



REVISTA CATALANA DE DRET PRIVAT

R E V I S T A
C A T A L A N A
DE
DRET PRIVAT

Volum 2, 2003

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS

FILIAL DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

BARCELONA 2003

MODELS D'HIPOTECA INDEPENDENT
EN DRET COMPARAT.
LA REGULACIÓ D'UN DRET REAL
DE GARANTIA INDEPENDENT
A CATALUNYA

Sergio Nasarre Aznar
*Universitat Rovira i Virgili
Tarragona*

Otmar Stöcker
*Associació de Bancs Hipotecaris Alemanys
Berlín*

1. INTRODUCCIÓ

El text que presentem a continuació pot considerar-se la segona part de l'article que vam publicar en el primer número de la present revista, titulat «Un pas més en la "mobilització" de la hipoteca: la naturalesa i la configuració jurídica d'una hipoteca independent».

En el present escrit analitzem els diversos tipus d'hipoteca independent que existeixen en alguns ordenaments jurídics de l'Europa continental i en destaquem les seves principals particularitats, que ens permetran triar els trets comuns a tots ells.

De la mateixa manera, analitzem la situació del dret real d'hipoteca actual a Catalunya i fem una breu aproximació històrica d'aquest dret. Pretenem amb això aclarir quina és la postura de la Direcció General dels Registres i del Notariat respecte a acceptar una hipoteca deslligada de l'obligació de garantir, així com quines són les dificultats i les situacions favorables per a la seva regulació a Catalunya.

Acabem apuntant unes bases que haurien de ser tingudes en compte per a aquesta regulació.

2. REGULACIÓ POSITIVA DE LA HIPOTECA INDEPENDENT EN DIVERSOS ORDENAMENTS EUROPEUS¹

2.1. EL MODEL D'ALEMANYA: LA GRUNDSCHULD

Prototip exitós² de dret real de garantia independent (§ 1191 BGB), la *Grundschild* (deute territorial) alemanya és l'únic exemple d'aquest tipus de dret real regulat avui a la Unió Europea.³

La definició de la *Grundschild* que es fa en el § 1191 BGB està articulada de manera que reitera el que preceptua el § 1113 BGB per a la hipoteca, excepte allò relatiu a la satisfacció deguda al crèdit subjacent, cosa que ressalta el seu caràcter independent. En general, les disposicions vigents per a la hipoteca a Alemanya s'apliquen també a la *Grundschild*, deixant de banda les particularitats d'aquesta inherents a la seva naturalesa jurídica.⁴

Respecte a les seves característiques, podem dir el següent:

a) *Constitució*: les *Grundschilden* es constitueixen per mitjà d'una inscripció registral (§ 873 BGB) i poden tenir vida registral (*Buchgrundschild*) o vida cartular (*Briefgrundschild*). En la inscripció no ha de constar el crèdit garantit, sinó simplement la quantitat de capital per la qual respon la finca i el tipus d'interès que genera la garantia.

b) La *Grundschildbrief* o carta de deute territorial és el document a què va adherida la *Grundschild* (pot ser una *Sicherungsgrundschild*)⁵ i és emesa per l'oficina del Registre. Pot ser al portador (§ 1195 BGB) i pot transmetre's amb el règim general de les coses mobles (§ 793 BGB). A més a més, pot constituir-la el propietari del bé gravat (§ 1196 BGB), el qual pot utilitzar la garantia per a garantir qualsevol obligació quan ho necessiti. En la carta han de constar el

1. Si no s'indica el contrari, la normativa utilitzada és l'original en alemany o una traducció a aquest idioma.

2. Actualment, pràcticament tots els crèdits hipotecaris amb garantia immobiliària concedits pels bancs hipotecaris alemanys estan garantits amb *Grundschild* (Dieter BELLINGER i Volkher KERL, *Hypothekengesetz*, Munic, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, p. 547). Per la seva banda, Karl Heinz SCHWAB i Hanns PRÜTTING, *Sachenrecht*, 27a ed., Munic, Verlag C. H. Beck, 1997, p. 344, afirmen que la *Grundschild* és majoritàriament utilitzada per a garantir els préstecs a llarg termini. Destaca també la utilitat econòmica de la *Grundschild* i de la *Schildbrief* suïssa, Hans G. WEHRENS, «Der schweizer Schuldbrief und die deutsche Briefgrundschild. Ein Rechtsvergleich als Basis für eine zukünftige Eurohypothek», *Österreichische Notariats-Zeitung*, 7 (1988), p. 182 i 189.

3. Encara que també existeixen sistemes d'hipoteca independent similars a la *Grundschild* alemanya en alguns països escandinaus.

4. SCHWAB i PRÜTTING, *Sachenrecht*, p. 344.

5. Vegeu *infra*.

nom del creditor (quan n'hi hagi), la quantitat per la qual respon la *Grundschild* i la finca gravada, així com una referència al document de constitució. La fe pública queda també transferida a la carta i pot destruir allò que s'ha assenyalat en el Registre si aquest està equivocat (§ 1140 i 1195 BGB). El dret de crèdit i la propietat de la carta no poden separar-se (§ 952 BGB). A diferència de la *Schildbrief* suïssa, el títol de la garantia (*Pfandtitel*) no és la carta de deute territorial, sinó la còpia de la constitució de la *Grundschild*, que és emesa pel notari i té caràcter executiu, de manera que el creditor té dos documents: la carta de deute territorial —emesa per l'oficina del Registre— i la còpia executiva de la constitució de la *Grundschild* (en endavant, *document de constitució* o *Bestellungsurkunde*), emesa pel notari.⁶ Aquest document de constitució comporta, en la pràctica, una *promesa de deute* (*Schuldversprechen*) abstracta del propietari de la finca gravada, al marge de la constitució del deute territorial (§ 780 BGB). És una obligació de pagament en si mateixa, al marge del contracte de crèdit.⁷ Amb aquest document de constitució notarial, el propietari de la finca gravada se subjecta, en primer lloc, a la possible execució de la finca, i en segon lloc, a l'execució forçosa de tot el seu patrimoni, inclosa la finca.⁸ La constitució d'una *Grundschild* amb aquesta clàusula d'execució forçosa requereix una escriptura notarial. En la pràctica, doncs, les constitucions de *Grundschild* comporten aquesta promesa de deute, i s'equiparen així a la *Schildbrief* suïssa,⁹ que reuneix en ella mateixa tant l'acció real del dret real de garantia com la promesa de deute.¹⁰ De fet, la *Grundschildbrief* alemanya i la *Schildbrief* suïssa exerceixen el mateix rol en els seus ordenaments respectius.¹¹

c) *Sicherungsgrundschild*: és la *Grundschild* utilitzada per a garantir un crèdit, fet que normalment succeeix en la pràctica bancària.¹² La relació entre el deute territorial i el crèdit que s'ha de garantir es realitza mitjançant el contracte de garantia (*Sicherungsvertrag*) (§ 241 i 311 BGB), de caràcter bilateral i obligacional,¹³ que és un contracte pel qual el propietari de l'immoble gravat i el creditor s'obliguen a

6. WEHRENS, «Der schweizer...», p. 186.

7. WEHRENS, «Der schweizer...», p. 186.

8. WEHRENS, «Der schweizer...», p. 186.

9. WEHRENS, «Der schweizer...», p. 188.

10. Vegeu *infra* els gràfics explicatius.

11. WEHRENS, «Der schweizer...», p. 189.

12. Dietrich REINICKE i Klaus TIEDTKE, *Kreditsicherung*, Berlín, Ed. Luchterhand, 1994, p. 336; SCHWAB i PRÜTTING, *Sachenrecht*, p. 346; Otmar STÖCKER, *Die Eurohypothek*, Berlín, Dunccker & Humblot, 1992, p. 187.

13. STÖCKER, *Die Eurohypothek*, p. 188. Les dues parts del contracte són el creador de la garantia (titular de l'immoble gravat) i qui pren la garantia (el creditor hipotecari). Ambdós tenen drets i obligacions nascuts d'aquest contracte.

utilitzar la *Grundschild* només per a garantir un crèdit determinat,¹⁴ encara que pot contenir diverses clàusules: que la responsabilitat personal es limiti a la quantia del deute territorial, que els pagaments del deutor s'imputin al crèdit i no al deute territorial, etc.¹⁵ El contracte de garantia crea una accessorietat obligacional (no real, com la de la hipoteca) entre el dret real i el crèdit que s'ha de garantir.¹⁶ A part d'aquest contracte, són necessaris uns altres dos contractes: el *Darlehensvertrag* (el contracte de préstec pròpiament dit) i el contracte (acord o conveni) pel qual es demana la constitució del deute territorial a favor del creditor.¹⁷

d) *Transmissió*: la regulació de la transmissió de la *Sicherungsgrundschild* sense el crèdit garantit és en el § 1153 BGB. Si és de vida registral, requereix acord i inscripció. Si és de vida cartular (*Grundschildbrief*), requereix acord per escrit (entre cedent i cessionari) i transmissió de la carta. En aquest últim cas, doncs, no requereix inscripció registral,¹⁸ encara que hi hagi diverses transmissions de la carta, en el cas que el creditor hipotecari vulgui inscriure el seu dret, només serà necessària la inscripció de l'última cessió.¹⁹ Mitjançant un acord entre el propietari i el creditor hipotecari pot pactar-se que la carta no es pugui transmetre. Totes aquestes transmissions del deute territorial són independents de la transmissió del crèdit i fins i tot de la transmissió de la promesa abstracta de deute.²⁰ Les excepcions que puguin existir enfront del creditor actual només es podran fer servir enfront del nou deponent de si les coneixia o no de bona fe (§ 1157 BGB).

La transmissió més problemàtica es planteja en el cas que només se cedeixi la *Grundschild* o només el crèdit o ambdós a persones distintes²¹ (§ 404 i 1157 BGB). Quan se cedeixi el crèdit, aquesta cessió no es regirà per les disposicions que regeixen la cessió dels drets reals, sinó que es regirà pel que es disposa en el paràgraf 398 BGB.²² El principi general és que la cessió aïllada de la

Grundschild ha d'entendre's com un mode de satisfacció per al creditor,²³ de manera que el creditor queda en tot moment autoritzat per a cedir la *Grundschild* al costat del crèdit garantit (com si es tractés d'una cessió de crèdit hipotecari) i podrà cedir la *Grundschild* aïlladament quan el crèdit hagi vençut (tingui dret a satisfer-se), però no mentre aquest no hagi vençut (no tingui dret a satisfer-se). De tota manera, és possible que el propietari de la finca gravada i el creditor hipotecari acordin en el contracte de garantia que el creditor no pot cedir la *Grundschild* separada del crèdit en cap cas; si ho fes, seria responsable dels perjudicis.²⁴ Encara que també és possible que la pugui cedir amb fins de refinançament.²⁵

e) *Extinció*: una *Grundschild* amortitzada es converteix en *Grundschild* de propietari.²⁶ En el cas que sigui una *Sicherungsgrundschild* i el crèdit s'amortitzi, el deute territorial es manté i neix una acció del deutor perquè el creditor hipotecari la hi torni.²⁷ Per a l'extinció de la *Grundschild* són necessaris una declaració del titular respecte d'això, el consentiment del propietari, el consentiment d'un tercer que tingui un dret sobre el deute territorial (un dret de penyora sobre la *Grundschild*, per exemple) i que es practiqui l'extinció en el Registre (§ 876, 1183 i 1192 BGB).²⁸

2.2. EL MODEL DE SUÏSSA: LA *SCHULDBRIEF*

El model de la *Schuldbrief/cédula hypothécaire* (carta hipotecària)²⁹ suïssa ha estat considerat tradicionalment per la doctrina el model de l'«eurohipoteca».³⁰

23. SCHWAB i PRÜTTING, *Sachenrecht*, p. 355 i 356.

24. SCHWAB i PRÜTTING, *Sachenrecht*, p. 356.

25. SCHWAB i PRÜTTING, *Sachenrecht*, p. 356.

26. SCHWAB i PRÜTTING, *Sachenrecht*, p. 345.

27. SCHWAB i PRÜTTING, *Sachenrecht*, p. 348 i 349.

28. Podeu trobar explicacions addicionals a WEHRENS, «Der schweizer...», p. 188 i 189.

29. Reiterem el que ja vam exposar en l'article anterior (NASARRE i STÖCKER, «Un pas més...»); hem optat per utilitzar l'expressió *carta hipotecària*, encara que resulti una mica literal, per a diferenciar-la clarament de la nostra *cédula hipotecària* terme que, per la seva semblança amb la denominació francesa de la carta hipotecària (*cédula hypothécaire*) podria induir a error. Les nostres *cèdules hipotecàries* són valors refinançadors dels crèdits hipotecaris regulats en l'article 12 de la Llei 2/1981, de 25 de març, del mercat hipotecari (LMH), i, per tant, pertanyents a les operacions passives d'aquest mercat. En canvi, les cartes hipotecàries suïsses són drets reals de garantia immobiliària i pertanyen, per tant, a les operacions actives del crèdit territorial.

