

La Eurohipoteca

PRESENTACION

Son conocidos los problemas que han surgido para el pleno desarrollo de los objetivos previstos en el Tratado constitutivo de la CEE, y en concreto para el establecimiento de la libre circulación de personas, capitales y servicios. Quizá en los últimos tiempos estos problemas se hayan agravado como consecuencia de la crisis económica. A pesar de los impulsos desde los propios organismos comunitarios, lo cierto es que no se ha avanzado con la celeridad en principio prevista.

La libre circulación de personas, servicios y capitales exige una progresiva desaparición de fronteras y una gradual unificación de las condiciones económicas y jurídicas que rigen el mercado en los países comunitarios. Es de sobra conocido cómo estos problemas y obstáculos se agravan cuando se trata de establecer las condiciones objetivas necesarias para que pueda surgir un auténtico crédito hipotecario transfronterizo. Además de otros obstáculos, el principal deriva de la variedad de normas que inciden sobre el crédito hipotecario (fundamentalmente de Derecho civil, hipotecario, concursal y procesal), lo que dificulta enormemente un simple intento de aproximación jurídica.

Pero los organismos comunitarios desde hace tiempo vienen estudiando diversas fórmulas para conseguir que el crédito hipotecario adquiera una verdadera dimensión transfronteriza, a pesar de todas las dificultades. No puede olvidarse cómo el crédito hipotecario es el que mayor volumen de financiación genera, singularmente en la construcción y consiguiente adquisición de viviendas. Todo lo que signifique abaratar el coste de la vivienda debe ser contemplado con agrado y, sin duda, la desaparición de las fronteras en el ámbito del crédito hipotecario supondría una rebaja en su coste y consiguientemente en el precio de la vivienda, lo que favorecería, sin duda, principalmente a las clases más necesitadas.

Pero si bien el objetivo final de conseguir un crédito hipotecario transfronterizo es algo evidente para las instituciones comunitarias, lo cierto es

que hasta la fecha de hoy no han sido capaces de encontrar las fórmulas viables para ello. Si bien en un principio se pensó incluso en una unificación jurídica, pronto hubo de desecharse por utópico, dadas las profundas diferencias entre los ordenamientos jurídicos. Más adelante se pensó en la utilización de la técnica del mutuo reconocimiento: precisamente el principio esencial del proyecto de Directiva sobre el crédito hipotecario (que, como es conocido, no llegó a aprobarse) era el mutuo reconocimiento de técnicas financieras. Incluso la Segunda Directiva Bancaria reconoce, si bien tímidamente, el principio del mutuo reconocimiento.

En los últimos tiempos, sin embargo, parece abrirse camino una tercera vía, como es el intento de creación de un tipo especial de hipoteca que fuese regulado unitariamente para todos los países miembros de la CEE y que, por lo tanto, pudiese ser utilizado en todos ellos indistintamente. La idea lleva ya algún tiempo barajándose en círculos comunitarios y ha recibido el apoyo de diferentes grupos. Baste un ejemplo: en la reunión anual de la Federación Hipotecaria Europea celebrada en Bruselas en junio de 1993, don HELMUT SCHOLZ, actual Presidente de la Federación Hipotecaria Europea, en su discurso inaugural se refirió expresamente a esta vía para obtener un crédito hipotecario *transfronterizo*, lanzando el reto a las autoridades comunitarias.

Las páginas que siguen a continuación pertenecen a un libro de reciente aparición (1992). Su título, *Die Eurohypothek* (1), es decir, la *Eurohipoteca*. Su autor es don OTMAR M. STÖCKER, jurista y abogado de la Federación Hipotecaria Alemana. Esta Federación agrupa a todas las Cajas de Ahorros y Bancos hipotecarios alemanes, que son las entidades que conceden la práctica totalidad del crédito hipotecario en Alemania. A su vez, esta Federación se integra en la Federación Hipotecaria Europea, que constituye, sin duda, una asociación de enorme importancia dado el volumen de crédito hipotecario que mueven las instituciones que la integran. El autor, pues, ocupa una posición privilegiada para abordar una obra sobre esta materia, pues a sus profundos conocimientos teóricos (con gran dominio del Derecho comparado, esencial para escribir sobre este tema) une el tener a su disposición toda la información actualizada, lo que no resulta fácil, pues muchos de los documentos que maneja si bien no son confidenciales, tampoco son de libre circulación ni, por consiguiente, fáciles de obtener. Quien lea su obra podrá comprender la voluminosa documentación que ha manejado.

El autor, antes de escribir la obra, ha realizado un profundo estudio de diversos Derechos europeos, y entre ellos el español. Soy testigo de ello, pues con cierta frecuencia me solicitaba el envío de documentación (doctrina, jurisprudencia, etc.) y el intercambio de opiniones sobre el Derecho

(1) OTMAR M. STÖCKER, *Die Eurohypothek*, editado por Duncker & Humblot, Berlín, número 76 de la sección B: «Ciencia jurídica».

español. El conocimiento de los diversos sistemas jurídicos, y especialmente el ámbito hipotecario, le han permitido abordar un tema como éste.

Debo hacer una importante aclaración: las páginas que siguen a continuación no constituyen la totalidad del libro, sino aproximadamente unas ciento treinta páginas de las trescientas totales. He optado por traducir sólo esta parte por diversas razones, como son: haber traducido todo hubiese sido demasiado extenso para su publicación en una revista y, además, la parte traducida creo que es la de mayor interés para el lector español.

La obra se estructura en cuatro capítulos: el primero, muy corto (sólo cinco páginas), supone una pequeña introducción para explicar el sentido general de la obra y su finalidad. El segundo, el más extenso (casi doscientas páginas), contiene un estudio de los Derechos de garantía real inmobiliaria en Alemania (págs. 24-76), Francia (págs. 77-142) y España (págs. 142-190). Dentro de este capítulo, y con el apartado IV, está lo que el autor titula como una pregunta: ¿Es recomendable un derecho de hipoteca no accesorio unitario para toda la Comunidad Europea? Con este apartado se inicia la parte que he traducido. El capítulo tercero (págs. 216-296) se refiere a la *Eurohipoteca*. El cuarto y último capítulo, a las conclusiones generales de la obra. El libro incluye un amplísimo resumen de obras doctrinales y un índice de términos.

No obstante la anterior aclaración, para evitar cualquier confusión, al exponerse el índice General de la obra figura el índice completo y no sólo el correspondiente a la parte traducida. Con dicho índice creo se evita cualquier duda sobre lo que figura traducido, es decir, a partir del apartado IV del segundo capítulo, que en la obra se encabeza con él la letra B.

Debo hacer finalmente diversas observaciones acerca de la traducción realizada. Todos aquellos que en alguna ocasión se hayan enfrentado con el problema de traducir algún texto jurídico comprenderán la dificultad que conlleva. Muchas veces resulta absolutamente imposible encontrar el término adecuado para traducir alguna institución jurídica sin equivalente en nuestro Derecho. Personalmente me he guiado por los siguientes principios: he procurado realizar una traducción lo más literal posible, respetando el estilo del autor (así, por ejemplo, la utilización de frases muy cortas, la reiteración de las principales ideas, etc.). He suprimido totalmente las notas a pie de página (a lo largo de la obra son más de mil). Las escasísimas notas son mías y no del autor. He respetado la numeración de la obra, y de ahí que la parte traducida comience con el número IV. He entendido con ello que respeto más la voluntad del autor y que no induce a confusión una vez que antes ha quedado explicado el contenido de la parte no traducida, figurando además el índice completo del libro.

Al realizar una traducción muy literal he respetado diversas alusiones al Derecho alemán (que quizá podía haber suprimido), así como diversas re-

ferencias a partes anteriores del libro. Diversas alusiones a algunas figuras del Derecho francés pueden inducir a confusión. No obstante, creo que el estudio de estas figuras puede encontrarse en más de un Tratado a disposición del lector español.

Debo finalmente hacer patente un doble agradecimiento: al autor por haberme permitido la traducción, aunque sea parcial, de la obra y por sus acertadas observaciones, y a mi mujer **Amaya** por su inestimable ayuda en la traducción.

Espero que el trabajo realizado sirva al menos para concienciar al jurista español, y especialmente a quienes profesionalmente estamos en permanente **contacto** con el crédito hipotecario, acerca de la importancia de la discusión que hoy tiene lugar en los círculos comunitarios y para tomar parte en lo posible en dicha discusión, aportando **las** ideas y soluciones que se estimen más convenientes. Si ello es así me daría por satisfecho.

Quede, pues, claro, que las páginas que siguen constituyen el apartado final del segundo capítulo y los capítulos tercero y cuarto. La parte no traducida se refiere, pues, esencialmente a un estudio de los Derechos alemán, francés y español que para quien lo desee puede encontrarse en algunos manuales en el mercado español. Entiendo que la parte verdaderamente atractiva es la que sigue a continuación, pues es donde se desarrolla la idea de una Eurohipoteca.

Obviamente, lo que sigue es exclusivamente la traducción, sin que por lo tanto se manifieste ninguna opinión personal sobre las ideas vertidas por el autor. Quede quizá para un futuro la exposición de opiniones personales.

La obra ha merecido más de una crítica favorable en revistas especializadas: así, por ejemplo, la realizada por el profesor KLEMENS PLEYER en la revista alemana *Para el Derecho Bancario o Comercial* o la realizada en la revista *El Banco* por WAGNER-WIEDUWILT O la realizada por el Notario señor REITHMANN en la *Revista de Derecho Bancario*. Incluso ha tenido alguna referencia en España, en concreto en el número 18-19 de la revista española *Financiación a la Vivienda* del Banco Hipotecario.

