

MUÑIZ ESPADA, Esther, *La propuesta de una hipoteca independiente en el Derecho español*, Cuadernos de Derecho Registral, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008, 406 págs.

por

LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Frente al jurista académico tradicional, cuya labor consistía sustancialmente en conceptualizar y sistematizar, parece hoy surgir un jurista mucho más operativo y sensible a las necesidades de la sociedad para la que trabaja, cuya tarea consiste, entre otras, en eso que se ha venido llamando «política legislativa», esto es, la investigación de un Derecho positivo deseable y conveniente que pueda, en poco tiempo, sustituir o acompañar al vigente en el momento en que se escribe. Esther MUÑIZ ESPADA, Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Valladolid, autora de obras civilísticas de corte clásico, irrumpió desde hace ya algún tiempo en el campo de la transformación y modernización del Ordenamiento, siendo sus profundos conocimientos del Derecho Comparado, fruto de lecturas, viajes, congresos y valiosos contactos con colegas europeos y no europeos, un provechoso instrumento de su actividad como renovadora.

El presente libro, en cierto modo continuación de otros, plantea abiertamente la utilidad que tendría la implantación en el Derecho español de una hipoteca independiente, no para sustituir a la actual —reformada en parte por la Ley 41/2007—, sino para acompañarla, insertando así a España en una corriente europea de unificación normativa en esta materia que puede reportar innegables ventajas. En la presentación de su obra (pág. 9), la Profesora MUÑIZ escribe que: «...la incorporación de una hipoteca independiente, también en nuestro ordenamiento, es el único hilo conductor y el objetivo de la presente monografía». Advierte seguidamente en dicha introducción la necesidad de reabordar el tema de la autonomía o de la accesoriiedad de la hipoteca respecto del crédito (pág. 12) y de preguntarse hasta qué punto esa posible figura afectaría a las bases de nuestro Derecho (sistema de propiedad, transmisión del derecho real, causa, etc.), aclarando que lo que en la obra se dirá podría trasladarse a cualquier otro Ordenamiento (italiano, portugués o francés) (*ibidem*) y que no espere el lector un trabajo exegético ni sistemático al modo ordinario, sino una propuesta de política legislativa (pág. 14). En el siguiente capítulo (el II), titulado «Razones para una innovación», expone claramente la autora cómo una hipoteca independiente de nuevo cuño res-