30. STÖCKER, *Die Eurohypothek*, p. 158-160; Hans G. WEHRENS, «Real security regarding immovable objects. Reflexions on a Euro-Mortgage», a *Towards a European Civil Code*, 1a edició,

14. SCHWAB i PRÜTTING, *Sachenrecht*, p. 346.

15. Són clàusules de la pràctica bancària real que recull STÖCKER a *Die Eurohypothek*, p. 189. Vegeu també Wolfgang RAUCH i Steffen ZIMMERMANN, *Grundschild und Hypothek. Der Realredit in der Bankpraxis*, Munic, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996, p. 189.

16. STÖCKER, *Die Eurohypothek*, p. 187.

17. REINICKE i TIEDTKE, *Kreditsicherung*, p. 336. Aquest contracte, que pot ser una simple clàusula al contracte de crèdit, és la causa del deute territorial (vegeu Sergio NASARRE AZNAR i Otmar STÖCKER, «Un pas més en la "mobilització" de la hipoteca: la naturalesa i la configuració jurídica d'una hipoteca independent», *Revista Catalana de Dret Privat*, 1 (2002).

18. WEHRENS, «Der schweizer...», p. 188.

19. WEHRENS, «Der schweizer...», p. 188.

20. WEHRENS, «Der schweizer...», p. 188.

21. A causa del seu caràcter independent, la *Grundschild* es pot cedir independentment del crèdit (SCHWAB i PRÜTTING, *Sachenrecht*, p. 354).

22. SCHWAB i PRÜTTING, *Sachenrecht*, p. 355. Es transmet, doncs, com una cessió ordinària de crèdits, és a dir, mitjançant un contracte de cessió (§ 398 BGB).

L'article 793.1 del Codi civil suís (CCS) assenyala que els drets reals de garantia immobiliària poden ser constituïts en forma d'hipoteca (*hypothèque*), de carta hipotecària (*cédule hypothécaire*) o de carta de renda (*lettre de rente*).

La carta hipotecària està regulada en els articles 842 i següents del CCS. És un títol-valor que incorpora la creació d'un dret real de garantia i pot ser nominatiu, a l'ordre o al portador.³¹ És independent de l'obligació que garanteix.³² La carta hipotecària es pot utilitzar de tres maneres diferents: directa, indirecta i fiduciària. En la directa, qui la constitueix adquireix la titularitat del dret real de garantia immobiliària incorporat al títol. En la indirecta, simplement s'adquireix un dret de penyora sobre la carta hipotecària, cosa que li dona la màxima negociabilitat.³³ En la fiduciària, es transmet a qui la constitueix una carta de propietari amb fi de garantia.³⁴

a) *Constitució*: pot ser constituïda mitjançant un contracte o mitjançant una declaració unilateral del propietari de l'immoble gravat. La constitució mitjançant un contracte (art. 799 CCS) requereix una escriptura notarial i una inscripció registral. Aquesta forma de constitució normalment persegueix la utilització directa de la carta.³⁵ La carta hipotecària de propietari està regulada en l'article 856 CCS; es constitueix quan s'inscriu en el Registre de la Propietat i la seva creació s'inicia mitjançant un requeriment del propietari en el Registre.³⁶ Amb aquest tipus de carta, el propietari es reserva el rang respecte als tercers que adquireixin drets sobre la finca gravada.³⁷ La carta s'entrega a qui la sol·li-

Hartkamp A. S. i altres, *Ars Aequi Libri*, 1994, p. 398, i «Der schweizer...», p. 191. En contra trobem Thomas Wächter, «La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l'Union Européenne. L'Eurohypothèque», *Notarius International*, vol. IV (1999), p. 181 i 183. Com a avantatge de la utilització de la *Schuldbrief* suïssa (a part de la seva major flexibilitat, la seva demostrada solvència econòmica, etc.) se sol destacar que la seva regulació està escrita en tres idiomes: l'alemany, el francès i l'italià, cosa que evita problemes d'interpretació (Stöcker, *Die Eurohypothek*, p. 271).

31. Paul-Henri Steinauer, «A propos de la constitution des cédulas hypothécaires», a *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 5 (setembre-octubre 1997), p. 290.

32. Stöcker, *Die Eurohypothek*..., p. 234.

33. Pensem que pot resultar molt senzill pignorar una carta hipotecària (bé moble) i en els costos (econòmicament i jurídicament parlant) que representa avui a Espanya hipotecar una hipoteca (millor dit, un crèdit hipotecari), és a dir, constituir una subhipoteca (art. 107.4 LH). La penyora de carta hipotecària destaca com un instrument útil per al refinançament hipotecari, mentre que la nostra subhipoteca sempre s'ha considerat del tot insuficient (vegeu l'exposició de motius de la Llei hipotecària de 1861).

34. Steinauer, «A propos...», p. 291-293.

35. Steinauer, «A propos...», p. 293 i 294.

36. Steinauer, «A propos...», p. 300.

37. Stöcker, *Die Eurohypothek*..., p. 235.

cita, però no s'entregarà al creditor sense el consentiment del deutor i del propietari.³⁸ Pot gravar diverses finques.³⁹

b) *Configuració jurídica*: la característica essencial de la *Schuldbrief* suïssa és que comporta una responsabilitat personal abstracta per al pagament d'una quantitat principal, més, en la pràctica, un interès màxim, quantitats que estan garantides amb la garantia real sobre la finca gravada.⁴⁰ Al costat de la *Schuldbrief* es redacta el *Sicherungsvertrag* o contracte de garantia,⁴¹ en el qual serà necessària, a més a més, la celebració del contracte de préstec, on s'inscriuran els detalls del crèdit.⁴²

c) *Transmissió*: la carta hipotecària és un títol-valor que pot ser nominatiu, a l'ordre o al portador. Es transmet de la mateixa manera que es transmeten cadascun dels tipus de títols-valors⁴³ (endós, entrega del document, etc.). La cessió de la carta hipotecària, doncs, no requereix una inscripció registral, sinó una anotació en un registre especial, denominat *Registre de Creditors (Gläubigerregister)*; tampoc requereix una comunicació al deutor.

d) *Execució*: atès que és un títol-valor, la carta hipotecària porta aparellada l'execució per al cas que el creditor l'hagués rebut a favor seu o que hagués estat cedida en garantia.⁴⁴ Aquest títol executiu existeix tant respecte a la finca gravada com respecte al patrimoni personal del deutor:⁴⁵ la *Schuldbrief* comporta, recordem-ho, una responsabilitat personal abstracta, mentre que la *Grundschuld* alemanya requeria, a més a més, un document de constitució notarial de promesa de deute.⁴⁶ Si, en canvi, el creditor rep la carta hipotecària pignorada, el procediment serà el d'execució d'una penyora mobiliària,⁴⁷ ja que el que es vendrà en subhasta pública pel jutge competent serà la carta hipotecària en si. En canvi, si la carta hipotecària està constituïda a favor del creditor

38. Stöcker, *Die Eurohypothek*..., p. 242. L'autor avisa que hi ha diferències cantonals.

39. Wehrens, «Der schweizer...», p. 184.

40. Stöcker, *Die Eurohypothek*..., p. 235 i 236; Wehrens, «Der schweizer...», p. 182.

41. Vegeu *infra*.

42. Wehrens, «Der schweizer...», p. 182.

43. Stöcker, *Die Eurohypothek*..., p. 241 i 242; Wehrens, «Der schweizer...», p. 184.

44. Stöcker, *Die Eurohypothek*..., p. 241 i 264; Wehrens, «Der schweizer...», p. 183.

45. Wehrens, «Der schweizer...», p. 189.

46. Vegeu *supra* el que hem comentat sobre la *Grundschuld* alemanya. Vegeu *infra* els gràfics explicatius.

47. Stöcker, *Die Eurohypothek*..., p. 264. Sobre aquest doble procediment de qui té la carta en penyora i després la possible execució de l'immoble garantit, vegeu Steinauer, «A propos...», p. 291 i 292.

o aquest la té cedida en garantia, podrà executar directament la finca gravada amb la carta.⁴⁸

e) *El contracte de garantia*: és la connexió entre l'obligació que s'ha de garantir i la carta hipotecària. Molts cops se sol estipular que el creditor només pot utilitzar la hipoteca independent per a assegurar un determinat crèdit i per una quantia determinada.⁴⁹

f) *La independència* de la carta hipotecària respecte de l'obligació que es garanteix possibilita el canvi de l'obligació garantida. D'aquesta manera, és possible establir en el contracte de garantia que la carta hipotecària servirà per a garantir tots els crèdits presents i futurs que el creditor tingui respecte del deutor.⁵⁰ Si això s'ha pactat així, no serà necessari ni modificar la carta ni modificar el contracte de garantia, sinó simplement que les parts acceptin el nou contracte de crèdit. També és possible subrogar crèdits garantits sense modificar la carta.⁵¹ La carta hipotecària pot ser utilitzada també per a garantir un nou crèdit amb un altre creditor o fins i tot per a garantir una línia de crèdit.⁵² A Suïssa, les operacions de préstec consorcial també es realitzen mitjançant una carta hipotecària: o bé a favor del director del consorci, qui la deté fiduciàriament a favor dels altres intervinents, o bé a favor de tots els creditors consorciats conjuntament.⁵³ No obstant això, cal comentar que la carta hipotecària suïssa perd gran part de la seva no-accessorietat si es pignora com a garantia al creditor.⁵⁴

Finalment, cal dir que la *Schuldbrief* suïssa té un caràcter més marcat de títol-valor que el model alemany de la *Grundschuldbrief* o deute territorial constituït en una carta. Això es nota especialment en les excepcions que pot al·legar el propietari/deutor, en el mode de transmissió del dret real, en l'acció executiva de caràcter personal contra el patrimoni del propietari que comporta la *Schuldbrief* i en el fet que en la *Grundschuldbrief* és necessari constituir un document notarial a part.

48. STÖCKER, *Die Eurohypothek*..., p. 264-267.

49. STÖCKER, *Die Eurohypothek*..., p. 244.

50. STÖCKER, *Die Eurohypothek*..., p. 256. L'autor adverteix d'algunes altres qüestions més problemàtiques.

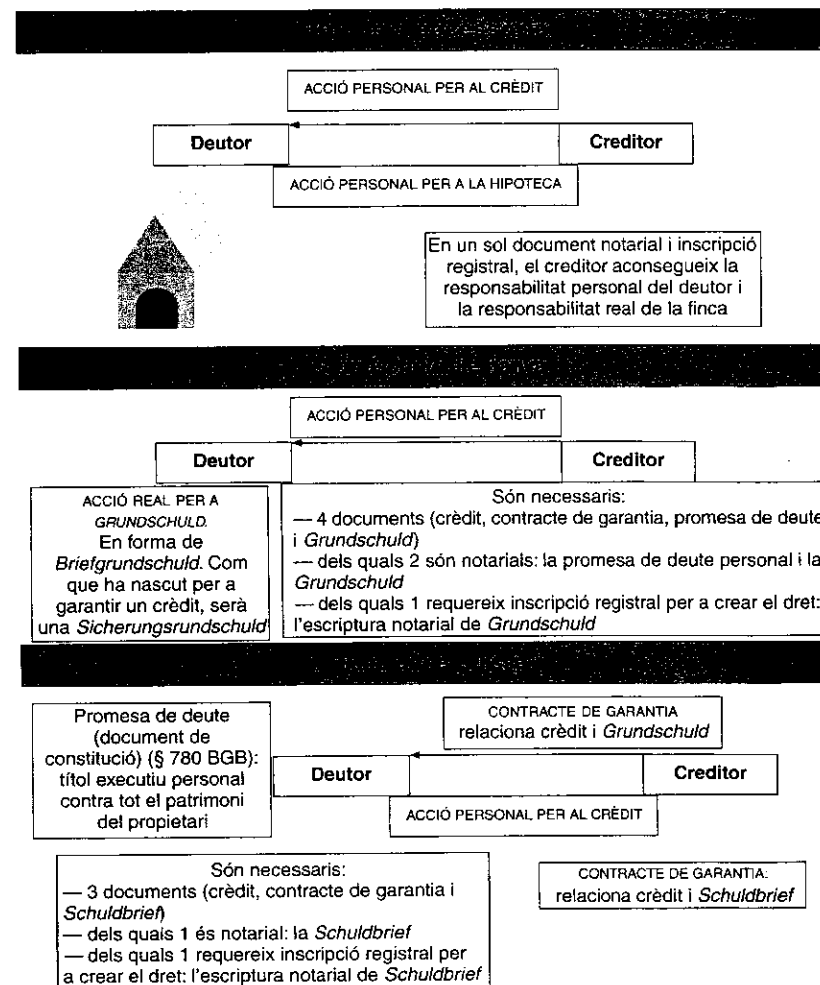
51. Amb la renúncia prèvia a l'excepció de pagament per part del deutor (STÖCKER, *Die Eurohypothek*..., p. 258).

