

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

2002

671

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO



Año LXXVIII • Mayo-Junio • Núm. 671

CONSEJO DE REDACCION

Presidente:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

Consejeros:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Antonio Pau Pedrón.
D. José Poveda Díaz.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.
D. Manuel Amorós Guardiola.
D. José Antonio Nortes Triviño.
D. Fernando Muñoz Cariñanos.
D. José Manuel García García.
D. Juan Pablo Ruano Borrella.
D. José Luis Laso Martínez.
D. Joaquín Rams Albesa.
D. Francisco Corral Dueñas.
D. Juan Sarmiento Ramos.
D. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha.
D. Carlos Lasarte Álvarez.
D. Antonio Manuel Morales Moreno.
D. Angel Rojo Fernández-Río.
D. Juan Luis Iglesias Prada.
D. Fernando Curiel Lorente.
D. Francisco Javier Gómez Gállico.
D. Juan María Díaz Fraile.
D. Vicente Domínguez Calatayud.

Comisión Ejecutiva:

D. Fernando Pedro Méndez González.
D. Vicente Domínguez Calatayud.
D. Manuel Amorós Guardiola.

Consejero-Secretario de la Revista:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Tel. 91 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I.S.S.N.: 0210-0444

I.S.B.N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

J. SAN JOSE, S. A.—Leganitos, 24.—28013 Madrid

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS

«La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código Civil», por ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ	831
«La función económica de los sistemas registrales», por FERNANDO P. MÉNDEZ GONZÁLEZ	875
«Nociones básicas en torno a la cofianza», por ANGEL CRISTÓBAL MONTES	901
«Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de la Europa central», por SERGIO NASARRE AZNAR y OTMAR STÖCKER	915
«El retracto legal en el Código Civil», por JAVIER LÓPEZ-GALIACHO PERONA	949

DICTAMENES Y NOTAS

«Unas notas sobre el concepto de la "mercantilidad"», por JUAN MANUEL MURILLAS ESCUDERO	1001
«El derecho de retención en Cataluña. Concepto y fundamento», por ADOLFO LUCAS ESTEVE	1011
«Las garantías del derecho de crédito y la reforma del Código Civil del Perú de 1984», por CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS	1041

ACTUALIDAD JURIDICA

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN	1069
--	------

JURISPRUDENCIA

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1075
II. Resoluciones de la Dirección General:	
A) Resoluciones publicadas en el BOE, por FERNANDO CURIEL LORENTE	1081

tiene que acarrear necesariamente la imposibilidad de la cofianza. Lo que no acaba de entenderse bien es que GUILARTE, después de haber afirmado que la subsidiariedad es de esencia en la fianza y la acompaña inseparablemente con independencia de que pueda ejercitarse o no el beneficio de excusión (15), afirme más tarde que, en el caso de renuncia del beneficio de excusión por algunos de los fiadores, quienes no han renunciado se mantienen en situación de subsidiariedad respecto a la que tienen el deudor principal y los fiadores renunciantes (16), porque una afirmación no casa bien con la otra y genera dudas sobre la idea que, en definitiva, tiene dicho autor respecto a la característica de la subsidiariedad en la obligación fideiusoria.

¿*Quid iuris* en el caso de que algunos fiadores renuncien y otros no al beneficio de división? ¿Subsistirá la cofianza? Aquí la doctrina (GUILARTE, ALVENTOSA DEL RÍO) es pacífica, pues reconoce el mantenimiento de la fianza en razón de que con dicha renuncia «no se altera el principio de igualdad de grado». Desde nuestra particular óptica, todavía resulta más difícil disentrir de este planteamiento, ya que si consideramos que en el Derecho Civil español los cofiadores quedan vinculados solidariamente entre sí, por más que puedan matizar semejante efecto mediante el recurso al clásico beneficio de división, la circunstancia de que algunos renuncien a esta posibilidad no hará sino ratificar y convertir en inalterable, respecto a ellos, aquella originaria solidaridad, y, por tanto, equiparar la condición de todos los cofiadores, en cuanto el beneficio de división, no produce sus efectos automáticamente sino que hace falta impetrarlo.

Incluso, ni aún en el supuesto de que los cofiadores no renunciantes decidiesen ejercitar el susodicho beneficio sufriría quebranto la cofianza, ya que todavía en este supuesto se mantendría la igualdad jurídica esencial entre los cofiadores, o, si se prefiere, la pequeña mutación producida en cuanto a la entidad del reclamo posible, respecto a los distintos fiadores, no tendría fuerza suficiente como para estimar que se había producido la pérdida del carácter conjunto de la obligación de garantía asumida por todos los cofiadores, y, en consecuencia, que la cofianza ha quedado desnaturalizada. No parece, por ello, que, con indiferencia del punto de vista que se adopte respecto a la naturaleza de las obligaciones derivadas de la fianza conjunta, quepa estimar que la renuncia al beneficio de división, por parte de algunos de los cofiadores, arruina la figura.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza

(15) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, XXIII, *op. cit.*, págs. 17 y sigs.

(16) *Ibid.*, pág. 188.

Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de la Europa central (1)

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. DESDE EL INFORME SEGRE HASTA HOY.—3. EL PROYECTO DE REGULACION DE UNA HIPOTECA INDEPENDIENTE DE UN GRUPO DE EXPERTOS ALEMANES EN 1998.—4. COMPARATIVA APRIORISTICA DEL MODELO PROPUESTO CON LA HIPOTECA DEL ARTICULO 104 LH Y, ESPECIALMENTE, CON LA HIPOTECA DE MAXIMO.—5. TRADUCCION DEL DISKUSSIONSPAPIER: NICHT AKZESSORISCHES GRUNDPFAND FUR MITTELEUROPA: INTRODUCCION. A) LINEAS MAESTRAS BASICAS PARA UN NUEVO DERECHO REAL DE GARANTIA INMOBILIARIA (GRUNDPFAND): I. En general. II. Constitucion. III. Transmision. IV. Extincion. V. Realizacion. VI. Procedimiento de insolvencia. B) BORRADOR DE LEY: Titulo I: Derecho real de garantía inmobiliaria (Grundpfand): §1. Derecho real de garantía inmobiliaria (Grundpfand). §2. Constitucion. §3. Responsabilidad personal. §4. Expedición de una carta (documento de inscripción. Eintragungsdokument). §5. Alcance de la responsabilidad. §6. Varias fincas. §7. Satisfacción. §8. Satisfacción en caso de derecho real de garantía inmobiliaria colectivo (sobre varias fincas). §9. Transmisión del derecho real de garantía inmobiliaria. §10. Renuncia. §11. Intimación del acreedor. Titulo II: El contrato de garantía (Sicherungsvertrag): §12. Derecho real de garantía inmobiliaria para garantizar créditos. §13. Garantía de créditos cambiantes. §14. Pagos. §15. Devolución. §16. Realización. §17. Diversas garantías. §18. Indemnización.—BIBLIOGRAFIA.

(1) Este trabajo ha sido posible gracias a una beca BE de desplazamiento con fines de investigación al extranjero concedida por la Generalitat de Catalunya (Res. 22-11-2000, DOGC, núm. 3278, 1-12-2000).

1. INTRODUCCION

Diversas son las iniciativas que se están dando a nivel europeo para conseguir paulatinamente un derecho civil común de los Estados miembros en sus diferentes ramas (derecho de obligaciones, contratos, responsabilidad, etc.), sea ya en base a normativa comunitaria, sea todavía en estudios preliminares.

Lo que en esta ocasión nos ocupa es la búsqueda de un derecho real de garantía inmobiliaria común para Europa. Tras las primeras normas comunitarias, relativas a la armonización del derecho bancario y de las operaciones de crédito enmarcadas en el principio de la libre circulación de capitales (2), debe venir necesariamente la búsqueda de una garantía inmobiliaria común para los créditos que las entidades bancarias europeas pretendan conceder en los diferentes Estados miembros. Lo que se busca es, pues, una «eurohipoteca» (3).

Aunque el objetivo está claro, aún no se conoce qué forma debe adoptar esta «eurohipoteca», qué debe regularse desde la normativa comunitaria, de qué modo deben tratarse algunas cuestiones fundamentales como la accesoriidad, intervención de notario o, incluso, qué instrumento utilizar (Directiva, dejando cierto margen de libertad a los Estados para regular, o Reglamento, emitiendo todas las indicaciones desde los organismos comunitarios).

La propuesta para la regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio (*nicht akzessorisches Grundpfand*) que realizan los doctores OTMAR STÖCKER y HANS WOLFSTEINER, en base a un grupo de trabajo de juristas alemanes, puede resultar reveladora.

(2) A título de ejemplo, ténganse en cuenta los artículos 52 y 59 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, relativos a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en otro y a la libre prestación de servicios; la Directiva 73/183/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1973, sobre supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de actividades por cuenta propia de los bancos y otras entidades financieras; la Segunda Directiva 89/646/CEE del Consejo, de 15 de diciembre de 1989, 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, y por la que se modifica la Directiva 77/780/CEE; y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio.

(3) Ver, al respecto de la «eurohipoteca», STÖCKER, OTMAR M., «La «eurohipoteca»», en *Revista Española de Financiación a la Vivienda*, núm. 18-19, 1992, págs. 141 a 148; STÖCKER, OTMAR, y CASERO MEJÍAS, MANUEL, «La eurohipoteca», en *RCDI*, año LXX, enero-febrero, núm. 620; STÖCKER, OTMAR, «La eurohipoteca: un medio para unificar el Derecho Hipotecario en Europa», en *Anales I, 1996/1997*, Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM), Coord. Alfonso Hernández Moreno, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998.

2. DESDE EL INFORME SEGRE HASTA HOY

Ha pasado tiempo desde que la Comunidad Económica Europea diese el primer impulso en 1966. Veamos cuáles han sido, a grandes rasgos, las diferentes iniciativas al respecto de la «eurohipoteca»:

* El «Informe Segré» (1966). La Comisión Europea encarga a un grupo de expertos, encabezado por el profesor CLAUDIO SEGRÉ, la elaboración de un informe relativo a la construcción de un mercado europeo de capitales. Aparte de otras cuestiones, el informe considera que la *Grundschild* (deuda territorial) alemana, o una forma semejante de garantía, podría ser utilizada en los Estados miembros, «dado que la técnica de la deuda territorial se ha mostrado especialmente eficaz no solamente en Alemania, sino también en otros países, como Suiza o Austria».

