

**UC Berkeley**

**Latin American and Caribbean Law and Economics Association  
(ALACDE) Annual Papers**

**Title**

LA EUROHIPOTECA: LUCES Y SOMBRAS DE LA PRETENDIDA UNIFICACIÓN EN MATERIA HIPOTECARIA

**Permalink**

<https://escholarship.org/uc/item/2s48r5vn>

**Author**

Oliva, Rocío Dieguez

**Publication Date**

2009-06-04

# LA EUROHIPOTECA: LUCES Y SOMBRAS DE LA PRETENDIDA UNIFICACIÓN EN MATERIA HIPOTECARIA

Rocío Diéguez Oliva  
Profesora Contratada Doctora  
Dpto. Derecho Civil, Eclesiástico del Estado y Romano  
Facultad de Derecho  
Campus Teatinos s/n, 29071 Málaga  
Tfno: 952137123, [mddiequez@uma.es](mailto:mddiequez@uma.es)

**Abstract:** In this paper we explain the main reason in favour and against of the mortgage harmonization in EU through the Eurohypothech as a model of a common mortgage for Europe.

**Keywords:** single market, mortgage market, consumer, Grundschuld, eurohypothech, charge on real property,

- I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL MERCADO HIPOTECARIO. EL LIBRO VERDE SOBRE EL CRÉDITO HIPOTECARIO.
- II. LA EUROHIPOTECA COMO ELEMENTO DE INTEGRACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO EUROPEO. ANTECEDENTES Y REFERENTES NORMATIVOS DE LA MISMA.
- III. LA INTEGRACIÓN DE LOS MERCADOS HIPOTECARIOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL
  - a. El título ejecutivo europeo con relación al crédito transnacional
  - b. La nueva Directiva relativa a los contratos de crédito al consumo y su repercusión en el mercado hipotecario.
  - c. La flexibilización del mercado desde la perspectiva de los acreedores hipotecarios: el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril
  - d. La admisión de una figura similar a la deuda territorial alemana en Derecho español. Obstáculos y estado actual de la cuestión

BIBLIOGRAFÍA

## I. INTRODUCCIÓN: SOBRE LA NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL MERCADO HIPOTECARIO. EL LIBRO VERDE SOBRE EL CRÉDITO HIPOTECARIO.

Desde hace algunas décadas somos testigos de numerosos intentos de internacionalización y unificación del Derecho Civil, auspiciados en su origen por organizaciones como UNIDROIT, y en los últimos años por diversas instituciones de la Unión Europea. Evidentemente, los derechos reales y, en especial, el crédito hipotecario, no han quedado al margen de dicho fenómeno, aunque no existen al respecto trabajos tan avanzados y exhaustivos como en el ámbito de los Derechos de los Contratos. Es más, la Unión Europea, consciente de las implicaciones y diferencias existentes entre los países miembros en materia de derechos reales y Registro de la Propiedad, sólo puntualmente incide sobre aspectos relacionados con los mismos, y siempre desde la perspectiva de los consumidores en cuanto a la mejora de las condiciones en el acceso y en el funcionamiento del mercado hipotecario, pero no en cuanto al funcionamiento y la dinámica de los mismos. En una línea trabaja la Unión Europea con relación a los derechos de crédito. Como muestra de ello, **Libro Verde sobre el Crédito Hipotecario** aprobado por Resolución del Parlamento de 14 de noviembre de 2006, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, denominado **Un mercado único para la Europa del siglo XXI**, de 20 de noviembre de 2007, el **Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE**, de 18 de diciembre de 2007<sup>1</sup> presentado por la Comisión, así como la reciente **Directiva 2008/48/CE del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva**

---

<sup>1</sup> Resulta interesante la lectura del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el **Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE**, aprobado en la sesión de 9 de julio de 2008 (2009/C 27/04) y publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 3 de febrero de 2009 (C27/18). Como comprobará el lector escasa atención se va a prestar en el trabajo al mismo, y la razón no es otra que, como el propio CESE, la escasa por no decir nula operatividad del mismo: si el Libro Blanco es la plasmación de un proceso ya concluido, dada la elevada fragmentación del sector y la no superación en el mismo de las barreras culturales, jurídicas, administrativas, etc que constituyen los verdaderos y reales obstáculos a la integración del mercado hipotecario, este Libro Blanco no añade nada nuevo al Libro Verde, por lo que todo lo dictaminado con relación a aquel, sigue siendo válido en su conjunto. Efectivamente el mencionado Libro Blanco no hace sino nuevamente incidir sobre los aspectos analizados y tratados con mucha mayor profundidad en el Libro Verde sobre el crédito hipotecario.

**87/102/CEE del Consejo**<sup>2</sup>, y el así como los diversos trabajos sobre la denominada **Eurohipoteca**, bien como figura jurídica de carácter real, bien como producto financiero, que permita superar las actuales barrera y limitaciones del mercado hipotecario.

La Unión Europea es consciente de la importancia tanto política como económica del crédito hipotecario al representar una de las piedras claves de las economías de los países miembros. Si bien nos encontramos en un momento de recesión económica, durante décadas, y en especial en la última, hemos asistido a un crecimiento, en momentos incluso anticíclicos, del mercado hipotecario en el que han influido factores de orden tanto macroeconómico (descenso en los tipos de interés, crecimiento de la renta per capita,...) como estructural. El mercado de créditos hipotecarios se presenta como uno de los más complejos por la diversidad no sólo de agentes jurídicos y económicos que participan del mismo (consumidores, entidades bancarias y financieras, inversores, aseguradoras, etc...) sino por los propios ámbitos afectados, máxime cuando nos situamos en marco de los créditos hipotecarios para la adquisición de la vivienda. En comparación con otros ámbitos en los que está presente la contratación con consumidores, el interés de la UE por la intervención en el mercado hipotecario es relativamente reciente. Como el propio Parlamento señaló en la reciente **Resolución de 14 de noviembre de 2006 (2006/2102), sobre el crédito hipotecario** es necesario alcanzar un mercado hipotecario integrado, como instrumento de movilidad de los trabajadores en relación directa con la política macroeconómica de la UE, y en particular, con las políticas monetarias de los diversos países miembros. El mercado hipotecario es vital para la estructura económica de la UE, la cual es consciente de las dificultades de intervención en el mismo, derivadas de la complejidad de los diversos mercados de créditos hipotecarios y de las enormes diferencias entre los sistemas jurídicos y culturales con relación a la financiación y refinanciación, a la propiedad inmobiliaria, a los sistemas registrales de la propiedad, procesos de ventas forzosas, etc. Pero la intervención en el mercado hipotecario no sólo se proyecta por parte de la UE en cuanto a la financiación de la adquisición de la vivienda sino a las posibilidades financieras del endeudamiento desde la perspectiva de la financiación del consumo y de las pensiones, problema que necesariamente necesita ser planteado con la suficiente

---

<sup>2</sup> Fuente de los textos referidos: <http://eur-lex.europa.eu>

antelación dado el progresivo envejecimiento de la población europea. Cuatro son fundamentalmente los aspectos sometidos a consulta por la Comisión: la protección de los consumidores<sup>3</sup>, los aspectos legales de la cuestión, al ser uno de los mercados donde la intervención se presenta más compleja por la diversidad jurídica que integra Europa<sup>4</sup>; la regulación del carácter real de la garantía, aspecto en el que vamos a centrar nuestra atención; y, finalmente, los mecanismos de financiación de los mercados hipotecarios, dada la importancia y repercusión de la transferibilidad de los préstamos hipotecarios.

Han sido numerosos los intentos por parte de la Unión Europea lograr un mayor desarrollo del denominado crédito transfronterizo. Sin embargo, dada la diversidad jurídica de los distintos países integrantes de la UE, la fórmula por la que finalmente se ha optado ha sido la de la denominada eurohipoteca, es decir, mediante la creación de un tipo especial de derecho real de garantía que, junto a las diversas figuras jurídicas vigentes en los países integrantes de la UE, permitiera desarrollar el llamado crédito transfronterizo y activar el mercado hipotecario europeo, fundamentalmente el denominado mercado secundario o de refinanciación, dado el escaso volumen que en la actualidad representa el denominado crédito transnacional. A la vista de los trabajos que sobre la eurohipoteca se han realizado podemos definirla como aquel modelo flexible de garantía real, independiente del crédito subyacente, de constitución registral por el titular del inmueble, cuya flexibilidad se manifiesta tanto en la independencia con respecto al crédito subyacente, lo que agilizaría todas las posibles cesiones y

---

<sup>3</sup>Por lo que a la protección de los consumidores se refiere, el Libro Verde incide principalmente sobre los siguientes aspectos: 1. Problemas relativos a la información a suministrar a los consumidores. Parte la Comisión del grado de asimetría en la información con la que cuenta el prestatario. No es una cuestión nueva en el ámbito del derecho europeo de consumo la preocupación del legislador comunitario por cubrir los déficits de información de los consumidores y usuarios. Dichos problemas que han intentado solucionar en todas la Directivas sobre consumo con la obligatoriedad de la emisión de una oferta cuyo contenido vinculante ha de versar sobre los propios extremos señalados por el legislador comunitario. 2. La amortización anticipada: los regímenes de amortización anticipada en la Unión Europea son muy diversos al no existir disposición comunitaria alguna al respecto. Como señala la Comisión, la amortización anticipada es una de las herramientas de negociación del crédito hipotecario que permite al consumidor adelantar la finalización del préstamo con directas consecuencias en la refinanciación de la deuda. 3. El tipo anual efectivo: El cálculo del mismo tampoco es uniforme en todos los países de la UE, lo cual dificulta considerablemente la armonización, al ser un elemento imprescindible en toda la vida del contrato. La unificación en cuanto al cálculo del mismo facilitaría en gran medida la normalización en toda la UE. 4. Normas en cuanto a la usura y las variaciones en los tipos de interés: las reflexiones van en la misma línea anteriormente señalada en cuanto al TAE. 5. Contrato de crédito: mediante la normalización de los contratos hipotecarios; y finalmente, en cuanto a 6. Ejecución y recurso a la autoridad judicial: incluso proponiendo el estudio del arbitraje y la mediación en este concreto ámbito.