ponde a necesidades económicas importantes surgidas recientemente del mismo funcionamiento del mercado, siendo reveladora la alusión al Libro Verde sobre Política de Servicios Financieros para el período 2005-2010, en el que se propone «fomentar un mercado donde los servicios financieros y el capital puedan circular libremente a través de los Estados miembros con menores costes» (pág. 21). Pues bien, «...la aproximación de estatutos en materia de garantías inmobiliarias en el área europea se ha considerado alcanzable a través de una hipoteca independiente» (*ibidem*), convicción que se refuerza con la narración que hace la autora de las vicisitudes relativas a la investigación de diversos juristas europeos sobre la materia, desde la Comisión Segré de 1966 hasta el presente, investigación que pivota sobre la reflexión acerca de la *Grundschuld* alemana y el *Schuldbrief* suizo y que llega hasta la actual *Eurohypothec*, objeto de las tareas del grupo europeo de investigación en el que trabaja, entre otros, la misma Esther MUÑIZ. Tras un capítulo llamado «Algunas ideas previas» (el III), encaminado a estimular los cambios legislativos a la vista de la vinculación que se da entre el desarrollo económico y un régimen jurídico adecuado (pág. 28 y sigs.), afronta la autora en el siguiente apartado las «Características y utilidades de la hipoteca independiente» (cap. IV, pág. 38 y sigs.), indicando que ésta se caracteriza «...por su posibilidad de separar la garantía del crédito y actuar y circular de manera autónoma, por existir al margen de la conclusión del contrato de préstamo o de crédito» (págs. 38-39), pudiendo existir antes la garantía que el préstamo o la relación de crédito, de modo que el propietario puede crear la garantía y elegir luego al acreedor (pág. 39), razón por la que una hipoteca no tiene por qué ser sólo una carga o un gravamen, sino también un valor que pertenece al propietario de la finca, con el que puede negociar (págs. 39-40); reembolsada la suma prestada, no es necesario cancelar la hipoteca, que puede servir para garantizar otra u otras obligaciones (pág. 41) frente al mismo o frente a otro acreedor, sin necesidad de un nuevo asiento registral (pág. 42). En la hipoteca independiente, la conexión con la deuda puede realizarse a través del contrato o acuerdo de garantía (*security agreement* o *Sicherungsabrede*), contrato que precisa la relación jurídica generadora de la deuda (pág. 43); por añadidura, la hipoteca independiente «...contribuye al desarrollo de nuevas técnicas de financiación a favor de las entidades bancarias, de lo que resultaría beneficiado el mismo mercado de obligaciones activas y de obligaciones pasivas» (pág. 45), sin olvidar que, en el caso de la hipoteca accesoria, el mecanismo de sindicación se mueve torpemente (pág. 46) y que la llamada «hipoteca de propietario» (*Eigentümerhypothek*) permite un juego muy flexible frente al sistema de rango variable (pág. 47 y sigs.). Los tres capítulos siguientes van destinados a revisar las figuras del Derecho Comparado más cercanas a la que propone la autora, comenzando por la *Grundschuld* alemana (cap. V, pág. 52 y sigs.) y siguiendo por el sistema hipotecario suizo (cap. VI, pág. 75 y sigs.) y la denominada *hypothèque rechargeable* francesa (cap. VII, pág. 129 y sigs.), lo que desemboca en el capítulo VIII (pág. 174 y sigs.), titulado «Breve referencia a un posible modelo para una armonización del Derecho Hipotecario en Europa: accesoriedad contractual», en el que se alude a la *eurohypothec* tal como la elabora, *de iure condendo*, el grupo de investigación europeo antes citado: dicha eurohipoteca puede existir antes de la conclusión del contrato de préstamo o antes del desembolso de la suma prestada (pág. 185), de manera que «...la creación, transmisión y existencia de la eurohipoteca, así como el ejercicio de los derechos que de ella derivan, no dependen de la existencia de

obligaciones garantizadas» (pág. 186). En el siguiente capítulo, titulado «Hipoteca independiente: sus riesgos y los mecanismos para su neutralización. La especial preocupación por la protección del deudor y del propietario» (pág. 196 y sigs.), se enfrenta MUÑIZ a las más sustanciales objeciones jurídicas que puede recibir la nueva figura; comienza el capítulo diciendo que: «...Como es fácilmente advertible, en una hipoteca independiente las posibilidades de separar la identidad del titular de la garantía del titular del crédito hace imaginar riesgos, que, a primera vista, a un jurista de mentalidad tradicional o latina le podrían parecer lo suficientemente peligrosos como para desincentivar la defensa de este modelo. La realidad más bien es que, pudiendo ocurrir, generan, allí donde se utilizan, un nivel de conflictividad o contenciosidad muy bajo, por otra parte, el ordenamiento de cualquier sistema puede contar con suficientes mecanismos como para neutralizarlos; a ello hay que añadir las particulares funciones adoptadas por el denominado acuerdo de garantía» (págs. 196-197); seguidamente plantea uno de los problemas cruciales: «...Dada la posible separabilidad entre el crédito y la garantía en una hipoteca independiente, el principal problema sería que el deudor se viera enfrentado a un doble pago a consecuencia de la posible cesión de la garantía (independiente) que hiciera el originario acreedor a un nuevo acreedor, manteniendo el primero el préstamo» (pág. 200); pero seguidamente nos da las pistas para solucionarlo: «...Las soluciones podrían encontrarse en las alegaciones que pudieran hacerse de oposición en el proceso de ejecución y, antes, sobre la base de los términos del contrato de garantía, junto con la aplicación de los preceptos contenidos en la teoría general de las obligaciones» (*ibidem*), cuestión que desarrolla muy pormenorizada y documentadamente en las páginas siguientes (*Alegaciones procesales de oposición a la ejecución*, pág. 201 y sigs., y *Defensas derivadas del contrato de garantía*, pág. 219 y sigs.). El otro posible gran escollo es más dogmático: cómo asumir la hipoteca independiente en un sistema causalista como el español, tema que aborda en el capítulo X: «La causa como elemento de debate ante una hipoteca independiente en el Ordenamiento jurídico español» (pág. 225 y sigs.). Correctamente informada la autora, a la vista de recientes aportaciones doctrinales españolas del concepto de causa, no cae en la trampa de confundirla con la obligación garantizada, aduciendo, entre otras cosas, que «...el sistema causalista español no es un impedimento para la aceptación de una hipoteca independiente, el Derecho suizo es causalista y cuenta con el *Schuldbrief* y el Derecho alemán adopta un criterio abstracto y conoce también la hipoteca accesoria. Si bien no debe confundirse accesoriedad y causalidad» (págs. 225-226) (por cierto, ahí debió decir que la accesoriedad no debe confundirse con el causalismo); y que «...la hipoteca accesoria y la hipoteca independiente se diferencian en la forma o en el modo de vinculación a la obligación u obligaciones, pero no en cuanto al tema de la causa, la hipoteca independiente también tiene una causa: servir de garantía para cualquier crédito, estipulándose el compromiso del propietario de constituir una garantía» (págs. 231-232), explicándose también la hipoteca independiente desde el causalismo (pág. 233). Destina el capítulo siguiente, el XI, titulado «La medida de la accesoriedad» (pág. 252 y sigs.), a la reflexión sobre ésta, iniciando su discurso con el ilustrativo texto siguiente: «La opción entre accesoriedad y no accesoriedad no se plantea nunca de manera absoluta o radical, es una elección entre el grado de negociabilidad de la garantía y la forma en la que se quiere la protección de las partes implicadas» (pág. 252), para, aludiendo luego a los tipos de accesoriedad (pág. 253),