Mi único objetivo al llevar a cabo la traducción es poner al alcance del lector español un tema de esta actualidad y que, sin duda, será objeto de muchas controversias en los próximos años. Debemos ser conscientes de cómo de una forma u otra habrá que encontrar la solución al problema del crédito hipotecario **transfronterizo**. Quizá la solución más segura sea la que se explica en esta obra.

El tema además está siendo objeto de permanentes debates en el seno de los círculos comunitarios. Baste como ejemplo el siguiente: la Unión del Notariado Latino ha presentado recientemente una nueva propuesta sobre la Eurohipoteca que no difiere mucho de la que se recoge ya en el libro. Las palabras finales de esta propuesta son significativas, pues supone un llama-

miento a presentar, profundizar y discutir otras alternativas, debiendo figurar en primera línea los institutos jurídicos, universidades y demás instituciones interesadas. Deseo que el esfuerzo que ha supuesto la traducción sirva para que también los juristas españoles podamos participar en esta apasionante discusión que, con toda seguridad, en un futuro no lejano se plasmará en algún texto legislativo (2).

INDICE GENERAL DE LA OBRA

SUMARIO: **A. INTRODUCCION.**—**I. FINALIDAD DE LA OBRA.**—**II. METODO DE EXPOSICION.**—**B. LA UTILIZACION PRACTICA DE LOS DERECHOS DE GARANTIA REAL INMOBILIARIA EUROPEOS.**—**I. ALEMANIA.**—**II. FRANCIA.**—**III. ESPAÑA.**—**IV. ¿ES RECOMENDABLE UN DERECHO DE HIPOTECA NO ACCESORIO UNITARIO PARA TODA LA COMUNIDAD EUROPEA?:** 1. ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXPUESTOS CON ANTERIORIDAD. 2. OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS. 3. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL CRÉDITO HIPOTECARIO TRANSFRONTERIZO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 4. ¿SOLUCIÓN CON LAS NORMAS DE COLISIÓN Y UN DERECHO REAL PARA HECHOS NACIONALES O TRANSNACIONALES? 5. **UN DERECHO DE GARANTÍA REAL INMOBILIARIA UNITARIO PARA TODOS LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA.** 6. CONCLUSIONES PARCIALES.—**C. LA EUROHIPOTECA.**—**I. INTENTOS HASTA NUESTROS DIAS DE UNA UNIFICACION DE LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS:** 1. EL INFORME SEGRÉ. 2. INFORME DEL INSTITUTO MAX-PLANCK. 3. ASOCIACIÓN BANCARIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA. 4. FEDERACIÓN HIPOTECARIA EUROPEA. 5. DOCUMENTOS DE TRABAJO DE LA COMISIÓN. 6. DIRECTIVAS. 7. UNIÓN DEL NOTARIADO LATINO. 8. CONCLUSIONES PARCIALES.—**II. LA CEDULA HIPOTECARIA SUIZA:** 1. IMPORTANCIA. 2. DISPOSICIONES LEGALES. 3. OTROS DERECHOS DE GARANTÍA REAL HIPOTECARIA. 4. ACCESORIEDAD. 5. NATURALEZA JURÍDICA. 6. OBJETOS HIPOTECABLES. 7. EXIGENCIAS DE PUBLICIDAD. 8. CONSTITUCIÓN, TRANSMISIÓN Y CANCELACIÓN: a) *Constitución*. b) *Transmisión*. c) *Extinción*.—**9. MODIFICACIÓN DEL CRÉDITO.** 10. ACUMULACIÓN DE CRÉDITO. 11. NUEVA UTILIZACIÓN. 12. CONVERSIÓN. 13. ASEGURAMIENTO DE UNA LÍNEA DE CRÉDITO. 14. FINANCIACIÓN POR TRAMOS. 15. ASEGURAMIENTO DE UN CRÉDITO CONSORCIAL. 16. FINANCIACIÓN INTERMEDIA. 17. ASEGURAMIENTO DE PRESTACIONES ACCESORIAS. 18. PRÉSTAMOS GLOBALES. 19. **RESERVA DE UNA POSICIÓN DE RANGO VENTAJOSA.** 20. OCULTAMIENTO DE LA PERSONA DEL ACREEDOR HIPOTECARIO. 21. HIPOTECA DE DIVISAS EXTRANJERAS. 22. EJECUCIÓN FORZOSA. 23. CONCLUSIONES PARCIALES.—**III. IDONEIDAD PARA LA SOLUCION DEL PROBLEMA:** 1. TÉCNICAS DE ASEGURAMIENTO. 2. VENTAJAS DE LA «EUROHIPOTECA». 3. RIESGOS DE LA «EUROHIPOTECA». 4. ¿Es LA «EUROHIPOTECA» COMPATIBLE CON LOS

(2) Enviado ya este trabajo a la imprenta, ha saltado a la prensa la polémica acerca de la interpretación del artículo 1.211 del Código Civil en relación a los préstamos hipotecarios, lo que en el fondo viene a plantear la posibilidad de admitir en el actual Derecho español una hipoteca abstracta y por tanto no accesoria del crédito, tema íntimamente relacionado con la materia que aborda este libro.

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD? 5. CONTRATO DE ASEGURAMIENTO. 6. CONCLUSIONES PARCIALES.—IV. ¿COMO PODRÍA REGULARSE LA «EUROHIPOTECA»?—V. POSIBILIDADES DE CREACIÓN DE UNA «EUROHIPOTECA»: 1. MERCADO INTERIOR TAMBIÉN PARA EL CRÉDITO HIPOTECARIO. 2. INSTRUMENTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD EUROPEA. 3. ARTÍCULO 222 DEL TRATADO. 4. NORMAS LEGITIMADORAS PARA LA INTRODUCCIÓN DE UNA «EUROHIPOTECA». 5. TRATADO INTERNACIONAL. 6. CONCLUSIONES PARCIALES.—D. **CONCLUSION FINAL.**

IV. ¿ES RECOMENDABLE UN DERECHO DE HIPOTECA NO ACCESORIO UNITARIO PARA TODA LA COMUNIDAD EUROPEA?

El actual mercado crediticio precisa derechos de garantía que se acomoden a las exigencias del moderno mercado del crédito. Aunque los instrumentos jurídicos se diferencien unos de otros en los diferentes Estados comunitarios, sin embargo los institutos de crédito de todos los Estados son similares y se plantean idénticas preguntas. A continuación se contraponen los efectos obtenidos en relación a los diferentes sistemas jurídicos para cada una de las técnicas de aseguramiento. Igualmente se hace referencia a las especialidades de algunos Estados miembros. La exposición de un específico problema de Derecho internacional privado en el ámbito del crédito hipotecario transfronterizo debe enseñarnos que la existencia de derechos de garantía real inmobiliaria, específicos en algunos Ordenamientos jurídicos y desconocidos en otros, plantea dificultades en la práctica contractual internacional. Después se investigará si los problemas pueden ser resueltos a través de las normas de colisión o a través de la creación de un estatuto real para los créditos hipotecarios transfronterizos, así como para las relaciones transfronterizas, o si puede ser introducido en el derecho de cosas de todos los Estados comunitarios un derecho de hipoteca no accesorio, igualmente utilizable en las relaciones nacionales.

1. ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EXPUESTOS CON ANTERIORIDAD
(Alemán, francés y español)

A) Técnicas

1) *Cambio de la deuda (del crédito)*

La posibilidad de utilizar un derecho de hipoteca para el aseguramiento de un crédito distinto del inicialmente asegurado es la característica definitiva para la flexibilidad de un derecho de hipoteca, especialmente porque puede ser conservado el rango. Junto a la cuestión de la seguridad, en la

práctica resulta igualmente decisivo el problema de los costes. Cuando el cambio del crédito (garantizado) puede tener lugar sin intervención del Notario o del Registrador pueden economizarse los costes.

El Derecho alemán ofrece a través de la deuda territorial (*Grundschuld*) un derecho de hipoteca flexible. A través del correspondiente contrato de aseguramiento se posibilita el cambio de la prestación.

Distinta es la situación de la hipoteca en el Derecho francés, que viene caracterizada por la estricta accesoriedad, lo que repercute también en la posibilidad de variación del crédito. Sin embargo, es posible a través de «novation avec maintien exprés des suretés» utilizar la hipoteca para garantizar un nuevo crédito. Sin embargo, esto sólo es posible si a través del nuevo crédito se satisface el anterior. Y, además, el nuevo crédito sólo es garantizado en la cuantía que tuviese el antiguo en el momento de la novación. La posibilidad de cambio del crédito es por ello muy limitada. Si simultáneamente se produce un cambio del acreedor, puede igualmente pactarse una subrogación en la hipoteca. El principio de accesoriedad determina que aunque la hipoteca asegure sólo el nuevo crédito, depende, sin embargo, de ambas prestaciones. Ello lleva a que esta técnica hoy en día no sea prácticamente utilizada.

Igualmente el Derecho español conoce solamente una hipoteca fuertemente accesoría. Para garantizar un nuevo crédito distinto del primitivo debe constituirse una nueva hipoteca, con el nuevo rango y los consiguientes costes.

2) *Acumulación de créditos*

La posibilidad admitida por el Derecho alemán de que se acumulen créditos sin más, es decir, la suma de un crédito posterior a la garantía de la hipoteca, plantea el problema de que, bajo determinadas circunstancias, puede perjudicarse la posición jurídica de los acreedores posteriores.

Debido al carácter accesorio de la hipoteca francesa, un nuevo crédito no puede ser garantizado con una hipoteca constituida para garantizar otro crédito, aunque éste continúe siendo garantizado. Cuando desde un principio se prevé que podrá solicitarse un nuevo crédito, puede pactarse una apertura de crédito y garantizarlo con una hipoteca convencional. Resulta así una especie de hipoteca de contrato máximo, lo que en la práctica es frecuente. Si este aumento del crédito, sin embargo, no se previó desde el principio, el aseguramiento de nuevos créditos requiere la constitución de una nueva hipoteca.