* La Unión Internacional del Notariado Latino (Comisión para Asuntos Comunitarios) (1987). Esta organización conceptúa por primera vez el término «eurohipoteca» y apuesta por estructurar una hipoteca de validez uniforme basándose en el modelo de la *Schuldbrief* (carta de deuda/hipoteca independiente) suiza.

* La Unión Europea (2001). La UE impulsa la creación de un *Forum Group* (grupo de discusión) que debe examinar dos cuestiones: 1) la eficiencia de la hipoteca como garantía, y 2) la oportunidad y posibilidad de crear una «eurohipoteca», entendida como un derecho real común a todos los Estados miembros. Se plantean, a este efecto, una serie de cuestiones relativas a las formalidades que deben seguirse para constituir dicha «eurohipoteca», intervención o no de notario, acceso al Registro (y condiciones), costes, rango de la «eurohipoteca» en relación con otras cargas o privilegios, accesoriidad al crédito principal o no, etc. Por último, se apunta una pregunta de especial interés: «Teniendo en cuenta las modificaciones de la legislación nacional que conllevaría, ¿sería la creación de esta garantía [refiriéndose a la «eurohipoteca» como derecho real de garantía inmobiliaria común a todos los Estados miembros] más fácil de conseguir que la armonización de la legislación nacional existente?»

* Sobre la base de todas estas cuestiones, la Federación Hipotecaria Europea (*European Mortgage Federation*) (2001) inicia una discusión en su foro interno.

* En nuestra opinión, y contestando a la pregunta clave formulada al *Forum Group*, entendemos que, efectivamente, es más factible la creación de una garantía inmobiliaria nueva que la armonización de las legislaciones existentes relativas a la hipoteca. La idea esencial es que, al lado de las existentes hipotecas en los diferentes ordenamientos, se introdujese un derecho real de garantía inmobiliaria de naturaleza independiente de la obligación

garantizada, más ágil y que favoreciese la creación de un mercado hipotecario transnacional real.

El modo de llevar a cabo la regulación de dicha «eurohipoteca» viene después. Aunque quizá, pensamos, sería más deseable una hipoteca completamente uniformizada para toda Europa, debemos ser conscientes que esta solución, hoy por hoy, es utópica, ya que la «eurohipoteca», entendida de este modo, chocaría en alguno u otro punto con la tradición jurídica de los diferentes ordenamientos jurídicos europeos que divergen en muchos puntos entre sí: si la inscripción registral debe ser o no constitutiva, vías de actuación del notariado, imbricación del procedimiento de ejecución uniformado en los procedimientos nacionales de ejecución, situación de la «eurohipoteca» en la lista de privilegios de los ordenamientos jurídicos, etc.

Quizá la vía más adecuada sería la de optar por una Directiva de mínimos, respetando que cada Estado incorporase la «eurohipoteca» a su ordenamiento como creyese conveniente, aunque siempre sobre la base de un derecho real de garantía independiente en aras a su mayor negociabilidad.

3. EL PROYECTO DE REGULACION DE UNA HIPOTECA INDEPENDIENTE DE UN GRUPO DE EXPERTOS ALEMANES EN 1998

En este marco debe ser resaltado el trabajo desarrollado por un grupo de expertos alemanes sobre la cuestión de la incorporación a los ordenamientos jurídicos de un derecho real de garantía inmobiliaria independiente.

Para ellos, este modelo que proponen será la deseada «eurohipoteca», puesto que permitirá una mayor flexibilidad (en la cesión, en la negociación, en la estructura) y abaratamiento en su constitución (utilizable para varios créditos u obligaciones no dinerarias sin necesidad de una novación constitutiva cada vez) que las tradicionales hipotecas vigentes en los actuales ordenamientos jurídicos.

Este trabajo fue publicado en alemán en la *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (ZBB) del 14 de agosto de 1998, bajo el título «Diskussionspapier: Nicht akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa», y elaborado por el doctor HANS WOLFSTEINER y el doctor OTMAR STÖCKER, con la colaboración de otros expertos juristas alemanes.

Expongamos someramente por qué consideramos interesante y, sobre todo útil, la transcripción de dicho trabajo íntegramente al castellano:

1. En primer lugar, lo interesante de la cuestión de la introducción en los diferentes ordenamientos de un derecho real de garantía inmobiliario independiente de la obligación garantizada. Esto es una cuestión que ha venido

planeando sobre el ordenamiento jurídico español al menos desde principios del siglo XX (4), pero que la DGRN, sobre todo a raíz de la Resolución de 23-12-1987, ha cercenado en reiteradas ocasiones. No obstante, lo interesante de figuras como la *Grundschild* alemana o la *Schuldbrief* suiza (derechos reales inmobiliarios de garantía independientes) queda demostrado en su vasta utilización en sus respectivos ámbitos como perfectos sustitutivos de la hipoteca.

2. En segundo lugar, que por primera vez un grupo de trabajo formado por catedráticos, notarios y prácticos del mundo de la banca alemanes, elaboran una propuesta de articulado para la introducción de la hipoteca independiente en unos ordenamientos jurídicos con una fuerte tradición de hipoteca dependiente. Aunque dicha propuesta fuese pensada para los nuevos movimientos legisladores de los Estados de la Europa central y del este (5), en este punto coincide nuestro ordenamiento jurídico: ni la LH en vigor (arts. 104 y 149 LH), heredera de la de 1861, ni el Código Civil (arts. 1.857.1 y 1.878 del Código Civil) han permitido la presencia de un derecho real inmobiliario independiente. El proyecto que este grupo presenta, puede dar lugar a reflexión.

3. La propuesta permite dar respuesta a la pregunta: ¿tiene posibilidades de regularse un derecho real de garantía independiente allí donde sólo existe una hipoteca accesorio? Ya existen ejemplos de que ello, efectivamente, es posible. De este modo tenemos los casos de Hungría, Estonia y Polonia:

- a) Hungría: el Código Civil húngaro regula desde 1993, en su artículo 269, el derecho real de garantía independiente (*önálló zálogjog*). Se encuentra regulado al lado del derecho real de garantía inmobiliario dependiente y puede ser utilizado para gravar cosas muebles e inmuebles. Su ámbito de aplicación está discutido por la doctrina húngara. La opinión mayoritaria entiende que, debido a su falta de accesoriedad, no debería ser utilizado para garantizar créditos. En la realidad jurídica la *önálló zálogjog* no ha tenido hasta ahora ninguna relevancia. El 1 de septiembre de 2001 entra en vigor una modificación de los derechos reales de garantía inmobiliaria húngaros que afecta también al artículo 269 del Código Civil húngaro. Pretende clarificarse que el derecho real de garantía independiente puede ser utilizado para garantizar créditos. De todas formas, carece de una regulación detallada de, por ejemplo, el contrato de garantía.

(4) GASTALVER, JOSÉ, *Crédito territorial*, Sevilla, 1916, pág. 43.

(5) Los términos «Europa central» y «Europa del este» se refiere a los Estados centroeuropeos y del este de Europa que provienen de regímenes comunistas que están procediendo a la transformación de sus estructuras jurídico-económicas.

- b) Estonia: la hipoteca (*hüpoteek*) está regulada en la Ley de derechos reales estonia desde 1993 en sus artículos 325 a 364. Según el artículo 325.4, la hipoteca no requiere la existencia de un crédito. De los artículos 346 a 354 se desprende que puede venir relacionada con un crédito. La doctrina indica que aunque el único derecho real de garantía estonio se denomine como la hipoteca, su naturaleza jurídica está próxima a la *Grundschild* alemana (6). En el primer proyecto de ley, el derecho de cosas estonio preveía una división en dos entre una hipoteca accesoria y una *Grundschild* independiente, al igual que el Código Civil alemán (BGB). Pero ello fue rechazado posteriormente por una recomendación de expertos alemanes, ya que la accesoriadad impide que la hipoteca pueda utilizarse para garantizar múltiples y diversos créditos. De este modo, la necesaria cancelación y nueva inscripción del derecho real de garantía llevan aparejadas para los interesados determinados costes y con ello se impide el desarrollo económico. Pueden darse casos especiales en que sea deseable una relación accesoria, como el caso de la *Bauhandwerkersicherungs-hypothek* (hipoteca en garantía de crédito refaccionario, §§ 648 y 649 BGB) del Derecho alemán. Estas situaciones pueden ser cubiertas y reguladas a través de relaciones causales. Por ello decidió el legislador estonio regular solamente un derecho real de garantía inmobiliaria independiente.
- c) Polonia: la Comisión de Trabajo para el Derecho Civil (7) de este Estado tiene preparado un proyecto de ley que pretende incorporar al ordenamiento polaco una hipoteca de carta (*Briefhypothek*) al lado de la ya existente hipoteca registral (*Buchhypothek*). Al mismo tiempo, busca incorporar un derecho real de garantía independiente que, aunque con particularidades, se asemeja a la *Grundschild* alemana. También en este proyecto de ley se estipulan unos contenidos mínimos del contrato de garantía (*Sicherungsvertrag*). En Polonia, hoy por hoy, los trabajos de la comisión encargada al efecto están muy avanzados (8) pero, aparte de las cuestiones estrictamente de política legislativa, el principal escollo de carácter jurídico se encuentra en analizar si el propietario de un inmueble, que lo da en garantía, se

(6) KOVE, VILLU y ZENO, ANRE en Walther Hadding y Uwe H. Schneider (ed.), *Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlín, 1999, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1999, pág. 653.

(7) *Komisja Ds. Reformy Prawa Cywilnego*.

(8) En septiembre de 2001 se reanudan las sesiones en el Parlamento y se retoma la cuestión que está ahora tratada en la Comisión para el Derecho Privado, dependiente del Ministerio de Finanzas polaco.

encuentra en una situación de desprotección mayor con esta hipoteca independiente que con la hipoteca accesoria tradicional. Aunque en algunas partes de Polonia (Silesia, sobre todo) siguen manteniendo en la base de su derecho privado el Derecho alemán y, por lo tanto, no les es desconocida la *Grundschild* alemana, la doctrina alemana ha llamado a la hipoteca independiente que se pretende implantar *Inmobilienschuld* (*Dług na nieruchomości*), para diferenciarla de la propia *Grundschild* alemana, puesto que no tienen una regulación idéntica. El trabajo de esta comisión de expertos alemanes, que a continuación traducimos, ha servido como documento de trabajo para la elaboración del proyecto de ley de regulación de la *Inmobilienschuld* polaca.