<sup>4</sup> Especialmente sobre siguientes aspectos: 1. los problemas sobre la norma aplicable a los contratos de crédito hipotecario desde la perspectiva del derecho internacional privado; 2. el acceso y control de la información sobre la solvencia del cliente; 3. la tasación inmobiliaria; 4. los procedimientos de venta forzosa; y finalmente, 5. la fiscalidad de este tipo de operaciones transnacionales.

modificaciones del crédito, como en la transmisibilidad misma del derecho real mediante su constitución en cédulas.

La necesidad de construcción e introducción en los diversos ordenamientos europeos, sea por la vía que fuere, bien mediante reglamento, tratado o Directiva, de la denominada eurohipoteca responde, según los autores, a la necesidad de conseguir el pleno desarrollo de los objetivos previstos en el Tratado constitutivo de la Unión Europea en aras a la consecución de la libertad de circulación de personas, capitales y servicios. Ciertamente el mercado se encuentra actualmente limitado en el ámbito del crédito hipotecario por la diversidad jurídica de las garantías reales inmobiliarias en los distintos países integrantes de la Unión Europea, así como por la incapacidad de las reglas de derecho internacional privado vigentes para dar solución a los problemas que se derivan de los denominados créditos transnacionales. La consecución de un mercado único exige la progresiva desaparición de fronteras pero al mismo tiempo la implantación de sistemas que garanticen la igualdad de condiciones en el acceso al mismo. En cuanto al primer objetivo, es ya una realidad la labor que esta llevando la Unión Europea mediante la supresión de fronteras y el fomento en diversos ámbitos y mercados de la libertad de establecimiento. Pero en cuanto al segundo, desde el punto de vista de los consumidores las condiciones reales de acceso de los consumidores al mercado hipotecario dista aún de alcanzar niveles satisfactorios.

La primera cuestión a resolver, como se plantea la propia UE en el Libro Verde sobre el crédito hipotecario, no es otra que determinar la conveniencia misma de la intervención en el mercado hipotecario. De un previo análisis de la estructura económica sobre la que operaría una eventual intervención en el mercado hipotecario debemos determinar si la misma más allá de la simple resolución de conflictos que actualmente se generan en el mercado, se lograría una maximización de los intereses en juego. Las garantías reales conforman una de las instituciones fundamentales de lo que se denomina la tutela conflictual del crédito. El derecho de crédito protegido goza de un derecho de preferencia y de un derecho real que aparecen estructuralmente unidos. La función de las garantías reales aparentemente es clara: el derecho de preferencia atribuido al crédito reduce las posibilidades de impago del mismo, y por tanto

disminuye el riesgo asumido por el acreedor. Como señala GARRIDO <sup>5</sup>el crédito ordinario se basa fundamentalmente en el flujo de caja del deudor. A medida que disminuyen las posibilidades de obtener un flujo de caja suficiente, el deudor se ve obligado a compensar los incrementos de riesgos con otros tipos de garantías como las reales, si bien se puede llegar más allá, a la situación ya habitual de sobregarantías. Si partimos del sistema de ejecución particular basado en el principio *prior tempore potior iure*, son innegables las dificultades de cobro con relación a los acreedores más alejados en el tiempo. El crédito y la concesión del mismo es un mercado en el que interactúan diversos agentes y factores, de modo que no todo acreedor está en situación de exigir garantías ni los deudores son libres. La existencia de preferencias legales o negociales en un mercado de garantías puede producir el denominado efecto boomerang: la instauración de un elevado número de créditos privilegiados puede llevar a una contracción del crédito ordinario de modo que desaparezcan los acreedores ordinarios, resultando perjudicados todos los privilegiados al no existir diferencias entre los mismos. Y como ulterior consecuencia el perjuicio que en última instancia se causa a los propios deudores que verán disminuidas sus posibilidades de obtención de crédito. Es innegable que el mercado hipotecario, máxime ante la situación de crisis ante la que nos encontramos, requiere de ciertas medidas que flexibilice su mercado en aras a dicha maximización de intereses de los diversos agentes económicos y jurídicos implicados: entidades financieras y bancarias, y especialmente consumidores, facilitando no sólo el acceso de los mismos al mercado en las mismas condiciones que en otros mercados económicos internos, sino en el propio funcionamiento y devenir del mismo.

## II. LA EUROHIPOTECA COMO ELEMENTO DE INTEGRACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO EUROPEO. ANTECEDENTES Y REFERENTES NORMATIVOS DE LA MISMA.

Si bien ya se han ocupado otros autores del análisis detallado de los antecedentes de los trabajos actualmente vigentes, en concreto STÖCKER, en su monografía sobre la *Eurohypotheke*<sup>6</sup>, y más recientemente MUÑIZ ESPADA<sup>7</sup>, NASARRE AZNAR<sup>8</sup> y

---

<sup>5</sup> GARRIDO, J.M<sup>a</sup>., *Garantías reales, privilegios, y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid 1999.

<sup>6</sup> Berlin, 1992, así como la traducción parcial de la mencionada obra llevada a cabo por CASERO MEJIAS, M., *La Eurohipoteca*, RDP núm. 620, enero-febrero 1994, pp. 91 y ss.

<sup>7</sup> *Bases para una propuesta de eurohipoteca*, Valencia 2005, pp. 111-114.

SÁNCHEZ JORDÁN<sup>9</sup>, únicamente vamos a traer a colación algunos aspectos, relevantes para nuestro objeto de estudio<sup>10</sup>.

Tres son las vías que hasta el momento se han ensayado para la consecución de la euohipototeca como figura hipotecaria común a todos los estados miembros, sin que ninguna de ellas haya logrado llegar a buen término. En un primer momento se pensó en la unificación jurídica en materia de garantías hipotecarias, intento calificado de utópico por MEJIAS CASERO, dadas las insalvables diferencias entre los diversos ordenamientos. En esta línea se situó el conocido como informe Segré del año 1966, informe relativo a la construcción de un mercado europeo de capitales y en el que sucintamente se refirió a la garantía y aseguramiento de los créditos, tomando ya como referente de lege data al respecto al figura de la Grundschild alemana, dada la creciente utilización de la misma en Alemania y de su homóloga suiza, la *cédule hypothécaire* o *Sculdbrief*, al ser inferiores los costes de constitución y de más ágil funcionamiento así como las numerosas posibilidades de transmisibilidad que ofrece la misma, y de las que a continuación nos ocuparemos.

Sin embargo las graves dificultades que encuentran las corrientes unificadoras provoca el abandono de los primeros intentos y al recurso al mutuo reconocimiento de técnicas financieras, como segunda vía. Ese principio de mutuo reconocimiento se encuentra en la base de diversas propuestas de Directivas entre las que hay que destacar la Propuesta de Directiva del Consejo sobre la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en materia de crédito hipotecario, que tras diversas modificaciones ha sido retirada por la Comisión. En segundo lugar, la Directiva 89/646/CEE, 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 (DOCE, L 386/1, de 30 de diciembre de 1989); y en la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al acceso a la

---

<sup>8</sup> Junto con STÖCKER, O., *Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. Un ejemplo de la Europa Central*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año LXXVIII, mayo-junio, núm. 671, pp. 917-922.

<sup>9</sup> *Las garantías sobre bienes inmuebles: la Eurohipoteca*, en los Estudios Jurídicos en Homenaje a Díez-Picazo, Tomo III, Derechos Civil, Derecho Reales y Familia, Madrid, 2003.

<sup>10</sup> En similar sentido, *Proyecto de investigación europeo Eurohipoteca: puntos para la discusión*, en ADC, tomo LVII, fascículo IV, octubre-diciembre 2004, ppo. 1529-1546 y MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZANAR., S., y SÁNCHEZ JORDÁN, E., *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy*, Madrid, 2008.

actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, de 20 de marzo de 2000 (DOCE, L 126/1, de 26 de mayo de 2000). Igualmente en la Comunicación de la Comisión europea relativa a los servicios financieros de 26 de junio de 1997, se estableció la necesidad de intervenir de forma inminente en materia de créditos hipotecarios, motivo por el que se impulsó un Proyecto de Directiva sobre la venta a distancia de servicios financieros, que no prosperó pero que constituye la semilla de la proposición de directiva del parlamento y del Consejo relativa a la comercialización a distancia de los servicios financieros de los consumidores de 14 de octubre de 1998<sup>11</sup>, entre cuyos servicios financieros se incluía, entre otras, las operaciones de préstamo, en particular, los préstamos al consumo y los créditos hipotecarios.

Si bien es cierto que en todas estas disposiciones en ningún momento se contempla la aproximación de las legislaciones civiles de los estados miembros, el fin que las mismas pretenden alcanzar, la consecución de un mercado interior bajo la doble perspectiva de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, necesariamente impone la necesidad de emplear técnicas de mutuo reconocimiento en materia de créditos hipotecarios. Por esta vía se lograría que las entidades de crédito concedan préstamos cuya garantía la constituyan inmuebles situados en un país de la UE distinto del país de origen. Pero la retirada de la propuesta de Directiva del crédito europeo y la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo y que deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo de *«los contratos garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble»* así como *«los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir» conforme al art. 2.2 letras a) y b)*, dificulta esta línea de trabajo, siendo por tanto mayores los obstáculos<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Uno de los principales escollos de ambos textos lo constituye para el sector bancario el derecho de desistimiento como herramienta de protección de los consumidores, constante en todo el acervo comunitario, cualquiera que sea el ámbito o mercado en el que se produzca la contratación con consumidores.

<sup>12</sup> Al respecto de la denominada hipoteca electrónica, vid. DIAZ FRAILE, J.M., La inclusión de los préstamos hipotecarios en el *«Proyecto de Directiva sobre contratación de servicios financieros a distancia (la «hipoteca electrónica»)*, en Actualidad Civil, 199-3, núm. 32, 981-1001, en el que se analizan los obstáculos y las contradicciones jurídicas de la hipoteca electrónica, en lo que respecta a las

Por último, en la actualidad, la solución que se entiende más pausable, y en cuya línea se orientan los trabajos actuales tanto del Forum Group de Bruselas como de los grupos de investigación existentes en la actualidad sobre el tema, es la creación de un tipo especial de hipoteca común para todos los países de la UE, pero sin modificar las estructuras del derecho interno, es decir, sin afectar a los sistemas registrales y sustantivos de cada país, gran campo de batalla en este tema, y que activara tantos los mercados primarios como secundarios. En el informe del Forum Group sobre el Crédito Hipotecario denominado «*La integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea*»<sup>13</sup>, se trabajó sobre cinco áreas concretas de trabajo (confianza de los consumidores, aspectos legales, cuestiones relativas a las garantías, a la distribución y los aspectos financieros), para identificar las barreras para un correcto funcionamiento del mercado interior en lo relativo al crédito hipotecario, analizando el impacto de las mismas en dicho funcionamiento y proponiendo recomendaciones para la superación de las mismas. Entre las mismas se señaló la necesidad de profundizar en el estudio de la figura de la eurohipoteca para evaluar su potencial para la promoción de la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE (p. 38). En similar sentido se pronuncia el Libro Verde sobre el crédito europeo antes referido en los apartados (47) y (48). Sin embargo, no está exenta de dificultades esta tercera vía, con relación tanto al instrumento jurídico necesario para la introducción de esta figura en los diversos ordenamientos como por su desarrollo de la misma, con los problemas registrales y sustantivos que se derivan de la diversidad de regímenes jurídicos con los que tendría que coexistir.

