) Causa i accessorietat

Ha quedat clar en la nostra exposició que causa i accessorietat són àmbits diferents. La primera és rellevant en un sistema causalista com el nostre (encara que pot ser obviada en un sistema abstracte com el d'Alemanya, la *Hypothek* i la *Grundschild* del qual són abstractes per a nosaltres, ja que poden constituir-se degudament sense que existeixi un negoci que obligui a crear-les)³⁶ i tant per a la hipoteca dependent com per a la hipoteca independent la causa és el com-

34. Aquesta accessorietat es caracteritza pel fet que, un cop extingida l'obligació garantida amb una hipoteca dependent, dita hipoteca no s'extingeix, sinó que es converteix en una *Grundschild* de propietari (*Eigentümergrundschild*), és a dir, que el propietari de la finca gravada amb una hipoteca recupera el dret real de garantia en forma de deute territorial independent (§ 1163.1.2 BGB; vegeu Karl Heinz SCHWAB i Hanns PRÜTTING, *Sachenrecht*, 27a edició, Munic, 1997, p. 324 i 326).

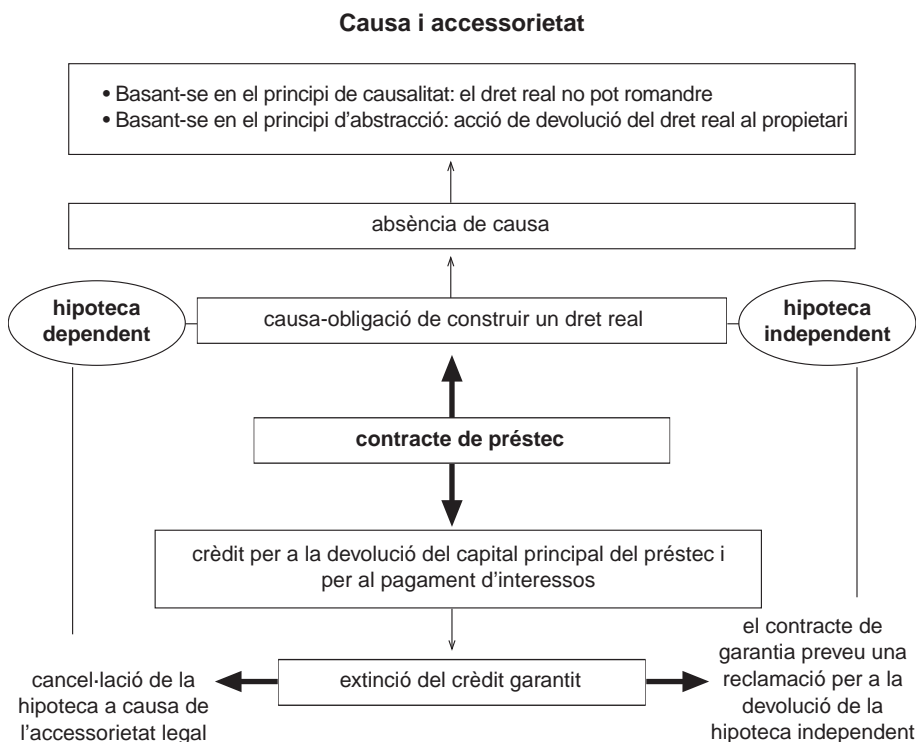
35. Aquest tipus d'accessorietat es caracteritza pel fet que la hipoteca no pot subsistir sense l'obligació que garantia; extingida aquesta, també s'ha d'extingir la hipoteca (art. 1528 i 1878 CC, respecte a la cessió de crèdits garantits amb hipoteca i a la seva accessorietat).

36. WOFF, *Derecho de cosas*, p. 201.

pliment d'un negoci jurídic (p. ex., una clàusula en un contracte de préstec) que obligui el propietari a constituir-les. En cas que no existeixi cap causa o que aquesta desaparegui (p. ex., nul·litat de tot el contracte de préstec), ni la hipoteca dependent ni la hipoteca independent poden subsistir en un sistema causalista (art. 1261.3 CC).

En canvi, i és aquí on es diferencien ambdós tipus d'hipoteca, l'accessorietat l'és respecte a l'obligació garantida (p. ex., la devolució de la quantitat deguda del préstec). En cas que s'extingeixi l'obligació garantida esmentada (per pagament, condonació, etc.), el contracte de garantia haurà de preveure la reversió de la hipoteca independent a les mans del propietari. La hipoteca dependent, en canvi, ha d'extingir-se segons el principi d'accessorietat, perquè no té obligació principal (art. 1876 CC).

A continuació assenyalarem en un únic gràfic els aspectes relatius a la causa i a l'accessorietat.



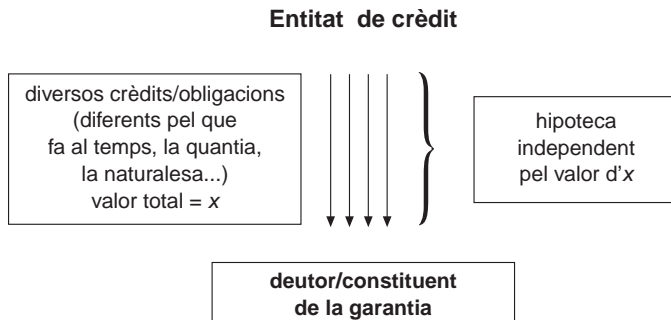
3. AVANTATGES DE LA REGULACIÓ D'UNA HIPOTECA INDEPENDENT

La possibilitat que ofereix ara la redacció del nou codi civil de Catalunya no hauria, al nostre entendre, d'obviar els següents avantatges que comporta la introducció d'una hipoteca independent.

a) L' avantatge essencial, del qual parteixen tots els altres, és el de la divisió legal entre el contracte pel qual es crea en cada cas l'obligació garantida (contracte de préstec, per exemple) i el contracte pel qual es constitueix la hipoteca independent. És a dir, la independència de la garantia respecte a l'obligació (crèdit) garantida en cada cas. Aquesta divisió és possible gràcies a la no-accessorietat de la hipoteca independent.