En el Derecho español la hipoteca de máximo regulada legalmente otorga un cierto margen de maniobra en este punto.

3) Nueva prestación

Igualmente, en el supuesto de extinción del crédito garantizado inicialmente puede ser utilizada la primitiva deuda territorial para asegurar nuevos créditos, que son independientes de la extinción del primero garantizado. Por ello, casi siempre, en los contratos de aseguramiento suele pactarse que la deuda territorial pueda servir para el aseguramiento de créditos que puedan concederse en el futuro.

Sin embargo, la extinción del crédito garantizado determina el fin de la hipoteca en el Derecho francés y español. No existe una hipoteca de propietario. De ahí que el aseguramiento de nuevos créditos sólo es posible a través de la constitución de una nueva hipoteca.

4) Consolidación

En el Derecho alemán es posible la transmisión de una deuda territorial para el aseguramiento de nuevos créditos del adquirente de la deuda territorial. Si la deuda territorial está incorporada a un título, ello es posible sin necesidad de inscripción en el libro registral. La práctica, sin embargo, no renuncia a la intervención de un Notario cuando el adquirente deba conservar la posibilidad de transmitir la hipoteca nuevamente con mantenimiento del principio de fe pública (art. 1.155 BGB). Sin embargo, en este supuesto los costes son más baratos que en una nueva constitución de un derecho de hipoteca. Además, el rango permanece inalterado.

En el Derecho francés existen diversas variantes para utilizar una hipoteca previamente existente en el supuesto de conversión de un crédito. Si se trata del mismo acreedor, ello es posible a través de documento privado. Si la conversión del crédito se realiza con un nuevo acreedor, en la práctica se utilizan las técnicas de «novation par changement de créancier et de dette» y «paiement avec subrogation». Pues el nuevo acreedor se subrogaría en la posición jurídica del acreedor previo en la situación que tuviese en el momento de la conversión, incluidas las condiciones del correspondiente préstamo. Por ello, en la práctica, la conversión del crédito se asegura a través de la constitución de una nueva hipoteca. Además, los costes de registración de una modificación del acreedor vienen a ser los mismos que los de constitución de una nueva hipoteca.

Lo mismo sucede en el Derecho español, donde casi siempre la práctica elige la constitución de una nueva hipoteca dado que la subrogación lleva consigo el riesgo de eventuales excepciones y, además, no existe una ventaja en cuanto a los costes. De ahí que no sea frecuente en España la conversión del crédito.

5) *Aseguramiento de una línea de crédito*

A través del correspondiente contrato se puede constituir una deuda territorial para garantizar una línea de crédito.

En la práctica francesa se utiliza para ello la técnica de «ouverture de crédit». En España existe la posibilidad de la hipoteca de máximo. Tanto en el Derecho francés como en el español deben observarse las características de los principios de accesoriedad y especialidad que determinan, a diferencia de la hipoteca en garantía de un contrato máximo del Derecho alemán, que no puedan introducirse nuevas prestaciones ni nuevos acreedores. De ahí que estas formas de hipotecas no puedan considerarse como hipotecas de contrato de máximo.

6) *Financiación por tramos*

Dado que el interés de la deuda territorial y el interés del préstamo pueden ser establecidos con independencia (con excepción de los supuestos de sobreaseguramiento), la deuda territorial puede ser utilizada para asegurar una financiación por tramos (esto significa que se concede un crédito a largo plazo, por ejemplo, treinta años, pero se determina el interés solamente para un período más corto, por ejemplo, cinco años. Después de estos cinco años se fija por contrato de nuevo el tipo de interés o el deudor ha de pagar toda la deuda). Dada su no accesoriedad, es indiferente si el nuevo tramo corresponde a un nuevo crédito u obedece sólo a una modificación del interés.

El aseguramiento de un contrato de interés ajustable a través de un derecho de garantía real inmobiliaria es posible en Francia. Sin embargo, el Derecho francés no admite una financiación por tramos a través de un interés ajustable **unilateralmente** dado que dicho Derecho no admite la fijación unilateral de las condiciones. Si se cierra un contrato de préstamo variable, resulta aplicable la «Loi Scrivener II». Podría admitirse un préstamo de interés variable, asegurado con hipoteca, mediante la inscripción del límite máximo de los intereses. El ajuste de las condiciones resulta igualmente problemático en España. Aquí también se ofrece la posibilidad del préstamo variable. Para el aseguramiento de los intereses variables se podría constituir una hipoteca de máximo.

7) *Aseguramiento de un crédito consorcial*

Los créditos consorciales pueden asegurarse a través de una deuda territorial de seguridad, tanto a través de una incorporada a un título como

de una inscrita en el Registro a favor del Director del Consorcio (y éste ha de conservarla para sus consortes «fielmente»). Para los Bancos alemanes surge, sin embargo, un problema especial dado que tienen que «adquirir» la parte de la deuda territorial que a ellos les corresponde. En la deuda territorial incorporada a un título ello es posible sin necesidad de crear títulos parciales. Por contra, la situación jurídica no está totalmente clara en la deuda territorial inscrita en el Registro, de tal forma que los Bancos hipotecarios alemanes, incluso hoy en día, exigen la cesión de partes de la hipoteca.

En el Derecho francés una hipoteca sólo puede constituirse para asegurar un crédito consorcial cuando los acreedores son acreedores conjuntos. Para estos supuestos, sin embargo, existen especialidades que simplifican la inscripción a través de la utilización de un *bordereau* conjunto. Igualmente, en el Derecho español debe existir una comunidad de acreedores. Sin embargo, existen dudas acerca del tratamiento jurídico de un aseguramiento de este tipo.

8) *Financiación intermedia*

La deuda territorial de seguridad ofrece la posibilidad (tanto la registrada como la incorporada a un título) de asegurar tanto la financiación intermedia como la final. En el Derecho francés existe una solución al menos parcial para la financiación intermedia mediante la utilización de «paiement avec subrogation» y la utilización de un *bordereau* conjunto. En España puede igualmente utilizarse la subrogación.

9) *Aseguramiento de prestaciones accesorias*

A través de una deuda territorial de seguridad pueden asegurarse más prestaciones accesorias que con la hipoteca ordinaria.

El Derecho francés igualmente ofrece la posibilidad de pactar prestaciones accesorias y garantizarlas a través de su mención expresa. En el Derecho español los intereses pueden ser garantizados por un máximo de tres años.

10) *Crédito global*

En la práctica alemana la deuda territorial se constituye tanto para garantizar créditos al constructor como al adquirente. Para los primeros ofrece importantes ventajas, principalmente la posibilidad de garantizar un

crédito ajustado al contrato. La transmisión de una deuda territorial global, o una parte de ella, a favor del financiador del adquirente no suele ser habitual, sino que normalmente se constituye una nueva hipoteca.

En Francia al adquirirse un inmueble una vez constituida la hipoteca, puede dividirse el crédito del promotor y ser transmitido al adquirente. Para posibilitar esta operación se introdujo a través del artículo 1.279.2 del Código Civil una norma especial, con arreglo a la cual la hipoteca (en contra del principio de accesoriedad) debe mantener su posición jurídica a pesar de la novación. En España, igualmente es posible que el crédito al promotor garantizado con hipoteca pueda transmitirse a través de la subrogación.

11) *Reserva de una posición de rango ventajosa*

A través de la existencia de una hipoteca de propietario, el Derecho alemán ofrece al propietario la posibilidad de asegurar (reservar) un rango y utilizarlo para garantizar créditos posteriores.

Dado que los Derechos francés y español no conocen en la actualidad una hipoteca de propietario, no exista dicha posibilidad. Debe, pues, acudirse a la correspondiente extinción y constitución de una nueva hipoteca para garantizar los futuros créditos sin mantenimiento del rango. La posibilidad española de reserva de rango recuerda, sin embargo, a la hipoteca de propietario. Sin embargo, en ambos Ordenamientos jurídicos se exige la determinación del acreedor y de determinadas circunstancias.

12) *Ocultación de la persona del acreedor*

Una deuda territorial incorporada a un título puede ser constituida a favor del propietario y transmitirse posteriormente con independencia del Registro. A través de ello los acreedores pueden permanecer ocultos.

En Francia esto no es posible en relación al primer acreedor hipotecario, sino sólo para los posteriores a través del correspondiente endoso. En parecido sentido se manifiesta el Derecho español cuando una hipoteca se constituye para garantizar derechos incorporados a títulos.

13) *Hipoteca en divisas extranjeras*

En los tres Ordenamientos no es posible la constitución directa de un derecho de hipoteca en divisas extranjeras. Sin embargo, la práctica ha encontrado determinadas posibilidades. Así, por ejemplo, en el Derecho

alemán la deuda territorial de seguridad puede utilizarse a través de la correspondiente constitución de un contrato de aseguramiento para la seguridad de créditos en divisas extranjeras.

E igualmente en los Derechos francés y español se desarrollaron diversas técnicas para poder garantizar hipotecariamente créditos en divisas extranjeras. Sin embargo, en determinados supuestos surge el problema en la fijación de período de tiempo para determinar la relación de cambio de las divisas.

14) *Ejecución*

El Derecho alemán ofrece a través de la deuda territorial y de la promesa de la deuda abstracta dos instituciones jurídicas que, a través de su unión, permiten al acreedor el acceso tanto al patrimonio real como al patrimonio personal del deudor. Para ello es especialmente importante la sujeción de una inmediata ejecución.