4. Desde el punto de vista de la LH y del Código Civil no pueden verse ignorados los movimientos a nivel europeo relativos a la «eurohipoteca», iniciados ya en los años sesenta por la Comisión Europea.

5. Aunque todo lo que se va a decir pueda sonar hasta cierto punto contradictorio con nuestra tradición hipotecaria (principios de accesoriadad y de especialidad de la hipoteca), no han sido pocos los autores que han venido recomendando la admisión de la hipoteca independiente en el ordenamiento jurídico común (9).

6. Por último, el fuerte movimiento codificador que se está llevando a cabo en Cataluña respecto a su Derecho Civil propio (art. 149.1.8 CE) no debe desechar de antemano la posibilidad de regulación de una hipoteca independiente, justo en el momento en que se está redactando el proyecto que pretende articular la hipoteca catalana, más cuanto Cataluña carece de toda tradición propia relativa a la hipoteca dependiente. Ello no quiere decir que se rompa violentamente con el uso tradicional que desde la LH común de 1861 está vigente en Cataluña, que es el de la hipoteca del artículo 104 LH. Simplemente apuntamos que, paralelamente a la tradicional hipoteca dependiente, podría estudiarse la posibilidad de regular una hipoteca independiente.

(9) Reiteramos la opinión favorable de GASTALVER, *Crédito territorial*, pág. 43, de incorporar la deuda territorial a nuestro ordenamiento. No ha faltado la doctrina que ha buscado justificar la no necesaria accesoriadad de la hipoteca del artículo 104 LH, sobre la base de figuras como la hipoteca de máximo, la de seguridad, la desdeñada «hipoteca flotante» o, incluso, la hipoteca legal. Ver, en este sentido, REY PORTOLÉS, JUAN MANUEL, «La hipoteca como derecho real divorciado del crédito garantizado» e «Hipoteca con cláusula de "endowment". Hipoteca flotante», ambos en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Madrid, 1993, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, págs. 98, 125, 136, 147 y 170. En las págs. 172 y 173, REY PORTOLÉS recoge a otros autores (JERÓNIMO GONZÁLEZ, CASSO ROMERO, PASCUAL LACAL y LA RICA ARENAL) que, de una u otra manera, han cuestionado la estricta accesoriadad de la hipoteca del 104 LH.

Desde nuestro punto de vista, pues, la simple reflexión sobre la introducción de un derecho real de garantía inmobiliaria independiente —sea en la Ley Hipotecaria, sea en la nueva normativa que se está elaborando en Derecho catalán— sería ya un paso adelante en estimular el estudio para hallar un derecho real de garantía inmobiliaria dotado de una mayor negociabilidad que la hipoteca, la cual, por sus rigideces, no resulta adecuada para el tráfico jurídico-económico actual, especialmente el transfronterizo (10). Desde mediados de la década de 1970, los bancos hipotecarios alemanes han venido utilizando prácticamente en exclusiva a la *Grundschild* como mecanismo para garantizar sus operaciones activas de crédito. Esta ha resultado ser también un complemento esencial para la refinanciación hipotecaria (11).

(10) Pretendemos, al igual que lo quiso CASERO MEJÍAS, MANUEL, en «La eurohipoteca», en *RCDI*, año LXX, enero-febrero, núm. 620, págs. 91 a 182, al traducir parte de la obra del doctor Stöcker, *Die «Eurohypothek»*, hacer partícipe al jurista español de los movimientos en Europa sobre la cuestión para que, a su vez, aporte ideas y soluciones.

(11) Aunque la mayoría de las operaciones de refinanciación hipotecaria, operadas por los bancos hipotecarios alemanes, se hace mediante la emisión de cédulas hipotecarias (*Hypothekenspfandbriefe*), también se han realizado algunas operaciones de refinanciación de corte anglosajón, es decir, mediante la emisión de *mortgage-backed securities* (la de HAUS 1998-I Limited con los auspicios del Deutsche Bank AG el 14 de mayo de 1998, por ejemplo). En el esquema alemán de *mortgage-backed securities*, el SPV (*special purpose vehicle* o emisor de los valores refinanciadores) adquiere de la entidad prestamista los créditos que se pretenden titular con las *Briefgrundschilden* y con partes de las *Buchgrundschilden*, mientras que la entidad prestamista detenta fiduciariamente (es decir, en nombre y representación del SPV) el resto de las *Buchgrundschilden*. Esta separación entre garantía y crédito sólo puede operarse mediante un derecho real de garantía independiente. El sistema español de refinanciación hipotecaria anglosajona se basa en la emisión, primero, de participaciones hipotecarias y, después, en la emisión de bonos de titulización hipotecaria sobre dichas participaciones [art. 5 de la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria (*BOE* núm. 168, de 14 de julio de 1992; corrección de errores en *BOE* núm. 186, de 4 de agosto)]. No obstante, en el sistema español se ciernen algunas dudas como la «atípica» cesión de créditos que representan las participaciones hipotecarias, los problemas frente a terceros cesionarios en base al artículo 149 LH, de buena fe del crédito participado, las acciones que pueden ejecutar los tenedores de los bonos, etc.

4. COMPARATIVA APRIORISTICA DEL MODELO PROPUESTO CON LA HIPOTECA DEL ARTICULO 104 LH Y, ESPECIALMENTE, CON LA HIPOTECA DE MAXIMO

DERECHO REAL DE GARANTIA INMOBILIARIA INDEPENDIENTE	DERECHO REAL DE HIPOTECA (ART. 104 LH) (ESPECIAL ATENCION A LA HIPOTECA DE MAXIMO)
CARACTERISTICAS GENERALES	
Es necesariamente independiente del crédito al que garantiza (§1.2)	Es dependiente del crédito al que garantiza (arts. 104 y 149 LH y 1.528, 1.857.1 y 1.878 del Código Civil)
Puede ser reutilizado para garantizar diversas obligaciones (dineras o no) del mismo acreedor, diferentes en el tiempo, cuantía, etc., sin que entre ellas no haya ninguna conexión causal	La hipoteca de máximo necesita un crédito que al menos sea determinable (arts. 153, 141 y 142 LH) (RRDGRN 28-2-1928 y 5-3-1929). Además los créditos deben tener una misma conexión causal (RDGRN 23-12-1987). Se rechaza la hipoteca en garantía de obligaciones causalmente diversas e indeterminadas sin pacto novatorio expreso (hipoteca flotante) (12) (RDGRN 23-12-1987)
Es susceptible de tenencia fiduciaria (operaciones con <i>mortgage-backed securities</i> (13), préstamos realizados por más de un acreedor, etc.) (14)	No por sí misma

(12) Sobre los motivos de la DGRN para descartar la posibilidad de crear una hipoteca flotante, ver CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, 4.ª Edición, Madrid y Barcelona, 2000, Ed. Marcial Pons, págs. 1584 y 1585.

(13) Vid. *supr.* el pie de página anterior respecto a la emisión de valores refinanciadores de corte anglosajón en España y en Alemania.

(14) Sería el caso en que un deudor pretenda adquirir un préstamo de tal cuantía que deba ser concedido por dos entidades de crédito distintas. En lugar de constituir una hipoteca para cada parte (con los costes que ello conlleva para el crédito), se podría constituir un único derecho real de garantía inmobiliaria que una de las entidades crediticias detentaría tanto en beneficio propio —por la parte en que ella misma hubiese concedido el préstamo— como en beneficio de la otra entidad —por la parte que ésta hubiese concedido del préstamo—. Las operaciones fiduciarias de este estilo se dan habitualmente en la práctica bancaria.

DERECHO REAL DE GARANTIA INMOBILIARIA INDEPENDIENTE	DERECHO REAL DE HIPOTECA (ART. 104 LH) (ESPECIAL ATENCION A LA HIPOTECA DE MAXIMO)
Se puede ejecutar sin necesidad de título complementario (§7.1)	La hipoteca de tráfico, sí (art. 681 LEC). En cambio, la hipoteca de máximo no garantiza un título ejecutivo para el acreedor. Este debe probar la existencia, el vencimiento y la exigibilidad de la deuda (RRDGRN 5-3-1929 y 6-11-1999)
Puede producir intereses (§1.3). De esta forma, el derecho real de garantía independiente se constituirá para garantizar un capital y un porcentaje de intereses previsto, pudiéndose utilizar esta última cantidad para asegurar el principal, si éste resulta ser menor que el del crédito garantizado	No por sí misma. Quién produce los intereses es el crédito hipotecario pero no la hipoteca en sí (arts. 114, 115, 146 y 147 LH). En la constitución de la hipoteca de máximo deben ser tenidos en cuenta todos los intereses (en números absolutos) que producirá el crédito en el tiempo previsto, ya que es necesario establecer una cuantía máxima absoluta de responsabilidad (15). Ello comportando un encarecimiento de la constitución
Su rango respecto a otras cargas sobre la finca viene determinado por su acceso al Registro	Igual (arts. 17, 32 y 105 LH)
Es divisible. Puede irse devolviendo parte del derecho real al propietario de la finca gravada si paga o se le condona parcialmente la deuda (§§7.5, 8.1 y 10.3 y 4)	Es indivisible (art. 122 LH y art. 1.860.1 y 2 del Código Civil). Independientemente de si el crédito ha quedado parcialmente amortizado, la hipoteca se puede ejecutar por toda su cuantía
Si el acreedor renuncia al derecho, éste vuelve a manos de quién lo constituyó (§10.1)	La renuncia del derecho de hipoteca (art. 6.2 del Código Civil) o la condonación de la deuda (art. 1.190 del Código Civil), provocan la extinción del derecho

(15) ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, IV-2, 7.^a Edición, Barcelona, 1979, Ed. Bosch, pág. 791.