Las dos figuras hipotecarias utilizadas como referentes en los trabajos antes mencionados son, de una parte, la denominada *Grundschild* o deuda territorial alemana, y de otra la *cédule hypothécaire* o *Schuldbrief* suiza. El recurso a las mismas se basa tanto en el carácter, en principio abstracto del gravamen real con respecto al crédito, como la documentación de la misma en cédulas y títulos al portador que permiten una mayor circulación y reutilización de los mismos, así como ventajas en cuanto a la ejecución de las mismas. Unas breves notas sobre ambas.

---

limitaciones competenciales de la UE tanto en materia de regulación del derecho de propiedad como de los registros públicos inmobiliarios.

<sup>13</sup> [http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/finervices-retail/home-loans/index\\_en.htm](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/finervices-retail/home-loans/index_en.htm), así como la traducción española del mismo realizada por la Asociación Hipotecaria Española.

Es innegable que en la formulación legal<sup>14</sup> y doctrinal<sup>15</sup> de la hipoteca el principio de accesoriedad es nota caracterizadora de los derechos reales de garantía no sólo en nuestro ordenamiento sino también en otros derechos de nuestro entorno, accesoriedad que se manifiesta a lo largo de la vida del derecho real de hipoteca. Frente a los sistemas latinos calificados como fuertemente accesorios<sup>16</sup>, la doctrina sitúa aquellos otros ordenamientos como el alemán, el austriaco o el suizo, en los que las relaciones crédito-garantía son más flexibles, pero que en los que, en cualquier caso, la accesoriedad está presente, si bien no como un presupuesto de las garantías reales si como una nota caracterizadora de las mismas. Sin embargo ni en nuestro sistema la hipoteca es inflexiblemente accesoria al crédito ni, por el contrario, los modelos de gravamen real independiente son realmente tan independientes con respecto al crédito como hasta el momento nos lo han presentado la doctrina. El Informe del Forum Group analiza la estrecha relación entre el contrato de préstamo y el de garantía, y el resultado que de la misma se deriva: la inflexibilidad y la consiguiente limitación de la libertad económica del cliente. En este sentido el modelo referido en el Informe es el de Suecia, conforme al cual el documento de préstamo no se registra, sino que el propietario solicita a la autoridad registral inmobiliaria la inscripción de la hipoteca sobre su inmueble por un determinado importe, tras lo cual recibe un certificado bancario que puede entregar a la entidad acreedora del crédito como garantía del crédito. Por ello entre sus propuestas al respecto y en aras de una mayor flexibilidad de la vinculación entre la deuda hipotecaria y la garantía, se encuentra la introducción en los países caracterizados por una fuerte accesoriedad de un contrato privado de accesoriedad entre la entidad de crédito y el propietario del inmueble hipotecado, de modo que permita

---

<sup>14</sup> Ya la Exposición de Motivos de la primitiva ley hipotecaria caracterizó a la hipoteca además de cómo un derecho real, como la garantía de una obligación, y por tanto, como un contrato accesorio, en consonancia con la carácter accesorio de la hipoteca en Derecho romano. El fundamento legal de la accesoriedad de la hipoteca lo encontramos claramente enunciado en los arts. 1207, 1212, 1528, 1857, 1858 y 1871CC, así como en el art. 104 LH y arts. 140 y 179 RH.

<sup>15</sup> En este sentido se pronuncia con carácter general la doctrina española a la hora de caracterizar el derecho real de hipoteca. Así ROCA SASTRE, R.M. *Derecho hipotecario*, Barcelona, 1968, tomo IV, vol. 1, pp. 190-192;

<sup>16</sup> Desde la perspectiva del derecho alemán, tanto el derecho español como francés son caracterizados como sistemas fuertemente accesorios. En este sentido, HABERSACK, M., *Die Akzessorietät-Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts*, JZ, 1997, p. 861; STÖCKER, O.M., *Die Eurohypothek*, Berlin, 1992, pp. 89-92, con respecto al derecho francés, y pp. 153-154, en cuanto a la accesoriedad de la hipoteca en derecho español.

adaptarla a las necesidades específicas de las partes. Y es precisamente en estas claves en las que se desenvuelve la figura alemana de la deuda territorial alemana.

Cuando se estudia por la doctrina el principio o dogma de la accesoriedad en los derechos reales de garantía, se utiliza como referente o modelo de derecho real no accesorio además de la deuda inmobiliaria alemana o *Grundsschuld*, las figuras tanto de *Eigentümerhypothek* (§§ 1163, 1177 BGB) y *Eigentümergrundschuld*, (§ 1196 BGB), como supuestos en los que, dentro del concepto de accesoriedad entendido éste no en clave de subordinación sino de flexibilidad, se produce una clara disociación entre deuda y derecho de garantía. Por definición dichos derechos de garantía en cosa propia se configuran sobre la subsistencia del derecho real de garantía, la hipoteca o deuda inmobiliaria, según los casos, sin que ya exista o haya llegado a existir crédito o deuda que garantizar. Ambos supuestos son caracterizados por la doctrina alemana como derechos reales en cosa propia, en tanto que confluyen en un solo sujeto la titularidad de ambos derechos, el derecho real de propiedad y el derecho real de garantía. Se configuraría como un derecho real autónomo, como fracción independiente del dominio. Con respecto tanto la hipoteca de propietario *Eigentümerhypothek* como a la deuda inmobiliaria de propietario, *Eigentümergrundschuld*, la mayoría de la doctrina coincide en su calificación como derechos reales en cosa propia, como una propiedad cuantitativamente limitada<sup>17</sup>, como un valor patrimonial en manos de su titular<sup>18</sup>. Desde el punto de vista registral y dado el sistema de rango que rige en el derecho alemán, la deuda territorial de propietario supone una clara patrimonialización del rango en beneficio del titular del inmueble. La misma puede ser tanto de registro como en cédula (1192 I y 1196 BGB), lo que indudablemente permite una mayor circulación de la misma, y su recuperación por parte del titular, una vez satisfecho el crédito, para su reutilización en garantía de una nueva deuda. Y ello es posible porque, junto a la deuda territorial nos encontramos, además del contrato de préstamo, con el denominado contrato de aseguramiento (*Sicherungsabrede*) como elemento de conexión entre el préstamo y la garantía real. Así mientras la vinculación entre el crédito y la hipoteca la establece la ley, entre aquel y la deuda territorial son las partes las que vienen a fijarla a

---

<sup>17</sup> MünchKommBGB/EICKMANN § 1177, Rd. Nr.2.

<sup>18</sup> BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, München, 1999, p. 543.

través de un contrato o negocio de aseguramiento<sup>19</sup>. El contrato de aseguramiento, cuyo contenido es libremente pactado por las partes, y sus requisitos, cumplimiento y eficacia no dependen causalmente ni del contrato de préstamo ni de la garantía real. De modo conciso pero para ilustrar el sistema, imaginemos una deuda territorial constituida por el titular del inmueble. Conforme al § 1196 BGB, es necesario la declaración del propietario (*Einklärung*) dirigida a la Oficina del Registro para que se inscriba dicha deuda inmobiliaria como deuda inmobiliaria de propietario. Tal declaración de voluntad se configura como un negocio jurídico unilateral integrado, de una parte, por la declaración unilateral del propietario del bien, y de otra por un acto de autoridad, la inscripción a su favor en el Registro. De esta manera se asegura el propietario un rango hipotecario privilegiado, de evidente valor patrimonial. Inscrita la misma, se admite como hemos señalado que cédulas. Dicha *Eigentümergrundschild* o deuda territorial de propietario, ha nacido sin obligación o préstamo que garantizar y sin vinculación entre ambos negocios. La vinculación entre ambas será la que las partes a través del contrato o acuerdo de garantía o aseguramiento establezcan. No forma necesariamente parte del negocio a través del cual se constituye el gravamen real. La conexión o vinculación entre ambas depende de la voluntad de las partes. Desde la mínima vinculación entre ambas que se concretaría en la dación de la *Eigentümersgrundschild* en garantía de una deuda o préstamo, a incluso determinar las partes las condiciones de ejercicio de la *Eigentümersgrundschild*, de devolución de la misma al titular registral, las excepciones de aquel frente al titular de la misma, así como los efectos del pago como de la amortización tanto sobre el préstamo como sobre la propia *Eigentümersgrundschild*. Una vez amortizado el préstamo el titular registral tiene a su disposición una pretensión de restitución de la garantía real bien para su cancelación, bien para su reutilización, la denominada *Rückgewähranspruch* ( § 1180 BGB), a no ser que frente al mismo acreedor se hubiese acordado su utilización frente a los créditos futuros que pudieran surgir entre las partes. Es el supuesto de la conocida como *erweiter Sicherungsabrede*.

Junto a la deuda territorial alemana, también se refiere la doctrina a su homónima suiza, la denominada *cédule hypothécaire* o *Schuldbrief*, arts. 793 y ss, en la que igualmente están presentes las notas antes referidas. Se caracteriza por ser un título-

---

<sup>19</sup> Sobre el contenido de la Sicherungsabrede y la relación de la misma con la normativa de protección de los consumidores, vid. DIÉGUEZ OLIVA, R., *El principio de accesoriedad y la patrimonialización del rango*, Madrid, 2009, pp. 74-92.

valor que incorpora un crédito garantizado por un derecho de garantía inmobiliario. La principal ventaja de esta figura con respecto a la Grundschild alemana radica, tal y como señala SÁNCHEZ JORDÁN<sup>20</sup>, en la adaptabilidad de la misma a gran parte de los sistemas de publicidad, principalmente en aquellos de constitución del gravamen por acta notarial y no por inscripción, como sucede en Francia, e incluso en con relación a países que prescinden del acta notarial para la constitución de la garantía, como Inglaterra, Gales, Escocia, Irlanda o Dinamarca.