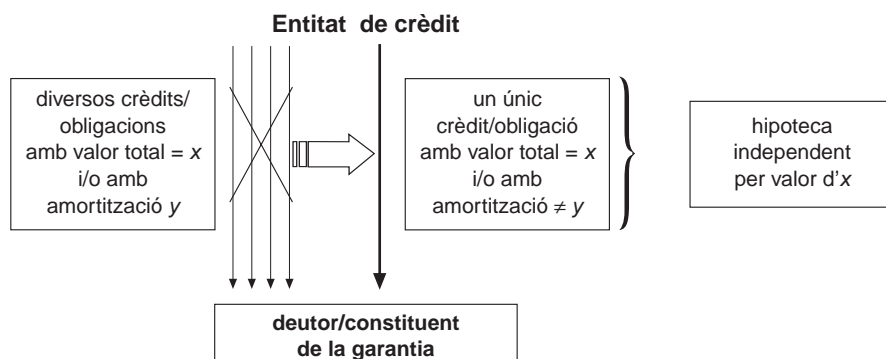
b) L'abaratiment de la contractació de crèdits diferents i successius amb una mateixa garantia real sobre immobles entre un mateix deutor i un mateix creditor. Amb una sola hipoteca independent sobre un immoble és possible garantir durant un llarg període de temps (deu, vint, trenta o més anys) els crèdits successius que un deutor pugui anar contractant amb un mateix creditor: préstec per a l'adquisició del primer habitatge, préstecs per a segons i successius habitatges, línies de crèdit obertes, préstecs per a l'adquisició de vehicles, per a vacances, de lliure disposició, obligacions no dineràries (de serveis, per exemple), etc.

És a dir, amb la constitució d'un únic dret real de garantia es pot garantir en el temps un nombre il·limitat de crèdits (obligacions en general), els quals quedaran tots garantits amb la mateixa garantia, sempre que creditor i deutor hi estiguin d'acord.



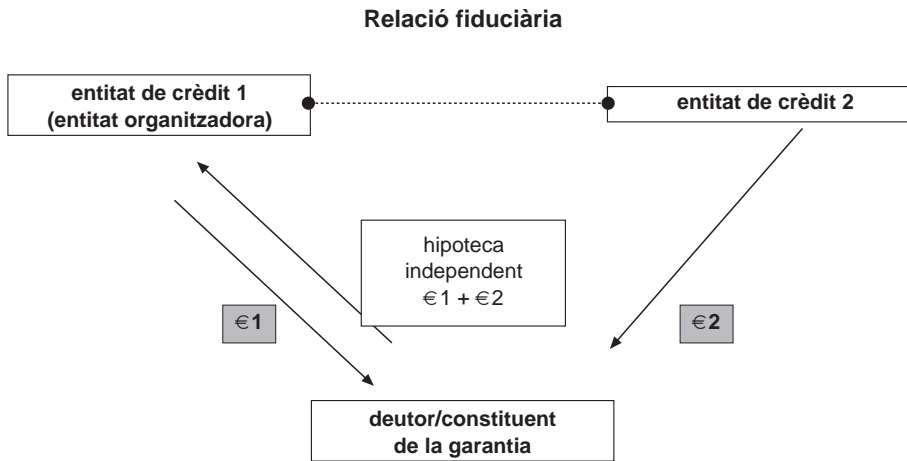
Ha de tenir-se en compte, no obstant això, que la quantia de la hipoteca independent ha de ser sempre suficient per a garantir cadascuna d'aquestes obligacions en cada cas. També ha de tenir-se en compte que, per a aquest supòsit, el creditor que consti en el contracte de crèdit ha de ser el mateix que el creditor hipotecari (el creditor que consta en el contracte per a la constitució de la hipoteca independent).

A més de poder anar contractant diversos crèdits (per extinció o reducció dels anteriors), també és possible substituir diversos crèdits a curt termini per un crèdit a llarg termini o substituir diversos crèdits de petites quanties per un de major quantia.



c) Es promou el crèdit empresarial o particular per a grans sumes. Les grans masses de capital, que normalment són necessàries per afrontar els crèdits empresarials, sovint es realitzen entre diverses entitats de crèdit (*préstecs consorcials*). Amb la hipoteca dependent són necessàries diverses hipoteques per a garantir cada crèdit concedit per cada entitat al deutor, perquè, partint de l'accessorietat, és necessari legalment que creditor (de la relació obligacional garantida) i creditor hipotecari (el que rep al seu favor la hipoteca en garantia) siguin el mateix; l'entitat de crèdit organitzadora d'un préstec consorcial no pot detentar la hipoteca per als altres creditors.

Amb la hipoteca independent és possible que una sola entitat de crèdit (l'entitat organitzadora) rebí la garantia en la seva totalitat i detenti el crèdit fiduciàriament en benefici de la resta d'entitats creditors per la part que els cor-



respongui (segons la quantia del crèdit que hagin concedit). La relació fiduciària s'estipula, al seu torn, amb un contracte de fidúcia.³⁷

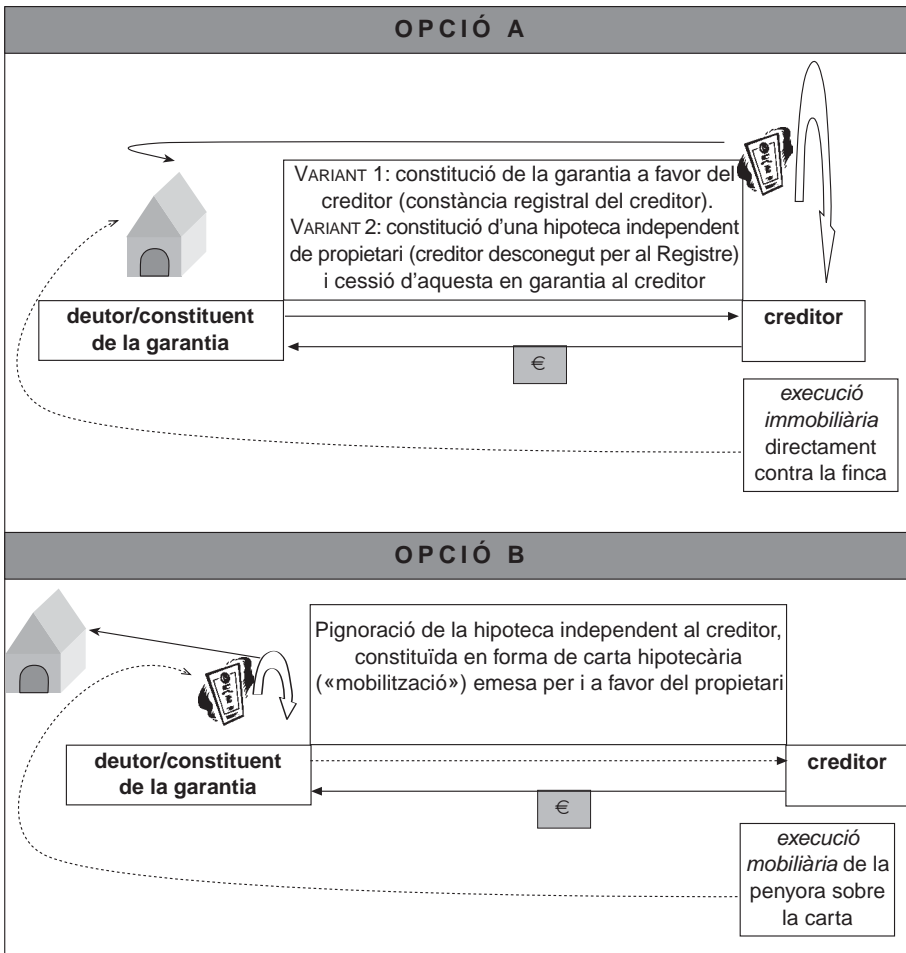
La qüestió problemàtica d'aquesta estructura, pròpia de tota relació fiduciària quan la fidúcia no està degudament regulada, és què succeeix en cas de concurs de l'entitat de crèdit organitzadora. És a dir, el dubte és si les hipotèques independents pertanyen al seu propi patrimoni o si són de titularitat aliena (de la resta de creditors del préstec consorcial).