DERECHO REAL DE GARANTIA INMOBILIARIA INDEPENDIENTE	DERECHO REAL DE HIPOTECA (ART. 104 LH) (ESPECIAL ATENCION A LA HIPOTECA DE MAXIMO)
Existencia de causa. La causa viene determinada en el contrato de garantía, el cual liga el derecho real de garantía con el crédito garantizado (§12.1)	Es un negocio causal (art. 104 LH). No necesita contrato de garantía, puesto que es accesoria a cada crédito. En la hipoteca de máximo, los «datos indispensables que permitan identificar la relación obligatoria que garantiza el gravamen hipotecario» deberán ir referidos a la relación causal de la que se desprendan las prestaciones posteriores (16)
CONSTITUCION	
Requiere para su existencia escritura notarial y que ésta se inscriba en el Registro de la Propiedad (§2.1)	Igual (art. 145 LH)
Sería conveniente restringir la cualidad de «acreedores» a acreedores profesionales (17)	Abierto a todos, particulares y profesionales (art. 138 LH)
Puede ser constituida por el propietario sin que exista (ni se prevea que exista) crédito alguno (§1.5)	Hipoteca unilateral (art. 141 LH). Pero requiere aceptación del beneficiario de la hipoteca para subsistir
Puede adherirse a una carta, expedida por la oficina del Registro (§4)	No. La hipoteca siempre tiene vida registral (arts. 145, 149, 150 y 151 LH)

(16) ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, pág. 793.

(17) La problemática respecto al deudor hipotecario se podría plantear en el caso en que el acreedor enajenase, por un lado el crédito, y por otro la garantía, y ambos cesionarios fueran terceros de buena fe. En este caso, el deudor hipotecario podría hallarse ante dos reclamaciones por el mismo concepto. En este punto, el contrato de garantía debe tener un papel principal. Además, en el caso de que el uso del derecho real de garantía independiente se restringiese a profesionales (para proceder a su refinanciación hipotecaria, por ejemplo), este suceso difícilmente podría darse debido a la imagen pública que dichas entidades deben mantener, ya que habrían obrado de mala fe. Además, la actividad bancaria está sometida a una importante supervisión en la mayoría de los Estados. La opción de que el contrato de garantía conste en escritura pública y en el Registro de la Propiedad no sería conveniente porque indirectamente estaríamos volviendo a hacer un derecho real de garantía dependiente, poco dinámico y costoso.

DERECHO REAL DE GARANTIA INMOBILIARIA INDEPENDIENTE	DERECHO REAL DE HIPOTECA (ART. 104 LH) (ESPECIAL ATENCION A LA HIPOTECA DE MAXIMO)
Recae sobre fincas y sobre derechos reales inscribibles en el Registro de la Propiedad (§1.1)	Igual. Tener en cuenta las disposiciones de los artículos 106 y 107 LH
Extensión del gravamen: se consideran incluidos los bienes muebles incorporados a la finca por destino, las rentas periódicas (arrendamientos) y la maquinaria, siempre que no pudiese separarse sin menoscabo (§5)	Por defecto, no se incluyen ni los bienes muebles incorporados a la finca por destino ni las rentas vencidas y no satisfechas. La maquinaria sólo queda hipotecada si no puede separarse sin menoscabo (art. 111 LH)
Puede recaer sobre varias fincas (§6.1), pero cada una responde por toda la cuantía. Es discreción del acreedor distribuir o no la responsabilidad (§6.2)	Puede recaer sobre varias fincas, pero debe determinarse la cantidad por la que cada una debe responder (art. 119 LH) (principio de especialidad)
TRANSMISION	
Dado que el derecho real de garantía inmobiliaria puede garantizar diferentes créditos de manera que el creador de la garantía puede siempre rescindir el contrato aunque se mantenga la garantía (§13.1), se produce un sencillo cambio de acreedor sin necesidad de constituir un nuevo derecho real de garantía, evitando así los gastos registrales y notariales que conlleva. La nueva relación obligacional está libre de cualquier vínculo con la anterior: el nuevo acreedor no tiene que aceptar las estipulaciones del crédito anterior	La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, ha facilitado la subrogación en un mismo préstamo hipotecario de un nuevo acreedor (1.211 del Código Civil), siempre que éste sea una de las sociedades habilitadas para participar en el Mercado Hipotecario. Pero este sistema no pasa de ser una mera subrogación en el crédito con todo lo que ello conlleva: la entidad que se subroga adquiere con el crédito todas las obligaciones, pactos y estipulaciones accesorias (condiciones generales del contrato, cláusulas específicas, etc.), de manera que no hay absoluta libertad en dicha subrogación (art. 4 de la Ley 2/1994)

DERECHO REAL DE GARANTIA INMOBILIARIA INDEPENDIENTE	DERECHO REAL DE HIPOTECA (ART. 104 LH) (ESPECIAL ATENCION A LA HIPOTECA DE MAXIMO)
Agilidad en la cesión del derecho real de garantía, tenga éste vida registral (§9.2) o esté adherido a una carta (§9.5)	En ningún caso puede cederse la hipoteca separada del crédito (art. 149 LH). En el caso de la hipoteca de máximo, el crédito se cede independiente de la hipoteca, según las normas del derecho común, pero el cesionario no podrá ampararse en los datos del Registro; los créditos no pueden ser cedidos con efectos reales y para que el nuevo acreedor (cesionario) pueda ejecutar la hipoteca en su garantía, deberá probar su existencia, vencimiento y exigibilidad (RRDGRN 21-3-1917 y 5-3-1929). Por último, la venta de finca hipotecada (art. 118 LH) produce cierta separación crédito-deuda, aunque solamente referida a la figura del deudor hipotecario-titular de la finca gravada
El acreedor puede ceder por separado tanto el derecho real de garantía como el propio crédito para refinanciarse (18)	Ni la cesión de crédito hipotecario (art. 149 LH) ni la subhipoteca (art. 107.4 LH) han demostrado ser instrumentos adecuados para la refinanciación hipotecaria, debiendo acudir necesariamente a las operaciones pasivas del Mercado Hipotecario para esta finalidad (emisión de valores hipotecarios) (19) (ver Exposición de Motivos de la LH de 1861)

(18) Vid. *supr.* lo comentado al respecto de la refinanciación en Alemania mediante *mortgage-backed securities* y también lo referente a los peligros para el deudor de dos cesionarios (de crédito y de garantía) de buena fe.

(19) Respecto a lo dicho sobre las participaciones hipotecarias, vid., *supr.*

DERECHO REAL DE GARANTIA INMOBILIARIA INDEPENDIENTE	DERECHO REAL DE HIPOTECA (ART. 104 LH) (ESPECIAL ATENCION A LA HIPOTECA DE MAXIMO)
EJECUCION Y EXTINCION	
Aparte de la acción real contra la finca gravada derivada del derecho de garantía (§7.1) y de la responsabilidad personal del deudor derivada del contrato de préstamo, es posible estipular en la constitución del derecho real de garantía la responsabilidad personal del propietario del fundo gravado hasta la cantidad garantizada con dicho derecho real (§3) que se exigirá por la misma acción ejecutiva que de la que dispone el propio derecho real de garantía	El propietario de la finca, en caso de ser distinto del deudor, sólo responde con la finca por la cantidad garantizada (arts. 105, 140 y 147 LH y 1.911 del Código Civil)
La extinción del derecho real de garantía inmobiliaria se produce cuando hay acuerdo entre acreedor y propietario para ello. Si el propietario es al tiempo el poseedor de la garantía, él decide cuándo se extingue. No se extingue por confusión con la propiedad ni por transcurso de tiempo (§1.5 §7.3)	La hipoteca se extingue cuando se extingue el crédito que garantiza (arts. 1.190, 1.192 del Código Civil). Además, dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca (art. 145 LH), se extingue cuando se cancela su inscripción (art. 82 LH) a instancias del titular registral del derecho, mediante su consentimiento formal (20)
La acción real se sustanciará por el habitual procedimiento de ejecución hipotecaria (§7.1). Este tendrá los mismos efectos respecto a acreedores con derechos sobre la finca de igual o inferior rango (§7.4). Los terceros perjudicados por la ejecución pueden pagar al acreedor (§7.7)	Esencialmente igual para la hipoteca de tráfico. Pero la hipoteca de máximo tiene serios problemas de ejecución (21)

(20) GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER y DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO, *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Madrid y Barcelona, 2000, Ed. Marcial Pons, págs. 138 y 139.

(21) ROCA SASTRE, RAMÓN M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, Tomo VIII, 8.ª Edición, Barcelona, 1998, pág. 328. Sobre la cuestión de la ejecución de la hipoteca de máximo aplicada al crédito abierto garantizado con hipoteca, ver GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, «El crédito abierto garantizado con hipoteca», en Del Pozo Carrascosa, Pedro y Díaz Muyor, Manuel (coords.), *Contratación bancaria*, Madrid y Barcelona, 1998, Ed. Marcial Pons i Universidad Rovira i Virgili, págs. 177 y 178.

5. TRADUCCION DEL DISKUSSIONSPAPIER: NIGHT AKZESSORISCHES GRUNDPFAND FÜR MITTELEUROPA

INTRODUCCIÓN

En el marco de la función asesora de la Asociación de Bancos Hipotecarios alemanes (*Verband Deutscher Hypothekenbanken*, VDH) en los Estados de la Europa central y del este siempre se encuentra la pregunta esencial relativa a la practicabilidad de los previamente existentes derechos reales inmobiliarios. Las disposiciones de derecho hipotecario (como las de Centroeuropa) suelen ofrecer únicamente hipotecas estrechamente accesorias y eventualmente también la variante de la hipoteca de máximo.

En el estudio se revisa si las garantías crediticias de los países de la Europa central y del este posibilitan técnicas financieras modernas para asentar las bases del ordenamiento económico y orientar la economía de mercado.

En relación con el debate del problema que existe en la práctica bancaria, relativo a la estrecha accesoria de la hipoteca, se discute también la posibilidad de regular un nuevo derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio (*nicht akzessorisches Grundpfand*) en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Con esta finalidad, la VDH ha iniciado la constitución de un grupo de trabajo que ha elaborado un documento de discusión que incorpora las líneas básicas para un derecho real de garantía inmobiliaria independiente. Se han tenido en cuenta para ello propuestas de otros ordenamientos jurídicos, sobre todo las disposiciones legales y las sentencias de los Tribunales, así como la experiencia práctica de los bancos relativa a la *Schuldbrief* (carta de deuda) suiza y a la *Grundschild* (deuda territorial) alemana.

El grupo de trabajo no se ha limitado a proponer líneas maestras abstractas. Sobre dichas líneas ha construido un borrador de ley para mostrar claramente la necesidad de regulación. Este borrador de ley se ha formulado independientemente de ordenamientos jurídicos particulares.