Con arreglo al Derecho francés todos los documentos notariales tienen fuerza ejecutiva, permitiendo llevar a cabo una ejecución forzosa. El acreedor hipotecario tiene en esencia sólo un título real. Si el inmueble no es suficiente para satisfacer su prestación, puede también dirigirse contra el patrimonio personal del deudor. La subasta ofrece algunas singularidades. Así, por ejemplo, puede admitirse una sobrepuja dentro de los diez días siguientes al remate. Y cuando el rematante no paga, pierde todos sus derechos.

En España el acreedor hipotecario puede utilizar diversos procedimientos de ejecución, entre los cuales, en la práctica, el de mayor importancia es el procedimiento judicial sumario. Debe resaltarse cómo determinados requisitos (el tipo, domicilio) deben de ser ya fijados en el documento de constitución de la hipoteca.

B) *Conclusiones parciales*

Especiales problemas se plantean fundamentalmente allí donde sólo existen derechos de hipoteca accesorios. La deuda territorial de seguridad no es accesoria y, por ello, ofrece mayores posibilidades. Sin embargo, también en la práctica francesa y española se obtiene una determinada flexibilidad; así, por ejemplo, a través de la subrogación. Son, sin embargo, complicadas y obligan al nuevo acreedor a aceptar las condiciones del primitivo contrato. Incluso no pueden utilizarse si el crédito garantizado originariamente ha sido ya satisfecho. Porque la extinción de la prestación garantizada conlleva la de la hipoteca, dado que no existe ninguna hipoteca de propietario. Incluso ya

en el momento de la constitución surgen problemas. Debe de atenderse especialmente a la fijación del plazo en que debe satisfacerse el crédito e, incluso, el valor de dicho crédito, fundamentalmente en el supuesto de financiación de un negocio de adquisición de un inmueble. Pues la hipoteca sólo surge con el surgimiento del crédito garantizado, mientras en el Derecho alemán el derecho de hipoteca puede constituirse con anterioridad. Por ello sólo muy limitadamente puede obtenerse el mantenimiento oculto del acreedor o la reserva de un rango preferente. Tan perjudicial como la estricta **accesoriedad** de la hipoteca resulta en Francia la inexistencia de un Registro con principio de fe pública registral. Por contra, el Registro de la Propiedad español cumple respecto de la hipoteca un fin análogo al del Registro alemán en relación a la seguridad jurídica dado que conlleva el principio positivo de la fe pública. Incluso se obtiene una fuerte seguridad jurídica al ser en la hipoteca española la inscripción constitutiva, lo que no sucede con el Derecho francés. Sin embargo, la inscripción tiene un cierto carácter protector para terceros, que en la práctica actúa como una exigencia de inscripción. La inexistencia de un derecho incorporado a un título dificulta y eleva los costes de la transmisión de la hipoteca en Francia y en España. Esas consecuencias negativas las tiene también la utilización de una deuda territorial tabular. En los tres Ordenamientos jurídicos se han desarrollado técnicas que permiten el aseguramiento a través de una hipoteca de un crédito en divisas extranjeras. La subasta como consecuencia de la ejecución forzosa está regulada muy detalladamente. El Derecho francés ofrece incluso en este punto algunas ventajas. Teóricamente existen posibilidades para financiación de créditos consorciales y financiaciones intermedias, sin embargo, con un alcance limitado.

En aquellos Ordenamientos que sólo conocen derechos de hipoteca accesorios no es posible la formulación y tratamiento diferenciado del contrato personal y el documento de constitución de la hipoteca. Ello lleva a una limitación en las posibilidades de utilización. Por ello se intenta conseguir una movilidad del contrato personal mediante la creación de un contrato de apertura de crédito, de tal forma que el aseguramiento a través de la hipoteca se produce en relación a un crédito futuro aún no determinado. Sin embargo, esto se consigue sólo en el ámbito del cambio del crédito con un instituto de crédito y de una línea de crédito con mayor flexibilidad, pero no en los supuestos de transmisión de los derechos de hipoteca y de la constitución a favor de varios acreedores. A través de esta construcción, que se consigue mediante la creación de una especie de hipoteca de contrato máximo, en la que la unión entre el crédito y el derecho real de hipoteca queda más debilitada, la práctica francesa demuestra la necesidad de este debilitamiento. Pero también estos esfuerzos del legislador francés para conseguir una mayor movilidad del crédito, especialmente en la transmisión de los créditos garantizados con hipoteca, demuestran

cómo, en general, se considera necesario obtener una mayor movilidad en el ámbito del derecho de hipoteca. La vía mejor para conseguirlo es a través de un derecho de hipoteca no accesorio.

De todo ello resulta que la utilización de derechos de hipoteca accesorios resultan entorpecedores y caros en el campo de la práctica del crédito. Estos derechos de hipoteca accesorios son insuficientes hoy en día, tanto para el deudor como para el acreedor, dado que los intereses de ambos coinciden en la búsqueda de derechos de hipoteca más flexibles y menos costosos.

2. OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

También en otros Ordenamientos jurídicos se han desarrollado fórmulas que llevan a la necesidad de constitución de hipotecas no accesorias. En parte son ya derecho positivo, en parte simplemente práctica del mercado del crédito.

A) Países Bajos

En los Países Bajos existen dos fórmulas de hipotecas: La llamada hipoteca fija y la llamada hipoteca bancaria. La primera asegura un determinado crédito. En el contrato de constitución de la hipoteca se fijan ya las condiciones del crédito, el interés y el plan de reembolso. Si el crédito es satisfecho, se extingue la hipoteca, incluso aunque la inscripción no haya sido cancelada. En la práctica este tipo de hipoteca sólo se utiliza cuando el crédito se garantiza además con una fianza pública comunal, pues en estos supuestos está preceptuada la constitución de una hipoteca fija.

La hipoteca bancaria, que es la normal en el mercado del crédito, asegura todos los créditos recíprocos y futuros del acreedor, por ejemplo, como consecuencia de una determinada relación bancaria, garantizando la responsabilidad hasta un límite máximo. Esta hipoteca puede ser inscrita aún antes de que exista el crédito y surge en el momento del nacimiento del crédito, pero con mantenimiento del rango originario. Si se satisfacen todos los créditos garantizados, se extingue la hipoteca. No existe una hipoteca de propietario. El deudor hipotecario tiene entonces derecho a una cancelación de la inscripción de la hipoteca para corregir el Registro. A través de la constitución de una hipoteca bancaria puede obtenerse como resultado (desde un punto de vista de la línea de crédito) efectos que se asemejan a una hipoteca de contrato máximo, y desde un punto de vista comercial incluso recuerdan a una deuda territorial. El hecho de que el mercado del crédito

de los Países Bajos se dirija casi exclusivamente a este tipo de hipoteca demuestra nuevamente la necesidad de introducir un derecho de hipoteca flexible.

B) Dinamarca

En el Derecho danés una hipoteca se compone de un reconocimiento escrito de deuda, conectado en el documento con un aseguramiento a través de un inmueble o de bienes muebles. Ello, sin embargo, no significa que exista una unión entre el reconocimiento de deuda abstracto y el derecho de hipoteca. Podría plantearse la cuestión acerca de la esencia del derecho de hipoteca, es decir, si se trata de un derecho de pago ejecutable sólo en relación al inmueble o concede únicamente un derecho de realización. O se quiere con ello aludir al contrato personal. Pues con arreglo al Derecho danés es posible, y frecuente, recoger el crédito personal asegurado en un título de hipoteca, de tal forma que se concede también un título sobre el patrimonio personal del constituyente de la hipoteca cuando se acepta en el documento su sujeción en el caso de ejecución forzosa. Antes de que se permitiese a los Bancos hipotecarios daneses la financiación de una parte importante de los inmuebles, se constituía este tipo de títulos de hipoteca para el aseguramiento del precio de compra y se negociaban a través de su venta o su pignoración. Hoy en día estos títulos de hipoteca sirven como títulos hábiles para su negociación.

El Derecho danés conoce como forma de hipotecas sobre todo la *pantebrev* y la *ejerpantebrev*.

La *pantebrev* constituye una hipoteca fuertemente accesoria incorporada a un título, que se constituye por el propietario en garantía de un determinado crédito, a través de la firma del formulario que le presenta el Banco. En este documento se contienen también las condiciones del contrato de préstamo, de tal forma que no existe un documento diferenciado que recoja el contrato de préstamo. A través de este contrato surge la hipoteca, y para su eficacia frente a terceros y para la obtención del rango se inscribe en el Registro de la Propiedad. La importancia práctica de este tipo de hipoteca en Dinamarca es enorme. Los Bancos hipotecarios daneses, que en el año 1990 concedieron el 80,2 por 100 de los nuevos préstamos hipotecarios, sólo pueden utilizar como forma de hipoteca ésta.

Los Bancos comerciales operan, sin embargo, principalmente con la *ejerpantebrev*. Esta puede ser contemplada como una hipoteca de propietario sin prestación dado que el propietario la constituye para sí mismo y la pignora a favor del Banco a través del correspondiente consentimiento y transmisión del título. El Banco no obtiene el derecho pleno sobre ella, sino

un derecho de prenda sobre ese *ejerpantebrev*. El Banco, tras la extinción del crédito, devuelve el título al propietario, que lo puede utilizar para garantizar un nuevo crédito. Con independencia de este documento se cierra el contrato de crédito. En éste, o en otro formulario especial, se acuerda la finalidad del aseguramiento, así, por ejemplo, la pignoración del *ejerpantebrev* para el aseguramiento de todos los créditos existentes o futuros del Banco en relación al deudor o también las futuras relaciones comerciales. La *ejerpantebrev* no está limitada a los inmuebles, sino que puede ser constituida también sobre bienes muebles. La venta forzosa en el *ejerpantebrev* no plantea problemas si el deudor reconoce su deuda. Si no lo hace, tiene que obtenerse el correspondiente título a través de un juicio ordinario contra el propietario. Si el *ejerpantebrev* se pignora posteriormente («con rango posterior») a favor de otro acreedor, el propietario debe comunicarlo al primer acreedor.