d) La liquiditat i el baix cost de la hipoteca independent també es veuen reflectits en cas que aquesta es constitueixi com un títol-valor, és a dir, s'adhereixi a un document (carta hipotecària).³⁸ En aquest cas, es tractaria d'una autèntica «mobilització» del dret real de garantia sobre immobles: la conversió de la garantia en un bé

37. Sobre el funcionament del préstec consorcial a Alemanya i la seva relació amb la *Grundschild*, vegeu RAUCH i ZIMMERMANN, *Grundschild und...*, p. 195 i 196, i STÖCKER, *Die «Eurohypothek»*, p. 194 i 260.

38. Prenem com a model el de la *Schuldbrief* suïssa (art. 793 del Codi civil suís), que serà explicada en una altra ocasió. Vegeu Sergio NASARRE AZNAR i Otmar STÖCKER, «Models d'hipoteca independent en dret comparat. La regulació d'un dret real de garantia independent a Catalunya», *Revista catalana de dret privat*, núm. 2. A més, hem d'assenyalar que hem optat per utilitzar l'expressió *carta hipotecària*, encara que resulti una mica literal, per a diferenciar-la clarament de la nostra *cédula hipotecària*, terminologia que, per la seva semblança amb la denominació francesa de la carta hipotecària (*cédule hypothécaire*), podria dur-nos a un error. Les nostres cèdules hipotecàries són valors refinançadors de crèdits hipotecaris regulats en l'art. 12 LMH i, en conseqüència, pertanyents a les operacions passives del mercat hipotecari. En canvi, les cartes hipotecàries suïsses són drets reals de garantia immobiliària i pertanyen, per tant, a les operacions actives del sistema de crèdit territorial.

moble en ésser adherida a un valor negociable. En aquest cas, les possibilitats de la seva negociabilitat augmenten considerablement, ja que no només pot constituir-se a favor del creditor o se li pot cedir en garantia (opció A), sinó que, a més, se li pot donar en penyora³⁹ (opció B), a diferència de la nostra hipoteca tradicional, que, en cas de voler-se gravar en garantia, hauria de fer-se mitjançant subhipoteca (art. 107.4 LH), amb els costos i els rigors que això implica. D'aquesta manera, tenim:



39. El model suís explicat a NASSARRE i STÖCKER, *Models d'hipoteca...*, és revelador en aquest sentit.

e) Benefici per als consumidors i inversors:⁴⁰ en el model d'hipoteca independent, el deutor sempre podrà renegociar lliurement amb el seu actual creditor o amb un de nou millors condicions per al seu crèdit, sense costos extraordinaris deguts a despeses notarials o registrals: és suficient un canvi en el contracte privat de garantia. Amb això queda realment estipulada la lliure competència entre entitats creditícies, cosa que redunda en benefici del deutor. De fet, la Llei 2/1994, de 30 de març, sobre subrogació i modificació de préstecs hipotecaris,⁴¹ ja va pretendre estimular la competència entre entitats de crèdit del mercat hipotecari abaratint els costos de subrogació del creditor en els crèdits hipotecaris. Però aquestes disposicions, pel que fa al que ara ens interessa, no van més enllà del que preceptuen els articles 1211 i 1212 CC,⁴² de manera que la nova entitat que ocupa el lloc de creditora haurà d'acceptar la major part de les condicions particulars i generals i els drets accessoris que envoltaven el crèdit entre el deutor i l'entitat originària,⁴³ és a dir, no hi ha una vertadera llibertat de contractació. De fet, les úniques clàusules que es poden renegociar amb la subrogació prevista en la Llei 2/1994 són la millora del tipus d'interès i l'alteració del termini, i cap més.⁴⁴ Des del punt de vista de la hipoteca independent, la Llei 2/1994 es queda enrere.

A més, la hipoteca independent donaria certesa (seguretat jurídica) a operacions bancàries que avui són de naturalesa paralegal, com ara les activitats fiduciàries de refinançament creditici,⁴⁵ les consorcials, etc. Com que no estan

40. STÖCKER, *Die «Eurohypothek»*, p. 215.

41. BOE núm. 80, de 4 d'abril de 1994.

42. Encara que sí que existeixen unes mesures de caràcter econòmic tendents sobretot a rebaijar el tipus d'interès dels préstecs, volem dir que aquesta llei no comporta la llibertat de contractació de préstecs hipotecaris que requereix la creació d'un mercat hipotecari europeu i que sí que aporta el model d'hipoteca independent que proposem. Respecte a les escasses aportacions de dita norma en relació amb els art. 1211 i 1212 CC, vegeu Alfonso HERNÁNDEZ MORENO, «La refinanciación hipotecaria y los derechos del deutor», *Economist & Jurist*, núm. 10 (abril/juny 1994), p. 26 i 27.