La propuesta debe entenderse como un documento de discusión y persigue ofrecer una garantía crediticia flexible con los requisitos, tanto de una garantía legal como de protección de los consumidores. El documento de discusión se publica para estimular una discusión pública de cómo pueden ser modernizados los ordenamientos hipotecarios de los estados del centro de Europa.

Han participado en este grupo de trabajo:

JOHANNES E. BEUTLER, miembro en el pasado del *Rheinboden Hypothekenbank*, Colonia.

Profesor Doctor ULRICH DROBNIG, *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, Hamburgo.

DOCTOR KLAUS-PETER FOLLAK, *Württembergische Hypothekenbank AG*, Stuttgart.

PETER HELLER, *Süddeutsche Bodencreditbank AG*, Munich.

PETER NEUBAUER, *Bayerische Vereinsbank AG*, Munich.

OTTO SOERGEL, *Frankfurter Hypothekenbank Centralboden AG*, Colonia.

DOCTOR OTMAR STÖCKER, *Verband Deutscher Hypothekenbanken*, Bonn (redacción global).

Profesor Doctor ROLF STÜRNER, *Universidad de Friburgo*.

Notario doctor HANS WOLFSTEINER, Colegio de Notarios federal, Colonia (redacción del borrador de ley bajo la rúbrica B).

Notario Doctor HANS WOLFSTEINER, Munich

DOCTOR OTMAR STÖCKER, *Verband Deutscher Hypothekenbanken*, Bonn/Berlín

A) LÍNEAS MAESTRAS BÁSICAS PARA UN NUEVO DERECHO REAL DE GARANTÍA INMOBILIARIA (GRUNDPFAND)

I. En general

1. El documento de discusión que se presenta tiene como objetivo mostrar una propuesta para un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio que pueda también ser utilizado para garantizar créditos (22).

(22) Hace más de treinta años, la Comisión Europea encargó a un grupo de expertos, bajo la dirección del profesor Claudio Segré, el estudio de esta cuestión en relación con la liberalización de la circulación de capitales y examinar la repercusión de una integración del mercado de capitales. Este grupo de expertos sacó en 1966, el documento «La construcción de un mercado europeo de capitales» (*Aufbau eines europäischen Kapitalmarktes*), el conocido como «Informe Segré», en el que se propuso, entre otras cosas, la armonización de las disposiciones legales de cada uno de los Estados miembros relativas a los derechos reales de garantía, para lo que se propuso como modelo la *Briefgrundschuld* (carta de deuda territorial) alemana.

La Unión Internacional del Notariado Latino (Comisión para los Asuntos de la Comunidad Europea) tomó posteriormente esta iniciativa y transmitió al Consejo de Ministros de la Comunidad, el 22 de mayo de 1987, la siguiente propuesta:

— Las entidades de crédito deben tener a su disposición, en cada uno de los Estados miembros, la eurohipoteca, al lado de los derechos reales de garantía inmobiliaria ya existentes en cada uno de ellos.

— Este derecho real de garantía inmobiliaria debe seguir el modelo de la *Schuldbrief* (carta de deuda) suiza.

— De este modo se ofrece, tanto para la entidad de crédito como para el tomador del préstamo, otro derecho real de garantía inmobiliaria más negociable y versátil dentro de la Comunidad Europea, como alternativa a los derechos reales de garantía ya existentes.

2. Este derecho real de garantía inmobiliaria ofrece —a diferencia de la estrechamente accesorio hipoteca— una alta flexibilidad en el aseguramiento del comportamiento obligacional entre el deudor y su acreedor.

— El derecho real de garantía inmobiliaria puede nacer tanto antes de que se satisfaga el crédito como, sobre todo, antes de que se perfeccione el contrato de crédito. Con ello la operación de pago se aligera sin que el banco deba correr con el riesgo de un pago no garantizado.

— Cuando un crédito quedase parcial o totalmente amortizado, un nuevo crédito podría quedar garantizado con el mismo derecho real de garantía inmobiliaria sin necesidad de que se tuviera que constituir otro derecho real. Este derecho real de garantía inmobiliaria puede servir para garantizar créditos de cuantía variable; esto es una gran ventaja para financiar diferentes fases de una construcción inmobiliaria o financiar su desarrollo, así como condiciones financieras de cuentas corrientes.

— También es posible utilizar este derecho real de garantía inmobiliaria cuando el crédito garantizado debe ser sustituido por un nuevo crédito (por ejemplo, el caso de un crédito de conversión del mismo acreedor).

— Este derecho real de garantía inmobiliaria puede ser utilizado también para garantizar más créditos del mismo acreedor.

— También permite garantizar obligaciones no dinerarias.

Debe tenerse en cuenta que una mayor independencia del crédito y, en consecuencia, una mayor negociabilidad en el mercado puede conllevar eventualmente mayor riesgo, dadas las posibilidades de abuso. Por ello debe tomarse en consideración el limitar el círculo de posibles acreedores (por ejemplo, a bancos, aseguradoras y otras instituciones sometidas a vigilancia estatal) (23).

3. La flexibilidad de este nuevo derecho real de garantía inmobiliaria aligera el cambio a un nuevo acreedor y fomenta la competencia entre los concesionarios de créditos. De este modo, gracias a su no-accesoriedad, puede ser transmitido a un nuevo acreedor sin que con ello el anterior crédito

— De esta manera se evitan los inconvenientes jurídicos, económicos y prácticos de la tradicional —estrechamente accesorio— hipoteca.

Respecto a la eurohipoteca puede verse, por ejemplo, la siguiente bibliografía: *Union Internationale du Notariat Latin*, Die Eurohypothek, 2.^a Edición, Amsterdam, 1994 [con una muestra del contrato de garantía (*Sicherungsvertrag*) y una certificación de rango (*Rangbestätigung*)]; *Wehrens*, Überlegungen zu einer Eurohypothek, WM 1992, 557 y sigs.; *Stöcker*, Die Eurohypothek, Berlín, 1992.

(23) El borrador de ley (bajo la rúbrica B) no contiene todavía esta restricción.

garantizado resulte afectado. Ello tiene un significado especial en caso de financiación de un crédito. Además, este tipo de derecho real de garantía favorece el desarrollo de nuevas técnicas de refinanciación del banco.

4. Un contrato de garantía (*Sicherungsvertrag*) tiene su utilidad para regular el supuesto de valoración y devolución del derecho real de garantía. Por ley debe quedar previsto el contenido mínimo del contrato de garantía. El daño producido al propietario (quien da la garantía) o al acreedor por el incumplimiento del contrato de garantía debe ser reparado (24).

5. El nuevo derecho real de garantía inmobiliaria puede ser constituido tanto por el propietario como por el acreedor, según el deseo de las partes contratantes. Una constitución por parte del propietario tiene sentido, por ejemplo, cuando éste desea negociar con más bancos la concesión del crédito y, tras su decisión, pretende un rápido pago del crédito. De este modo, el propietario puede adelantar los requisitos formales necesarios para la petición del derecho real de garantía y así puede tenerlo ya preparado.

6. Podría ser posible también la tenencia fiduciaria de un derecho real de garantía inmobiliaria para uno o más acreedores. Debe advertirse, no obstante, que en caso de insolvencia del fiduciario, el derecho real de garantía no se incluirá en la masa de la quiebra. Estas construcciones tienen relevancia práctica en casos de financiación interina y financiación consorcial (25).

7. El derecho real de garantía inmobiliaria podría constituirse tanto como un derecho de vida registral (*Buchrecht*) o como un derecho adherido a un documento (*Briefrecht*). Si se adhiere a un documento, ello aligera su transmisión. Ello tiene ventajas para el tomador del préstamo en caso de cambio del crédito. El acreedor puede utilizar esta posibilidad de transmisión ligera para su refinanciación.

8. El derecho real de garantía inmobiliaria podría también ser constituido por el propietario de una finca que no fuese al mismo tiempo deudor del crédito a garantizar. Por ello, los créditos a garantizar vienen descritos en el contrato de garantía.

9. La constitución de este derecho real de garantía inmobiliaria necesita escritura notarial. El derecho real es ejecutable sin título complementario.

10. Debe dejarse abierta la posibilidad como contenido del derecho real de garantía que al lado de la responsabilidad de la finca se pacte la responsabilidad personal (con su propio patrimonio) de los diferentes propietarios por el valor de dicho derecho real de garantía inmobiliaria. Ello tiene la ventaja de que a través de un título ejecutivo sobre el derecho real también se consiga la ejecución del patrimonio personal del propietario. De esta

(24) La regulación del §18 del borrador de ley regula solamente el derecho a ser indemnizado por daños del que da la garantía.

(25) El borrador de ley no contiene una regulación de este tipo.

manera el banco no necesita ejecutar el derecho real en caso de dificultades en el pago del deudor; será suficiente ejecutar su patrimonio personal (por ejemplo, gravar los ingresos por salario). En ningún caso es posible una doble realización.

Debe darse la posibilidad de que la responsabilidad personal se constituya como un añadido al contenido del derecho real de garantía inmobiliaria. Puede considerarse que esta responsabilidad personal quede excluida en el caso de que el propietario del inmueble (en el momento de constitución de la garantía) no sea el mismo que el deudor del crédito garantizado (vid. supr. Núm. 8) (26).

11. El derecho real de garantía inmobiliaria puede producir intereses. El tipo de interés puede ser pactado más alto que el tipo inicial del crédito (27). Debería ser posible que la cuantía de los intereses del derecho real de garantía inmobiliaria (limitados temporalmente) pudiesen ser utilizados para la ejecución del capital del crédito (28).

12. La constitución y la inscripción (registro) del derecho real de garantía inmobiliaria deberían ser admitidas en moneda extranjera.

II. Constitución

1. Sólo el propietario está en condiciones de constituir el derecho real de garantía inmobiliaria.

2. El derecho real se inscribe en el Registro de la Propiedad. Con la inscripción pertenece al acreedor inscribiente. La inscripción es constitutiva.

3. El derecho real inmobiliario de garantía tiene un rango fijo en relación con otros derechos reales de garantía y otros gravámenes que recaigan sobre el inmueble. El rango se determina por la accesión del derecho al Registro.

4. La constitución requiere una escrituración notarial.

5. Si es emitido un documento de inscripción (*Eintragungsdokument*), éste será expedido por la oficina del Registro. Esta expedición se inscribirá en el Registro. El documento de inscripción reproduce la inscripción aceptada del derecho real de garantía en el Registro de la Propiedad. La declaración del rango no aparece en el documento de inscripción.