Una variante del *ejerpantebrev* es el *skadesloesbrev*, que no permite una posterior pignoración.

El hecho de que los Bancos hipotecarios daneses no estén autorizados para utilizar el *ejerpantebrev* no se debe a razones de seguridad del derecho de hipoteca, sino fundamentalmente a la costumbre. Sin embargo, la constitución de un *pantebrev* para el aseguramiento de la financiación de la adquisición de un inmueble, o de su construcción, genera un impuesto del 1,5 por 100 del importe de la hipoteca, mientras que la utilización de un *ejerpantebrev* determina la existencia de un impuesto de un 4 por 100, salvo en determinados supuestos. Sin embargo, hasta el año 1986 tanto la constitución de un *pantebrev* como de un *ejerpantebrev* generaba un impuesto del 1,5 por 100. Ello fue modificado para hacer más difícil la obtención de nuevos créditos a los propietarios fuertemente endeudados.

El Derecho danés permite aún otro tipo de hipoteca, la *hoestpantebrev*. Sin embargo, sólo puede ser utilizada para el aseguramiento de una financiación de inmuebles rústicos (o para la siembra) y sirve sólo por una duración de un año. Sin embargo, tiene absoluto rango preferente, incluso frente a derechos de hipoteca constituidos con anterioridad.

Como conclusión puede afirmarse que la *ejerpantebrev* danesa, a través de su naturaleza de derecho carturar y la posibilidad de pignoración en conexión con otro contrato que determina el fin del aseguramiento, ofrece una mayor flexibilidad que el *pantebrev*.

C) Inglaterra

La esencia de una *mortgage on land* según el Derecho inglés está en la transmisión al acreedor de un *legal interest* o de un *equitable interest* sobre

el inmueble, de tal forma que la devolución pueda ser exigida cuando la obligación del deudor se haya cumplido. A través de los artículos 85 y siguientes de la «Law of Property Act» se estableció en el año 1985 que la propiedad del constituyente de la hipoteca no se transmitía, mientras que hasta entonces la hipoteca se entendía precisamente como la transmisión de esta posición jurídica del propietario.

La *mortgage* se constituye **contractualmente**. El contenido del contrato pertenece a la autonomía de los contratantes. Su constitución puede ser similar tanto a una hipoteca como a una deuda territorial. Esto, sin embargo, no significa que una *mortgage* pueda surgir con independencia del crédito que ha de asegurar. Por el contrario, la *mortgage* presupone la existencia de un crédito previo; en su día, en caso de procedimiento habrá que probarlo. La *mortgage* puede además aproximarse a una deuda territorial o, en su caso, a una hipoteca de contrato máximo, dado que es posible el acuerdo de que todos los posibles créditos futuros queden asegurados. Se denomina entonces «**all moneys charge**». Su importe no está predeterminado si no resulta directamente de los créditos que se garantizan. Esta figura como garantía duradera no se extingue ni en el supuesto de reembolso. Por ello es posible asegurar nuevos créditos.

La habitual traducción del concepto de *mortgage* por hipoteca induce a confusión, porque a través de ello se conecta con principio de la accesoriedad. Si se desea utilizar un concepto técnico del Derecho alemán, habría que acudir al de hipoteca de contrato máximo. Es preferible la utilización del concepto original de *mortgage* para significar las diferencias del sistema jurídico inglés o, en todo caso, el concepto genérico del derecho real de garantía inmobiliaria para no tener que definirse acerca de la cuestión del principio de accesoriedad, que en el mundo jurídico inglés no se plantea.

3. PROBLEMAS ESPECÍFICOS DEL CRÉDITO HIPOTECARIO TRANSFRONTERIZO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En la práctica, hasta nuestros días, los Bancos alemanes en el supuesto de crédito hipotecario transfronterizo someten el contrato de préstamo al Derecho alemán. A continuación se examinará si ello es posible en el supuesto del «*privilège du preteur de deniers*», que los Notarios franceses traen a colación como garantía del crédito en el supuesto de financiación en el precio de compra.

Este privilegio surge con arreglo al artículo 2.103.2 del Código Civil francés sólo cuando el contrato de préstamo prevé que la suma prestada será utilizada para la adquisición del inmueble específico y a través de un recibo del vendedor se determina que el pago se hará con el préstamo.

Dado que el contrato de préstamo debe contener una previsión de creación del derecho real, es dudoso que en el supuesto de crédito hipotecario transfronterizo sea posible, o incluso adecuado, una separación del estatuto personal y el estatuto real.

a) La pregunta sería si en una hipoteca es posible una separación del estatuto real (es decir, el derecho aplicable a la garantía real) y el estatuto del crédito (es decir, el derecho aplicable a la prestación garantizada).

Derecho internacional privado alemán: Con arreglo al principio de *Lex rei sitae* es aplicable el Derecho del lugar de situación. Con arreglo al artículo 27.1 BGB, un contrato de préstamo se somete al Derecho elegido por los contratantes. Esto es, en esencia, también válido para un crédito que es asegurado con un derecho de hipoteca. Así se reconoce la posibilidad de una divergencia entre el estatuto personal (de la prestación) y el estatuto real. Los contratantes pueden pactar que el estatuto real se aplique también a la prestación asegurada. Es opinión común que esa es la voluntad presumible de las partes si se trata de uno de los llamados típicos créditos reales, que se conceden «sobre un inmueble» y para cuya concesión resulta definitivo la estimación y el valor del inmueble. El artículo 28.3 BGB establece hoy en día una presunción legal en este sentido. Con arreglo al artículo 29.1 BGB, esta elección del derecho aplicable no puede, sin embargo, conducir a que el consumidor pierda protección a través de esta obligada elección del derecho de otro Estado.

Derecho internacional privado francés: También en el Derecho francés el estatuto personal y el estatuto real resultan separados. La norma de la *Lex rei sitae* para los inmuebles viene recogida en el artículo 3.2 del Código Civil. El Derecho francés resulta aplicable en la constitución de una hipoteca sobre un inmueble sito en Francia. El estatuto del crédito personal se somete en esencia a la autonomía de las partes. Si no se produce la elección de un determinado Ordenamiento jurídico, se presume que la voluntad de las partes es someterse al estatuto real igualmente para la prestación personal. La doctrina francesa estima (al menos la primitiva) que a la constitución de la hipoteca le resulta también aplicable la autonomía de la voluntad dada su naturaleza contractual. No obstante, se señala que en la práctica la elección del Derecho alemán para la constitución de una hipoteca sobre un inmueble sito en Francia carece de sentido, pues no podría llevarse a cabo la inscripción de la hipoteca. La inexistencia del principio de abstracción en el Derecho francés no se opone a la divergencia entre el estatuto personal y el estatuto real. Pues el principio de abstracción hace referencia a la dependencia del contrato real en relación al contrato personal previamente existente. La constitución de una hipoteca, sin embargo, no está subordinada al crédito de carácter personal. Por el contrario, la prestación y la hipoteca están unidas en el mismo plano.

El EVU: El Acuerdo Europeo de Roma acerca de la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, EVU) de 19 de junio de 1980, ha entrado en vigor el 1 de abril de 1991. La necesaria ratificación exigida por el artículo 29 de dicho acuerdo ha tenido ya lugar. Pronto se produjo la ratificación de Bélgica (31-7-1987), Dinamarca (7-1-1986), Francia (10-11-1983), Italia (25-6-1985), **Luxemburgo** (1-10-1986) y la República Federal Alemana (8-1-1987). La hace tiempo anunciada ratificación del Reino Unido se produjo el 29 de enero de 1991, y con ello la necesaria ratificación de siete Estados miembros. Así se produjo la entrada en vigor para los Estados que previamente lo habían ratificado, con arreglo al artículo 29.1 del Acuerdo. Con ello el Acuerdo se ha convertido en plenamente aplicable. En tanto no se modifiquen las disposiciones nacionales necesarias, las disposiciones del acuerdo tienen la consideración de Derecho nacional del correspondiente país. En Francia las disposiciones del Acuerdo tienen con su entrada en vigor la consideración de Derecho internacional. Para el Derecho alemán debe observarse cómo las disposiciones del acuerdo fueran ya asumidas a través de la reforma del Derecho internacional **privado** alemán en los artículos 27 y siguientes BGB, de tal forma que la fuerza vinculante de las disposiciones del acuerdo ya había sido adoptada con anterioridad. Lo mismo puede predicarse de Bélgica, Dinamarca y Luxemburgo. El artículo 3.1 del Acuerdo establece el principio de la libre elección del Ordenamiento jurídico. En relación a los derechos de garantía real se establece la presunción del sometimiento a la *Lex rei sitae*, artículo 4.3 del Acuerdo, pero el contrato de préstamo, que va a ser garantizado con hipoteca, puede someterse al estatuto personal.

De esta forma el estatuto personal y el estatuto real (tanto con arreglo al Derecho internacional privado alemán como francés) pueden ser distintos.

b) El principio de la *Lex rei sitae* determina que el nacimiento de un derecho real se regirá por el Derecho correspondiente al lugar de situación del bien. Si el contrato de préstamo se cerrase con arreglo al Derecho alemán, ello significaría que las disposiciones obligatorias del «*privilège du preteur de deniers*» se regirían por el Derecho alemán. Dado que se trataría del nacimiento del *privilège* como carga sobre un inmueble francés, con arreglo a la *Lex rei sitae*, sería aplicable el Derecho francés.