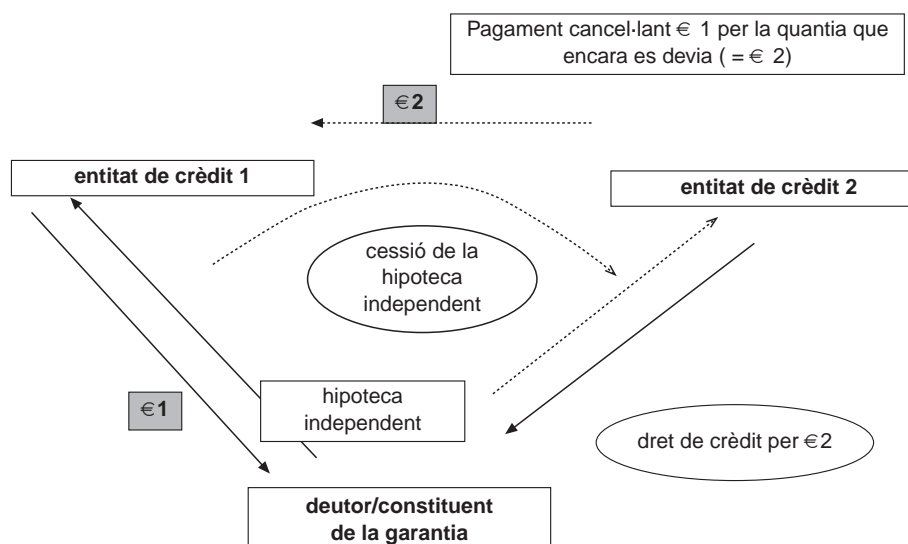
43. La confusió pot ser majúscula en la mesura que per a cada client són diferents tant les condicions particulars de l'antiga relació creditícia com les generals pròpies de l'antiga relació de crèdit. La confusió pot resultar més patent si és una mateixa entitat de crèdit la que se subroga en diferents crèdits concedits originàriament per diverses i diferents entitats de crèdit: deixant de banda les seves pròpies condicions generals dels crèdits, haurà d'acceptar, tot i desconeixent-les, les de l'altra entitat, sense possibilitat de renegociar-les amb el client. El risc que adquireix la nova entitat pot resultar un obstacle per a l'èxit de la Llei 2/1994.

44. Alfonso HERNÁNDEZ MORENO i Isabel VIOLA DEMESTRE, «La subrogación en los derechos de crédito y la refinanciación de la deuda hipotecaria (A propósito de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios)», a Pedro del POZO CARRASCOA i Manel DÍAZ MUYOR (coord.), *Contratación bancaria*, Madrid i Barcelona, Marcial Pons i Universitat Rovira i Virgili, 1998, p. 94 i 95.

45. *Vide infra*.

regulades i, en ocasions, fins i tot no estan permeses, s'està afavorint la inseguretats jurídica i la desprotecció de les parts que hi intervenen. La regulació de la hipoteca independent aportaria, en aquest sentit, claredat a l'ordenament jurídic.

f) Es promou el refinançament hipotecari via transmissió de la garantia o del crèdit independentment l'un de l'altre. La liquiditat del dret real de garantia s'augmenta considerablement. Aquesta és la base per a la titulització hipotecària a Alemanya.⁴⁶ A continuació en reproduïm l'esquema:



46. Prenem com a referència una de les primeres emissions de valors titulitzats a Alemanya: la realitzada per HAUS 1998-1 Limited amb els auspicis del Deutsche Bank AG el 14 de maig de 1998. En aquesta emissió de *mortgage-backed securities* (MBS), hem d'assenyalar que el banc originador dels préstecs havia garantit aquests amb *Grundschild* (deute territorial a Alemanya, hipoteca independent). A més, a l'hora de constituir el *pool* de crèdits (§ 398 BGB), part de les *Grundschilden* —les constituïdes en carta o *Briefgrundschild*— també van passar al *pool*, mentre que l'altra part —les constituïdes en vida registral o *Buchgrundschild*— eren retingudes fiduciàriament en garantia dels titulars dels valors titulitzats. Els motius eren essencialment pràctics, de temps i econòmics: les *Briefgrundschilden* es transmeten pel simple contracte real de tradició de la carta (*Grundschildbrief*), però les *Buchgrundschilden* requereixen escriptura pública i inscripció registral, amb tot el que això comporta de despeses, complexitat i temps.

Arran de l'experiència alemanya,⁴⁷ amb aquest esquema sorgeixen alguns problemes. D'una banda, les MBS, d'origen anglosaxó, parteixen de la base que són emeses sobre un *pool* o conjunt d'hipoteques.⁴⁸ En el model alemany, les MBS són emeses simplement sobre un conjunt de cartes hipotecàries i d'alguns crèdits la garantia dels quals està retinguda fiduciàriament per qui va originar el préstec (l'entitat de crèdit) en benefici de les titulars de valors. La tinença fiduciària (*Treuhänderisch*) no està regulada en el sistema de dret civil alemany (ni en el comú ni en el català), encara que es dona, com veiem, en la pràctica bancària.

A més, la finalitat essencial d'un procés de titulització és defugir el risc de fallida de l'entitat generadora del crèdit per tal que els titulars de valors no resultin afectats. Però no queda clar que les hipoteques independents (*Grundschulden* a Alemanya), en cas de fallida de l'entitat, es considerin de domini aliè i puguin gaudir d'una separació absoluta de la fallida de l'entitat.

El sistema espanyol vigent respecte a la titulització hipotecària és el previst en la Llei 19/1992, sobre el règim de societats i fons d'inversió immobiliària i sobre fons de titulització hipotecària,⁴⁹ en els articles 5 i 6 de la qual es regulen els fons de titulització hipotecària i els bons de titulització hipotecària. La legislació espanyola tampoc està exempta de problemàtica: la relació fiduciària entre el partícip (art. 15 LMH), la naturalesa jurídica de les participacions, l'absència de personalitat jurídica i de titular dels fons de titulització hipotecària, les accions per a la protecció dels titulars dels bons, etc. Aquestes i altres qüestions haurien de ser tingudes en compte en una futura reelaboració de la legislació sobre aquesta matèria. Mereixeria un estudi més ampli el paper que ha de desenvolupar la hipoteca independent en els processos de titulització hipotecària; els seus eixos haurien de ser la regulació de la fidúcia o d'algun sistema de *trust*,⁵⁰ el benefici d'exclusió absoluta per a la hipoteca independent en cas de fallida de l'entitat de crèdit i la demostració que realment els titulars dels valors titulitzats tenen garantia hipotecària. En tot cas, en deixem plantejada aquí la possibilitat, l'esquema i l'estructura de funcionament.

g) Per a les operacions transnacionals de crèdit hipotecari no són suficients les disposicions actuals del dret internacional privat⁵¹ aplicades a la hipoteca tra-

47. Vegeu el peu de pàgina anterior; on s'explica una de les poques titulitzacions hipotecàries dutes a terme a Alemanya.