afirmar que «...una radical no accesoriedad es imposible, una absoluta accesoriedad es contraproducente y por tanto no deseable» (*ibídem*), recorriendo en el capítulo los casos de relativa independencia de garantía real y crédito garantizado, con cita de muy recientes monografías al respecto. Finalmente llegamos al capítulo definitivo, el XII, que se llama «Propuesta de regulación y anotaciones para una hipoteca independiente» (pág. 279 y sigs.), capítulo que constituye el núcleo de la obra; comienza advirtiendo la autora (págs. 279-280) que, aunque en teoría cabría introducir esta figura en nuestro Derecho Hipotecario, insertándola entre los preceptos vigentes, ella recomienda la elaboración de un nuevo articulado, que incorporaría el nuevo tipo de hipoteca, que acompañaría, en la Ley Hipotecaria, al régimen actual, pudiendo escogerse uno u otro; tras otras observaciones metodológicas, propone directa y valientemente el articulado (págs. 282-284), que ulteriormente explica con detenimiento, justificando sus opciones. Las páginas finales (351-406) contienen la extensa bibliografía utilizada.

¿Qué podemos decir sobre esta monografía? Lo primero que se me ocurre es que está hecha con una pulcritud jurídica y un realismo económico sólo previsibles en quien ha mantenido intenso contacto con colegas foráneos que trabajan, codo con codo, con el mundo financiero y empresarial. Asimismo salta a la vista la minuciosidad con la que la autora describe figuras jurídicas ajenas a nuestro Derecho, pudiendo destacarse, entre otras, la reflexión sobre el *Sicherungsvertrag* (pág. 65 y sigs.), los tipos de garantía suizos (pág. 75 y sigs.), especialmente la *cédule hypothécaire* en los planes de reforma (pág. 120 y sigs.), la hipoteca reutilizable francesa, particularmente en lo atinente a su creación (pág. 149 y sigs.), etc., sin olvidar la referencia a aplicaciones prácticas, como la adecuación de la propuesta eurohipoteca a un proceso de gestión electrónica (pág. 186), etc. Todo ello al servicio de una tesis nuclear, como es la defensa de la conveniencia de la nueva figura, descrita con precisión y con indudable énfasis. Es cierto que hay formulaciones y aseveraciones discutibles en las que la obligada brevedad de este escrito me impide entrar, pero en conjunto la obra brilla por su coherencia y su novedad. Bien redactada, detecto, no obstante, en su texto, un cierto desprecio por el punto y coma, usando comas continuamente, lo que agobia al lector; y es que el apasionamiento de la autora le impele a ametrallar a aquél con sus argumentos, sin dejarle descansar. A pesar de que no puedo detenerme demasiado en el enjuiciamiento del libro, sí reproto muy pertinentes dos consideraciones y una observación final.