Si bien esta opción ciertamente permite que la figura de la eurohipoteca propuesta se adapte a los sistemas mencionados, lleva necesariamente, por contra, a un rechazo de dicha figura con respecto a aquellos sistemas en los que la inscripción es constitutiva, tales como España o Alemania, elemento del que no podemos prescindir porque la no inscripción priva al derecho real hipoteca o de realización del valor de las notas de oponibilidad y eficacia erga omnes. Y no sólo porque personalmente consideremos que es imprescindible la presencia de los Registros como sistema de publicidad y protección de los terceros, ni porque habemos desde la perspectiva de un sistema registral en el que la hipoteca como derecho real tiene carácter constitutivo, sino porque la propia Comisión en el Libro Verde sobre el crédito hipotecario al que ya nos hemos referido anteriormente, renuncia, en ningún caso, al Registro de la Propiedad como instrumento imprescindible en la figura del crédito hipotecario sino que, por el contrario, destaca el papel que desempeña en cuanto al desarrollo de mercado hipotecario, como instrumento de refuerzo y mayor cooperación entre los distintos agentes económicos y jurídicos<sup>21</sup>, pronunciándose en el mismo sentido y con mayor extensión en sus argumentos el Forum Group en el informe antes referido<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> *Eurohipoteca*, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-picazo*, tomo III, Madrid, 2003, pp. 4277-4314.

<sup>21</sup> Sobre las iniciativas europeas en materia de acceso transnacional a los Registros Públicos, vid. [www.eulis.org](http://www.eulis.org), con relación al programa EULIS, European Land Information Service, como propuesta de computerización de los registros inmobiliarios de los distintos países miembros para conseguir eliminar las barreras que obstaculizan el acceso desde los diversos países a la información contenida en dichos registros.

<sup>22</sup> No considera en este sentido el Forum Group que la diversidad de sistemas de acceso de los derechos reales en los Registros Públicos en los diversos Estados miembros sea un obstáculo para la integración de los mercados. Entre sus recomendaciones sobre este extremo y con relación a las Garantías, establece que la Comisión debería garantizar que todas las cargas que afecten a un inmueble deben inscribirse en el correspondiente registro público para obtener carácter vinculante y surtir efectos frente a terceros, con independencia de su naturaleza, requiriendo que dicha inscripción del gravamen sea constitutiva del mismo y conforme a las reglas generales del principio registral de prioridad. De ahí la importancia al

Como señaló el Forum Group en su informe antes referido, la mejora de la eficiencia derivada de una mayor integración generaría un aumento de los saldos hipotecarios para la adquisición de la vivienda en la UE, la mayor disponibilidad de productos permitiría un crecimiento global del mercado hipotecario, con mayor variedad de productos a menor precio, y por tanto permitiendo el acceso al crédito hipotecario de consumidores, hasta aquel momento, excluidos o en situación marginal en este mercado. Para las entidades financieras y bancarias ser reducirían los costes de financiación con la creación de un mercado secundaria de deuda hipotecaria. Y en este contexto, la eurohipoteca, tal y como señala GÓMEZ GÁLLIGO<sup>23</sup>, depararía ventajas en cuanto a los acreedores, su instauración facilitaría la libre circulación de los capitales y la libertad de establecimiento. Y en cuanto a los deudores, suprimiría los problemas que ocasiona la inexistencia de un régimen hipotecario transfronterizo que permitiría a un nacional de un estado miembro de la Unión europea que prenden obtener crédito en otro país miembro distinto del anterior, bien para la adquisición de un inmueble o para la financiación de su actividad económica, garantizar dicha operación con un derecho real de garantía sobre un inmueble bien situado en su país de origen, bien en otro distinto. Como señala la propia UE, la unificación en materia hipotecaria facilitaría la creación y transferencia de hipotecas, lo cual repercutiría de forma beneficiosa en el mercado de crédito en su conjunto y en especial en el de financiación ( apdo. 47 del Libro Verde sobre el crédito hipotecario)

El fracaso o estancamiento de los diversos intentos jurídicos y políticos de la formulación de un modelo común de hipoteca para los países miembros, no se produce sin embargo en las demás áreas de trabajo sobre las que se pronunció el Libro Verde sobre el crédito hipotecario. Quizás sea ésta la vía más adecuada, la de superación de cada una de las barreras jurídicas, económicas y políticas con las que se encuentra el crédito trasnacional en lugar de una intervención directa y soluciones globales sobre el mercado el crédito hipotecario. Y parece ser ésta la dirección en la que en la actualidad trabaja la UE.

---

apoyo político y financiero a la iniciativa del programa EULIS a efectos de publicidad trasnacional del contenido de los Registros Públicos Inmobiliarios y del establecimiento de sistemas comunes de certificación y comunicación de los mismos.

<sup>23</sup> Pp. 927-928.

### III. LA INTEGRACIÓN DE LOS MERCADOS HIPOTECARIOS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL

Hemos analizado en líneas anteriores los diversos instrumentos y herramientas que a nivel europeo se proponen para suprimir o siquiera minimizar las barreras y obstáculos con las que actualmente choca el crédito transfronterizo. Pero igualmente hemos podido comprobar las dificultades de una intervención global en el mercado hipotecario, tanto por las propias limitaciones competenciales de la UE, como por las mismas trabas jurídicas que dicha intervención conllevaría. Sin embargo, sí debemos prestar atención a ciertas disposiciones legales que, tanto de lege ferenda como de lege lata, si bien no presentan ese carácter global e integral de actuación sobre el mercado hipotecario, sí se traducen tanto a nivel nacional como comunitario en una progresiva supresión de las dificultades y barreras mencionadas y por ende, en la deseada y buscada liberalización del mercado hipotecario. Nos estamos refiriendo, a nivel comunitario, de una parte, al **Reglamento 804/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se aprueba el Título Ejecutivo Europeo**, así como a la **Directiva 2008/48/CE del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo**; y de otra, a nivel interno, tanto **Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria**, como al **Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero**. Analicemos brevemente cada uno de ellos.

#### **1. El título ejecutivo europeo con relación al crédito transnacional:**

Si bien no hemos prestado gran atención al aspecto de la ejecución y realización forzosa del bien, nos encontramos ante otro de las cuestiones presente en la integración de los mercados hipotecarios. Las divergencias vendrían dada tanto en cuanto al título ejecutivo en sí, dada por la variedad de las escrituras hipotecarias en los países miembros (frente a las escrituras casi normalizadas en cuanto a su contenido autorizadas por notarios e inscritas en registros públicos, en tanto que en otros países los bancos

utilizan sus propios formularios) como al procedimiento de ejecución. En la ejecución de un bien inmueble situado en un estado miembro para satisfacer una deuda preferente de un acreedor situado en otro estado, el tribunal o juez competente es en cualquier caso el de la ubicación del inmueble, que aplicaría en todo caso su propia ley (*lex rei sitae*). El Forum Group en su Informe sobre la integración de los mercados hipotecarios se refería a los procedimientos de venta forzosa como una de las piezas claves del sistema en cuanto que su certeza y seguridad contribuían al fomento de las operaciones transfronterizas. Sin embargo, pese a la similitud de los principios subyacentes en los procedimientos de ejecución forzosa entre los distintos estados miembros son múltiples las diferencias entre los mismos en cuanto al plazo, los costes, etc... Las soluciones que en aquel momento se ofrecían nuevamente pasaban bien por la dificultosa armonización de los procedimientos, con los obstáculos que ello conlleva en la medida que son muy diversas las áreas de derecho civil y procesal implicadas, o mediante la mejora de los sistemas nacionales. En este sentido, el Reglamento 804/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se aprueba el **Título Ejecutivo Europeo**, facilita el aspecto ejecutivo no sólo de la futurible eurohipoteca sino de las propias escrituras públicas hipotecarias otorgadas a partir de su entrada en vigor, en tanto que en ambos casos reúna los caracteres establecidos en el art. 3.1 del Reglamento, esto, que nos encontremos ante un documento público con fuerza ejecutiva sobre créditos no impugnados, considerándose como tal, entre otros, aquel crédito que el deudor lo ha aceptado en un documento público con fuerza ejecutiva. Su certificación como **título ejecutivo europeo** sin necesidad del exequátur, requerirá además que el deudor sea consumidor (art. 6.1. letra d). Como han señalado BONACHERA y SENÉS<sup>24</sup>, nos encontramos ante la apuesta decidida de la creación de un verdadero espacio judicial europeo que, como señala la propia Exposición de Motivos del Reglamento, es imprescindible para el buen funcionamiento del mercado interior<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> BONACHERA VILLEGAS, R y SENÉS MOTILLA, C., *La aplicación del Título ejecutivo europeo en el sistema procesal español*, Diario La Ley, número 6341, 18 de octubre de 2005.

<sup>25</sup> Si bien la finalidad y la intención es clara, para autores como RAMOS ROMEU, F., *El Título ejecutivo europeo*, Navarra, 2006, los numerosos requisitos exigidos en los arts. 3, 6 y 21 del Reglamento, que pueden desvirtuar dicha finalidad. Sobre la comparación de dichos requisitos con los exigidos por el Reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil, vid. pp. 41-45. El nuevo reglamento amplía como señala SANJUÁN Y MUÑOZ, E., *El título ejecutivo europeo*, Diario La Ley, números 6082 y 6083, 9 y 10 de septiembre de 2004, respectivamente, ref. D-178, el elenco de títulos ejecutivos conforme al art. 517 LEC, a los efectos de la acción ejecutiva, más allá incluso de los meros efectos de prueba que atribuye el art. 323 LEC a los documentos públicos extranjeros.