48. Vegeu Sergio NASARRE AZNAR, «Common law securitisation in civil law Spain», *International Financial Law Review*, març de 2000, p. 47, respecte al model anglosaxó original i a la seva adaptació a Espanya.

49. BOE núm. 168, de 14 de juliol de 1992; correcció d'errors al BOE núm. 186, de 4 d'agost.

50. Vegeu, en general, BADOSA COLL, «El patrimoni fiduciari...», ARROYO AMAYUELAS, «La regulació quebequesa...», i NASARRE AZNAR, «Estudi del *trust* anglosaxó...».

51. STÖCKER, *Die «Eurohypothek»*, p. 215; WEHRENS, *Real Security...*, 1a edició, p. 403.

dicional, ja que, principalment, tots els estats tendeixen a aplicar a totes les qüestions relacionades amb la hipoteca el criteri *lex rei sitae* (p. ex., l'art. 10.1 CC), de manera que atreuen per a les seves legislacions nacionals les causes esmentades. En el mateix sentit va el Conveni sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals de 1980 (art. 4.3).⁵² La pluralitat i la diversitat normatives comporten el baix índex actual de crèdit hipotecari transnacional entre els estats membres, cosa que no està en consonància amb un dels principis fonamentals que regeixen a la Unió Europea: la lliure circulació de serveis i capitals.⁵³

Una hipoteca independent comuna a tots els ordenaments posaria fi a aquests problemes de normes en conflicte.⁵⁴ Amb un dret real de garantia immobiliària comuna (eurohipoteca) s'aconseguiria una major informació per als beneficiaris dels préstecs en els territoris respectius,⁵⁵ així com una major seguretat en les seves inversions. Alhora, s'estimularia la lliure competència entre les diferents entitats de crèdit europees, gràcies a la facilitat i als baixos costos que comporta per al deutor el canvi de creditor. S'està creant un autèntic mercat hipotecari europeu d'operacions actives.

L'estimulació de les operacions hipotecàries actives en l'àmbit europeu comportaria necessàriament un augment de les operacions passives de refinançament hipotecari. Efectivament, podrien entrar sense problemes en els *pools* de cobertura de valors hipotecaris (cèdules hipotecàries espanyoles, *Hypothekenspfandbriefe* alemanyes, *lettres de gage* franceses, etc.) els crèdits hipotecaris concedits sobre finques situades a l'estranger. Algunes legislacions, com l'espanyola en aquest moment, deixen els cedulistes en situació de desprotecció, en aquest cas.⁵⁶ També seria possible la creació de *pools* de titulització hipotecària a l'estranger compostos per hipoteques sobre finques de diversos països, a fi de diversificar el risc.⁵⁷

A continuació amplièm la qüestió de la hipoteca independent entesa com a *eurohipoteca*.

52. Conveni sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals, signat a Roma el 19 de juny de 1980 (BOE núm. 171, de 19 de juliol de 1993; correcció d'errades al BOE núm. 189, de 9 d'agost de 1993).

53. Art. 2 i 3c del Tractat Constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea.

54. Thomas, WACHTER, «La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l'Union Européenne. L'eurohypothèque», *Notarius International*, vol. 4, 1999, p. 178. No obstant això, considera que la norma *lex rei sitae* no es pot veure per si mateixa com una restricció a la lliure circulació de capitals, encara que és partidari de cercar una solució per a les diferències entre els drets reals de garantia de cada estat.

55. WEHRENS, *Real Security...*, 1a edició, p. 403.

56. Art. 5 LMH, 32 RMH i 10.1 CC.

57. D'aquesta manera, un *pool* d'hipoteques situat en un determinat territori amb beneficis

4. ELS MOVIMENTS EUROPEUS SOBRE LA REGULACIÓ D'UN DRET REAL DE GARANTIA IMMOBILIÀRIA QUE SERVEIXI ALS INTERESSOS DEL CRÈDIT TRANSNACIONAL

La raó de la regulació d'una *eurohipoteca* és, principalment, l'afavoriment del crèdit transnacional entre els estats membres de la Unió Europea,⁵⁸ encara que no se'n descarta també la utilització per a activitats creditícies sotmeses a un mateix ordenament jurídic.⁵⁹

Efectivament, en l'actualitat el crèdit hipotecari transfronterer s'enfronta amb nombroses dificultats: problemes jurídics (del contracte de crèdit i de la hipoteca), econòmics i pràctics. Entre aquests problemes hi ha el contingut dels drets reals de garantia (requisits de constitució i d'eficàcia), privilegis, l'execució de la garantia, les funcions diferents del notariat i del Registre de la Propietat, els elevats costos en les operacions transfrontereres (utilització d'experts en ambdós costats, taxes, etc.).

Per afrontar aquestes qüestions es proposen diverses solucions:

a) El conflicte de drets (norma *lex rei sitae*) no és, com hem comentat, la solució per a salvar les diferències de la hipoteca entre els diferents ordenaments jurídics, ja que cada dret tendeix a aplicar la seva normativa (forma de la hipoteca, tipus, requisits formals i materials, etc.), que és diferent en cada dret.⁶⁰

b) Tampoc seria una solució l'harmonització de les legislacions nacionals sobre la hipoteca, ja que, a més d'harmonitzar la legislació relativa a aquesta, seria necessari harmonitzar el procés d'execució i la fallida, tasca àrdua que pot xocar amb les tradicions jurídiques dels diferents ordenaments jurídics.⁶¹

fiscals podria estar compost per hipoteques independents sobre finques situades a la Gran Bretanya (amb la figura de la *mortgage*, que tampoc és accessòria) i per *Grundschulden* sobre finques alemanyes, però, ara com ara, no podrien participar en aquest *pool* les hipoteques sobre finques situades a Espanya —en general— o a Catalunya —en particular—, a causa de l'accessorietat de la hipoteca vigent (com a màxim s'hi podrien incorporar les participacions hipotecàries de l'art. 15 LMH, la naturalesa de les quals encara no és massa clara).