(26) En el §3 del borrador de ley no están previstas estas posibilidades.

(27) Según el §1, párrafo 4.º del borrador de ley, el tipo de interés puede ser aumentado posteriormente un 10 por 100 sin el consentimiento de los acreedores de igual rango o inferior.

(28) NOTA DE TRADUCCIÓN: ello podría resultar útil para el caso de que el capital del crédito garantizado fuese más alto que el capital principal del derecho real de garantía inmobiliaria.

6. El contrato de garantía debe tener forma escrita. No hace falta que sea recogido en escritura pública y no requiere inscripción registral. Una posible ineficacia del contrato de garantía no afecta a la constitución eficaz del derecho real de garantía inmobiliaria; en este caso, la garantía inmobiliaria continúa.

7. Debe establecerse un procedimiento por el cual sea posible que en caso de pérdida de la carta (29) el poseedor de hecho (no de derecho) de la carta quede excluido y el documento en sí mismo quede sin efecto.

III. Transmisión

1. Un objetivo importante para la incorporación de un nuevo derecho real de garantía inmobiliaria debe ser su ligera transmisibilidad con el mantenimiento de la necesaria seguridad legal. De este modo, quien constituya un derecho real de garantía inmobiliaria de este tipo quedará dotado de una amplia flexibilidad en el uso de la garantía. Por eso deben ser admitidas diferentes formas de transmisión.

2. El modo de transmisión depende de la concreta formación del derecho real de garantía inmobiliaria. En cada caso deberá contemplarse una forma legal de contrato de cesión (*Abtretungsvertrag*) (en adelante solamente «la cesión»).

a) Si es un derecho de vida registral (*Buchrecht*) se necesita inscripción registral para su cesión. Puesto que las modificaciones en el Registro no deben hacerse por escritura privada, la cesión debe realizarse por escritura notarial.

b) Si se ha constituido para el derecho real de garantía una carta (documento de inscripción), simplemente será necesario un acuerdo privado de cesión y la necesaria entrega de la carta (documento de inscripción). Adicionalmente es posible la publicación en el Registro de la Propiedad. Quede claro que el derecho real de garantía adherido a una carta se cede al margen del Registro. Condición para ello es que sea conocida en el Registro la creación de la carta. Un tercero que pretenda examinar los libros del Registro evidenciará que la situación registral posiblemente no reflejará la situación legal real.

(29) NOTA DE TRADUCCION: aquí «carta» (*Brief*) se refiere a la forma de constituirse el derecho real de garantía inmobiliaria, es decir, a su adhesión a una carta (*Briefrecht*). Vid. *supr.* lo dicho al respecto en el punto 7.º de «En general».

De esta manera pueden cumplirse diversos propósitos, como conseguir la practicabilidad y sin pérdida de tiempo de comportamientos fiduciarios y consorciales entre varios en la financiación de una entidad de crédito participante. También sería posible asegurar la garantía legal para un acreedor mediante una sola previa financiación interina a través de una tercera institución, sin provocar en un —posiblemente— corto espacio de tiempo costes para el constituyente de la garantía (propietario, deudor). También es posible que un acreedor ceda el derecho real incorporado con cualquier finalidad refinanciadora (definitivamente o también sólo por cierto tiempo).

Tan pronto como se practique en el Registro de la Propiedad una anotación (ahora declarativa) del actual acreedor, será posible de nuevo como en el apartado a) una cesión notarial de los derechos inscritos a un nuevo acreedor. Para ello es necesario una ininterrumpida cadena de cesiones. De esta forma quedará constancia del actual acreedor en el Registro. Analógicamente quedará corregida la carta creada sobre el derecho real de garantía. Debe evitarse una divergencia entre lo que declare el Registro y lo que diga la carta. Las transmisiones que ocurran fuera del Registro no pueden por ello ser en un primer momento documentadas en la propia carta.

3. El derecho real de garantía no va unido al crédito para el cual haya sido constituido. Ello significa que puede ser posible una transmisión del derecho real sin que a la vez se transmita el crédito asegurado. Entonces sería posible que el que crea el derecho real de garantía pudiese pactar otro contrato de garantía con un nuevo acreedor, con la finalidad de utilizar la garantía para garantizar otro crédito. Ello se haría, naturalmente, antes de la entrada en vigor del contrato de cesión —en el caso de derechos de vida registral, con inscripción registral y en el caso de derechos incorporados a carta—, mediante la perfección del contrato de cesión y la transmisión de la carta. En el caso de que el crédito primitivo del cedente del derecho real de garantía aún no estuviera totalmente amortizado, quedaría el acreedor sin garantía o podría quedar garantizado con una nueva garantía. De esta manera queda ampliada la flexibilidad del creador de la garantía con la formación del contrato de garantía. De todos modos, debe ser posible estipular en el primitivo contrato de garantía que quede excluida la posibilidad de ceder aisladamente (sin el crédito subyacente) el derecho real de garantía o que sólo se pueda ceder con el consentimiento del creador del mismo (30).

En el caso de que el crédito garantizado se transmitiese junto al derecho real de garantía inmobiliaria al nuevo acreedor, todas las excepciones/oposiciones del contrato original le serán mantenidas al deudor y podrán ser ejer-

(30) En caso de violación puede iniciar el tomador de la garantía una acción por responsabilidad por daños sobre la base del §18, párrafo 2.º del borrador de ley.

citadas contra el cesionario. De este modo, aquí debe prevalecer el interés de protección del deudor (31).

4. En el caso de que el contrato de cesión tenga forma registral (transcurra su vida en el Registro), los costes de la transmisión se determinan por las tasas notariales, así como por las tasas de la inscripción en el propio Registro de la Propiedad. Para derechos cartulares (adheridos a una carta) sin inscripción del actual acreedor en el Registro, es posible reducir los costes en base a lo que se dijo en el número 2.b).

IV. Extinción

1. El derecho real de garantía inmobiliaria se extingue cuando se anula con el consentimiento del acreedor y del propietario y se cancela su inscripción en el Registro. No se extingue con el paso del tiempo.

2. Los intereses reales del derecho real de garantía quedan sujetos a prescripción extintiva. El plazo de prescripción no debe rebasar los cuatro años. Con la prescripción se imposibilita que los intereses del derecho real (que se han debido generar con el rendimiento de la finca) aumenten masivamente el marco de responsabilidad en perjuicio de posteriores acreedores y, finalmente, lleven a un endeudamiento excesivo de la finca gravada.

3. En caso de extinción del crédito garantizado, no se extingue el derecho real de garantía (vid. *supr.* I, núm. 2). Cuando se haya quedado sola la relación de garantía, el propietario (quien ha dado la garantía) tendrá una acción contra el acreedor para la devolución del derecho real de garantía. El puede reclamar a su elección que se le ceda o que se extinga dicho derecho real.

4. Debe preverse un procedimiento para posibilitar la extinción del derecho real en los casos en que el acreedor sea desconocido o esté indisponible.

V. Realización

1. La ventaja de un derecho real de garantía inmobiliario depende de su posibilidad de realización. Por ello es necesario un adecuado procedimiento de realización.

2. No es necesario un título especial para ejecutar el derecho real de garantía propuesto, puesto que el propio derecho real es ejecutivo (vid. *supr.* I, núm. 2).

(31) El §9 del borrador de ley no contiene, sin embargo, ninguna regulación detallada.

3. En principio rigen para la realización las disposiciones legales de ejecución.

4. Debe considerarse el establecer además la posibilidad de un control estatal (por ejemplo, notarial) o, alternativamente, regular un procedimiento de apremio o admitir una venta por licitación privada. Todos ellos son instrumentos previstos para la protección del derecho del propietario (quien crea o da la garantía).

5. Para el caso de un procedimiento de apremio controlado por el Estado, deben mantenerse todos los acreedores impulsores con un rango preferente, mientras que los que tengan igual rango o peor que el del acreedor impulsor deben extinguirse. A raíz de la extinción, serán satisfechos los derechos conforme al orden de sus rangos.

6. Cada acreedor que, a través de la venta o del apremio, sufra una pérdida de derechos deberá disponer del derecho a sustituir al acreedor impulsor de la venta o del apremio (32).

La sustitución se consigue mediante el pago al acreedor impulsor de la venta o del apremio. El sustituto paga la cantidad por causa de la cual se está produciendo el proceso de venta o de apremio. Para el derecho real de garantía inmobiliaria independiente, ello supone que el sustituto no paga el crédito garantizado sino que paga el derecho real de garantía mismo. En consecuencia, la redención sólo produce la transmisión del derecho real mismo al sustituto (redentor). No se traslada el crédito garantizado, sino que permanece en el acreedor sustituido. Este está obligado, a tenor del contrato de garantía, a ingresar en la cuenta del deudor la cuantía obtenida de la redención y a compensarlo con el crédito garantizado.

VI. Procedimiento de insolvencia

El derecho real de garantía inmobiliaria debe dar al acreedor la misma plena satisfacción en caso de insolvencia del propietario. El rango no debería rebajarse durante el proceso de ejecución.

Al derecho real de garantía solamente serán preferentes aquellos derechos inscritos previamente en el registro creados legalmente, que recaigan sobre la finca, limitados en el tiempo y calculados (33).

(32) Ver §7, apartado 7.º del borrador de ley.

(33) El borrador de ley no contiene ninguna regulación al respecto, ya que registrará el orden de cada derecho de insolvencia.

B) BORRADOR DE LEY

Título I: Derecho real de garantía inmobiliaria (Grundpfand)§1. Derecho real de garantía inmobiliaria (Grundpfand)

(1) Un inmueble puede ser gravado de manera que a cualquiera a favor del cual se practique el derecho se le deba pagar una cierta cantidad de dinero de la finca (derecho real de garantía inmobiliaria, *Grundpfand*). También se pueden gravar derechos que se puedan inscribir como inmuebles en el Registro de la Propiedad.

(2) El derecho real de garantía inmobiliaria no se puede constituir como dependiente de un crédito existente.

(3) También se puede constituir el gravamen de manera que los intereses de la cantidad debida sean satisfechos por el inmueble. Los intereses son debidos por una parte de la suma de dinero y por un período de tiempo; este período puede consistir en un año natural o en una parte de año natural. La acción de reclamación de intereses prescribe cuatro años tras el vencimiento del período de intereses, si no, la finca sería embargada anteriormente con finalidad de ejecución.