## **2. La nueva Directiva relativa a los contratos de crédito al consumo y su repercusión en el mercado hipotecario.**

El segundo texto normativo de referencia lo constituye la **Directiva 2008/48/CE del Parlamento y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo**, en la cual se regulan muchas de las áreas de trabajo sobre las que, en su momento y con relación al crédito hipotecario, se pronunció la Comisión en el Libro Verde del crédito hipotecario. Si bien este tipo de créditos están excluidos del ámbito de aplicación de la misma (art. 2.2. letras a y b), resulta innegable la repercusión de algunos de sus aspectos en lo relativo al contrato de préstamo. En concreto nos referimos a las reglas establecidas en el art. 19 en cuanto al cálculo de la tasa anual de equivalencia, o en cuanto a la obligación de evaluar la solvencia del consumidor (art. 8) así como el acceso por parte de los prestamistas a bases de datos a tal fin (art. 9). Además, no olvidemos que como tal Directiva, es una Directiva de mínimos por lo que como en su momento sucedió con la trasposición de la Directiva 87/102/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, modificada por la Directiva del Consejo 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990, ahora derogada por la Directiva que venimos analizando, en la aún vigente **Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo la oferta tiene carácter vinculante** no sólo para los denominados como créditos al consumo sino también para los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, ya que la exclusión contenida en el art. 2.2 de la mencionada ley no alcanza a los arts. 16 y 17 de la misma, artículos relativos al carácter vinculante de la oferta así como la publicidad sobre la misma<sup>26</sup>.

## **3. La flexibilización del mercado desde la perspectiva de los acreedores hipotecarios: el Real Decreto 716/2009, de 24 de abril**

Porque la flexibilización del mercado hipotecario ha de producirse con relación a todos los agentes que intervienen en el mercado, no sólo con relación a las entidades

---

<sup>26</sup> El segundo de los problemas sobre el que debemos incidir es la propia naturaleza jurídica que se le otorga al mencionado documento que se proporciona al consumidor, que en lugar de tener carácter de oferta vinculante para el banco. En el mismo sentido se pronuncia la exposición del contenido de la Ficha Europea de Información Normalizada, al señalar que el documento «...no constituye una oferta jurídicamente vinculante...».

financieras y bancarias, como ha sucedido recientemente a nivel español a través del **Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero**, sino también con respecto a los titulares del inmuebles. Efectivamente en el citado Real Decreto se flexibilizan considerablemente los requisitos necesarios para la negociación de títulos emitidos por las entidades reseñadas en el art. 2 del mismo, garantizados por los préstamos y créditos hipotecarios que reúnan los requisitos de los arts. 3 y ss, a los préstamos y créditos hipotecarios que pueden garantizar la emisión de bonos y cédulas hipotecarias, no siendo ya necesario que la finalidad de los mismos fuera la construcción, rehabilitación y adquisición de viviendas, obras de urbanización y equipamiento social, construcción de edificios agrarios, turísticos, industriales y comerciales. Es más, se determina la capacidad de las sucursales de las entidades de créditos autorizadas en otro estado miembro de la Unión europea de emitir participaciones hipotecarias que tengan por objeto préstamos y créditos concedidos por aquellas, garantizados por hipoteca sobre inmueble situado en España (art. 6).

#### **4. La admisión de una figura similar a la deuda territorial alemana en Derecho español. Obstáculos y estado actual de la cuestión**

Pero desde la perspectiva del titular de bienes inmuebles, agentes del mercado, el verdadero obstáculo no estriba en la circulación del crédito ni en el ejecutabilidad del mismo en cualquier país del la UE, finalidad alcanzable como ya hemos analizado con relación al Reglamento 805/2004 del Parlamento Europeo de 21 de abril de 2004, por que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. La verdadera barrera no es otra, por lo que a nuestro derecho interno se refiere, que el reconocimiento a los titulares de bienes inmuebles de la posibilidad de maximizar el potencial financiero y económico de los mismos en cualquier país de la Unión Europea. Y dicha posibilidad no es factible sin la admisión de un derecho real de garantía en cosa propia, similar a la deuda territorial de propietario alemana a la que nos hemos referido anteriormente.

Es cierto que en cierta medida podemos afirmar que el sistema hipotecario español se está aproximando a dicha flexibilización de las relaciones crédito-hipoteca, máxime tras la **Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981,**

**de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.** En concreto nos referimos a la admisión de la denominada hipoteca de máximo, a la que ya se refirió GÓMEZ GÁLLIGO con anterioridad a la mencionada reforma a la necesidad de la admisión de la misma para la consecución de una mayor flexibilidad en el mercado hipotecario<sup>27</sup>, y a la reserva de rango que, tras la reforma de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre modificación y subrogación de los Préstamos hipotecarios.

La reciente reforma del mercado hipotecario finalmente ha dado refrendo legal a la denominada hipoteca de máximo o hipoteca flotante que tantos comentarios y análisis doctrinales ha generado en los últimos años<sup>28</sup>. La doctrina ha definido la hipoteca flotante como «*..gravamen que no se acopla en origen a ninguna obligación determinada, sino que se superpone( flota) sobre un conjunto de ellas, a todas las cuales cubre o protege en potencia, aunque luego al tiempo de la ejecución, o sea en acto, se ciña sólo a las elegidas*»<sup>29</sup>, como hipoteca en la que «*...si bien queda fijada la cifra máxima de la responsabilidad hipotecaria, queda en cambio, al arbitrio del Banco si esta cifra máxima va a ser integrada por los importes totales o parciales de obligaciones existentes...o con el importe de otra u otras obligaciones que en el futuro puedan contraer los mismos deudores en favor del Banco*» (FD Tercero de la RDGRN de 23 de diciembre de 1987). En sentido similar se pronuncia el Tribunal Supremo al definir la hipoteca de máximo como aquella «*...que se sitúa dentro del grupo genérico de las hipotecas de seguridad, y que, salvo en la modalidad de hipoteca de garantía de apertura de crédito en cuenta corriente, carece de regulación global específica en nuestra legislación hipotecaria, es la que se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en*

---

<sup>27</sup> GÓMEZ GALLIGO, J., *La eurohipoteca: el sistema hipotecario español como modelo de referencia*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Tomo I, 2006, pp. 927-947.

<sup>28</sup> Entre otros, REY PORTOLÉS, J.M., *Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante, y La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado*, ambos en *Estudios varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, ob. cit., pp. 277-327 y 23-55, respectivamente, CORDERO LOBARTO, E., *La hipoteca global (la determinabilidad del crédito garantizado)*, Madrid, 1997; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., *Apuntes sobre la novación y la hipoteca de máximo* en *Estudios Jurídicos en Homenaje al prof. Díez Píazo*, Tomo III, Madrid, 2003, pp. 3581-3601; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L., *La hipoteca global: valoración crítica*, Sevilla, 2004, además de su análisis de en las obras generales sobre derecho hipotecario a las que nos venimos refiriendo a lo largo de este trabajo.

<sup>29</sup> REY PORTOLÉS, J.M., *Hipoteca con cláusula de “endowment”. Hipoteca flotante*, ob. cit., p. 109

*sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios; de este concepto se desprenden las siguientes notas básicas en esta clase de hipoteca: a) fijación de un límite superior de responsabilidad hipotecaria; b) indeterminación de la existencia o cuantía de los créditos garantizados por la misma; c) indicación del crédito en sus líneas fundamentales; y d) concreción por medios extrahipotecarios del crédito que en definitiva resulte garantizado (FD Cuatro de la STS de 27 de mayo de 2002)».* Conforme al nuevo art. 153 bis y en concordancia con la modificación del art. 12, ambos de la LH, podrán constituirse hipotecas de máximo únicamente a favor de las entidades financieras a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, del Mercado de Valores, en garantía « *de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presente o futuras*», sí como a favor de las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad en ambos casos de pacto novatorio. En su inscripción ha de constar, además de su denominación como hipoteca de máximo, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que se deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas, la cantidad máxima de cobertura hipotecaria, además del plazo de duración de la hipoteca, sobre el que igualmente cabe pactar prórroga y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado. Desde el punto de vista del rango, en dos sentidos la hipoteca de máximo lleva inherente una reserva de rango hipotecario, no sólo a favor del acreedor sino también en cierta medida con relación al propio deudor hipotecario. En primer lugar, desde el punto de vista cuantitativo, con relación a parte de la cobertura hipotecaria no alcanzada por las obligaciones garantizadas con la hipoteca; y en segundo lugar, desde el punto de vista temporal, en cuanto a la prórroga de la misma.

Por lo que a la duración y la posibilidad de prórroga, la ley no hace referencia entre las menciones de la inscripción de la hipoteca de máximo los pactos sobre la prórroga de la misma, si bien todos sabemos que el principio de especialidad necesariamente requiere que se especifique la duración de los derechos reales limitados. El primer problema con el que nos encontramos es el alcance mismo de la prórroga, esto es, a que elemento se refiere, si a la relación obligacional que subyace en la hipoteca o a la existencia misma del derecho de hipoteca. Esto es, si la prórroga a la existencia misma del derecho real de hipoteca, o si se refiere a los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar las obligaciones garantizadas, y/o a las obligaciones mismas cubiertas en la hipoteca.

En el primero de los supuestos, si la prórroga se refiere al derecho mismo de hipoteca, a la necesidad de limitación temporal de la misma, en tanto que no únicamente desde el punto de vista registral y conforme al principio de especialidad, sino igualmente desde el punto de vista sustantivo, no cabe la existencia de derechos reales en cosa ajena ilimitados en el tiempo. Pero si la prórroga se refiere, por el contrario, a la base obligacional de la garantía real, en cualquiera de los supuestos anteriormente formulados, estaríamos ante un supuesto de novación. Como tal novación la LH exige conforme a su art. 144 para que surta efecto frente a tercero, ha de constar registralmente, por medio «...de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o una nota marginal, según los casos». Tales pactos acerca de la prórroga, aunque de naturaleza obligacional, en la medida en que afectan a la existencia del derecho real de hipoteca y tienen una innegable trascendencia jurídico real, igualmente han de constar en la inscripción de la hipoteca ( art. 9 LH y art. 51.9 RH)

Uno de los supuestos estudiados por la doctrina en los que se pueden observar, desde el punto de vista registral, alguno de los efectos propios de la hipoteca de propietario en cuanto a una posible patrimonialización del rango hipotecario a favor del titular registral de la finca hipotecada, lo constituye la subrogación hipotecaria. La Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario, no ha modificado los presupuestos sustantivos de la subrogación tal y como estaban formulados en la Ley 2/1994, de 30 de marzo. Las novedades en esta materia vienen referidas de una parte, al procedimiento notarial de subrogación del art. 2 Ley 2/1994, y de otra, con mayor alcance pero del que no vamos a ocuparnos en esta líneas, en lo que se ha denominado la subrogación conjunta, referida en la nueva redacción del párrafo segundo del mencionado art. 2. Sin embargo, sí ha incidido sobre unos de los extremos que había suscitado cierta controversia y que, en su día, dio lugar a diversas resoluciones de la DGRN. Nos referimos al rango hipotecario del mencionado préstamo hipotecario operada la subrogación. Conforme al nuevo párrafo 3 del art. 4 de la Ley 2/1994, « 3. *Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la responsabilidad hipotecaria o ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación*». Sólo en tales supuestos, será necesaria la conformidad de los titulares inscritos con rango posterior, aceptación que se hará

constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de modificación, en consonancia con los mecanismos registrales previstos en el art. 241 RH en tanto que no deja de ser una operación de posposición de rango y los extremos referidos en el art. 5 Ley 2/1994. En caso de no aceptación de dicha subrogación con ampliación bien de la cobertura o del plazo del préstamo por dicho incremento o ampliación, en la cuantía que no exceda de la cobertura hipotecaria inscrita mantendrá su rango, mientras que en lo que exceda la misma, su rango será posterior a las hipotecas que no han admitido dicha posposición a efectos de ejecución. Debemos distinguir al respecto según que la modificación del préstamo hipotecario produzca o no afectación de la cobertura hipotecaria inicialmente garantizada.