52. STÖCKER, *Die Eurohypothek*..., p. 259.

53. STÖCKER, *Die Eurohypothek*..., p. 260.

54. STÖCKER, *Die Eurohypothek*..., p. 270.

2.3. QUADRE COMPARATIU DE L'ESTRUCTURA JURÍDICA DE LA HIPOTECA ACCESSÒRIA, LA *GRUNDSCHULD* ALEMANYA I EL MODEL DE LA *SCHULDBRIEF* SUÏSSA



2.4. LA REGULACIÓ DEL DRET REAL DE GARANTIA INDEPENDENT A HONGRIA: LA *ÖNÁLLÓ ZÁLOGJOG*

Sota el règim comunista, Hongria tenia el sistema econòmic de la terra i del crèdit típic d'aquest règim: propietat estatal dels mitjans de producció, limitació de l'economia privada, monopoli creditici dels bancs estatals, centralitzats i especialitzats, i economia planificada.⁵⁵ No obstant això, el sistema econòmic no va afectar l'àrea de les garanties creditícies, encara que, en la pràctica, aquestes van tenir una escassíssima importància, ja que el mercat creditici no estava regulat per les normes del dret privat (civil i mercantil).⁵⁶ Les institucions de dret privat no van tenir en realitat cap rellevància fins que es va produir el canvi de sistema polític, tot i que l'any 1984 ja s'havia dut a terme una reforma bancària important.⁵⁷

Respecte a la qüestió dels drets reals de garantia, el legislador hongarès ha hagut de superar una sèrie de problemes: si la hipoteca havia de regular-se en el Codi civil⁵⁸ amb els drets reals o amb els drets d'obligació, si havia d'existir o no un dret real de garantia independent (estil *Grundschuld* alemanya) o no,⁵⁹ etc.

Finalment, es va introduir en el Codi civil hongarès,⁶⁰ en el seu article 269, un dret real de garantia independent. No obstant això, aquesta regulació s'ha revelat insuficient, sobretot en les discussions relatives a si era prou segura per a garantir crèdits, a causa de la seva no-accessorietat. I com que en la pràctica jurídica no havia tingut cap rellevància, l'1 de setembre de 2001 va entrar en vigor la Llei de reforma dels drets reals de garantia,⁶¹ que modificava els articles 251-269 del Codi civil hongarès.

55. Attila HARMATHY, «Recht der Kreditsicherheiten in Ungarn», a Norbert HORN i Klemens PLEYER, «Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa», *Schriften des Rechtszentrums für Europäische und Internationale Zusammenarbeit*, vol. V, Berlín i Nova York, Walter de Gruyter, 1997, p. 183.

56. HARMATHY, «Recht der Kreditsicherheiten...», p. 185.

57. HARMATHY, «Recht der Kreditsicherheiten...», p. 186.

58. El 1959 es va decidir regular-la amb els drets d'obligació (com la penyora), encara que el seu caràcter real estava clar. La reforma del Codi civil de 1966 era en aquest sentit.

59. Aquesta regulació no va existir fins al 1927, any en què la Llei XXXV/1927 va regular el dret real de garantia independent a l'estil del deute territorial alemany. L'any 1959 es va derogar aquesta llei. La reforma del Codi civil de 1966 va tornar a la regulació de 1927 i va regular de nou un dret real de garantia no accessori.

60. Llei núm. IV de 1959.

61. Llei CXXXVII de 2000, sobre la modificació de la regulació legal del dret real de garantia.

A més de reformar el dret real de garantia immobiliària, aquesta llei també va reformar la mateixa hipoteca (art. 261 i 262.1 CC hongarès) i la penyora mobiliària amb desplaçament (art. 265) i sense desplaçament (art. 262.2), i va incloure la nova institució anglosaxona de la *floating charge*. Curiosament, a Hongria la divisió essencial entre els drets reals de garantia no s'estableix tenint en compte si els béns gravats són béns mobles o immobles, sinó tenint en compte si amb el gravamen hi ha transmissió o no de la possessió del bé. D'aquesta manera, una hipoteca pot fer-se sobre béns mobles i immobles, però una penyora mobiliària, només sobre béns mobles. Respecte a la introducció de la *floating charge* anglosaxona, cal dir que aquesta és la primera vegada que un ordenament europeu —excepte l'anglès— inclou aquest tipus de càrrega.⁶² I simplement cal comentar que recau sobre tot el patrimoni (o una part d'aquest) del deutor, on han d'existir coses, drets o crèdits.

Aquesta reforma aclareix que el dret real de garantia no accessori pot garantir crèdits (art. 269.4 CC hongarès). Aquest dret real està definit en l'article 269.1 CC hongarès: «Un dret real de garantia pot ser constituït de manera que aquest no gravi un crèdit personal. En aquest cas, el creditor del dret real pot trobar satisfacció en el bé gravat amb la penyora⁶³ per la quantia estipulada en el contracte que la va crear i en els seus accessoris.» I pot recaure tant sobre béns mobles com sobre béns immobles (art. 269.5 CC hongarès, en relació amb l'art. 262 CC hongarès).⁶⁴

Per al pagament del creditor, és necessari denunciar el dret real de garantia independent en un termini de sis mesos, tret que es pacti una altra cosa (art. 269.2 CC hongarès). El dret real de garantia independent és transmissible (art. 269.2 CC hongarès) i pot convertir-se en un dret de garantia accessori, mantenint el rang i sense el consentiment de la resta de creditors amb un dret real del mateix rang o de pitjor rang (art. 269.4 CC hongarès).

La regulació hongaresa del dret real de garantia independent té carències importants, com ara la no-regulació d'un contingut mínim del contracte de ga-

62. No obstant això, el dictamen de Walter RECHBERGER i Stefan SMID, del Center of Legal Competence (CLC) de Viena, «Reform der ungarischen Pfandrechtsregelungen», p. 3, ja assenyalava que la *floating charge*, com que és aliena al dret relatiu a la garantia de crèdits i al dret d'insol·vència hongaresos, pot portar problemes, ja que es contradiu amb les disposicions generals sobre drets reals i sobre la constitució dels drets reals de garantia, de manera que és previsible que l'acceptació d'aquesta càrrega pugui dur complicacions en relació amb la resta de drets reals de garantia, especialment en matèria concursal.

63. En la traducció a l'alemany que utilitzem hi ha un error. En lloc de *Pfand* hauria d'haver-hi *Sache*.

64. Vegeu *infra* el que comentem sobre l'article 13.3 de la Llei catalana 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia.

rantia. A més a més, l'article 269.5 del Codi civil hongarès remet la major part de la regulació d'aquell al dret de garantia accessori.

2.5. LA REGULACIÓ DE LA *HYPOTHEK* A ESTÒNIA

Contràriament al que es podria esperar, la *Hypothek* regulada en els articles 325-364 de la Llei sobre drets reals d'Estònia (LDRE) no ha de relacionar-se amb la hipoteca de l'article 104 LH o amb la *Hypothek* alemanya del § 1113 BGB, sinó precisament amb la *Grundschild* alemanya (art. 1191 BGB).⁶⁵ Efectivament, l'única «hipoteca» d'Estònia és de naturalesa independent (art. 325.4 LDRE).

Ressaltarem a continuació les especificacions més importants que caracteritzen aquesta «hipoteca» com a «independent»:

a) *Definició*: la definició legal, la trobem en l'article 325.1 LDRE: «Un bé immoble pot ser gravat amb hipoteca, de manera que aquell a favor del qual s'hagi constituït el gravamen (tenidor de la hipoteca)⁶⁶ té el dret a satisfer sobre el bé immoble gravat el seu crèdit garantit amb la dita hipoteca.»

b) *Naturalesa*: és un dret real (art. 342 LDRE).

c) *Naixement i extinció*: la hipoteca neix mitjançant la seva inscripció en el Registre de la Propietat (art. 326.1 LDRE), tret que la llei disposi una altra cosa.⁶⁷ En la inscripció, el tenidor de la hipoteca ha d'indicar el capital d'aquesta (import), els interessos que existeixin, els altres crèdits accessoris del tipus d'interès i la quantia dels crèdits accessoris en valor monetari (art. 327 LDRE). En el document d'inscripció es pot fer una advertència sobre els crèdits accessoris (art. 327 *in fine* LDRE). La hipoteca s'extingeix amb la cancel·lació de la inscripció registral (art. 330 LDRE).

65. Villu KOVE i Anre ZENO, a Walther HADDING i Uwe H. SCHNEIDER (ed.), *Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen*, Berlín, Duncer & Humblot, 1999, p. 653.

66. És el creditor hipotecari. No obstant això, aquest terme —creditor hipotecari— insinua certa unió inseparable de crèdit i hipoteca. El terme *tenidor de la hipoteca* o *posseïdor de la hipoteca*, encara que aliè a la nostra tradició hipotecària, aporta millor aquesta idea que un hom pot tenir o posseir la hipoteca en garantia i no ser el creditor de l'obligació garantida (com quan la constitueix el propietari).

67. En això hi ha el perill d'hipoteques tàcites, que en la tradició hipotecària espanyola va quedar superat, en principi, amb la Llei hipotecària de 1861, especialment després de la seva reforma el 1869. A Espanya hi ha encara algunes afeccions tàcites, com la de l'article 9 de la Llei 49/1960, de 21 de juliol, sobre la propietat horitzontal (BOE núm. 176, de 23 de juliol de 1960), reformada per la Llei 8/1999, de 6 d'abril, de reforma de la Llei 49/1960, de 21 de juliol, sobre la propietat horitzontal (BOE núm. 84, de 9 d'abril de 1999).

d) *Constitució pel propietari*: el propietari d'un bé immoble pot construir ell mateix una hipoteca (art. 328.1 LDRE). Aquesta hipoteca de propietari requereix una escriptura notarial del propietari més una inscripció registral (art. 328.2 LDRE). El propietari que és creditor no pot executar la hipoteca per a la satisfacció del seu propi crèdit (art. 354 LDRE).

e) *Constitució en una carta*: no és possible.

f) *Constitució d'hipoteca col·lectiva*: sí que és possible. Està regulada en els articles 359-362 LDRE.

g) *Transmissió de la hipoteca*: respecte a l'adquisició de la hipoteca, regeixen les mateixes disposicions que per a l'adquisició de béns immobles (art. 326.2 LDRE), tret que la llei disposi una altra cosa. Només qui consti en el Registre com a posseïdor de la hipoteca pot disposar d'aquesta, gravar-la o alienar-la (art. 338.1 LDRE). Per a la transmissió de la hipoteca són necessaris l'acord notarial entre el propietari i el tenidor de la hipoteca, i la inscripció registral.