58. WEHRENS, *Real Security...*, 1a edició, p. 392, 396 i 398. També WACHTER, *La garantie...*, p. 175 i 176. Com a exemple de la importància creixent dels crèdits hipotecaris amb garantia d'immobles situats a l'estranger, veiem el volum d'aquests crèdits hipotecaris vius dels bancs alemanys, que el 1997 era de 8.500 milions d'€ i que el març de 2000 va passar a ser de més del doble (17.140 milions d'€), entre préstecs a la vivenda (1.500 milions d'€) i comercials (15.860 milions d'€) (font: VERBAND DEUTSCHER HYPOTHEKENBANKEN, *Der Pfandbrief. Fakten und Daten*, 2000).

59. STÖCKER, *Die «Eurohypothek»*, p. 211.

60. STÖCKER, *Die «Eurohypothek»*, p. 209, i WACHTER, *La garantie...*, p. 179.

61. WACHTER, *La garantie...*, p. 179.

c) El principi de reconeixement mutu (reconeixement del dret estranger com a propi) de les diverses hipoteques dels estats membres tampoc sembla factible per les diferències que hi ha en cada ordenament, ja que comportaria que en qualsevol ordenament es poguessin constituir, inscriure, executar, etc., totes les hipoteques de tots els ordenaments.⁶² Precisament, la Segona directiva de coordinació bancària⁶³ propugnava «mesures d'harmonització del crèdit hipotecari per permetre entre altres coses el reconeixement mutu de tècniques financeres pròpies d'aquest sector» (preàmbul). De tota manera, la doctrina ha qualificat d'*insuficient* per a crear un sistema de crèdit territorial europeu la Segona directiva de coordinació bancària, ja que el principi de mutu reconeixement requereix no atemptar contra les «disposicions d'interès general» de cada un dels ordenaments, i les normes que regulen habitualment en cada estat el préstec hipotecari solen ser disposicions d'interès general (Codi civil, Llei hipotecària, LEC, etc., en el cas d'Espanya).⁶⁴

d) La creació d'un dret real de garantia immobiliària comuna per a Europa, és a dir, la regulació d'una eurohipoteca, al costat dels drets reals de garantia immobiliària ja existents en els diversos estats membres, sembla que és la solució més adequada,⁶⁵ malgrat les diferències doctrinals sobre els detalls de la seva configuració jurídica.

La relació del procés d'elaboració de l'eurohipoteca està molt lligada amb l'estudi que ara ens ocupa. Efectivament, des de les primeres iniciatives en el si de la Comunitat Europea fins a l'actualitat, una mateixa idea ha estat present: que el model que ha de seguir l'eurohipoteca hauria de ser el d'una hipoteca independent que, d'una manera o altra, hauria de regular-se en les legislacions dels diferents ordenaments. I com a referents positivitzats d'aquesta s'han anat pre-

62. WACHTER, *La garantie...*, p. 179.

63. Segona Directiva del Consell 89/646/CEE, de 15 de desembre de 1989, per a la coordinació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives relatives a l'accés a l'activitat de les entitats de crèdit i al seu exercici, i per la qual es modifica la Directiva 77/780/CEE (DOCE 386, de 30 de desembre de 1989).

64. Vegeu, en aquest sentit, Manuel CASERO MEJÍAS i Carmen de GRADO SANZ, «Estudio de las directivas relativas a la armonización de la libertad de establecimiento y prestación de servicios bancarios. Referencia al proyecto de directiva sobre el crédito hipotecario», *La libre circulación de capitales y su incidencia en el crédito hipotecario: la CEE y otras comunidades internacionales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, 1993, p. 687 a 697.

65. STÖCKER, *Die «Eurohypothek»*, p. 211, i Hans G. WEHRENS, «Real security regarding immovable objects. Reflexions on an Euro-Mortgage», *Towards an European Civil Code*, 2a edició, Ars Aequi Libri i Kluwer Law International, 1998, p. 552 i 564, i WACHTER, *La garantie...*, p. 180.

ment tant la *Grundschild* alemanya com la *Schuldbrief* suïssa. D'aquesta manera, el Codi civil de Catalunya bé podria recollir aquesta tradició europea i estudiar la possibilitat d'introduir en el seu ordenament jurídic un dret real de garantia immobiliària que es correspongués amb la tan anhelada eurohipoteca.

Vegem, doncs, a continuació, el procés que ha seguit l'elaboració de l'eurohipoteca fins al dia d'avui:

a) L'Informe Segré: tradicionalment s'ha considerat la primera baula cap a la regulació de l'eurohipoteca. La Comissió Europea va encarregar a un grup d'experts, liderat per Claudi Segré, l'elaboració d'un informe sobre la construcció d'un mercat de capitals europeu.⁶⁶ Quan l'Informe aborda la qüestió de les garanties immobiliàries, assenyala que la *Grundschild* alemanya pot ser una tècnica especialment interessant per a les operacions de crèdit internacional, tant per la seva senzillesa com pel seu baix cost i l'agilitat en la seva transmissió si es constitueix com a *Grundschildbrief*, és a dir, com una *Grundschild* adherida a una carta. D'aquesta manera pot ser utilitzada repetides vegades per a garantir diferents crèdits.

b) Després de l'Informe Segré van aparèixer diversos estudis⁶⁷ de dret hipotecari comparat, com el Dictamen del Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, d'Hamburg, de 1971, sobre l'harmonització dels drets reals de garantia de la Comunitat Econòmica Europea. El 1973 la Federació Bancària de la Comunitat Econòmica Europea va realitzar un estudi sobre el crèdit immobiliari d'alguns estats membres del qual destaca la seva proposta relativa a la hipoteca de propietari, ja que aquesta, a diferència de la resta, serà de naturalesa independent al crèdit garantit. També a començaments dels setanta la Federació Hipotecària Europea va discutir sobre la hipoteca independent i sobre la introducció de la *Grundschild* en els diferents ordenaments.

c) La Comissió per als Afers de la Comunitat Europea va ser creada en el si de la Unió del Notariat Llatí i va remetre el 22 de maig de 1987 a la Comunitat Europea un informe amb una sèrie de propostes. A aquesta comissió es deu l'encunyació del terme *eurohipoteca*, entesa com un dret real immobiliari a disposició en tots els estats membres. Aquesta eurohipoteca havia de prendre el model de la *Schuldbrief* suïssa, ja que és més flexible i negociable que la hipoteca tradicional, que té inconvenients legals, econòmics i pràctics.⁶⁸