La ampliación del préstamo hipotecario supone desde el punto de vista extrarregistral una novación de la relación obligatoria, en concreto en cuanto a la cuantía garantizada, extremo que, por las características de este trabajo, no vamos a analizar<sup>30</sup>. Desde el punto de vista hipotecario se encuentra legalmente prevista en los arts. 116, y 163 LH, y el art. 291.2 RH, y como tal ampliación de un derecho inscrito, en principio, debería ser objeto de nueva inscripción (art. 81 LH), en la cual se haga referencia al derecho en cuestión. Tal modificación no tendrá eficacia frente a terceros en tanto que no se inscriba en el Registro de la Propiedad (art. 144 LH). El problema surge cuando mediante la calificación como novación, se pretende inscribir una ampliación de capital de un préstamo hipotecario ya existente o variaciones en cuanto al tipo de interés pactado o al plazo y aprovechar el rango de la hipoteca anterior. El primer problema que surge al respecto no es otro que la determinación del carácter novatorio, extintivo o únicamente modificativo, que haya de otorgársele a la mencionada ampliación del préstamo. Desde la perspectiva registral no puede entenderse, sin más, que la existencia de un nuevo contrato o entrega de dinero en concepto de préstamo dé lugar al nacimiento de otra obligación distinta de la anterior, máxime cuando lo querido por las partes es la subsistencia de la obligación anterior, ampliada su contenido u objeto, aunque pudieran derivarse efectos frente a terceros como, por ejemplo, desde el punto de vista concursal, extremo al que se refirió la DGRN, entre otras, en las resoluciones de 17 de enero (RJ 2002, 4588) y de 8 de junio de 2002 (RJ 2002,8989), o el tratamiento que el propio Centro Directivo otorga a los

---

<sup>30</sup> Nos remitimos al estudio de tal supuesto en DIÉGUEZ OLIVA, R., *El principio de accesoriedad...ob. cit.* pp. 181-222.

supuestos en los que garantizando una hipoteca sólo una parte de un préstamo, se conviniese extender el mismo posteriormente a otra parte del mismo o al resto no garantizado (resoluciones de 2 de enero [RJ 2003, 584] y 3 de enero de 1996 [RJ 1996, 585]).

**Cuando la novación del préstamo en cuanto al capital supone un aumento de la cobertura hipotecaria**, el criterio seguido por la Dirección General y que no resulta, en nuestra opinión, modificado por la Ley 41/2007, no hay novedad al respecto en cuanto al tratamiento registral, procesal y sustantivo del mismo. Otra es, sin embargo, nuestra opinión con relación a los supuestos en los que **la ampliación que se lleve a cabo no alcance a la cobertura hipotecaria inicialmente fijada**. La novación no alcanza ni al máximo de la cobertura hipotecaria ni a los plazos de la misma, sino que operaría como una recarga de la hipoteca en cuanto al capital y los intereses. Sustantivamente, en nuestra opinión, la novedad introducida por la Ley 41/2007 en materia de novación es importantísima si bien no sobre el actual mercado hipotecario, sí de futuro y con relación a las hipotecas que constituidas a partir de su reciente entrada en vigor. Al no suponer la modificación del préstamo en cuanto al capital una alteración del rango, a diferencia del régimen de la DGRN anteriormente descrito, se produce una **reserva de rango** a favor del titular de la hipoteca. Y así lo entendemos porque si bien el mencionado número 3 se refiere a la necesidad de la aceptación por parte de los titulares inscritos con rango posterior, *«de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango»*, dicha aceptación únicamente es necesaria cuando como consecuencia de la novación se produzca un incremento de la responsabilidad hipotecaria o ampliación del préstamo. Consideramos que con la introducción del mencionado núm. 2 con relación al núm. 3 del art. 4 se admiten en Derecho español si bien no directa pero sí indirectamente una reserva de rango y el eventual juego de la autonomía de la voluntad con respecto al mismo. Así pues, conforme al tenor literal del art. 4: *«2. cuando el prestamista sea una de las entidades a las que se refiere el art. 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:*

- i) la ampliación o reducción del capital;*
- ii) la alteración del plazo;*
- iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente;*
- iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo;*

v) *la prestación o modificación de las garantías personales.*

*3. Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la responsabilidad hipotecaria o ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación»<sup>31</sup>.*

Los efectos que se producen en estos casos es innegable que responde a los esquemas de la reserva de rango y de la posibilidad de reutilización de la cobertura hipotecaria para cubrir una novación del préstamo inicialmente garantizado. Cuando analizamos este supuesto desde la perspectiva de los consumidores y en especial en el ámbito de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda, frente a la calificación de la Ley 2/1984 en el momento de su promulgación como una norma de marcado carácter subvencionador, con reformas como la contenida en la Ley 41/2007, este tipo de medidas y en periodos de desaceleración económica se puede conseguir una reactivación del consumo. La realidad demuestra que para el prestamista resulta muy difícil si no imposible controlar el uso del dinero que se presta, es decir, si se utiliza únicamente para financiar la adquisición de la vivienda o también ciertos bienes de consumo.

---

<sup>31</sup> La pésima redacción del núm. 3 del nuevo art. 4 se presta ciertamente a confusión. Claramente son tres las proposiciones verbales contenidas en el mismo. La primera de las mismas, conforme a la cual: «*Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita, excepto cuando impliquen un incremento de la responsabilidad hipotecaria o ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación*». A continuación establece «*en estos casos necesitará la aceptación por los titulares de los derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango*». Dos son las interpretaciones posibles: o bien entender que cuando se dice «*en estos casos*», se está refiriendo a todos los supuestos enunciados en la proposición anterior, esto es, a cualquiera de las modificaciones enunciadas, tanto las que modifican como las que no modifican la cobertura hipotecaria. O por el contrario, considerar que cuando el legislador exige que conste el consentimiento de los titulares inscritos con derechos posteriores únicamente se refiere a los dos supuestos excepcionados de la proposición anterior, en tanto que al afectar al rango hipotecario sí requieren del consentimiento de los titulares de los derechos inscritos con rango posterior (art. 241 RH). Esta interpretación consideramos que es la correcta no sólo desde un punto de vista sintáctico sino también desde un punto de vista teleológico. Cuando el legislador señala que «*en estos casos necesitará la aceptación...*» está claramente refiriéndose a los supuestos bien de incremento de la responsabilidad hipotecaria o bien del plazo por este incremento. Además, la tercera proposición verbal señala «*en ambos supuestos, se hará constar en el registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa*». Si nada se hubiera cambiado con respecto al régimen anterior, conforme a la segunda de las interpretaciones antes referidas, ningún sentido tendría esta indicación en tanto que su régimen, como tal novación, sería el contenido en el art. 5 Ley sobre Subrogación y Modificación de préstamos hipotecarios que en nada ha sido modificado por la Ley de reforma. «*En ambos casos...*» claramente se refiere al supuesto de novación sin alteración de la cobertura hipotecaria y aquella que si alcance a la misma.

Sin embargo, aún cuando como venimos señalando se han producido reformas normativas que permiten dicha flexibilización de las relaciones crédito-hipoteca, resta sin embargo un largo camino por recorrer para la admisión en Derecho español de un derecho real de garantía, similar a la deuda territorial alemana. Tradicionalmente se han esgrimido por parte de la doctrina y la jurisprudencia obstáculos tanto dogmáticos, registrales como sustantivos para la admisión de los derechos reales en cosa propia en nuestro sistema jurídico. No nos encontramos ante un debate nuevo. Las dudas o críticas a la accesoriedad de la hipoteca son anteriores a 1944, momento en que la Exposición de Motivos de la ley de reforma de la LH se pronunció expresamente sobre la no aceptación ni de la hipoteca de propietario y de la deuda territorial de propietario alemana, con el fin de evitar que nuestro sistema hipotecario se apartara «...del clásico apotegma *nemine res sua servit* y del tradicional carácter accesorio de la hipoteca»<sup>32</sup>. Resulta innegable que la hipoteca de propietario, como tal, fue excluida expresamente en la reforma hipotecaria de 1944. Las razones esgrimidas para justificar la exclusión de ambas figuras hipotecarias fueron, sobre la base de no apartarse de la regla *nemine res sua servit*, la suma facilidad de su constitución, su desvinculación con respecto a toda relación casual, así como el riesgo que supondría su admisión para la denominada en aquel momento función social de la propiedad por su excesiva movilidad. En definitiva, se consideró que su admisión «*pecaría de prematura, en tanto no prosperen formas de tipo intermedio como las que se establecen*». Sin embargo, ni los argumentos sobre el derecho alemán expuestos son enteramente ciertos, ni es tal la ausencia de relación causal como podremos comprobar<sup>33</sup>.