La opinión mayoritaria de la doctrina francesa estima que un *privilège* sólo puede surgir en esencia cuando sea posible, tanto con arreglo al estatuto real como al estatuto personal, y de ahí que se distinga entre *privilèges généraux* y *privilèges spéciaux*. Se propone una excepción para los Derechos de rango preferente, como, por ejemplo, el privilegio especial de salarios previsto en el artículo 2.104.2 del Código Civil.

Una opinión minoritaria se manifiesta a favor de una posición prevalente de la *Lex rei sitae*. Con arreglo a ella, estos privilegios surgen también

en relación a créditos a los que el Derecho francés reconoce el carácter privilegiado, incluso cuando el estatuto personal aplicable al crédito no les reconoce dicho carácter privilegiado. Con arreglo a esta opinión el estatuto personal regulará el crédito, mientras que la *Lex rei sitae*, por el contrario, la garantía, y ésta última determinará si el crédito estará o no privilegiado. Es de observar, sin embargo, que esta discusión sólo afecta al supuesto en que la garantía regulada con arreglo a la *Lex rei sitae* sea desconocida para el estatuto personal o negada por éste. Es unánime, sin embargo, la opinión de que la garantía real no puede ser reconocida si con arreglo a la regla *Lex rei sitae* no es admisible.

Debe aceptarse la opinión **mayoritaria**. Pues el privilegio surge precisamente como consecuencia de un determinado crédito. Consecuencia de ello es que la constitución o el surgimiento del privilegio debe regirse también por el estatuto personal. Además, no puede ser desconocido el carácter accesorio de los privilegios. Por ello el crédito es determinante. Debe rechazarse su caracterización como privilegiado a través de la *Lex rei sitae*, aun admitiendo que la aplicación del principio de orden público puede en determinados supuestos conducir a la prevalencia del estatuto real frente al estatuto personal. Dado que esencialmente todos los acreedores deben ser tratados de la misma forma, un privilegio sólo puede surgir cuando sea admisible tanto por el estatuto personal como por el estatuto real. Consecuencia de ello es que el nacimiento del privilegio se someterá al derecho más restrictivo, de tal forma que el privilegio no podrá ser reconocido cuando no sea admitido por el estatuto real o el estatuto personal.

La consecuencia de ello es que un derecho de crédito, sometido al Derecho alemán, no puede ser garantizado con un *privilège du preteur de deniers* al no reconocer el Derecho alemán esta institución; distinto sería que el contrato de préstamo se sometiera al Derecho francés, por ejemplo, por pactarse así expresamente.

c) Precisamente esto podría ofrecer un inicio para la solución del problema. Pues con arreglo al artículo 3.1 del Acuerdo (EVU) las partes de un contrato de crédito pueden elegir el derecho aplicable a todo el contrato o sólo a una parte de él; en igual sentido el artículo 27.1 BGB y las disposiciones de Derecho francés. Es opinión unánime que la posibilidad de división del estatuto aplicable a un contrato de crédito no puede ser entendido en el sentido de que las obligaciones de los contratantes queden sometidas a distintos Ordenamientos jurídicos; así, por ejemplo, que determinadas cláusulas del contrato, como la posibilidad de notificación, se sometan para el deudor a un Ordenamiento jurídico y para el acreedor a otro. A mayor abundamiento, la división del derecho aplicable no puede conducir a soluciones injustas, sino, por el contrario, equitativas. Esta exigencia estaría aquí cumplida si el contrato de crédito se sometiera en esencia al

Derecho alemán, pero, sin embargo, la constitución de un *privilège du preteur de deniers*, por el contrario, al Derecho francés.

A estos fines resulta problemático, sin embargo, cómo podría dividirse el contrato de crédito. Es dudoso que pueda ser elegida la finalidad específica del préstamo como «regla» que atraiga el Derecho francés. Pues no es seguro que la regulación jurídica francesa de ese fin específico pudiese ser contemplada como suficiente para poder atraer consigo la constitución de un «*privilège du preteur de deniers*». Mas seguro parecería que la auténtica prestación consistente en la devolución del préstamo (capital, intereses, etc.) que se contiene en el contrato de préstamo sea la que fundamente la aparición del *privilège* con arreglo al Derecho francés. Para esa «promesa de deuda» (que no debe confundirse con la promesa de deuda abstracta que no es conocida en el Derecho francés hasta hoy) podría pactarse el Derecho francés. Surge, sin embargo, la cuestión de determinar qué Ordenamiento debería regular la nulidad, la anulabilidad, etc. Se hace necesario por ello una regulación clara y expresa de estas cuestiones.

El resultado de una elección parcial del Ordenamiento sería en ambos supuestos admisible dado que los contratantes, a través de la posibilidad de utilización del Derecho francés, garantizarían un crédito en condiciones menos costosas y de mejor rango. Un resultado contrario debe excluirse, dado que todas las preguntas en relación al *privilège*, fundamentalmente las referentes a su nacimiento, se rigen por el Derecho francés. Podría establecerse en una cláusula especial la finalidad específica del crédito o la «promesa de deuda», que se sometería al Derecho francés.

d) Mayores dificultades plantean los supuestos en que la elección parcial del Ordenamiento jurídico no resulta con claridad. Con arreglo al artículo 3.1 del Acuerdo (EVU), es también suficiente cuando la elección del Ordenamiento jurídico resulta con claridad de las condiciones del contrato o de las circunstancias del caso. Si los contratantes pactan en el contrato de préstamo que los derechos del acreedor deban ser garantizados con un *privilège* y si rellenan para ello todas las condiciones necesarias delante del Notario francés, entonces demuestran con claridad que desean hacer todo lo necesario para que surja un *privilège*. Por tanto, de las circunstancias del caso se deriva que desean constituir el contrato de préstamo con arreglo al Derecho francés en todo lo que sea necesario para que surja el *privilège*.

A la misma conclusión se podría llegar en los supuestos en que se deduzca claramente del contrato de préstamo el sometimiento al Derecho alemán. Pues con arreglo al artículo 27.2 del BGB y artículo 3.2 del Acuerdo (EVU), la elección de un Ordenamiento jurídico puede ser modificada con posterioridad. Dado que esta norma no contiene ninguna restricción, debe ser igualmente aplicable a la elección parcial del Ordenamiento jurídico.

e) Habrá que esperar para observar si la práctica internacional del crédito sigue este difícil camino del *depecage*. Lo cierto es que esta cuestión ha sido poco estudiada en la doctrina y no existe jurisprudencia. Por razones de seguridad, los Bancos hipotecarios alemanes constituyen una hipoteca convencional cuando el contrato de préstamo queda sometido al Derecho alemán o, por el contrario, someten también el contrato de préstamo al Derecho francés. Este ejemplo demuestra que los problemas de Derecho internacional privado en el campo del crédito hipotecario transfronterizo precisan aún de un estudio profundo. Los Bancos alemanes deben operar con precaución en el supuesto de derechos reales de garantía inmobiliaria desconocidos por el Derecho alemán.

4. ¿SOLUCIÓN CON LAS NORMAS DE COLISIÓN, UN ESTATUTO REAL PARA HECHOS NACIONALES O TRANSNACIONALES?

Las anteriores consideraciones demuestran que el derecho de hipoteca no está desarrollado de forma idéntica en los distintos Ordenamientos jurídicos. Aunque determinadas características y detalles son regulados de forma parcialmente idéntica, sin embargo prevalecen las diferencias, fundamentalmente debido a la inclusión del derecho de hipoteca en el correspondiente Ordenamiento jurídico de Derecho privado. Igualmente, ha quedado claro que la existencia de un derecho real de garantía no accesorio ofrece mayores posibilidades en su utilización. Por ello, en las próximas líneas se expone cómo podría ser posible que un instituto de crédito pudiese acudir a derechos reales inmobiliarios no accesorios en cualquier Estado miembro de la Comunidad Europea.

a) No pueden tomarse en consideración las normas de colisión para hacer posible un derecho real de garantía flexible como instrumento de seguridad. Como antes se puso de relieve, las normas de colisión ofrecen, sin embargo, la posibilidad de elección del Ordenamiento jurídico. Sin embargo, esto no rige en el campo de los derechos reales inmobiliarios. En ese ámbito predomina esencialmente en los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea el principio de la *Lex rei sitae*. Un Banco hipotecario alemán por ello no puede elegir si constituye sobre un inmueble sito en Francia una hipoteca convencional o una deuda territorial. Sólo puede utilizar las instituciones jurídicas del Derecho francés. Debido a esa dependencia del crédito hipotecario del Ordenamiento jurídico correspondiente al lugar de situación del inmueble, no parece posible solucionar el problema a través de las normas de colisión.

b) Sería pensable sin embargo la creación de un derecho real especial para el crédito hipotecario transfronterizo, es decir, «un Derecho internacio-

nal unitario para las relaciones transnacionales». En esencia se trataría de la creación de un nuevo derecho de garantía inmobiliario (no accesorio), que sólo pudiese utilizarse cuando la relación afectase por lo menos a dos Ordenamientos jurídicos; así, por ejemplo, en el supuesto de crédito hipotecario **transfronterizo**.