66. STÖCKER, *Die «Eurohypothek»*, p. 216.

67. Els trobem citats i comentats a STÖCKER, *Die «Eurohypothek»*, p. 218 a 225.

68. Otmar M. STÖCKER, «La eurohipoteca», *Revista Española de Financiación a la Vivienda*, núm. 18-19 (abril 1992), p. 143.

d) La qüestió va quedar aturada en les instàncies europees oficials, encara que la doctrina europea, especialment l'alemanya, ha anat analitzant la qüestió de l'eurohipoteca. Hem de destacar els treballs de Stöcker,⁶⁹ Wehrens,⁷⁰ Wachter⁷¹ i Bernstorff.⁷² El debat doctrinal inclou diverses qüestions relatives a l'eurohipoteca, entre les quals destaquem les propostes relatives a una eurohipoteca de caràcter dependent, si ha de regular-se per complet des de la normativa comunitària, la seva possible incorporació a un hipotètic codi civil europeu,⁷³ etc. Davant la postura que la Comunitat Europea ha anat adoptant des dels anys seixanta respecte a l'eurohipoteca, és a dir, la seva naturalesa independent de l'obligació, s'aixeca l'opinió defensada per Wachter,⁷⁴ que aposta per la regulació d'una eurohipoteca dependent basant-se essencialment en el fet que la majoria d'ordenaments europeus només reconeixen la hipoteca dependent i, per tant, seria molt més senzill rebre un gravamen real immobiliari comú de caràcter accessori. Entén que l'eurohipoteca ha de basar-se en els principis d'accessorietat, publicitat, especialitat i prioritat,⁷⁵ davant la falta de publicitat de la hipoteca independent quan va unida a una carta (títol-valor), la inseguretat del contracte de garantia i la falta de protecció dels consumidors (falta de transparència).⁷⁶ La hipoteca dependent està d'acord amb la tradició jurídica dels ordenaments euro-

69. Molt nombrosos respecte a aquest tema. En castellà hi ha STÖCKER, *La «eurohipoteca»*, p. 141 a 148; part de l'obra de STÖCKER *Die «Eurohypothek»* pot trobar-se traduïda a Manuel CASERO MEJÍAS, «La eurohipoteca», *RCDI*, any LXX, núm. 620 (gener-febrer); Otmar STÖCKER, «La eurohipoteca: un medio para unificar el derecho hipotecario en Europa», a Alfonso HERNÁNDEZ MORENO, *Anales I 1996/1997*, Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM) (coord.), Barcelona, Cedecs, 1998.

70. Hans G. WEHRENS, «Überlegungen zu einer Eurohypothek», *Wertpapier Mitteilungen-Zeitschrift für Wirtschafts—und Bankrecht*, núm. 14 (abril 1992), p. 557 a 596. També WEHRENS, *Real Security...*, 1a edició, p. 391 a 404, i article amb el mateix títol però en la segona edició de la mateixa obra, de 1998, Ed. Ars Aequi Libri i Kluwer Law International, p. 551 a 564.

71. Thomas WACHTER, «Die Eurohypothek—Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt», *Wertpapier Mitteilungen-Zeitschrift für Wirtschafts—und Bankrecht*, núm. 2 (gener 1999), p. 49 a 104. També WACHTER, *La garantie...*, p. 174 a 188.

72. Christoph Graf BERNSTORFF, «Das Hypothekenrecht in den EU-Staaten», *Recht der Internationalen Wirtschaft*, núm. 3 (març 1997), p. 181 a 188.

73. WEHRENS, *Real Security...*, 2a edició, p. 552, opina que, independentment de si existeix regulació europea o no sobre els drets reals de garantia immobiliària en el moment de codificar, aquests han de quedar recollits en el futur codi civil europeu.

74. WACHTER, *La garantie...*, p. 181 a 183. Fa un resum de la doctrina de WACHTER en castellà Álvaro NÚÑEZ IGLESIAS, «El préstamo hipotecario transfronterizo: la eurohipoteca», *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 93 (març-abril 2001), p. 380 a 382.

75. WACHTER, *La garantie...*, p. 185.

76. WACHTER, *La garantie...*, p. 183 i 184.

peus, ha estat adoptada majoritàriament per molts estats de l'est d'Europa i la seva vida lligada al Registre no és cap problema en un moment en el qual molts registres s'estan traslladant al format electrònic.⁷⁷

e) Tornant a l'estadi oficial, l'any 2001 la Comissió Europea va reimpulsar el procés d'elaboració de l'eurohipoteca mitjançant la creació d'un Forum Group. La Unió Europea havia comprès ja l'any 2000 els obstacles que suposava la utilització de la hipoteca accessòria en l'àmbit transnacional. Els resumia en:

— Les diferències que existeixen entre la legislació dels estats relatives a la constitució i l'execució de la garantia hipotecària.

— Les diferències que existeixen entre els procediments previstos en els diferents estats per a l'execució de la hipoteca, sobretot partint d'un manament emès en un altre estat membre.

— Les diferències que existeixen entre els estats pel que fa a les normes que regulen la insolvència.⁷⁸

Per a superar aquestes dificultats, les primeres postures es van encaminar a crear un nou dret real de garantia immobiliària comú a tots els estats membres i complementari a les hipoteques existents en els diversos estats. Amb aquesta idea quedava descartada una segona possibilitat: l'harmonització de la legislació hipotecària nacional, ja que això implicaria també l'harmonització d'altres camps de l'ordenament afectats per les operacions de crèdit hipotecari. Tampoc es veia factible el reconeixement mutu automàtic pels estats membres dels seus respectius títols executius.

Actualment, la Federació Hipotecària Europea ha reprès l'estudi de l'eurohipoteca, encara que sense massa èxit fins a aquest moment.

77. WACHTER, *La garantie...*, p. 185 i 186.

78. Sembla que finalment arriba a Espanya la desitjada solució (Projecte de llei concursal, BOCG, Congreso de los Diputados, sèrie A, núm. 101-1, de 23 de juliol de 2002, p. 1) a la, fins a cert punt, alambinada situació existent en l'actualitat en matèria d'insolvència: concursos de creditors, fallides, suspensions de pagaments, etc., especialment (pel que ara ens interessa) en allò referent a la fallida internacional.