h) *Rang*: la hipoteca aconsegueix el rang mitjançant la seva inscripció en el Registre (art. 340.1 LDRE). Amb el gravamen d'una finca mitjançant una hipoteca, el propietari de l'immoble pot reservar un o més rangs per a si mateix per a la inscripció d'una hipoteca amb una quantitat determinada com la de la hipoteca que pretén inscriure (art. 340.2 LDRE).

i) *Renúncia a la hipoteca*: el creditor pot renunciar a la hipoteca. En aquest cas, aquesta tornarà al propietari de la finca gravada. Per a procedir a la renúncia són necessàries una declaració notarial del tenidor de la hipoteca respecte d'això i una inscripció registral (art. 329.1 LDRE). També és possible una renúncia parcial (art. 329.2 LDRE), que funcionarà com una satisfacció parcial.

j) *Execució de la hipoteca*: si el deute garantit no és satisfet, el tenidor de la hipoteca podrà executar la garantia per via d'una subhasta o de l'Administració (art. 352.1 LDRE). El pacte comissori està prohibit (art. 352.2 LDRE). La finca gravada serà venuda en una subhasta judicial pública (art. 352.3 LDRE). La resta de creditors amb drets sobre la finca aniran cobrant segons el seu rang (art. 353 LDRE).

k) *Contracte de garantia*: no està regulat de manera expressa.

l) *Satisfacció del crèdit garantit*: en el cas que el crèdit garantit hagi estat satisfet completament o que no existeixi crèdit, el propietari de la finca gravada pot demanar la cancel·lació o la transmissió de la hipoteca al seu nom (art. 349.1 LDRE). En el cas que la satisfacció només sigui parcial, pot demanar la inscripció al Registre de la hipoteca parcial per la quantitat satisfeta o bé la cancel·lació d'aquesta per la dita quantitat (art. 349.2 LDRE). Si el deute és satisfet pel propietari de la finca i aquest no és deutor, llavors té un crèdit per la quantitat satisfeta (art. 349.3 LDRE).

m) *Excepcions*: el propietari de la finca gravada pot presentar excepcions contra el posseïdor de la hipoteca basades en una inscripció registral i excepcions contra el creditor que hagi presentat la reclamació basades en el dret d'obligacions (art. 351.1 LDRE). Aquestes excepcions, les pot presentar contra el successor del tenidor de la hipoteca i contra el cessionari d'aquesta (art. 351.2 LDRE). El propietari de la finca gravada que no sigui deutor podrà interposar les mateixes excepcions que el deutor o el fiador (art. 351.3 LDRE).

2.6. EL PROJECTE DE LLEI DE LA *IMMOBILIENSCHULD* (*DŮG NA NIERUCHOMOŬCI*) DE POLÒNIA

La comissió de codificació del dret civil polonesa va elaborar un projecte de llei per modificar diversos aspectes del dret civil, hipotecari, registral, processal, del notariat i de les cèdules hipotecàries i bancs hipotecaris.⁶⁸

Es preveu que aquest projecte de llei afecti la reforma de la Llei sobre els registres de la propietat i la hipoteca de 6 de juliol de 1982 (art. 2 del Projecte) i, amb aquesta, la introducció en el dret polonès de la *Immobilienschuld* o deute immobiliari com a dret real de garantia immobiliària independent.

Considerem rellevants els aspectes següents del dret real de garantia immobiliària independent:

a) *Definició* (art. 112.1 del Projecte): «Un immoble pot ser gravat amb un deute dinerari a favor d'una persona, la qual pot demanar la satisfacció de l'immoble mitjançant el pagament d'una determinada quantitat de diners, així com els interessos d'aquesta a un determinat tipus d'interès, independentment de l'existència de crèdit i del canvi en la persona del propietari de l'immoble, amb un privilegi del propietari de l'immoble per davant del creditor personal.»

b) *Constitució* (art. 112.2 del Projecte): es necessita la declaració del propietari de l'immoble en un document notarial i la inscripció de la *Immobilienschuld* en el Registre. El propietari pot sol·licitar l'expedició d'un document notarial (la carta de deute) on s'exposi la constitució del deute immobiliari. En la inscripció registral han de constar:

- La persona autoritzada per a constituir el dret.
- La quantitat de diners fins a la qual queda gravat l'immoble.
- El termini de pagament del deute immobiliari, si es vol fixar un termini.

68. El projecte que utilitzem és l'actualitzat en la data de redacció d'aquest article (agost de 2002). El projecte té data de 20 de març de 2000 i disposem de la seva traducció a l'alemany.

— En el cas que el deute immobiliari produeixi interessos, el tipus d'interès i el termini per al pagament dels interessos.

El titular del deute immobiliari pot ser també el propietari de la finca gravada (deute immobiliari de propietari).

c) Amb l'*extinció* del deute, el propietari de la finca gravada amb el deute immobiliari pot extingir aquest deute mitjançant una declaració notarial en el Registre de la Propietat. Encara que, extingit el deute, pot també demanar que se li transfereixi el deute territorial, que es convertirà així en deute immobiliari del propietari (art. 112.4 del Projecte).

d) A imatge del § 1198 BGB alemany, un deute immobiliari pot *convertir-se* en hipoteca i una hipoteca pot *convertir-se* en deute immobiliari, sense que calgui el consentiment dels titulars registrals dels drets sobre la finca gravada del mateix rang o de rang posterior (art. 112.5 del Projecte).

e) *Contracte de garantia*: els drets que es desprenguin del deute immobiliari es poden recollir en un contracte per mitjà d'una escriptura pública entre el propietari de la finca gravada i el titular del crèdit (art. 112.6.1 del Projecte). Aquest contracte ha de contenir la finalitat de la garantia, les disposicions que habiliten el titular de la finca per a reclamar el compliment del que s'hagi negociat respecte a la cancel·lació del deute immobiliari o a la devolució d'aquest al propietari de la finca gravada, i la persona autoritzada per a rebre la quantia que excedeixi la quantitat determinada pel títol del crèdit garantit executat (art. 116.6.2 del Projecte).

f) El *deute immobiliari cartular* (*Briefimmobilienschuld*) es regula en els articles 112.7-112.13 del Projecte. Se'n regula el contingut: la descripció de la finca gravada, la frase «carta de deute immobiliari» (*Brief der Immobilien-schuld*), la quantitat per la qual està gravat l'immoble, la persona titular del deute immobiliari, el termini de pagament d'aquest (si hi ha termini fix), el tipus d'interès i el termini de pagament dels interessos (en el cas que s'hagin estipulat), i la data d'expedició. En el cas que les finques gravades siguin diverses, estarem davant d'un deute immobiliari col·lectiu (*Gesamtimmobilienschuld*), cosa que també es farà constar en la carta.

2.7. LA *ZEMLJIŠZI DOLG* O HIPOTECA INDEPENDENT ESLOVENA

A partir del Projecte de llei de drets reals d'Eslovènia (PLDRE, art. 194-202), que regula la hipoteca independent eslovena (*Zemljišzi dolg*),⁶⁹ destaquem algu-

69. Projecte de llei de drets reals d'Eslovènia de 2001 (traducció alemanya; hi manca una data més concreta).

nes característiques que està previst que tingui aquest dret real en aquell ordenament jurídic:

a) *Concepte*: és un dret que busca la realització d'una determinada quantitat de diners sobre el valor d'un immoble amb preferència a creditors de pitjor rang (art. 194 PLDRE). En els casos en què no hi hagi res disposat especialment per a la hipoteca independent (art. 195 PLDRE), s'aplicarà allò que s'ha regulat per a la hipoteca (dependent).

b) *Constitució*: es constitueix mitjançant la inscripció registral del negoci jurídic unilateral de constitució, que ha de constar en una escriptura pública (art. 196.1 i 197.1 PLDRE). En aquesta escriptura pública han de constar el nom del constituent, la descripció registral de la finca gravada i la quantitat per la qual aquesta queda gravada, amb les condicions corresponents (art. 197.2 PLDRE).

c) *Carta immobiliària (Zemljišno pismo)* (art. 196, 198 i 199 PLDRE): una característica rellevant de la hipoteca independent eslovena és l'obligació de l'Oficina del Registre d'expedir una carta immobiliària. Aquest requisit és necessari perquè neixi la hipoteca immobiliària mateixa. És a dir, a Eslovènia totes les hipoteques independents tenen vida cartular, de manera que qui tingui la carta és el titular de la hipoteca independent (art. 198.2 PLDRE) i la transmissió del dret real es realitza mitjançant la transmissió de la carta (art. 199 PLDRE). La carta immobiliària eslovena té valor de títol-valor a l'ordre, hi consta com a primer titular el constituent de la hipoteca independent (art. 198.2 PLDRE) i és, naturalment, un títol executiu (art. 201.2 PLDRE).

d) *Contracte de garantia*: ni s'anomena ni es regula de manera expressa.

e) *Gravamen i extinció de la hipoteca independent*: la hipoteca independent eslovena es pot gravar (art. 200 PLDRE) i s'extingeix quan es cancel·la la seva inscripció en el Registre (art. 202 PLDRE).

3. LA POSSIBILITAT DE REGULAR LA HIPOTECA INDEPENDENT EN EL NOU DRET DE COSES CATALÀ

3.1. ELS ANTECEDENTS EN DRET CIVIL CATALÀ

Actualment, i fins que Catalunya no es doti d'una regulació pròpia sobre la hipoteca basant-se en l'article 149.1.8 CE, regeix en aquest territori la Llei hipotecària de 1946 (Decret de 8 de febrer de 1946),⁷⁰ comuna a tot Espanya.

70. BOE núm. 149, de 29 de maig de 1946, amb les corresponents modificacions posteriors.

L'any 1923 Borrell i Soler⁷¹ va afirmar que com a dret vigent a Catalunya hi havia la hipoteca sobre immobles de la Llei hipotecària de 21 d'abril de 1909, basant-se en l'article 1880 del Codi civil de 1889. Aquest article del Codi civil declara que continua vigent la Llei hipotecària de 1861 (la vigent l'any 1889), que havia estat reformada l'any 1869.

Aquesta llei hipotecària de 1861 «venia a unificar amb l'acord de tots, les distintes disposicions vigents en la matèria, si bé és cert que poques existien a Catalunya».⁷² La Llei hipotecària (LH), general per a tot Espanya i unificadora,⁷³ derogava al mateix temps algunes hipoteques legals tàcites pròpies del dret català, com ara la hipoteca legal i tàcita sobre els béns del marit en garantia de la devolució del dot a la dona (hipoteca dotal) en el cas que es dissolgués el matrimoni (excepte les existents l'1 de gener de 1863),⁷⁴ o la hipoteca en garantia de les lligítimes, que s'havien de convertir en legals però públiques.⁷⁵ Però, més enllà d'aquestes hipoteques tàcites, no advertim l'existència, abans de la LH de 1861, d'un dret català propi que reguli la hipoteca en general, com a institució. Després de la LH i fins a la CDCC, la hipoteca dotal i l'esponsalícia van continuar existint com a legals, però públiques, a l'empara de la LH i del Codi civil.⁷⁶

Per tant, des de la primera llei hipotecària de 1861, a Catalunya ha estat vigent, igual que a la resta d'Espanya, una única hipoteca de naturalesa accessòria:⁷⁷ la de l'article 104 de l'actual LH. Ni en la Compilació del dret civil especial de Catalunya (Llei 40/1960, de 21 de juliol), ni en la seva posterior modificació i adaptació a la Constitució de 1978 per mitjà del Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Compilació del dret civil de Catalunya (CDCC),⁷⁸ no hi ha cap disposició normativa que reguli la hipoteca en general.

71. Antoni M. BORRELL I SOLER, *Dret civil vigent a Catalunya*, vol. II (*Drets reals. Segona part*), Barcelona, Imprempta de la Casa de la Caritat, 1923, p. 405 i 406.

72. LUIS PUIG FERRIOL i ENCARN Roca TRIAS, *Fundamentos del derecho civil de Cataluña*, tom I, 2a edició, Barcelona, Bosch, 1984, p. 68.

73. La Llei hipotecària va afectar Catalunya, segons assenyalava Guillem M. de BROCA, *Historia del derecho de Cataluña, especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la jurisprudencia*, ed. facs., Barcelona, Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 1985, p. 437 i 439.