Sobre la inadmisión de figuras que comporten la constitución de derechos reales en cosa propia, se ha pronunciado igualmente el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado, en tanto que la utilidad que caracteriza a un derecho real limitado y que conllevaría la constitución de un derecho, «...*sirven al dueño por derecho de propiedad...*» (FD Quinto STS de 3 de enero de 1992 [RJ 1992,

---

<sup>32</sup> Sobre el carácter accesorio de la hipoteca y la crisis de dicho principio en la doctrina español, vid. DE LA RICA ARENAL, R., *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, AAMN, Tomo IV, pp.283 y ss, en especial, pp. 297-303.

<sup>33</sup> La única licencia que hizo la ley de reforma hipotecaria de 1944 con relación a la figura de la deuda inmobiliaria fue la admisión de los pactos de limitación de responsabilidad al importe de los bienes hipotecados «cualidad esta muy destacada de la deuda territorial, digna además de sanción legislativa».

146], sin necesidad de constitución de nuevos derechos reales. Es más, aún cuando la creación de un derecho real en cosa propia fuera por la vía de un derecho real innominado, también es rechazada dicha opción por la doctrina porque igualmente tales derechos han de constituirse sobre bienes ajenos. Su admisión, porque supondría la creación de una forma especial de propiedad, y a favor del propietario, «...*no hay más derecho que el de propiedad...*». En aquellos supuestos en los que se aúnan en una misma persona la titularidad del dominio y la de algún derecho real limitado, se niega la inscripción de las mismas, recurriendo a dicho apotegma al que denominan como prohibición de derechos reales en cosas propia. Los derechos reales, en cuanto titularidades, no son más que forma de utilización de los bienes, de modo que su contenido se conforma por las facultades inherentes al mismo. La hipoteca de propietario conforme a los elementos anteriormente analizados necesitaría configurarse como un derecho real limitado, en cosa propia, de modo que en un mismo sujeto se aunarían originariamente o derivativamente, la titularidad del dominio y la del mencionado derecho. Desde la perspectiva de la finalidad que persigue la creación de un derecho real innominado, cual es, la existencia de una utilidad distinta a favor de su titular, y con relación a la hipoteca de propietario, dicha utilidad vendría dada por la patrimonialización del rango hipotecario. Pero no sólo desde el prisma de la vigencia del viejo apotegma hemos de contemplar el problema de los derechos reales en cosa propia sino igualmente desde la perspectiva del juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los derechos reales.

El segundo de los obstáculos que a nuestro juicio impiden el nacimiento o constitución de un supuesto similar o parecido a la que hemos caracterizado como hipoteca de propietario no es otro que los principios registrales que en la actualidad rigen nuestro sistema hipotecario, en concreto, los principios de prioridad, especialidad y el carácter indivisible de la hipoteca. Conforme al principio de prioridad, el acto registrable que primeramente ingrese en el Registro de la Propiedad se antepone con preferencia excluyente o superioridad de rango, a cualquier otro acto que siendo incompatible o perjudicial, no hubiere sido presentado al Registro o lo hubiere sido con fecha posterior, aún cuando fuese de fecha anterior. A diferencia del Derecho alemán el rango no existe con carácter previo a la inscripción en el Registro de la Propiedad sino que se concibe como una cualidad del derecho inscrito, cualidad que se le atribuye

desde su acceso al Registro de la Propiedad. Rige en nuestro derecho hipotecario el sistema de avance en el rango o rango con avance potencial, a diferencia de los sistemas alemanes y suizo de rango con puesto fijo. La dinámica de la deuda inmobiliaria de propietario y la hipoteca de propietario se desenvuelve perfectamente en un sistema registral que funciona sobre dichos caracteres, de modo que al no producirse el avance en el rango de una hipoteca por la ejecución o cancelación de una anterior, el valor patrimonial del mismo corresponde a su titular. El rango preferente como señala ROCA SASTRE constituye por sí una ventaja aneja al derecho real<sup>34</sup>. Los antecedentes legales anteriormente expuestos así como la propia caracterización de la hipoteca como un derecho real accesorio del crédito, han venido a excluir en la doctrina la admisión de cualquier tipo de figura que se asimile o asemeje a la hipoteca de propietario, al regir en nuestro derecho el sistema romano de elasticidad de la hipoteca contrario a la admisión de puestos fijos o parcelas de determinado valor. Más que la accesoriedad, el principio realmente afectado es el de indivisibilidad de la hipoteca, tanto con respecto a la deuda garantizada como con relación a otras deudas o créditos del deudor, frente al mismo u otro acreedor, como sucede en los casos de ampliación o reducción de capital<sup>35</sup>. Pero no sólo el principio de prioridad y la configuración del rango hipotecario obstaculizan la figura de la hipoteca de propietario sino que igualmente operan como instrumentos de cierre el principio de especialidad cuya aspiración es la máxima coordinación entre la realidad registral y extrarregistral, no sólo en lo que se refiere a la finca registral como base del Registro sino en cuanto a los derechos sobre la misma, así como el carácter indivisible de la hipoteca. El principio de especialidad exige que se expresen las obligaciones garantizadas<sup>36</sup>. Por dicha razón en sede de hipoteca el art.144 LH priva de eficacia frente a terceros a aquellos hechos o convenios sobre el crédito que vengán en cualquier sentido a alcanzar al derecho real, y que no accedan al Registro de la Propiedad.

---

<sup>34</sup> ROCA SATRE, R.Mª., *Derecho hipotecario*, Tomo II, Barcelona, 1968, p. 146.

<sup>35</sup> Sobre la inadmisión de supuestos similares a los de la hipoteca de propietario se ha pronunciado en reiteradas ocasiones tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo así como la Dirección General de los Registros. En sentido contrario a la figura de la hipoteca de propietario se ha pronunciado expresamente la DGRN en diversas resoluciones, en concreto, en las resoluciones de 17 de enero de 1994 (RJ 1994, 239), 24 de enero de 1997 (RJ 1997,283), 16 de julio de 1999 (RJ 1999, 4760), 26 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4808), 17 de enero de 2002 (RJ 2002, 4588), 14 de junio de 2007, 30 de junio de 2007 (JUR 2007,236272); así, como las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1999 (RJ 1999, 522), de 14 de octubre de 2005 (JUR 2005,227399).

<sup>36</sup> Resoluciones de la DGRN de 4 de julio de 1984 (RJ 1984,3851; de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987,9722); de 22 de marzo de 1988 (RJ 1988,2563); de 28 de abril de 1999 (RJ 1999,2223); de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003,7006).

Finalmente, a dichos obstáculos necesariamente tenemos que sumar los riesgos que la misma llevaría desde el punto de vista de los acreedores y de la prelación de créditos. Prescindiendo de cualquier disquisición relativa a la naturaleza real o sólo procesal de los derechos de garantía en cuanto derechos de realización del valor, la admisión de la hipoteca de propietario en Derecho español en principio chocaría con los propios principios del sistema relativos a la prelación de créditos, extremo sobre el que la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en numerosas ocasiones como analizaremos con relación a figuras hipotecarias tales como la denominada hipoteca flotante o las diversas modalidades de hipotecas de máximo. El principal argumento esgrimido por la DGRN a la hora de la inscripción de la denominada hipoteca flotante o de máximo o incluso en supuestos de inscripciones de ampliación de hipotecas, es precisamente el riesgo que entraña este tipo de garantía, a las que nos referiremos con mayor profundidad, por la posible lesión de los derechos o garantías de acreedores preferentes. Por lo que a la hipoteca flotante se refiere en tanto que *«sigue quedando al arbitrio del banco sobre qué obligaciones y en qué momento ha de caer su manto protector, sin que haya en ello una verdadera concesión de crédito sino tan sólo de espera cuando el banco lo considere conveniente y a cambio de la garantía hipotecaria y con el máximo de responsabilidad por principal fijado. Una hipoteca así configurada vulnera el art. 1256 CC y es contraria al principio par condicio creditorum ( art. 1925 CC)»*(FD Quinto RDGRN de 12 de septiembre de 2003 [2003,6275], y en igual sentido R de 11 de octubre de 2004 [RJ 2004,2549]).

En nuestra opinión, el fundamento de la exclusión en el año 1944 no era la imposibilidad dogmática de dichas figuras, sino una supuesta inmadurez no se sabe bien si del sistema hipotecario o más bien, del mercado hipotecario. Comulgamos en este sentido con las afirmaciones de JERÓNIMO GONZÁLEZ<sup>37</sup>, para quien la construcción de un derecho real en cosa propia no debía verse como *«...un monstruo»*, sino como una figura jurídica dirigida a la protección de intereses determinados, y que, aún siendo defectuosa la ley hipotecaria al respecto, no deberíamos excluir la defensa del derecho

---

<sup>37</sup> *Una nueva manera de enfocar los problemas hipotecarios*, RCDI, 1940, pp. 99 y ss.

real en cosa propia cuando «...*el interés y la tendencia social nos lo imponga*»<sup>38</sup>. Conforme a la legalidad vigente, la causa del negocio de hipoteca se encuentra en el préstamo. Evidentemente, la garantía real cumple con la finalidad de aseguramiento de dicho préstamo. En este sentido, hablaríamos en terminología del prof. DE CASTRO de negocios dependientes<sup>39</sup>, en tanto que ha sido la ley la que ha establecido dicha dependencia. Sin embargo, no creemos que el tema que nos ocupa se reconduzca a la figura del negocio abstracto, de las garantías abstractas, cuando ni siquiera, como hemos analizado, en Derecho alemán son negocios completamente abstractos. La doctrina cuando quiera desligar no sólo en materia de hipoteca o garantías reales sino también de garantía personales la garantía del contrato o préstamo que le sirve de base habla, en nuestra opinión impropriamente, de la categoría de los negocios abstractos como vía para desligar ambos negocios. No creemos que sea así. Como señala DIEZ-PICAZO<sup>40</sup>, se habla de negocio abstracto para designar aquel negocio que aparece desligado e independizando de su causa, esto es, como un negocio que funciona con completa independencia de su causa, con abstracción de cual sea su causa. Constituye un intento de independizar los efectos jurídicos legalmente predeterminados para dicho negocio jurídico de las posibles vicisitudes, anomalías o irregularidades de que pueda adolecer del íter contractual causante del efecto, de modo que dichos efectos se causen a pesar de dichas irregularidades y sin que alcancen a un tercero. Y en la base de este planteamiento, una manera de concebir el tráfico jurídico sobre la idea de seguridad. Pero como señala dicho autor, de los genuinos contratos abstractos apenas hay rastro en nuestro derecho positivo. Lo que sucede es que se confunde la idea de abstracción con la ausencia de expresión de la causa en una declaración de voluntad, esto es, la denominada abstracción puramente formal o procesal. Este no creemos que sea el problema de la hipoteca de propietario. No podemos en principio pretender extraer de la constitución de un derecho real de hipoteca de garantía de una obligación, desligarla, en principio, de la obligación para cuya garantía y cumplimiento se constituyó, porque causalmente los efectos de dicha hipoteca no pueden ser otros que los aquellos tutelados en el ordenamiento. DIEZ-PICAZO contrapone la figura de los «negocios ejecutivos» o *Erfüllungsgeschäft*, como negocios que presuponen siempre la existencia de un negocio

---

<sup>38</sup> De la figura de la hipoteca de propietario se ocupó JERÓNIMO GÓNZALEZ en varios artículos publicados en la RCDI, en concreto en el núm. 27, marzo 1927, pp. 175-186; y núm. 28, abril de 1927, pp. 241-256..