BIBLIOGRAFIA

- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel. *La causa del crédito hipotecario*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1990.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther. «La regulación quebequesa del trust». A: *La Notaria*, núm. 11-12 (novembre-deseembre 2001).
- BADOSA COLL, Ferran. «El patrimoni fiduciari en el dret civil català». A: *Actes del Primer Congrés de Dret Civil Català: «El Dret Patrimonial en el Futur Codi Civil de Catalunya»*, celebrat a Tarragona, 2001.
- BERNSTORFF, Christoph Graf. «Das Hypothekenrecht in den EU-Staaten». A: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, núm. 3 (març 1997).
- CASERO MEJÍAS, Manuel. «La eurohipoteca». A: *RCDI*, any LXX, núm. 620 (gener-febrer).
- CASERO MEJÍAS, Manuel; GRADO SANZ, Carmen de. «Estudio de las directivas relativas a la armonización de la libertad de establecimiento y prestación de servicios bancarios. Referencia al proyecto de directiva sobre el crédito hipotecario». A: *La libre circulación de capitales y su incidencia en el crédito hipotecario: la CEE y otras comunidades internacionales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1993.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo. *Derecho o carga real: naturaleza jurídica de la hipoteca*. Barcelona: Cedecs, 1998.
- CHAMORRO PIÑERO, Santiago. «El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral». A: *RGLJ* (febrer 1943).
- CHICO Y ORTIZ, José M. *Estudios sobre derecho hipotecario*. Tom II. 4a edició. Madrid i Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- GASTALVER, José. *Crédito territorial*. Sevilla, 1916.
- GRAY, Kevin. *Elements of land law*. 2a edició. Londres: Dublín: Edimburg: Butterworths, 1993.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *El derecho real de subhipoteca*. Barcelona: Ed. Bosch, 1957.
- HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso. «La refinanciación hipotecaria y los derechos del deudor». A: *Economist & Jurist*, núm. 10 (abril-juny 1994).
- HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso; VIOLA DEMESTRE, Isabel. «La subrogación en los derechos de crédito y la refinanciación de la deuda hipotecaria (A propósito de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios)». A: POZO CARRASCOSA, Pedro del; DÍAZ MUYOR, Manel (coord.). *Contratación bancaria*. Madrid: Barcelona: Marcial Pons; Universitat Rovira i Virgili, 1998.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis. «La causa en los contratos de garantía». A: *RCDI*, núm. 544.

- NASARRE AZNAR, Sergio. «Common law securitisation in civil law Spain». A: *International Financial Law Review*, (març 2000).
- «Estudi del trust anglosaxó en relació amb el dret immobiliari». A: *L'exercici de les competències sobre Dret Civil de Catalunya* (materials de les Onzenes Jornades de Dret Català a Tossa). Universitat de Girona. [En premsa]
- «La conveniència de la regulació d'un dret real de garantia immobiliària no accessori a Catalunya». A: *La Notaria*, núm. 11-12 (novembre-desembre 2001), p. 217-219.
- NASARRE AZNAR, Sergio i STÖCKER, Otmar. «Models d'hipoteca independent en dret comparat. La regulació d'un dret real de garantia independent a Catalunya». A: *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 2.
- «Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de la Europa central». *RCDI*, núm. 671 (maig-juny 2002).
- NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. «El préstamo hipotecario transfronterizo: la eurohipoteca». A: *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 93 (març-abril 2001).
- ORTI VALLEJO, Antonio. «Las nuevas formas de movilización de la propiedad inmueble: especial consideración de los fondos de inversión inmobiliaria». Conferència realitzada el 15 de desembre de 1996 a l'Academia Granadina del Notariado.
- PÉREZ GONZÁLEZ, Blas; ALGUER, José. «Traducción y adaptación del derecho de cosas de Martin Wolff». A: KIPP, Theodor - ENNECERUS, Ludwig - WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil*, Tom III. Vol. 2. Barcelona: Bosch, 1971.
- RAUCH, Wolfgang; ZIMMERMANN, Steffen. *Grundschild und Hypothek. Der Realkredit in der Bankpraxis*. Munic: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996.
- REINICKE, Dietrich; TIEDTKE, Klaus. *Kreditsicherung*. Berlín: Luchterhand, 1994.
- REY PORTOLÉS, Juan Manuel. «Hipoteca con cláusula de *endowment*. Hipoteca flotante». A: *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1993.
- ROCA SASTRE, José M.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho hipotecario*. Toms VII i VIII. 8a edició. Barcelona: Ed. Bosch, 1998.
- SCHWAB, Karl Heinz; PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 27a edició. Munic, 1997.
- SMITH, Roger J. *Property law*. 3a edició. Londres: Longman, 2000.
- STÖCKER, Otmar. *Die Eurohypothek*. Berlín: Duncker & Humblot, 1992.
- «La eurohipoteca». A: *Revista Española de Financiación a la Vivienda*, núm. 18-19 (abril 1992).
- «La eurohipoteca: un medio para unificar el derecho hipotecario en Europa». A: HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso (coord.). *Anales I 1996/1997: Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM)*. Barcelona: Cedecs, 1998.

- STÖCKER, Otmar; WOLFSTEINER, Hans. «Diskussionspapier: Nicht akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa». A: *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (ZBB), núm. 4 (1998).
- VERBAND DEUTSCHER HYPOTHEKENBANKEN, *Der Pfandbrief. Fakten und Daten*. 2000.
- WACHTER, Thomas. «Die Eurohypothek-Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt». A: *Wertpapier Mitteilungen-Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, núm. 2 (gener 1999).
- «La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l'Union européenne. L'Eurohypothèque». A: *Notarius International*, vol. 4 (1999).
- WEHRENS, Hans G. «Überlegungen zu einer Eurohypothek». A: *Wertpapier Mitteilungen-Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, núm. 14 (abril 1992).
- «Real security regarding immovable objects. Reflexions on a Euro-Mortgage». A: *Towards an European Civil Code*. 1a edició. Hartkamp A. S. i altres, Ars Aequi Libri, 1994.
- «Real security regarding immovable objects. Reflexions on an Euro-Mortgage». A: *Towards a European Civil Code*. 2a edició. Ars Aequi Libri i Kluwer Law International, 1998.
- WOLFF, Martin. *Derecho de cosas*. A: KIPP, Theodor; ENNECERUS, Ludurig; WOLFF, Martin. Tom III. Vol. 2. Barcelona: Bosch, 1971.