La primera de ellas se refiere a la denominada «causa»: se ha sostenido que la llamada «hipoteca independiente» no cabe en nuestro Derecho, dado que éste es causalista. El argumento nace de la errónea comprensión del concepto de causa. El contrato de hipoteca desempeña una función (tiene una causa) en principio perfectamente admisible en Derecho, que consiste en garantizar el cumplimiento de una obligación. Si estuviéramos ante el caso de que una hipoteca garantizase una obligación nacida de un contrato ilícito, el contrato de hipoteca sería nulo por causa ilícita, al contaminarse con la causa del contrato garantizado. Si nace una hipoteca independiente, nacerá en principio válidamente. Si sobrevenidamente se incorpora a un contrato con causa ilícita, esa hipoteca no será entonces ejecutable y devendrá, para ese supuesto, ineficaz, de modo similar a como sucede si alguien pacta una prestación lícita y más tarde es prohibida por la ley, haciéndose el contrato resoluble por imposibilidad jurídica sobrevenida de cumplimiento. Tal hipoteca independiente no es nula ni se transforma en nula, pues, cuando nació, reunía los requisitos de los artícu-

los 1.261 y siguientes del Código Civil. El error de gran parte de la doctrina parte de la creencia de que la causa del contrato de garantía es el contrato cuya obligación se garantiza, es decir, el que crea la obligación garantizada.

La segunda consideración, ya apuntada, se refiere a la importancia singular de obras como la presente, en cuanto que revelan la toma de conciencia de algunos juristas acerca de su misión en la sociedad: ser sensibles a sus requerimientos y necesidades, proponer soluciones para su transformación y desarrollo, conectar, en síntesis, con los signos de su tiempo. Habitulado el jurista universitario tradicional a interpretar, comentar, explicar y sistematizar el Ordenamiento vigente, desatiende lo que hoy debería ser reputada la tarea más urgente: poner sus conocimientos técnicos al servicio de la verdadera investigación, consistente en la búsqueda de nuevos caminos, intelectualizando plenamente así su actividad. En este sentido, Esther MUÑIZ, formada en la tradición civilística, la utiliza y la rebasa provechosamente.

Termino con una observación: ¿Tienen sentido estas reflexiones en noviembre de 2008, tras el estallido de la crisis económica global? Diría yo que tienen aún más sentido que cuando, hace algunos meses, la autora terminó el libro, pues flexibilizar el mercado equivale a incentivarlo. Pero, además, es sanísimo preparar al atleta para las futuras competiciones mientras se recupera de la fractura que ahora padece.

COMBALÍA, Zoila, *Recepción del Derecho islámico matrimonial en la jurisprudencia estadounidense*. Estudios de Derecho Comparado, Editorial Comares (Granada, 2006), 102 págs.

por
GABRIEL GARCÍA CANTERO

LA AUTORA

En el ceñido prólogo que el Profesor FERRER ORTIZ realiza de la obra, se ofrecen los datos biográficos básicos sobre la autora, que pertenece a su escuela y es, actualmente, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado en la Universidad de Zaragoza y especialista sobre el Derecho islámico en sus relaciones con el Derecho occidental, ya desde su trabajo pionero sobre «Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: aproximación al estudio de los derechos humanos en las declaraciones islámicas» (*Anuario del Derecho Eclesiástico del Estado*, 1996), que ha desembocado, más tarde, en su obra fundamental sobre «El derecho de libertad religiosa en el Derecho islámico», y ahora en la presente monografía, que recensiono, elaborada durante su estancia como *Visiting Researcher* en la *Harvard Law School* de Estados Unidos.

VALORACIÓN GENERAL DE LA OBRA

Aparte de la incesante y creciente actualidad, teórica y práctica, del tema, en España y en Europa, la obra interesaría a familiaristas en general, civilistas, canonistas y cultivadores del Derecho Internacional Privado, amén de compa-