(4) Si el derecho real de garantía carece de intereses o sus intereses son inferiores al 10 por 100, entonces el derecho real de garantía puede ser ampliado sin consentimiento de los beneficiarios de igual rango o inferior, siempre que la finca responda hasta un 10 por 100 de interés. Tampoco será necesario el consentimiento de dichos beneficiarios si se pretende el cambio del tiempo o del lugar de pago.

(5) El derecho real de garantía puede ser constituido por el propietario. No se extingue por la confusión con la propiedad en una misma persona.

§2. Constitución

(1) El derecho real de garantía inmobiliaria se constituye mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad. Ello requiere el consentimiento del propietario, el cual debe figurar en escritura notarial.

(2) La declaración de consentimiento y la inscripción deben contener el acreedor, la cantidad de dinero y, cuando el derecho real genere intereses, el tipo de interés y el período de intereses. Si no hay nada dispuesto sobre el vencimiento, la suma de dinero es inmediatamente pagadera, mientras que los intereses lo son al final de cada período (34).

(34) Es posible considerar el relacionar esta disposición con el siguiente precepto:
«(3) El propietario no puede comprometerse, en relación con la constitución del derecho

§3. Responsabilidad personal

(1) Como contenido del derecho real de garantía inmobiliaria, puede estipularse que cualquier propietario de un fundo gravado con el derecho real de garantía será también responsable con su propio patrimonio personal por el pago del principal debido y de los intereses vencidos.

(2) La responsabilidad personal debe inscribirse en el Registro. La voluntad del propietario al respecto necesita escritura notarial.

(3) La responsabilidad personal del propietario finaliza cuando la propiedad de la finca es transmitida a otro con el consentimiento del acreedor. El consentimiento se considera concedido si el acreedor no pide la continuación de la responsabilidad en el Registro de la Propiedad en el período de un año desde la inscripción de la transmisión en el Registro.

(4) Si nada ha quedado prorrogado, queda el sucesor en la propiedad obligado a liberar de la responsabilidad personal al anterior propietario.

§4. Expedición de una carta (documento de inscripción. Eintragungsdokument)

(1) La oficina del Registro, previa solicitud del acreedor del derecho real de garantía, le da a éste una carta/documento de inscripción. La carta/documento de inscripción debe reproducir completamente la inscripción registral.

(2) El documento de inscripción se expide a nombre del acreedor. Con el consentimiento del propietario —estipulado obligatoriamente en documento notarial— el documento de inscripción puede ser expedido al portador.

(3) La expedición de la carta/documento de inscripción se inscribe en el Registro de la Propiedad, al igual que la devolución (siempre que sea posible) a la oficina del Registro de la carta/documento de inscripción.

(4) En caso de que el documento de inscripción se pierda o se anule, éste puede ser declarado sin vigencia por la vía de un procedimiento intimatorio.

§5. Alcance de la responsabilidad

(1) Junto al propio inmueble, responden también por el derecho real de garantía inmobiliaria las partes del inmueble y los bienes accesorios pertenecientes al propietario del inmueble.

real de garantía, ni a gravar ni enajenar o a gravar o a enajenar bajo restricciones el inmueble. También es nulo el compromiso de enajenar el inmueble al poseedor del derecho real de garantía o a un tercero en su interés o disponer en beneficio de ellos de otro modo.»

(2) Los accesorios a un inmueble rústico son especialmente el ganado y los instrumentos de labranza, máquinas y vehículos. La maquinaria y equipo de un inmueble industrial son solamente elementos accesorios si están unidos firmemente al inmueble o al edificio y no pueden ser separados sin ser demantelados. Tanto las partes del inmueble como los trozos accesorios están libres de toda responsabilidad si son enajenados en el marco de una economía organizada y son separados del inmueble antes de que sean embargados a favor del acreedor.

(3) En caso de que el inmueble estuviese alquilado o arrendado, el derecho real de garantía alcanzaría al crédito correspondiente al canon del alquiler o de la renta. Un convenio por el cual el canon del alquiler o arrendamiento sea satisfecho por adelantado por más tiempo de tres meses, no es oponible al acreedor del derecho real de garantía, aunque se hubiere producido antes de la constitución del derecho real de garantía. El inquilino o arrendatario que pague el debido canon al propietario habrá cumplido siempre que el acreedor del derecho real de garantía no hubiese embargado el crédito.

(4) En el caso de haberse constituido un derecho de prestaciones periódicas sobre la propiedad de la finca, el derecho real de garantía alcanzará las pretensiones sobre dichas prestaciones. Se aplicará por analogía lo dispuesto en el apartado 3.^o

(5) Si las cosas que subyacen al derecho real de garantía están aseguradas a favor del propietario del fundo, el derecho real de garantía alcanzará al crédito contra el asegurador. El propietario está obligado a informar al acreedor sobre la situación de aseguramiento. La responsabilidad del crédito contra el asegurador finaliza si la cosa asegurada es reconstituida o suministra un sustitutivo para ella.

(6) Si la responsabilidad queda limitada en contra de estas disposiciones, ello debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad.

§6. Varias fincas

(1) Un derecho real de garantía inmobiliaria puede ser constituido sobre varias fincas de manera que sólo debe satisfacerse un único pago (derecho real de garantía inmobiliaria colectivo, *Gesamtgrundpfand*). En este supuesto, cada finca responde por la totalidad de la cantidad. El acreedor, según su deseo, puede buscar su satisfacción en cada finca completamente o a partes.

(2) El acreedor está autorizado a dividir la cuantía del derecho real de garantía respecto a cada finca, de manera que cada finca sólo responderá por cada parte de la cuantía dividida.

§7. Satisfacción

(1) La satisfacción del acreedor se consigue mediante la ejecución forzosa. El acreedor no necesita para ello ningún título habilitante especial. En caso de que se hubiese expedido una carta/documento de inscripción, deberá ser exhibido.

(2) En caso de que el propietario de la finca hubiese constituido o cedido el derecho real de garantía inmobiliaria para garantizar un crédito, podrá éste [el propietario] negar la satisfacción del acreedor más allá de la cuantía de la deuda asegurada. Pero si el acreedor ha adquirido el derecho real de garantía de un tercero, entonces el propietario tiene un derecho de evitación de pago sólo si el acreedor, mediante la adquisición sabía o debía saber que dicho derecho real de garantía fue constituido para garantizar un crédito. Si el acreedor incurrió en un error a la hora de adquirir el derecho real de garantía sobre el crédito asegurado, el derecho del propietario a negarse a su satisfacción finaliza, siempre que existiese buena fe del acreedor.

(3) En caso de que el acreedor fuese el mismo que el propietario de la finca, él mismo no puede impulsar su ejecución forzosa.

(4) Con la finalización de la ejecución forzosa se extingue el derecho real de garantía del acreedor impulsor de la ejecución; también se extinguen los derechos con el mismo rango o rango posterior.

(5) El propietario puede en cualquier momento satisfacer voluntariamente al acreedor, independientemente de cuándo sea exigible el derecho real de garantía inmobiliaria. Cuando haya satisfecho al acreedor, se le es traspasado el derecho real de garantía inmobiliaria. En caso de pago parcial, permanece el rango de la parte satisfecha del derecho de garantía inmobiliaria a favor del propietario después de la parte subsistente para el acreedor.

(6) En caso de que se hubiese expedido una carta o un documento de inscripción, el propietario puede reclamar la entrega de la misma a cambio de la satisfacción del acreedor; en cada caso puede pedir [el propietario] la entrega de los diferentes documentos necesarios para la rectificación del Registro de la Propiedad. De darse solamente una satisfacción parcial del acreedor [el propietario] no podrá pedir la entrega de la carta/documento de inscripción. Pero el acreedor está obligado a hacer constar en el documento de inscripción la satisfacción parcial y presentarlo en la oficina del Registro con la finalidad de corregir el Registro de la Propiedad.

(7) Habiendo el acreedor reclamado satisfacción, cualquiera que corra peligro de perder un derecho sobre la finca o la posesión de la misma en caso de ejecución forzosa de ésta puede satisfacer al acreedor. Los apartados 5 y 6 pueden ser aplicados por analogía en la medida de que el derecho real de garantía inmobiliaria pasará a aquél que satisfaga al acreedor.

§8. Satisfacción en caso de derecho real de garantía inmobiliaria colectivo (sobre varias fincas)

(1) Una vez satisfecho el acreedor mediante una ejecución forzosa sobre una finca gravada con un derecho real de garantía inmobiliaria colectivo, dicho derecho real de garantía colectivo sobre el resto de fincas pasará al propietario; en caso de que el resto de fincas tuvieran diversos propietarios, cada propietario recibirá un derecho real de garantía inmobiliario completo sobre su propia finca.

(2) Si un propietario satisface voluntariamente al acreedor, será él quien reciba el derecho real de garantía inmobiliaria colectivo. Se aplicará entonces el §7, apartado 2.º, en la medida que los demás propietarios que se niegan a la satisfacción no estén obligados a compensar con el propietario que ha satisfecho al acreedor.

§9. Transmisión del derecho real de garantía inmobiliaria

(1) El derecho real de garantía inmobiliaria puede ser cedido. La prohibición o la limitación en la transmisión debe constar en el Registro de la Propiedad.

(2) La cesión, que debe ser otorgada por el anterior acreedor en forma de documento notarial, requiere inscripción en el Registro.

(3) En el caso de que se hubiese expedido una carta/documento de inscripción, se sustituirá la inscripción registral mediante la transmisión de la carta/documento de inscripción junto a una declaración de la cesión; en caso de que esta declaración no estuviese recogida en documento notarial, el acreedor sólo podrá hacer valer los derechos del derecho real de garantía en base a un título especial.

(4) Los intereses vencidos sólo pueden ser cedidos mediante las disposiciones generales establecidas para la transmisión de créditos; la inscripción en el Registro está prohibida.

§10. Renuncia

(1) Habiendo renunciado el acreedor al derecho real de garantía inmobiliaria, éste pasará a manos del propietario.

(2) La renuncia debe ser declarada a la oficina del Registro o al propietario, y necesita inscripción registral. La renuncia a los intereses vencidos ni puede ni debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad.