Sin embargo, esta nueva regulación del derecho de hipoteca no debería limitarse al supuesto de crédito hipotecario transfronterizo. Pues la práctica del crédito tiende cada vez más a la cooperación y participación en el crédito hipotecario. A favor de esta cooperación aboga el hecho de que normalmente un Banco del propio país conoce mejor que un Banco extranjero las relaciones jurídicas y de hecho de su propio territorio, especialmente las relevantes para el mercado. A través de ello se disminuyen los riesgos. Además, en estos supuestos puede utilizarse también alguna red de filiales de los partícipes en la cooperación. La cooperación puede adoptar diversas fórmulas. Puede así limitarse a suministrarse recíprocamente clientes que deseen adquirir en otro Estado un inmueble y precisen para ello un crédito hipotecario. Frecuentemente, sin embargo, se reclama una mayor cooperación. Así, por ejemplo, un Banco hipotecario alemán puede servir como Banco refinanciador para un instituto de crédito extranjero para poder ofrecer a los clientes un mejor tipo de interés. Precisamente en este supuesto no se produce un derecho especial para el crédito hipotecario transfronterizo. Pues, por ejemplo, un crédito hipotecario constituido a favor de un Banco francés (garantizado con el consiguiente derecho de garantía inmobiliario), se somete al Derecho francés. El aspecto internacional sólo surge cuando el Banco hipotecario alemán deba exigir al Banco francés la constitución de garantías para poder actuar como refinanciador.

Por otra parte, es fácilmente pensable que en un futuro próximo se desarrollarán asociaciones internacionales para la financiación en las que trabajarán conjuntamente institutos de créditos y otras instituciones, como Cajas de Ahorro o compañías de seguro. La eventual adquisición de participaciones recíprocas constituye una profundización de la cooperación y ofrece además posibilidades de influencia o de control. Aquí también sería necesaria la creación de un derecho de garantía real inmobiliaria no accesorio para las relaciones de crédito transfronterizas y para las nuevas figuras que vayan surgiendo.

En conjunto, debe estimarse que no es suficiente para conseguir el mercado único en el ámbito del crédito hipotecario la creación de un derecho especial para el crédito hipotecario transfronterizo.

c) Lo ideal sería que pudiese introducirse en todos los Ordenamientos nacionales un derecho de garantía real inmobiliaria no accesorio. Ello sería posible a través de la creación de «una institución jurídica unitaria para relaciones transfronterizas e interiores». Pues con ello un derecho de garantía

real inmobiliaria de estas características estaría a disposición de todas las relaciones contractuales, nacionales o **transfronterizas** sin necesidad de distinguir desde el principio si en el futuro habrá algún componente transnacional o no. Queda, no obstante, la cuestión de si un derecho de garantía real inmobiliaria de estas características debe ser creado por cada uno de los Ordenamientos jurídicos por sí mismo o de forma unitaria para todos ellos.

5. **UN DERECHO DE GARANTÍA REAL INMOBILIARIA UNITARIO PARA TODOS**
LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD EUROPEA

De todo lo dicho hasta ahora se desprende que la moderna práctica del crédito necesita un derecho de garantía real inmobiliaria flexible y no accesorio, y que los medios que ofrecen tanto las normas de colisión como un *status* especial para el crédito hipotecario **transfronterizo** no sirven para ello, de tal forma que el citado derecho de garantía real inmobiliaria no accesorio debe estar a disposición de todos y con ello posibilitar el mercado único en el ámbito del crédito hipotecario. Podría pensarse en la introducción de un derecho de garantía real inmobiliaria de estas características (no accesorio) allí donde no sea conocido. Sin embargo, sería más lógica la introducción de un derecho de garantía real inmobiliaria no accesorio unitario para todos los Estados miembros de la Comunidad. A su favor juegan diversas consideraciones:

Si el mismo derecho de garantía real inmobiliaria estuviese a disposición en todos los países, todos los institutos de crédito podrían utilizar el mismo medio de garantía, de tal forma que se perfeccionarían las relaciones jurídicas y aumentaría la seguridad jurídica. Con ello se simplificarían las relaciones y negocios **transfronterizos**. Los costes serían menores. Se podría evitar con ello imprevistos y problemas derivados del Derecho internacional privado, como el supuesto de *privilège du preteur de deniers*.

La reducción de costes favorecería a los consumidores. Estos también conocerían con certeza las obligaciones que contraen cuando adquieren un inmueble en el extranjero y gravan dicho inmueble en garantía de la adquisición del precio de compra al ser conocidas dichas condiciones en su propio Estado. Con ello se favorecería la transparencia y la protección de los consumidores.

Los consumidores tendrían en todos los lugares las mismas posibilidades de obtener financiación. ¿Por qué han de pagar intereses muy altos en algunos Estados miembros y muy bajos en otros? Desde el punto de vista de la competencia europea debe facilitarse que puedan elegirse los créditos y los institutos de crédito, incluso aquellos de otros Estados miembros, que puedan dar al usuario la seguridad que desea, lo que también puede predi-

carse para la financiación de la construcción y de la adquisición de la vivienda. En todos los Estados de la Comunidad Europea juega un importante papel el derecho de garantía real inmobiliaria en este sector. Pero los consumidores tienen su elección limitada al ser distintos y mucho menos flexibles los diferentes sistemas reguladores de las garantías inmobiliarias. Así, por ejemplo, resultan más complicados y costosos en Francia. Resulta casi imposible utilizar la antigua hipoteca para asegurar un nuevo crédito cuando quiere modificarse el acreedor. La constitución de una nueva hipoteca supone costes elevados y la pérdida del rango.

Principalmente se ofrecería un ámbito mayor a las cooperaciones internacionales y asociaciones de financiadores. La actuación conjunta se facilitaría al basarse en principios al menos parcialmente conocidos. Un derecho de garantía real inmobiliaria no accesorio sería además más fácilmente transmisible, especialmente si estuviese incorporado a un título. Los créditos de los participantes en la cooperación tendrían acceso a una garantía de carácter real. Igualmente, podrían llevarse a cabo transmisiones parciales.

Uno de los objetivos del mercado común es la creación de un mercado único de capitales. Las divergencias de las disposiciones nacionales reguladoras de los derechos de garantía real inmobiliaria impiden la construcción de un mercado de capitales único. La existencia de un derecho de garantía real flexible y unitario, y por ello conocido por todos, se presenta como una exigencia para la construcción de un «mercado europeo de hipotecas» hasta hoy inexistente. Pues el aseguramiento de los títulos de refinanciación que fuesen negociables a lo largo de todo el espacio europeo exige una fundamentación unitaria. Pues los inversores sólo estarían dispuestos a adquirir títulos hipotecarios de refinanciación procedentes de otros países si tienen seguridad en la garantía real que los asegura. Esto es válido para todos los sistemas de refinanciación en el marco del crédito hipotecario: Para el sistema de los Bancos hipotecarios alemanes, en el cual cada Banco hipotecario puede individualmente emitir títulos hipotecarios para obtener los medios financieros necesarios para la concesión de créditos hipotecarios, que pueden estar garantizados hipotecariamente en otros países comunitarios; para el sistema suizo, en el que una central de emisión de títulos asume la emisión de los títulos hipotecarios, y posteriormente puede pignorarlos; para el sistema de *mortgage backed secundes*, en el que los créditos hipotecarios son unidos y posteriormente negociados como títulos de refinanciación en los *pools* hipotecarios. Precisamente para la unión del conjunto de hipotecas (*pools*) y para facilitar su posterior financiación, la transmisión de los títulos debe ser simple y no costosa. Los intentos de crear mercados hipotecarios de carácter nacional (por ejemplo, en Inglaterra: *securitisation*; en Francia: *titrisation*, y en España: *titulización*) demuestran el interés en las posibilidades de crear sistemas flexibles.

Así, por ejemplo, en la *titrisation* y en la «titulación» se ha dado entrada a una transmisión más simple de los títulos. Si esto es suficiente, se verá en el futuro. Con un derecho de garantía real inmobiliaria flexible y unitario, no sólo sería posible que el mercado de los créditos hipotecarios se extendiese a lo largo de toda Europa, sino también el correspondiente mercado de refinanciación. Hace tiempo ya se observado la importancia de una unificación en el derecho inmobiliario con vistas al mercado único de capitales. Para ello sería muy útil la búsqueda de un derecho de garantía real unitario, flexible y que tuviese las ventajas de la sencillez, la seguridad jurídica y el menor coste.

Incluso aún sin la construcción de un mercado hipotecario unitario europeo no debe olvidarse que los inversores, que también son consumidores en el mercado nacional, desean estar informados de la forma en que están garantizados los títulos de refinanciación (por ejemplo, cédulas hipotecarias) que desean adquirir. Esta información sería más sencilla si el derecho de garantía real fuese conocido por propia experiencia. Desde el 1 de enero de 1991 se ha autorizado a los Bancos hipotecarios alemanes la adquisición de títulos que estén garantizados con derechos reales inmobiliarios sobre inmuebles extranjeros. Pero al existir una única masa de cobertura (todas las hipotecas en conjunto garantizan todas las cédulas hipotecarias), esos títulos se mezclan con otros valores del mercado interior, de tal forma que pueden disminuir riesgos previamente existentes, y ello a pesar del propio interés de los Bancos en el control de estas coberturas y de la estricta vigilancia ejercida por el Organismo Oficial para el Crédito. Además, el adquirente de una cédula hipotecaria desea conocer qué grado de seguridad tiene la misma. Las divergencias entre los diferentes sistemas hipotecarios y la existencia de determinados derechos preferentes hacen que sea muy difícil conocer y formarse una opinión acerca de la seguridad de estos títulos hipotecarios europeos. La existencia de un derecho de garantía real conocido, sin duda aumentaría la confianza en estos títulos.