74. DE BROCA, *Historia...*, p. 785.

75. La desaparició general de les hipoteques legals i tàcites (excepte les existents en el moment d'entrar en vigor la Llei hipotecària de 1861), que es van convertir en legals i públiques, es va fer en pro del crèdit territorial, que fins llavors s'havia vist seriosament perjudicat pels gravàmens ocults.

76. DE BROCA, *Historia...*, p. 806 (esponsalícia) i 781 (dotal).

77. En paraules de BORRELL I SOLER a *Dret civil vigent...*, p. 406: «El dret real d'hipoteca exigeix un crèdit, una cosa hipotecable i que es constitueixi en forma legal.»

78. DOGC núm. 456, de 27 de juliol. Correcció d'errors en el DOGC núm. 494, de 14 de desembre.

Únicament trobem algunes referències de dret català propi, encara avui,⁷⁹ a la hipoteca dotal (art. 37 CDCC), a la hipoteca en els censals (art. 331-333 CDCC) i a la hipoteca en l'esponsalici (art. 46 CDCC). En qualsevol cas, totes tenen naturalesa accessòria: la de l'article 46 CDCC, per a garantir el crèdit derivat de l'esponsalici; la de l'article 37 CDCC, per a garantir a la dona o als seus hereus la restitució del dot inestimat en cas de dissolució del matrimoni, i la dels articles 331-333 CDCC, per a garantir el pagament periòdic del censal al beneficiari. Pel que fa a aquesta última, cal destacar la remissió explícita que fa la CDCC a la Llei hipotecària (art. 332 CDCC) i l'advertència clara de la seva accessorietat respecte al crèdit que garanteix: «Les hipoteques constituïdes en garantia del censal no prescriuran mentre no prescrigui aquest» (art. 333.3 CDCC).

Hem de tenir en compte, a més a més, que el dret romà ha estat la font supletòria especial del dret català⁸⁰ des de la Constitució de Jaume I de 1251⁸¹ fins a la CDCC,⁸² i que la *hypotheca* romana (*pignus conventum*) té una regulació clarament accessòria,⁸³ com revela la fórmula de l'*actio hypothecaria*: el creditor només tenia aquesta acció si el deute no havia estat satisfet o si no se li havia donat una garantia suficient.⁸⁴

En conclusió, tant pels casos aïllats d'hipoteques tàcites —després reconvertides en hipoteques legals d'acord amb la LH— presents en les normes catalanes, com pel fet que el dret romà ha estat la font supletòria del dret civil a Catalunya, hem d'assenyalar que Catalunya ha desconegut tradicionalment una regulació general pròpia d'un dret d'hipoteca independent de l'obligació garantida.

3.2. LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓ GENERAL DELS REGISTRES I DEL NOTARIAT (DGRN): EL REBUIG DE LA HIPOTECA «FLOTANT»

La primera vegada que es va utilitzar la denominació *hipoteca flotant* per a fer referència a aquella hipoteca que no depèn d'un sol crèdit, sinó que planeja

sobre diversos crèdits, s'atribueix a la Resolució de la DGRN de 23 de desembre de 1987, que en el seu fonament de dret (FD) tercer s'expressava en els següents termes: «La hipoteca que s'ha pretès constituir ve a ser una mena d'hipoteca «flotant» en la que, si bé queda fixada la xifra màxima de la responsabilitat hipotecària, queda, en canvi, a l'arbitri del Banc determinar si aquesta xifra màxima estarà integrada pels imports totals o parcials, de dues obligacions ja existents, procedents de sengles operacions (de préstec o de crèdit) —i la suma total de la qual ja supera el màxim que ara es pretén garantir amb la hipoteca— o amb l'import d'una altra o altres obligacions que en el futur puguin contreure els mateixos deutors en favor del Banc.»

Efectivament, en aquella ocasió es pretenia inscriure una hipoteca que no contenia els mínims exigits per a les hipoteques en garantia d'una obligació futura o de màxim. Les obligacions garantides amb aquesta hipoteca flotant podien ser qualssevol, existissin encara o no. Finalment, es va descartar que aquella hipoteca pogués inscriure's, ja que atemptava contra l'*accessorietat* exigida pels articles 1857.1 CC i 104 LH.

En altres ocasions, la DGRN ha assenyalat que la hipoteca flotant també afecta el principi d'*especialitat*, en la mesura que la hipoteca es podia referir a diverses obligacions sense determinar la quantia per la qual responia cadascú. Una cosa és una hipoteca sobre diverses finques i en la qual es determina de quina part del crèdit respon cada finca: sistema de responsabilitat dividida de l'article 199 LH. I una altra cosa és que la finca gravada respongui de la suma de la quantia d'una sèrie de crèdits (presents o futurs) sense que quedi determinada la responsabilitat de la hipoteca en cadascun d'aquests: és el que s'anomena *hipoteca solidària*.⁸⁵

Aquesta actitud de la DGRN respecte a la hipoteca de la LH (la de tràfic o la de seguretat), s'ha mantingut fins a les resolucions més recents. Vegeu les resolucions de la DGRN de 30 d'octubre de 1991, 17 de gener de 1994, 11 de gener de 1995, 30 de març de 1998, 6 de juny de 1998, 24 de juliol de 1998, 11 de març de 1999, 7 de juny de 1999, 27 de juliol de 1999, 6 d'octubre de 1999, 27 de setembre de 2000 i 3 d'octubre de 2000. Els arguments per a rebutjar la «hipoteca flotant», entesa com la utilització de la hipoteca de la LH per a garantir per una quantia màxima coneguda una pluralitat d'obligacions causalment diferenciades presents o futures entre el mateix creditor i el mateix deutor, són essencialment:

85. Sobre els inconvenients de la hipoteca solidària, vegeu J. M. ROCA SASTRE i Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, toms VII i VIII, 8a ed., Barcelona, Bosch, 1998, p. 219-222.

79. El Codi de família (Llei 9/1998, de 15 de juliol) manté subsistents els articles 26-48 CDCC.

80. BROCA, *Historia...*, p. 526.

81. Seguint PUIG FERRIOL i ROCA TRIAS, *Fundamentos...*, p. 173.

82. PUIG FERRIOL i ROCA TRIAS, *Fundamento...*, p. 178-182.

83. Vegeu Joan MIQUEL, *Dret privat romà*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 250, i Eduardo VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, Madrid, Civitas, 1986, p. 442. Els autors assenyalen que la hipoteca era accessòria al crèdit i/o que s'extingia quan ho feia aquest per qualsevol causa (pagament, condonació, etc.).

84. MIQUEL, *Dret privat romà*, p. 250.

a) No és possible que una hipoteca garanteixi «una massa indiferenciada d'obligacions ja existents ni és possible garantir amb una hipoteca les obligacions totalment futures» (RDGRN d'11 de gener de 1995, FD 2n).

b) Encara que existís aquesta relació jurídica bàsica, la hipoteca tampoc no podria utilitzar-se per a garantir una «massa indiferenciada d'obligacions» basant-se en els principis d'especialitat i d'accessorietat (RDGRN d'11 de gener de 1995, FD 4t). Per tant, «la simple reunió comptable de diverses operacions de crèdit manca de virtualitat suficient per procurar el naixement d'una obligació substantiva i independent pel saldo resultant», de manera que és necessària una garantia individualitzada per a cadascuna d'elles (resolucions de la DGRN de 3 d'octubre de 1991, FD 1r, 6 de juny de 1998, FD 2n, 24 de juliol de 1998, FD 3r, i 27 de juliol de 1999, FD 2n).

c) En qualsevol cas, el crèdit futur que s'ha de garantir «ha de provenir necessàriament d'una relació jurídica ja existent entre les parts» i la qual «jurídicament vincula ja l'eventual deutor» (resolucions de la DGRN d'11 de gener de 1995, FD 3r, i 17 de gener de 1994, FD 4t). Aquesta relació jurídica bàsica ha d'evitar que puguin reputar-se obligacions diferents les altres obligacions garantides amb la mateixa hipoteca (RDGRN de 3 d'octubre de 2000, FD 3r). Com a exemple de «relació jurídica bàsica» tenim l'«obertura unilateral de crèdit a través de la posada a disposició de l'acreditat d'una quantitat màxima i per un termini determinat», que només pot ser garantida amb una hipoteca de seguretat (RDGRN de 6 d'octubre de 1999, FD 2n).

d) El fet d'optar per la flexibilitat (per a afavorir el tràfic) davant de l'exigència —com a norma general— de l'existència de tots els aspectes de l'obligació garantida (causa, quantitat, interès, termini de venciment, etcètera) (resolucions de la DGRN de 17 de gener de 1994, FD 3r, i 27 de setembre de 2000, FD 3r), en el cas de les hipoteques en garantia d'una obligació futura té com a límit que aquestes han de ser acceptades restrictivament, de manera que no poden anar naixent obligacions completament futures que no tinguin com a base una relació jurídica prèvia i que no quedin garantides per una hipoteca preexistent.

e) S'atempta contra el principi d'especialitat si resulten «indeterminades les obligacions garantides amb la hipoteca», cosa que succeeix amb les obligacions futures, amb les clàusules obertes d'incorporació d'hipotètiques obligacions a la relació «obligacional» o, fins i tot, deixant a l'arbitri del creditor aquesta incorporació, en contra del que disposa l'article 1256 CC (RDGRN de 27 de juliol de 1999, FD 1r). La hipoteca en garantia d'una obligació futura ha de «contenir ja els necessaris elements que permetin la determinació futura de l'obligació que es pretén garantir, i no sols quant al termini i quantia màxima assegurada, sinó també quant als concrets actes de disposició o reintegrament que és suscepti-

ble», per a evitar d'aquesta manera que pugui ser qualificada de *flotant* i, per tant, no ajustada al dret (RDGRN de 6 d'octubre de 1999, FD 5è).

f) El reconeixement del deute, independentment de la causa, no produeix el naixement d'un deute exigible en si mateix (art. 1089, 1255, 1261 i 1274 CC), i, per tant, aquest deute no pot garantir-se amb una hipoteca unilateral (RDGRN de 30 de març de 1998, FD únic). Pensem que la hipoteca independent hauria de poder-se generar unilateralment a instàncies del propietari de la finca.⁸⁶

D'aquesta manera, a partir de 1987 les resolucions es van encarregar de tancar la porta a una possible major flexibilització de la hipoteca dependent, ja que van optar per una interpretació restrictiva dels principis d'especialitat i d'accessorietat del dret real d'hipoteca: la hipoteca que no compleixi aquests principis ha de ser qualificada de *flotant* i, per tant, no pot inscriure's (no pot existir), perquè no s'ajusta al dret (resolucions de la DGRN de 6 de juny de 1998, FD 3r, i 7 de juny de 1999, FD 2n, basant-se en els articles 1857 CC, 9, 12 i 104 LH, i 51 RH).

En conclusió, la doctrina de la DGRN diu sí a la flexibilitat (hipoteca de màxim, en garantia de comptes corrents, unilateral, etc.), però amb límits (pre-existència de relació jurídica bàsica, determinabilitat de les obligacions que s'han de garantir, estreta relació crèdit-hipoteca, etc.). Descarta que la hipoteca de la LH pugui ser constituïda com a independent del crèdit que garanteix, i que pugui garantir diversos crèdits totalment futurs i sense determinació de la responsabilitat.

3.3. DIFICULTATS I SITUACIONS FAVORABLES PER A LA REGULACIÓ DE LA HIPOTECA INDEPENDENT

a) A partir de tot el que s'ha dit fins aquest moment i havent establert ja els beneficis de la regulació de la hipoteca independent,⁸⁷ són diverses les *dificultats* (de diversa naturalesa i magnitud) que sorgeixen a l'hora de plantejar-nos la regulació d'aquest dret real a Catalunya, tenint en compte la tradició hipotecària i la normativa estatal vigent relativa a aquesta qüestió:

1. El principal problema que es planteja és la desprotecció en què es troba el deutor hipotecari en el cas que el creditor hipotecari, amb fins de refinançament, cedeixi a un tercer de bona fe el crèdit i cedeix alhora a un altre tercer de

86. Vegeu *supra* respecte als ordenaments que la preveuen. Vegeu *infra* respecte a les característiques que hauria de tenir.