<sup>39</sup> DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 215.

<sup>40</sup> DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1983, pp. 175-176.

o situación anterior, antecedente o subyacente, a los negocios iniciales, a la de los «negocios iniciales» o *Grundgeschäft*, como aquellos que inician la relación. En este sentido, la hipoteca causalmente respondería al modelo o idea de negocio jurídico que tiene su causa en otro negocio jurídico, *sunt aliunde tamen causandus*, el préstamo como negocio subyacente. Se podría entender que la hipoteca se constituye negocialmente como nuevo negocio para desarrollar, cumplir, en este caso garantizar, los efectos de un negocio anterior. Esta es, es nuestra opinión, y conforme a la regulación de la hipoteca tanto en el Código Civil como en la Ley Hipotecario nuestra visión del negocio de hipoteca.

Otra cuestión es la determinación de la posible la existencia de un derecho real limitado en cosa propia, cual sería su causa y si la misma puede ser causa determinante o eficiente del negocio, de la fuerza vinculante del mismo y por ende, justificadora de su tutela por el ordenamiento jurídico. Hemos visto que la relación obligacional subyacente dada la configuración legal de ambas figuras opera como causa de la hipoteca, en un negocio ajeno, en la finalidad de garantía con respecto a dicho derecho, pero ¿podría tener su causa en sí mismo, como negocio inicial?. En dichos negocios la causa se identifica con el propósito práctico o empírico que a través el negocio se trata de obtener. En nuestro caso no sería de garantía o aseguramiento, causa típica de los derechos reales de garantía, porque su constitución no responde a tal finalidad, sino que la finalidad no es otra que reportar al titular una ventaja económica de la titularidad del derecho de propiedad distinta de las contempladas hasta la actualidad. Uno de los argumentos esgrimidos para negar a la existencia de derecho reales limitados en cosa propia es la inutilidad del mismo en tanto que no hay mayor ventaja económica que la que reporta la titularidad del derecho mismo. Quizás sí exista esa ventaja hacia al titular, fuera de los esquemas a los que legalmente responde la figura de la hipoteca conforme a nuestro derecho nacional y que si viene a satisfacer el derecho alemán con la figura de la deuda territorial de propietario. Ciertamente, utilizar la causa típica de la hipoteca para finalidades o funciones distintas a las legalmente establecidas supone, en cualquier caso, forzar o violentar el propio sistema. El concepto de derecho de propiedad recogido en el art. 342 del Código Civil no presupone ningún contenido, sino que el mismo viene dado por el conjunto de facultades que otorguen a su titular las leyes, entre ellas y como hemos analizado, la posibilidad de constituir sobre la misma un derecho real de garantía a favor de un tercero para garantizar el cumplimiento de una obligación. La causa de la

hipoteca es distinta que la causa y el fin perseguido en los derechos reales en cosa propia. En aquella, ya ha quedado suficientemente explicada; y por lo que a los segundos, no sería sino la ampliación de las facultades de financiación e intervención del sujeto en el tráfico jurídico. Planteado cuál es verdadero problema de los derechos reales en cosa propia como la denominada hipoteca propietaria, queda determinar si nuestro ordenamiento admite o no la vigencia de tales figuras, esto es, si estamos hablando de una causa ya admitida en derecho con respecto a figuras ya existentes; o si por el contrario, y dentro del siempre debatido tema de los *numerus clausus* o *numerus apertus* de los derechos reales, tal causa podría admitirse en Derecho español y cual serían los límites legales y de orden público, en este caso, económico, que obstaculizarían o impedirían tales figuras negociales. La reutilización del rango hipotecario del que goza una hipoteca preexistente para dar cobertura de tal naturaleza a una ampliación del préstamo es innegable que supone el reconocimiento legal del juego de la autonomía de la voluntad de ambos, titular registral del dominio y titular registral del derecho real de hipoteca, no en la creación de un nuevo derecho real en cosa propia, sino en la expansión del contenido de una figura real ya existente más allá de los contornos legales hasta ahora existentes, tal y como hemos visto al hilo el análisis de la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario<sup>41</sup>. Así pues ni el sistema hipotecario alemán es tan abstracto como nos lo han presentado, dada la influencia que el contrato de aseguramiento tiene en la configuración registral de la garantía, ni nuestro sistemas hipotecario y sustantivo son ajenos a la existencia de cierta flexibilización de las relaciones crédito e hipoteca, flexibilidad que, llegado el caso, y de lege ferenda ante un eventual reconocimiento legal de un derecho real de garantía en cosa propia, no accesorio de relación crediticia alguna, más allá de los efectos de los supuestos ya

---

<sup>41</sup> Sin embargo, son distintos los efectos que, desde el punto de vista registral se producen en ciertas figuras como hemos visto y que nos permite hablar de patrimonialización del rango hipotecario y por tanto de efectos del derecho real de hipoteca no accesorios de la relación obligacional subyacente. Nos estamos refiriendo a los supuestos analizados en líneas anteriores. De una parte, a la hipoteca de máximo y a la renovación de la misma, y a los supuestos de subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios a los que, a modo de resumen, nos vamos a referir brevemente. Efectivamente como hemos analizado en páginas anteriores la reforma del art. 4 de la Ley 2/1994 y con relación a los que la modificación del préstamo hipotecario que no conlleve una alteración de la cobertura hipotecaria inicialmente fijada. Como hemos señalado en páginas anteriores y a las cuales nos remitimos la introducción del número 3 del art. 4 de la Ley 2/1994 supone en nuestra opinión, un reconocimiento una auténtica reserva de rango a favor de ambos titulares registrales: a favor del titular del dominio, por cuanto puede novar su préstamo con el mismo rango hipotecario que la carga preexistente sin los costes financieros adicionales que supondrían la posposición de la parte novada a las cargas posteriores. Y en cuanto al acreedor hipotecario, a favor de quien igualmente juega la preferencia de rango, que obtiene dicha cobertura de su préstamo en igualdad de rango que la precedente.

existentes y enunciados, y como elemento de integración y reactivación del mercado hipotecario, facilitaría el desenvolvimiento de la misma.

### Bibliografía

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J.L., *La hipoteca global: valoración crítica*, Sevilla.

ÁVILA NAVARRO, P., *Rango e hipoteca*, Academia Sevillana del Notariado, tomo XIII, pp. 20-35.

BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, München, 1999.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., *Apuntes sobre la novación y la hipoteca de máximo*, en Estudios Jurídicos en Homenaje al prof. Díez Picazo, Tomo III, Madrid, 2003, pp. 3581-3601.

BONACHERA VILLEGAS, R y SENÉS MOTILLA, C., *La aplicación del Título ejecutivo europeo en el sistema procesal español*, Diario La Ley, número 6341, 18 de octubre de 2005.

CASERO MEJIAS, M., *La Eurohipoteca*, RDP núm. 620, enero-febrero 1994, pp. 91 y ss.

CORDERO LOBARTO, E., *La hipoteca global (la determinabilidad del crédito garantizado)*, Madrid, 1997.

DÍAZ FRAILE, J.M., *La inclusión de los préstamos hipotecarios en el proyecto de Directiva sobre contratación de servicios financieros a distancia (la «hipoteca electrónica»)*, en Actualidad Civil, 1999-3, núm. 32, 981-1001.

DE CASTRO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.

DE LA RICA ARENAL, R., *La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca*, AAMN, Tomo IV.

DIÉGUEZ OLIVA, R., *El principio de accesoriedad y la patrimonialización del rango*, Madrid, 2009.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1983.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Autonomía privada y garantías reales*, en Estudios Jurídicos en Homenaje a Luís Díez-Picazo, Madrid, 2003, tomo III.

GARRIDO, J.M<sup>a</sup>., *Garantías reales, privilegios, y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid 1999.

GONZÁLEZ MARTINEZ, J., *Notas sobre la llamada «hipoteca de propietario»*, RCDI, 1927, núms.27 y 28, pp. 175-186 y 241-256.

HABERSACK, M., *Die Akzessorietät-Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts*, JZ, 1997, p. 861.

MUÑIZ ESPADA, E., *Bases para una propuesta de eurohipoteca*, Valencia, 2006.

MUÑIZ ESPADA, E., NASARRE AZANAR., S., y SÁNCHEZ JORDÁN, E., *Un modelo para una Eurohipoteca. Desde el Informe Segré hasta hoy*, Madrid, 2008.

Proyecto de investigación europeo Eurohipoteca: puntos para la discusión, en ADC, tomo LVII, fascículo IV, octubre-diciembre 2004, pp. 1529-1546.

RAMOS ROMEU, F., *El Título ejecutivo europeo*, Navarra, 2006.

ROCA SATRE, R.M<sup>a</sup>., *Derecho hipotecario*, Tomo II, Barcelona, 1968.

REY PORTOLÉS, J.M., Estudios varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo.

SÁNCHEZ JORDÁN, E., *Las garantías sobre bienes inmuebles: la Eurohipoteca*, en los Estudios Jurídicos en Homenaje a Díez-Picazo, Tomo III, Derechos Civil, Derecho Reales y Familia, Madrid, 2003.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E., *El título ejecutivo europeo*, Diario La Ley, números 6082 y 6083, 9 y 10 de septiembre de 2004.

STÖCKER, O. y NASSARE, S., *Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. Un ejemplo de la Europa Central*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año LXXVIII, mayo-junio, núm. 671, pp. 917-922.

STÖCKER, O.M., *Die Eurohypothek*, Berlin, 1992.