(3) Habiendo renunciado el acreedor a una parte del derecho real de garantía inmobiliaria, debe aplicarse por analogía el §7, apartado 5.º frase 2.ª

(4) Habiendo renunciado el acreedor a un derecho real de garantía inmobiliaria colectivo y perteneciendo las fincas gravadas a diferentes propietarios, cada propietario recibirá un derecho real de garantía completo sobre su finca. Si el acreedor sólo renuncia respecto a una finca gravada, el propietario de esa finca recibe un derecho real de garantía inmobiliaria completo, mientras que el derecho real de garantía inmobiliaria permanece igual respecto al resto de fincas.

(5) Corresponde al propietario una excepción por la cual el ejercicio del derecho real de garantía inmobiliaria se excluye permanentemente, aludiendo a que el acreedor ha renunciado a él.

§11. Intimación del acreedor

(1) En caso de que el derecho real de garantía inmobiliaria sea exigible, pero el acreedor sea desconocido o esté en paradero desconocido, podrá él con su derecho ser excluido mediante el procedimiento de intimación si:

- a) transcurren diez años desde que empezó a ser exigible el derecho real de garantía inmobiliaria y el acreedor no ha reclamado su derecho o el crédito garantizado con el derecho real de garantía inmobiliaria en este plazo de tiempo de ningún modo, o
- b) el propietario deposita para el acreedor la cantidad del derecho real de garantía inmobiliaria y los intereses vencidos.

(2) Con la sentencia de caducidad se considera al acreedor como satisfecho. Cualquier carta/documento de inscripción expedida al acreedor pasará a caducar.

Título II: El contrato de garantía (Sicherungsvertrag)

§12. Derecho real de garantía inmobiliaria para garantizar créditos

(1) Es mediante un contrato que se pacta que el derecho real de garantía inmobiliaria deba servir para garantizar un crédito dinerario (contrato de garantía, *Sicherungsvertrag*), de manera que cualquiera que haya constituido el derecho real de garantía inmobiliaria (quien da la garantía, *Sicherungsgeber*) puede demandar a la otra parte contratante (el tomador de la garantía o *Sicherungsnehmer*) su devolución mediante cesión por la cuantía en que la cantidad a pagar por la finca supere a la cantidad del crédito garantizado. En caso de que el crédito garantizado no consista en dinero, colocar en el lugar de la cuantía del crédito garantizado su valor. En caso de que el derecho real

de garantía inmobiliaria garantice varios créditos, sus cuantías o valores se computan conjuntamente.

(2) En caso de que se garantice un crédito futuro, puede ser pedida la devolución, tan pronto como quede claro que el crédito no va a nacer.

(3) Si el creador de la garantía constituye un derecho real de garantía inmobiliario colectivo, el tomador de la garantía, a su discreción, liberará determinadas fincas si las fincas subsistentes son suficientes como garantía, según los criterios que subyacen en el contrato de garantía; la liberación debe practicarse como si fuese una renuncia (§10 apartado 4.º).

(4) El apartado tercero se aplicará por analogía si existen más derechos reales de garantía inmobiliarios o, junto a éstos, otras garantías o si más personas tienen garantías.

§13. Garantía de créditos cambiantes

(1) Es posible estipular por contrato que el derecho real de garantía inmobiliaria sirva para garantizar créditos diferentes (35), de manera que el que constituye la garantía pueda rescindir cada vez el contrato. La rescisión trae como consecuencia que sólo permanecen garantizados aquellos créditos que en el momento de la rescisión ya estaban constituidos.

(2) La rescisión no puede prosperar fuera de plazo.

(3) En el caso de que el tomador de la garantía tenga una expectativa de buena fe de que la garantía de determinados créditos futuros no sea suprimida, entonces éstos permanecen garantizados a pesar de la rescisión.

§14. Pagos

(1) El creador de la garantía no está facultado, en caso de duda (36), a cumplir con el pago del derecho real de garantía inmobiliaria —en contra de lo estipulado en el §7, apartado 5.º— hasta que el tomador de la garantía no reclame dicho pago.

(2) En caso de duda, el creador de la garantía está facultado para satisfacer el crédito garantizado en lugar del deudor; él puede solicitar a cambio la entrega del derecho real de garantía inmobiliaria.

(3) Si se hubiese expedido una carta/documento de inscripción, el creador de la garantía podría solicitar que quede constancia en ella del pago del

(35) NOTA DE TRADUCCION: diferentes tanto en cualidad como en cantidad.

(36) NOTA DE TRADUCCION: si no está claramente estipulado.

crédito garantizado. La expedición de una nueva carta/documento de inscripción sin la constancia de pago necesita la autorización del creador de la garantía en documento notarial.

§15. Devolución

(1) Si el crédito garantizado ha sido cancelado, el tomador de la garantía debe devolver el derecho real de garantía inmobiliaria. Con la conformidad del creador de la garantía, la devolución debe practicarse mediante renuncia.

(2) Si el crédito ha sido cancelado solo parcialmente, se estará a lo dispuesto en el §12.

(3) El tomador de la garantía también queda obligado a la devolución si él, con la conformidad del creador de la garantía, ha transmitido a un tercero el derecho real de garantía para garantizar cualquier obligación.

(4) La renuncia a la devolución no puede hacerse por adelantado. La cesión de la acción de devolución no está prohibida.

(5) En el supuesto de que el crédito garantizado devengue intereses y estuvieran satisfechos todos los intereses debidos, se acepta, en caso de duda, que el acreedor ha renunciado a los intereses debidos del derecho real de garantía. Lo mismo se aplica a los intereses debidos del derecho real de garantía inmobiliaria, en el caso de que el crédito garantizado no tenga intereses.

§16. Realización

(1) El tomador de la garantía debe satisfacerse del derecho real de garantía tan pronto como él pueda requerir el cumplimiento del crédito garantizado.

(2) En caso de que el propietario de la finca gravada con el derecho real de garantía inmobiliaria no sea al tiempo el deudor del crédito garantizado, el tomador de la garantía debe probar al propietario de la finca gravada con el derecho real de garantía inmobiliaria que primero ha requerido el pago al deudor. De este modo, el tomador de la garantía tiene que dar al propietario del fundo gravado la oportunidad de cumplir adecuadamente antes de que él empiece con la realización.

(3) Al margen de la ejecución forzosa (37), el tomador de la garantía puede satisfacerse de modo que él provoque una subasta pública del derecho

(37) Sea a través del derecho vigente relativo a la ejecución, sea a través de otro modo de venta en pública subasta o a través de una enajenación privada controlada.

real de hipoteca inmobiliaria según los preceptos relativos a la realización de un crédito embargado (38).

§17. Diversas garantías

(1) En caso de que el creador de la garantía haya establecido un derecho real de garantía inmobiliaria colectivo, o que existan varios derechos reales de garantía inmobiliarios o al lado de éstos existan otras garantías, o son varias las personas que han creado las garantías y no quiera el tomador de la garantía realizar a la vez todas las garantías, deberá él tomar en consideración en su elección los intereses del constituyente o de los constituyentes de la garantía.

(2) El interés del tomador de la garantía de encontrar satisfacción es preferente a los intereses de los constituyentes de la garantía. Esto no es aplicable a la satisfacción de los créditos que no son objeto del contrato de seguro.

§18. Indemnización

(1) Promovida la realización del derecho real de garantía inmobiliaria por parte del tomador de la garantía, si él no estuviera legitimado para ello, a tenor de las reglas contenidas en este Título, él quedaría obligado a responder por los daños causados.

(2) Lo mismo se aplicaría si el tomador de la garantía adopta ilícitamente diversas disposiciones sobre el derecho real de garantía inmobiliaria.

BIBLIOGRAFIA

- CHICO Y ORTIZ, JOSÉ MARÍA, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo II, 4.ª Edición, Madrid y Barcelona, 2000, Ed. Marcial Pons.
- GASTALVER, JOSÉ, *Crédito territorial*, Sevilla, 1916.
- GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, «El crédito abierto garantizado con hipoteca», en Del Pozo Carrascosa, Pedro y Díaz Muyor, Manuel (coords.), *Contratación bancaria*, Madrid y Barcelona, 1998, Ed. Marcial Pons i Universidad Rovira i Virgili.
- GÓMEZ GALLIGO, FRANCISCO JAVIER, y DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO, *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Madrid y Barcelona, 2000, Ed. Marcial Pons.

(38) Es posible considerar el relacionar esta disposición con el siguiente precepto: «El tomador de la garantía no puede quedar legitimado de antemano a ejercer cualquier otro modo de realización».

- KOVE, VILLU y ZENO, ANRE, en Walther Hadding y Uwe H. Schneider (ed.), *Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlín, 1999, Ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1999.
- REY PORTOLÉS, JUAN MANUEL, «La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado» e «Hipoteca con cláusula de "endowment". Hipoteca flotante», ambos en *Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria*, Madrid, 1993, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales.
- ROCA SASTRE, RAMÓN M.ª, y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, IV-2, 7.ª Edición, Barcelona, 1979, Ed. Bosch.
- *Derecho Hipotecario*, Tomo VIII, 8.ª Edición, Barcelona, 1998.
- STÖCKER, OTMAR M., *Die «Eurohypothek»*, Berlín, 1992, Ed. Duncker & Humblot.
- «La "eurohipoteca"», en *Revista Española de Financiación a la Vivienda*, núm. 18-19, 1992.
- «La eurohipoteca: un medio para unificar el Derecho Hipotecario en Europa», en *Anales I 1996/1997*, Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral Inmobiliario y Mercantil (CIDDRIM), Coord. Alfonso Hernández Moreno, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998.
- STÖCKER, OTMAR, y CASERO MEJÍAS, MANUEL, «La eurohipoteca», en *RCDI*, año LXX, enero-febrero, núm. 620.
- UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT LATIN, *Die Eurohypothek*, 2.ª Edición, Amsterdam, 1994.
- WEHRENS, HANS G., «Überlegungen zu einer Eurohypothek», en *Wertpapier Mitteilungen*, núm. 14, abril de 1992.
- WOLFSTEINER, HANS, y STÖCKER, OTMAR, «Diskussionspapier: Nicht akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa», en *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, núm. 4, agosto de 1998.

SERGIO NASARRE AZNAR
Universidad Rovira i Virgili, Tarragona

OTMAR STÖCKER
Asociación de Bancos Hipotecarios Alemanes, Berlín