87. Vegeu l'article anterior, NASARRE i STÖCKER, «Un pas més...».

bona fe la hipoteca independent, de manera que el deutor es pot trobar davant de dues reclamacions legítimes (art. 34 i 149 LH i 1526 CC).⁸⁸

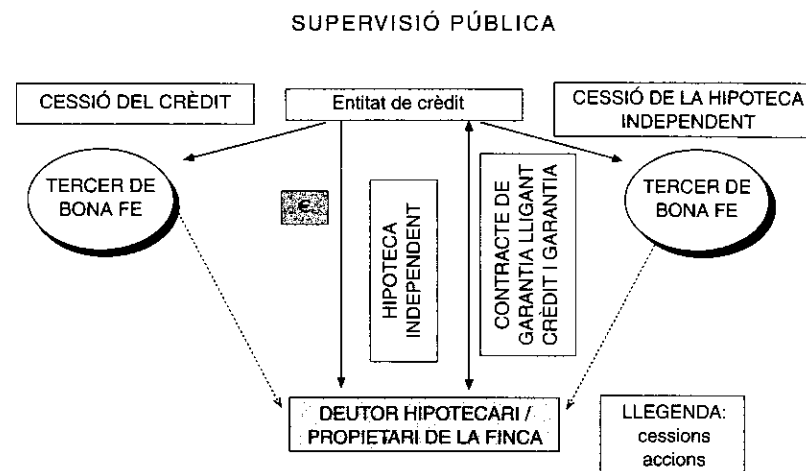
La solució d'aquesta qüestió⁸⁹ passa necessàriament, al nostre entendre, pel que es pacti respecte d'això en el contracte de garantia entre el creditor i el titular de la finca gravada: que l'entitat prestadora *només* utilitzi el dret real de garantia independent per a garantir el crèdit contret amb el deutor en qüestió. L'incompliment d'aquest pacte hauria de portar a la responsabilitat del creditor. Es considerarà de «bona fe» el cessionari que rep el dret real de garantia sense conèixer o sense poder conèixer que aquest s'havia constituït per a garantir un determinat crèdit. Si no ho coneix, és que el cedent (antic titular del dret real) ha obrat de mala fe. L'ús indegut i amb mala fe de la hipoteca i del crèdit podria controlar-se millor si la seva utilització fos limitada a les entitats de crèdit, ja que estan sotmeses a una major vigilància pública (en el cas d'Espanya, la Comissió Nacional de Mercat de Valors (CNMV) i el Banc d'Espanya).⁹⁰ En qualsevol cas, el cedent de mala fe hauria de ser responsable davant de la reclamació del deutor/titular de la finca que ha pagat els dos cessionaris de bona fe i exigeix la restitució d'allò que s'ha pagat de més i una indemnització per danys i perjudicis.

Si s'estableix en el contracte de garantia que l'entitat de crèdit només pot utilitzar la hipoteca independent en garantia del crèdit que té contra el deutor hipotecari, en el moment que la dita entitat cedeixi separatament el crèdit i el dret de garantia, està contravenint el contracte i, per tant, queda subjecta a responsabilitat (art. 1098 i 1099 CC). Únicament si els tercers que adquireixen el crèdit i la hipoteca desconeixen —o no poden haver conegut, atenent les regles de la diligència del professional— el que estableix respecte d'això el contracte de garantia, seran considerats de bona fe i tindran dret a reclamar els deutes al deutor. Si, en canvi, coneixen —o poden haver conegut— allò que s'ha estipulat en el contracte de garantia, no podran ser protegits en la seva reclamació (en no po-

88. Això, independentment que es comuniquin ambdues cessions al deutor. En cas que no se n'hi comuniqui alguna, el deutor tindrà la possibilitat de seguir pagant a l'antic creditor hipotecari/titular de la hipoteca independent.

89. Per la seva banda, Álvaro NÚÑEZ IGLESIAS, «El préstamo hipotecario transfronterizo: la eurohipoteca», *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, 93 (març-abril 2001), p. 381, opina que, en el cas que el creditor cedeixi la garantia sense el crèdit (s'entén que el reté ell), el creditor necessita el consentiment del deutor per a procedir a fer aquesta cessió si encara no s'ha extingit el crèdit. Encara que pensem que, en aquest supòsit, és suficient que el deutor tingui coneixement de la cessió perquè hagi de pagar a un o a l'altre (art. 149 LH); a més, ha de quedar clar que, si s'aconsegueix el consentiment, això no legitima el creditor i el titular de la garantia per a dirigir-se per separat al deutor.

90. STÖCKER, *Die Eurohypothek*, p. 271.



der entendre que tinguin bona fe) i el deutor/propietari de la finca gravada podrà excepcionar el pagament al segon que se li dirigeixi. En qualsevol cas, si el deutor/propietari es veu obligat a pagar dos cops, pot reclamar la quantitat pagada de més a l'antic creditor (cedent), més els danys i perjudicis ocasionats, ja que ha actuat de mala fe en incomplir el contracte de garantia i amagar les estipulacions d'aquest als cessionaris. En el cas que el creditor sigui una entitat de crèdit (no un particular), l'autoritat supervisora pública (CNMV o Banc d'Espanya, a Espanya) controlarà totes aquestes operacions realitzades de mala fe; si és necessari, amonestant. A més a més, la fama de l'entitat prestadora es pot veure perjudicada amb vista a futurs inversors i clients.

2. El risc que comporta el fet que el dret real de garantia independent es pugui constituir adherit a una carta, cosa que debilita la seva presència registral.

En primer lloc, hem de comentar que això és així per tal que la garantia sigui sobretot fàcilment transmissible i negociable. En segon lloc, cal comentar que el dret de garantia sí que és de constitució registral; per tant, no atempta contra el principi de publicitat.

El dubte sorgeix, doncs, quan un tercer adquireix un segon (tercer, quart...) dret real sobre la finca gravada amb la garantia independent que ha estat adherida a una carta les transmissions de la qual no han accedit al Registre. D'una banda, intervé la fe pública registral, que es troba en les anotacions que consten

en el Registre. Però, de l'altra, el posseïdor legítim de la carta també ha de considerar-se protegit en la mesura que és la baula final d'una cadena de transmissions o d'endossos legals que porten a una primera inscripció registral. Si això últim queda demostrat, el tenidor legítim de la carta quedarà protegit.

Per tal que el nostre sistema registral actual no quedi distorsionat, creiem que seria suficient que es practiqués, bé una anotació preventiva, bé una nota al marge de la inscripció de la hipoteca independent, conforme sobre ella s'ha emès una carta, de manera que els tercers es donessin per assabentats. Però, de tota manera, independentment de qui sigui el titular del dret real de garantia (qui tingui legalment la carta), la quantia (això és el que inevitablement han de conèixer els segons i posteriors titulars dels drets reals sobre la finca) per la qual respon la hipoteca independent, consta inscrita en el Registre des de la seva constitució.

Per acabar, el problema que la carta continuï circulant encara que s'hagi extingit el crèdit,⁹¹ està limitat per una doble via: 1) precisament, la «mobilitat» de la qual fa gala un dret real de garantia immobiliària adherit a una carta, comporta la «transformació» de la garantia en si mateixa en un bé més per a negociar en el mercat; per tant, res obsta que corri de mà en mà en pagament, en garantia, etc., de qualsevol obligació; 2) des del moment que es dona per satisfet el crèdit en garantia del qual va néixer la hipoteca independent, el propietari de la finca gravada amb aquesta disposa d'una acció de reclamació per a la recuperació del dret real de garantia (tingui vida registral o cartular).

3. També se sol apuntar com a argument en contra de la hipoteca independent el fet que aquesta resulta excessivament onerosa per al que concedeix la garantia.⁹² Però això no és així per dos motius:

1) A diferència de la hipoteca accessòria recollida en la LH de 1949 (art. 122 LH i art. 1860.1-2 CC), la hipoteca independent té dues característiques que la fan summament flexible: és divisible i, a més a més, és reductible a mesura que es va amortitzant el crèdit.⁹³ És en aquest últim punt on hem de fer un èmfasi especial. A diferència de la hipoteca accessòria, la quantia de la qual subsisteix íntegra encara que el crèdit garantit es vagi reduint (art. 122 LH), la hipoteca independent dóna la possibilitat al seu constituent que, a mesura que es vagi amortitzant el crèdit que garanteix (o que el creditor ho hagi condonat parcialment), es vagi reduint la quantia per la qual aquesta respon i es faci constar

91. Apunta aquest problema NÚÑEZ IGLESIAS, «El préstamo hipotecario...», p. 381.

92. Vegeu NÚÑEZ IGLESIAS, «El préstamo hipotecario...», p. 381.

93. En aquest sentit, vegeu el projecte d'hipoteca independent a Otmar STÖCKER i Hans WOLFSTEINER, «Diskussionspapier: Nicht akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa», *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (ZBB), 4 (1998), p. 267-270.

aquesta modificació en el Registre de la Propietat. Amb això s'evita, fins i tot més que amb la hipoteca accessòria, el gravamen excessiu de la finca, per la qual cosa parts d'aquesta tornen a entrar en el mercat immobiliari.

2) Encara que una hipoteca independent pugui haver-se constituït per una determinada quantia i després s'utilitzi per a garantir un crèdit d'una quantia considerablement inferior, això no suposa un perjudici per al propietari de l'imble gravat, ja que, a part de poder reduir la garantia, pot seguir utilitzant-la per a garantir altres crèdits de diferent quantia i fins i tot amb diferent creditor.

4. La hipoteca dependent és la que realment és comuna ara a tots els ordenaments europeus.⁹⁴ D'una banda, ja hem destacat la incorporació d'un dret real de garantia independent en alguns ordenaments de l'Europa central i oriental. De l'altra, cal comentar que la base per a una garantia immobiliària àgilment negociable i adaptada a les necessitats del mercat econòmic-jurídic, ha de passar necessàriament per la superació de l'accessorietat respecte al crèdit que pugui garantir.

5. La incorporació d'una hipoteca independent a l'ordenament jurídic català afectaria altres sectors de l'ordenament jurídic sobre els quals, en ocasions, Catalunya no tindria competències basant-se en l'article 149.1.8 CE. Aquests sectors podrien ser:

— El dret registral (LH i RH): en principi, si la llei de creació de la hipoteca independent considera aquesta un «dret real» i de «naturalesa anàloga a la hipoteca de la LH», no ha d'haver-hi problemes perquè els registradors admetin la seva inscripció. El seu funcionament com a dret de constitució registral seria semblant al de la hipoteca, igual que la seva vida en el Registre. El que sí que suposaria més problemes seria la seva incorporació a una carta, cosa que podria quedar superada, com ja hem comentat, practicant la corresponent nota marginal o anotació preventiva en l'assentament de constitució de la garantia en el Registre, conforme des d'aleshores els avatars de la garantia aniran units a la carta i no constaran en el Registre fins a una nova inscripció.

— El dret processal civil (LEC): l'acció executiva que comporta *per se* la hipoteca independent seria equivalent a l'acció executiva prevista per a la hipoteca en els articles 681 i següents de la Llei d'enjudiciament civil (LEC). De la mateixa manera, l'acció executiva personal que el creditor hipotecari hauria de poder dirigir contra el patrimoni del propietari de la finca,⁹⁵ hauria de basar-se en el que disposen els articles 517 i següents de la LEC, especialment en el supòsit de l'article 517.2.9 LEC.

94. WACHTER, «La garantie...», p. 183-185.

95. Vegeu *supra* l'estructura de drets reals immobiliaris independents de diferents ordenaments.

— El dret fiscal: pel que fa a la qüestió de les exempcions i les desgravacions relacionades amb els préstecs hipotecaris per a la compra d'habitatge, atès que una mateixa hipoteca independent pot ser utilitzada per a garantir crèdits de distinta naturalesa, el deutor hipotecari només podrà obtenir els beneficis fiscals corresponents quan quedi reflectit en el contracte de garantia de la hipoteca que servirà per a garantir un préstec dedicat a la compra del primer habitatge.

b) A més de les dificultats, hem de plantejar dues *situacions favorables* que poden afavorir la regulació de la hipoteca independent en la nova regulació del dret de coses català:

1. Una causa comuna a tot l'ordenament hipotecari vigent actualment a Espanya: l'existència d'alguns models d'hipoteca de seguretat⁹⁶ que tenen semblances amb alguns aspectes de la hipoteca independent. En la hipoteca de màxim, la hipoteca garanteix un conjunt de prestacions per una quantitat i un temps determinats; en la hipoteca en garantia d'obligacions (valors), la hipoteca es transmet sense constància registral (igual que la hipoteca independent de vida cartular) i seguint l'obligació (títol-valor o anotació comptable) (art. 150 LH); en la hipoteca futura, molts dels elements de la relació obligacional que s'ha de garantir s'acabaran determinant en el futur, etc.

2. Una causa especial a Catalunya: l'existència ja de la regulació d'una «penyora flotant» en la nova Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia.⁹⁷

Efectivament, mentre que en dret comú no sembla gaire clara l'acceptació d'una penyora que garanteixi diferents obligacions (presentes o futures) sense una base comuna (RDGRN de 28 de juliol de 1998) (art. 1857.1 CC),⁹⁸ la llei especial catalana sobre els drets reals de garantia (Llei 19/2002) admet obertament en el seu article 13.3 la constitució d'una penyora que «pot garantir diverses obligacions ja contretes o a contreure de forma simultània o successiva entre el mateix deutor o deutora i el mateix creditor o creditora, durant un període de temps i per una quantia màxima convinguts». Aquest precepte és hereu del de l'article 9.3 de la Llei 22/1991, ja que el repeteix literalment. La doctrina ja en-

96. Hipoteca en garantia de valors, hipoteca en garantia d'hipoteca futura, hipoteca de màxim, hipoteca en garantia de comptes corrents de crèdit, etc.

97. DOGC núm. 3679, de 17 de juliol de 2002, p. 13038. Aquesta figura ja estava regulada en l'article 9.3 de la derogada Llei 22/1991, de 29 de novembre, de garanties possessòries sobre cosa moble (DOGC núm. 1530, de 16 de desembre de 1991).

98. Tomás GIMÉNEZ DUART, «Consideraciones en torno a la ley catalana 22/1991, de garantías posesións sobre cosa moble, y a sus implicaciones con el Código civil», a *El futuro del dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, València, Universitat de Girona i Tirant lo Blanch, 2000, p. 414 i 415.

tenia que la penyora de l'article 9.3 de la Llei 22/1991 era la «penyora flotant»,⁹⁹ mentre que les penyores dels articles 9.1 i 9.2 (art. 13.1 i 13.2 Llei 19/2002) podrien ser la de «tràfic» i la de «seguretat», respectivament; tot això, si les relacionéssim amb els diferents tipus d'hipoteca estudiats per la doctrina hipotecarista i la DGRN.

Els requisits per a la constitució de la penyora flotant són:¹⁰⁰ que totes les obligacions que s'han de garantir siguin d'un mateix creditor i deutor, i que es determinin el període de temps en el qual han de generar-se les obligacions que s'han de garantir amb la penyora i la quantia màxima per la qual ha de respondre la penyora. Atinent a aquests requisits de constitució de la penyora de l'article 13.3 de la Llei 19/2002 (art. 9.3 de la Llei 22/1991), hem d'assenyalar que es tracta d'un pas endavant en relació amb la hipoteca dependent de la LH, ja que el concepte correlatiu sobre immobles, la «hipoteca flotant»,¹⁰¹ no està admès en el nostre dret.

Però hem d'advertir també que la «hipoteca independent» que proposem va més enllà fins i tot que aquest model de la penyora/hipoteca flotant, ja que les obligacions que es vagin generant per un període de temps i per una quantia màxima assegurada no necessàriament hauran de ser entre el mateix creditor i el mateix deutor, i, a més a més, ni tan sols serà necessari que existeixi una obligació per a garantir ni expectatives que aquesta neixi (seria la hipoteca independent de propietari). De fet, és l'article 2.3 mateix de la Llei 19/2002 el que afirma taxativament que «la transmissió del crèdit garantit comprèn també la de la garantia», cosa que configura tota penyora prevista en la norma com a accessòria a l'obligació que garanteix. Tot i això, un altre indicatiu de la tendència a l'encara major flexibilització de la penyora catalana és que incompleix el principi d'especialitat que és preceptiu en la hipoteca de la LH i que permet que el deutor (o el propietari) i el creditor triïn per quina part del crèdit han de respondre cadascuna de les coses donades en penyora (art. 15.1 Llei 19/2002).

En conclusió, aquesta «penyora flotant» de l'article 13.3 de la Llei 19/2002 s'aproxima més a la figura de la hipoteca independent que proposem, tot i que encara no l'aconsegueix. Però això situa l'ordenament català un pas més avançat que l'ordenament comú en matèria de no-accessorietat i de flexibilització dels drets reals de garantia.

99. GIMÉNEZ DUART, «Consideraciones en torno a...», p. 411. Vegeu també M. Elena LAUROBA LACASA, «Els drets reals de garantia», a Ferran BADOSA COLL (coord.), *Compendi de dret civil català*, Madrid i Barcelona, Edicions Universitat de Barcelona i Marcial Pons, 1999, p. 238.

100. Seguint GIMÉNEZ DUART, «Consideraciones en torno a...», p. 414.

101. GIMÉNEZ DUART, a «Consideraciones en torno a...», p. 414, avisa que l'acceptació de la penyora flotant no ha hagut de combatre el principi d'especialitat registral que regeix en la hipoteca.

3.4. BASES PER A LA REGULACIÓ D'UNA HIPOTECA INDEPENDENT A CATALUNYA

A continuació exposem els grans trets que haurien de presidir la regulació d'un hipotètic dret real de garantia independent a Catalunya (s'anomeni *hipoteca independent, deute territorial, deute immobiliari*, etc.).¹⁰²

Aquesta proposta de regulació està basada en els diferents ordenaments jurídics que ja recullen un tipus d'hipoteca independent, i avisem de les possibles adaptacions que haurien de practicar-se per tal de no causar una distorsió excessiva respecte al dret hipotecari i el sistema registral vigent. També hem pres com a referència essencial l'esborrany de llei sobre un dret real de garantia independent proposat per un grup de juristes alemanys l'any 1998.¹⁰³

D'aquesta manera, tenim que:

1. La hipoteca independent hauria de seguir els trets generals comuns dels models ja regulats en els diferents ordenaments europeus. No hauria de poder-se constituir mai com a accessòria a una obligació en concret.

2. En el cas que, atesa la tradició jurídica a Catalunya sobre la matèria, es considerés necessària la regulació d'una hipoteca dependent, la hipoteca independent hauria de ser una alternativa paral·lela a aquesta. En cap cas la hipoteca independent ha de ser exclouent.¹⁰⁴

3. La hipoteca independent hauria de poder ser constituïda unilateralment pel propietari de la finca que es pretengui donar en garantia (hipoteca independent de propietari). La constitució es farà per mitjà d'una escriptura pública on consti la voluntat del propietari i la qual haurà d'inscriure's en el Registre de la Propietat. En aquest supòsit, estarem davant d'una hipoteca independent unilaterial que no provocarà cap conflicte jurídic (ni material ni registral), ja que no provoca efectes mentre no surti de l'àmbit del constituent/propietari de la finca gravada.¹⁰⁵

102. Des de març de 2002, la Comissió de Codificació catalana està estudiant la incorporació de la hipoteca independent al Codi civil de Catalunya.

103. El text en alemany es troba publicat a STÖCKER i WOLFSTEINER, «Diskussionspapier...», p. 254-270. Es pot trobar traduït íntegrament a Sergio NASARRE AZNAR i Otmar STÖCKER, «Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de la Europa central», RCDI, 671 (maig-juny 2002), p. 929-946. Aquest esborrany de llei va ser utilitzat com a material de treball per a redactar el projecte d'hipoteca independent de Polònia (vegeu *supra*).

104. WEHRENS, «Der schweizer...», p. 181 i 182.

105. JOSÉ GASTALVER, *Crédito territorial*, Sevilla, 1916, p. 98, 106 i 108. L'única conseqüència que porta és una reserva de rang a favor del propietari constituent, la qual, però, no provoca la paralització del mercat immobiliari, ja que els creditors poden demanar a aquest propietari que els doni aquesta hipoteca en garantia i poden no admetre segones o posteriors hipoteques sobre la finca.

4. També hauria de poder ser adherida a un document o una carta, a fi de tenir major negociabilitat i agilitat en el tràfic econòmic-jurídic. En aquest cas, les transmissions successives de la carta no constaran en el Registre, al contrari del que passaria si la hipoteca tingués vida registral.

5. En l'escriptura pública de constitució de la hipoteca independent i en el Registre, hauran de constar els aspectes següents d'aquesta hipoteca independent:

a) La quantia per la qual es constitueix.

b) En el cas que generi interessos, aquests hauran de fer-se constar obligatòriament en el Registre, així com el període d'interessos.

c) En el cas que es constitueixi per un termini determinat, aquest també haurà de fer-se constar.

d) En el cas que es constitueixi a favor d'un creditor en concret, aquest haurà de constar en el Registre. En el cas que la constitueixi el propietari a favor seu, serà ell qui consti com a titular de la hipoteca independent.

e) Si així ho desitgen el propietari i el creditor hipotecari (o només el propietari, si és ell qui constitueix la hipoteca a favor seu), haurà de fer-se constar la responsabilitat personal del propietari de la finca fins a la quantia per la qual s'hagi constituït la hipoteca. Aquesta responsabilitat personal serà diferent de la que es generi per l'incompliment del contracte respecte al deutor de l'obligació garantida i, a més a més, concedirà al creditor una acció executiva (nascuda amb la mateixa escriptura pública i la inscripció registral de la hipoteca independent) per a satisfer-se contra el patrimoni personal del propietari de la finca.

f) Si el propietari decideix crear una hipoteca independent de vida cartular a favor del creditor, l'expedició de la carta per part de l'oficina del Registre haurà de fer-se constar mitjançant algun tipus d'anotació en el Registre de la Propietat (nota marginal o anotació preventiva). En la carta ha de reproduir-se tot l'assentament de constitució.

6. Hauria de poder ser constituïda de forma col·lectiva, de manera que, quan recaigui sobre una pluralitat de finques, cadascuna d'elles respongui per la totalitat de la quantitat. Això va en contra del principi d'especialitat registral de la hipoteca dependent, però dona major llibertat i seguretat al creditor. Aquest sistema es compensa amb la possibilitat, per al deutor, de reduir la quantia de la hipoteca independent (amb l'acord del creditor) a mesura que vagi quedant amortitzada o condonada l'obligació garantida.

7. Per tant, la hipoteca independent hauria de ser reductible proporcionalment a la part amortitzada o condonada del crèdit (obligació garantida). A més a més, hauria de ser divisible, per a així poder estipular per quina quantia responen les diverses finques gravades.

8. L'extinció de la hipoteca independent es produirà quan es cancel·li la seva inscripció registral, amb el consentiment, en tot cas, del creditor de la hipoteca independent. La hipoteca independent no quedarà extingida automàticament si s'extingeix l'obligació que garanteix en aquest moment. Atenent el contracte de garantia, en el cas que s'extingeixi l'obligació garantida, la hipoteca revertirà immediatament al propietari de la finca. Aquest tindrà acció contra el creditor per a demandar aquesta devolució.

9. La normativa que reguli la hipoteca independent hauria de considerar uns continguts mínims que hauria de tenir el contracte de garantia que se celebri entre el propietari de la finca i el creditor. Aquest contracte, almenys, hauria de contenir una estipulació que lligués la hipoteca independent amb cada obligació que s'ha de garantir. A més a més, pot constar-hi l'obligació del creditor d'utilitzar la hipoteca només per a garantir un crèdit determinat¹⁰⁶ i el dret del propietari a recuperar totalment o parcialment la hipoteca independent a mesura que es vagi amortitzant el crèdit (obligació garantida).

Hem vist que la DGRN no admetia la figura de la hipoteca flotant, ja que entenia que atemptava directament contra els principis d'accessorietat i d'especialitat registral. Però la hipoteca independent, com a figura alternativa a la hipoteca dependent, fa un pas més enllà i es dota d'una configuració alternativa: enfront de l'accessorietat, no-accessorietat, i enfront de l'especialitat i la responsabilitat dividida, solidaritat.

La no-accessorietat fa la hipoteca independent extremament més flexible tant per al constituent (propietari de la finca) com per al creditor (normalment, una entitat de crèdit). El primer es beneficiarà d'una única hipoteca per a una sèrie d'obligacions (préstec per a l'habitatge, compte corrent de crèdit, préstecs personals per a segons i posteriors habitatges, etc.), fugint de les rigideses i les despeses registrals de la constitució, l'extinció i la transmissió en cada ocasió. El segon podrà efectuar operacions fins ara difícilment possibles (encara que, de fet i de manera paralegal, es poguessin anar fent), com ara alguns tipus de refinançament creditici, els préstecs consorcials, les operacions fiduciàries, etc.; tot això, amb suport legal (no com ara) i amb seguretat jurídica per a les parts i els consumidors. És a dir, es reconeix de dret el que s'ha anat fent de fet.

La no-especialitat, per la seva banda, se substitueix per la solidaritat, la divisibilitat i la possibilitat de la reducció gradual del dret real de garantia. És un sistema nou —per al nostre ordenament— de funcionament d'un dret real de garantia immobiliària que és paral·lel (no substitut ni imbricat) al vigent fins ara,

106. Recordem la importància que té aquesta estipulació per a evitar una doble reclamació de quantitat al deutor.

però que no és incompatible amb ell: si l'accessorietat i l'especialitat corresponen a la hipoteca dependent, la no-accessorietat i la solidaritat corresponen a la hipoteca independent.

4. CONCLUSIÓ

Com ja vam veure en l'article anterior,¹⁰⁷ cap de les modalitats d'hipoteca regulades en l'actual LH és satisfactòria per a les operacions transnacionals de crèdit amb garantia immobiliària. Una hipoteca de caràcter independent i prou flexible i amb trets comuns a tots els estats (ordenaments) de la Unió Europea, afavoriria granment el préstec sobre finques situades en territori europeu.

La doctrina europea encara no s'ha posat d'acord sobre el model d'hipoteca comuna que s'ha d'adoptar. Malgrat això, diversos ordenaments que s'han anat dotant aquests últims anys d'un nou dret civil, han anat adoptant un model d'hipoteca independent (Hongria i Estònia) o pretenen adoptar-lo (Polònia i Eslovènia) per a dinamitzar el seu crèdit territorial.

L'estructura d'hipoteca independent que proposem per a regular a Catalunya (paral·lelament, si escau, a la hipoteca dependent), té com a base els models suís i alemany, que busquen la màxima flexibilitat i negociabilitat.

Els elements essencials d'aquest dret real de garantia independent són la seva independència de l'obligació garantida en cada cas, la seva constitució registral, la seva reductibilitat progressiva, la seva divisibilitat i solidaritat, i la seva transmissibilitat com un títol-valor, que comporta tant una acció real com una acció executiva personal contra el propietari de la finca donada en garantia; la causa d'aquest dret, la constitueix un acord entre el creditor i el propietari per a garantir una determinada obligació amb aquest dret real.

A diferència d'alguna de les normatives que hem revisat, som partidaris de preveure una regulació del contracte de garantia i dels mínims legals que aquest hauria de tenir.

En definitiva, econòmicament, els beneficis, tant per al constituent de la hipoteca independent com per al creditor que admeti aquesta en garantia, són importants en relació amb les despeses i les dificultats que implica la hipoteca tradicional.¹⁰⁸ Malgrat el que els seus detractors puguin argumentar, la hipoteca

107. NASARRE i STÖCKER, «Un pas més...».

108. Aquests aspectes ja van ser destacats per Ignacio de CASSO Y ROMERO, *Moción y proyecto de ley sobre la movilización de la propiedad inmueble*, Sevilla, 1929, p. 10: «Lo que claramente indica que, para que el crédito territorial se produzca vigoroso, no basta la seguridad del valor del

independent aporta un plus de seguretat jurídica, ja que regula negocis que en la pràctica bancària actual es poden qualificar de *paralegals*: negocis fiduciaris, préstecs consorcials, complicades estructures de refinançament mitjançant titulització, etc.

L'ordenament jurídic català, atesa la seva conjuntura actual, de ple procés de codificació, està millor preparat que l'ordenament comú per a adoptar un tipus de dret real de garantia immobiliària com el que proposem.

El dubte continua sent si continuar apostant per la hipoteca del segle XIX o confiar en la hipoteca del XXI.

BIBLIOGRAFIA

- BELLINGER, Dieter; KERL, Volkher. *Hypothekenbankgesetz*. Munic: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995.
- BORRELL I SOLER, Antoni M. *Dret civil vigent a Catalunya*. Vol. II: (*Drets reals. Segona part*). Barcelona: Impremta de la Casa de la Caritat, 1923.
- BROCA, Guillem M. de. *Història del dret de Catalunya, especialment del civil i exposició de les institucions del dret civil del mateix territori en relació amb el Codi civil d'Espanya i la jurisprudència*. Barcelona: Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, 1985. [Edició facsímil]
- CASSO Y ROMERO, Ignacio de. *Moción y proyecto de ley sobre la movilización de la propiedad inmueble*. Sevilla, 1929.
- GASTALVER, José. *Crédito territorial*. Sevilla, 1916.
- GIMÉNEZ DUART, Tomás. «Consideraciones en torno a la ley catalana 22/1991, de garantías posesorias sobre cosa mueble, y a sus implicaciones con el Código civil». A: *El futur del dret patrimonial de Catalunya (Materials de*

inmueble, sino que es además precisa, como factor esencial adjunto, una modalidad de régimen que cree como instrumento suyo un crédito *móvil*, es decir, fácilmente transmisible y negociable, sin mengua de su firmeza y de su economía.» Sobre la necessitat d'incorporar la hipoteca independent a l'ordenament jurídic comú, entenia que «esta hipoteca, llamada también *moderna*, es necesario introducirla en nuestra legislación y para ello no existe ningún obstáculo insuperable, antes al contrario, está preparada la reforma desde el momento en que ya hoy se admite la constitución de hipotecas para garantizar obligaciones *condicionales o futuras*» (p. 17 i 18). I sobre la possibilitat de «mobilitzar» la hipoteca independent, és a dir, expedir sobre aquesta un document de manera que circulés com un bé mouble (carta hipotecària), opina que «así, el dueño del inmueble, al inscribir una hipoteca independiente o al recuperar bajo forma de propietario la hipoteca «liberada» (si cabe usar este tecnicismo), puede pedir al Registrador que le expida una cédula representativa del valor total del inmueble o del de la hipoteca, al portador o nominativa, transferible por mera tradición o por endoso, a cambio del recibo de su valor» (p. 22 i 23).

- les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa*). València: Universitat de Girona: Tirant lo Blanch, 2000.
- HARMATHY, Attila. «Recht der Kreditsicherheiten in Ungarn». A: HORN, Norbert, i PLEYER, Klemens. *Handelsrecht und Recht der Kreditsicherheiten in Osteuropa*. Col·l. «Schriften des Rechtszentrums für Europäische und Internationale Zusammenarbeit». Volum V. Berlín; Nova York: Walter de Gruyter, 1997.
- KOVE, Villu; ZENO, Anre. A: HADDING, Walther, i H. SCHNEIDER, Uwe (ed.). *Die Forderungsabtretung, insbesondere zur Kreditsicherung, in ausländischen Rechtsordnungen*. Berlín, Duncker & Humblot, 1999.
- LAUROBA LACASA, M. Elena. «Els drets reals de garantia». A: BADOSA COLL, Ferran (coord.). *Compendi de dret civil català*. Madrid; Barcelona: Edicions Universitat de Barcelona: Marcial Pons, 1999.
- MIQUEL, Joan. *Dret privat romà*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- NASARRE AZNAR, Sergio; STÖCKER, Otmar. «Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de la Europa central». RCDI, 671 (maig-juny 2002).
- NASARRE AZNAR, Sergio; STÖCKER, Otmar. «Un pas més en la «mobilització» de la hipoteca: la naturalesa i la configuració jurídica d'una hipoteca independent». *Revista Catalana de Dret Privat*, 1 (2002).
- NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. «El préstamo hipotecario transfronterizo: la eurohipoteca». *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, 93 (març-abril 2001).
- PUIG FERRIOL, Luis; ROCA TRIAS, Encarna. *Fundamentos del derecho civil de Cataluña*. Tom I. 2a edició. Barcelona: Bosch, 1984.
- RAUCH, Wolfgang; ZIMMERMANN, Steffen. *Grundschild und Hypothek: Der Realredit in der Bankpraxis*. Munic: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1996.
- RECHBERGER, Walter; SMID, Stefan (Center of Legal Competence (CLC) de Viena). «Reform der ungarischen Pfandrechtsregelungen» (dictamen).
- REINICKE, Dietrich; TIEDTKE, Klaus. *Kreditsicherung*. Berlín: Luchterhand, 1994.
- ROCA SASTRE, José M.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. *Derecho hipotecario*. Toms VII i VIII. 8a edició. Barcelona: Bosch, 1998.
- SCHWAB, Karl Heinz; PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 27a ed. Munic: Verlag C. H. Beck, 1997.
- STEINAUER, Paul-Henri. «A propos de la constitution des cédulas hypothécaires». *Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht*, 5 (setembre-octubre 1997).
- STÖCKER, Otmar. *Die Eurohypothek*. Berlín: Duncker & Humblot, 1992.

- STÖCKER, Otmar; WOLFSTEINER, Hans. «Diskussionspapier: Nicht akzessorisches Grundpfand für Mitteleuropa». *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft* (ZBB), 4 (1998).
- VOLTERRA, Eduardo. *Instituciones de derecho privado romano*. Madrid: Civitas, 1986.
- WACHTER, Thomas. «La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l'Union européenne. L'Eurohypothèque». *Notarius International*, vol. IV (1999).
- WEHRENS, Hans G. «Der schweizer Schuldbrief und die deutsche Briefgrundschuld. Ein Rechtsvergleich als Basis für eine zukünftige Eurohypothek». A: *Österreichische Notariats-Zeitung*, 7 (1988).
- WEHRENS, Hans G. «Real security regarding immovable objects. Reflexions on a Euro-Mortgage». A: *Towards a European Civil Code*. 1a ed. Hartkamp A. S. i altres, Ars Aequi Libri, 1994.

ACOLLIMENT DE PERSONES GRANS (LLEI 22/2000, DE 29 DE DESEMBRE, D'ACOLLIMENT DE PERSONES GRANS, I LLEI 11/2001, DE 13 DE JULIOL, D'ACOLLIMENT FAMILIAR PER A PERSONES GRANS)

M. del Carmen Gete-Alonso i Calera
Catedràtica de Dret Civil
Universitat Autònoma de Barcelona

1. REGULACIÓ

L'acolliment de persones grans té, en l'ordenació jurídica catalana, una doble normativa: la Llei 22/2000, de 29 de desembre, d'acolliment de persones grans (LAPG), i la Llei 11/2001, de 13 de juliol, d'acolliment familiar per a persones grans. Ambdues es refereixen a àmbits diferents: la Llei 22/2000, a les relacions jurídiques *inter privatos*; la Llei 11/2001, al servei social d'acolliment, a l'àmbit públic.

2. PRECEDENTS

La preocupació del legislador català per regular la situació de les persones d'edat avançada mitjançant la figura de l'acolliment es remunta als anys vuitanta del segle passat, moment a partir del qual també la doctrina comença, si bé tímidament, a ocupar-se d'aquest tema. Fins l'any 2000 es poden citar: un text de l'any 1984 de la Comissió Jurídica Assessora del Departament de Presidència que mai no arribà a publicar-se i un altre de l'any 1990 elaborat per una comissió tècnica com a informe per a un avantprojecte de llei per encàrrec del Departament de Justícia, treball que fou presentat a la comunitat jurídica en les Jornades «La Nova Legislació del Dret de Família a Catalunya», organitzades per la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (Centre d'Estudis i Formació Especialitzada), a Caldes d'Estrac, els dies 4 i 5 de maig de 1990,¹ i que no

1. Hi ha una ressenya del contingut d'aquest avantprojecte a M. del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, «L'adopció i l'acolliment de menors i l'acolliment a la tercera edat», a *Papers d'estudis i formació: La reforma del Codi penal: Família i dret català*, Barcelona, Centre d'Estudis Jurídics i de Formació Especialitzada, 1991, en especial p. 110-112.