Si se crease un derecho de garantía real inmobiliaria unitario se podrían armonizar también algunas particularidades. El crédito hipotecario transfronterizo (y por ello también el mercado hipotecario europeo) se obstaculiza por el hecho de que en diferentes Estados comunitarios los derechos de garantía real inmobiliaria se ven sobrepasados por otros de carácter preferente que garantizan determinados privilegios. La situación de Francia demuestra cómo una exagerada protección del consumidor puede traer consecuencias perjudiciales. Una de las causas para la cada vez mayor importancia del «SICOMI» es el deseo de evitar los perjuicios que soporta un crédito garantizado hipotecariamente con la empresa (industria) por la existencia de derechos preferentes de los trabajadores (sin embargo, el motivo esencial son las ventajas fiscales). A través de esta técnica del

leasing, la empresa, en la que trabajan los trabajadores, no es propietaria del inmueble en que radica la empresa y de los elementos integrantes de la misma. Así se evita que los derechos preferentes derivados de los derechos de los trabajadores puedan alcanzar al inmueble en que radica la industria. Mientras que en el Derecho alemán los derechos de los trabajadores se sitúan desde el punto de vista del rango con posterioridad al acreedor hipotecario, y por lo menos les queda la posibilidad de ser satisfechos, en la construcción del *leasing* del Derecho francés no les queda a los trabajadores ni siquiera esa posibilidad. Aquí se demuestra palpablemente que la práctica crediticia otorga una gran importancia al derecho de garantía plenamente calculable. Caso de existir factores imprevisibles, se prescinde de un derecho de garantía real inmobiliaria y se acude a otras figuras. En este sentido debe resaltarse y alabarse el paso dado en Portugal, en el que la nueva Ley de Cédulas Hipotecarias establece que tienen preferencia de rango absoluto sobre cualquier privilegio las hipotecas que sirvan de cobertura a cédulas hipotecarias emitidas. Incluso en el «Informe McMillan-Scott» (presentado en el Parlamento Europeo el 11 de septiembre de 1989) se establecía que debería impedirse la venta de inmuebles gravados con hipotecas tácitas. Sin embargo, una prohibición de este tipo no sería suficiente. Incluso en el supuesto de establecer no sólo sanciones penales, sino también civiles, no serviría de mucho el hecho de que el comprador sólo pudiese obtener la devolución de un precio previamente pagado. Por ello estos derechos preferentes deben ser reconducidos a un nivel **unitario**. Lo mismo puede afirmarse de los derechos de garantía real inmobiliaria. Para los institutos de crédito que operan a nivel internacional sería exigible un derecho de garantía real inmobiliaria que no estuviese sometido a estos derechos preferentes ocultos o, al menos, que en todos los países miembros de la Comunidad fuesen los mismos. Una unificación de estos derechos preferentes no debería, sin embargo, conducir a un aumento de los mismos. La ordenación en el rango de estos derechos, o al menos la enumeración de los mismos que pueden anteponerse al acreedor hipotecario, aumentaría sin duda la seguridad jurídica. Sería deseable la preferencia de rango del acreedor hipotecario en interés de un mercado del crédito más seguro. Y cuantos menos riesgos soporte el instituto de crédito, más barato será el crédito para el consumidor.

6. CONCLUSIONES PARCIALES

Los derechos de garantía real inmobiliaria de carácter fuertemente accesorio no satisfacen hoy en día las necesidades del mercado del crédito. De ahí que sea exigible la introducción de un derecho de garantía real **inmo-**

biliaria no accesorio en todos los países comunitarios. La solución no pueden darla las normas de colisión debido al principio *Lex rei sitae*, y no parece suficiente la creación de un especial Estatuto real para los créditos hipotecarios transfronterizos en consideración al desarrollo de la cooperación internacional y de las uniones de financiadores. Todas las partes se verían favorecidas por la existencia de un derecho de garantía real inmobiliaria no accesorio y unitario para los países comunitarios: Los consumidores (como deudores o receptores del crédito y como inversores) estarían mejor informados y tendrían que soportar un coste menor. Los institutos de crédito podrían atender mejor los deseos de sus clientes. Sería posible un «mercado de hipotecas europeo». Todo esto demuestra la conveniencia de introducir un derecho de garantía real inmobiliaria unitario para todos los países comunitarios.

C. LA EUROHIPOTECA

Una vez demostrada la necesidad de la introducción en todos los países comunitarios de un derecho de garantía real inmobiliaria unitario y no accesorio, la cuestión es cómo puede llevarse a la práctica. Para ello se expondrán a continuación algunos intentos de unificación de los ordenamientos jurídicos en el ámbito de los derechos reales inmobiliarios, o al menos algunos intentos que hicieron pensar en esa posibilidad.

I. INTENTOS HASTA NUESTROS DIAS DE UNA UNIFICACION DE LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS

1. EL INFORME SEGRÉ

En otoño de 1966, un grupo de expertos constituido en el seno de la Comisión bajo la dirección del profesor CLAUDIO SEGRÉ (entonces director de investigación en la Dirección General de Industria y Finanzas de dicha Comisión), emitió un informe acerca de la construcción de un mercado europeo de capitales. La tarea de los expertos era el estudio conjunto de los problemas en relación a la liberalización del tráfico de capitales y los efectos de la integración de los mercados de capitales. Para ello se estudiaron las principales diferencias de estructura en los distintos mercados de capitales, así como los flujos de capitales en el seno de los países de la Comunidad Europea entonces existentes.

Otra importante cuestión a estudiar eran las relaciones entre la integra-

ción del mercado de capitales y otros ámbitos importantes (como, por ejemplo, la política de la vivienda, la política monetaria, las necesidades de ahorro e investigación). Deberían igualmente estudiarse las consecuencias de la creación de un mercado europeo de capitales en relación a las políticas industriales de cada país y los ajustes necesarios en la estructura y formas de actuación de los institutos de finanzas.

El Informe Segré se ocupa también (aunque sólo parcialmente) de cuestiones relativas a la seguridad de los créditos, principalmente en relación a los derechos de garantía real inmobiliaria: La deuda territorial se considera por los expertos como «una técnica que puede ser de especial importancia para los negocios internacionales». En Alemania «se demuestra que tanto en relación a la financiación de la industria como de la vivienda, la hipoteca ha sido superada por la deuda territorial por haberse mostrado ésta más simple y más barata». Se establece cómo la creación de un título de una deuda territorial permite que la deuda territorial sea transmitida sin necesidad de una nueva inscripción en el Registro, y ese título, tras el pago del crédito garantizado, vuelve al propietario del inmueble, que puede utilizarlo para el aseguramiento de un nuevo crédito. La deuda territorial es especialmente válida para el aseguramiento de créditos cuya cuantía varíe con frecuencia. «Dado que la técnica de la deuda territorial se ha mostrado especialmente eficaz no solamente en Alemania, sino también en otros países, como Suiza o Austria», el grupo de expertos propone que «debería estudiarse si la deuda territorial o una forma semejante de garantía podría ser introducida en todos los Estados miembros». Pues «un instrumento semejante, que permita su fácil utilización en la financiación de negocios internacionales, produciría con seguridad la concentración de los mercados de capitales de los Estados miembros». Finalmente, el grupo de expertos pone de relieve cómo la posibilidad de inscribir derechos reales de garantía inmobiliaria en divisas extranjeras facilitaría los préstamos relativos a negocios internacionales, garantizados con derechos de garantía real.

Por ello el Informe Segré establece como una de sus conclusiones la siguiente: «Debe ser considerada como una de las tareas primordiales la unificación o armonización de las disposiciones jurídicas de cada uno de los Estados miembros en relación a los derechos de garantía real. La deuda territorial descrita en los capítulos precedentes podría jugar un importante papel en la financiación de la construcción de viviendas al ser más flexible y barata que la hipoteca. Además, sería importante permitir la inscripción de hipotecas o deudas territoriales en moneda distinta de la nacional». En otra conclusión se establece: «La introducción de un derecho de garantía real unitario en todos los países miembros contribuiría a la integración de los mercados de capitales. Para ello podría utilizarse la deuda territorial alemana, que permite una gran adaptabilidad de la garantía».

2. INFORME DEL INSTITUTO MAX-PLANCK

Por encargo de la Comisión Europea, el Instituto Max-Planck para Derecho Internacional Privado y Extranjero, radicante en Hamburgo, elaboró una primera parte de un informe acerca de la armonización de los derechos de garantía real inmobiliaria en los países comunitarios. El informe se entregó a la Comisión en diciembre de 1971. La finalidad del informe era señalar los obstáculos en el camino hacia un mercado de capitales único, así como encontrar las soluciones. El informe se ocupa de los Ordenamientos jurídicos de los entonces países de la Comunidad Europea, Bélgica, República Federal Alemana, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. En julio de 1976 el profesor PAUL JACKSON de la Universidad Reading de Inglaterra, añadió a esta primera parte el estudio de los derechos de garantía real en los Ordenamientos jurídicos de los países que se habían unido a la Comunidad: Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de la Gran Bretaña. La proyectada segunda parte del informe, que debería ocuparse de las diferencias jurídicas y de la introducción de nuevos sistemas de garantía, por desgracia, no llegó a elaborarse.

El sistema de trabajo del informe consiste en un análisis comparado de las instituciones jurídicas existentes en los entonces seis Estados miembros de la Comunidad Europea, instituciones que sirven para el aseguramiento del crédito a través de la propiedad de inmuebles, así como las propuestas para nuevas formas de garantía. Para ello el informe se limita a aquellas cargas reales que tienen característica de medio de garantía y que se utilizan en el tráfico del crédito como medios específicos para la realización del crédito inmobiliario. Por ello no se estudian los derechos de garantía mobiliaria. Las hipotecas legales se toman en consideración en la medida en que constituyen derechos preferentes. Los privilegios sólo se toman en consideración en el supuesto de que sustituyan en el tráfico a un derecho real de garantía inmobiliaria o se antepongan a los derechos del acreedor hipotecario.

El informe tiene una extensión de 257 páginas y lleva como anexo una relación muy amplia de las disposiciones legales citadas en el propio informe. El informe sigue el siguiente esquema:

- A) Delimitación del tema.
- B) Fines e importancia comercial.
- C) Análisis comparado:

- 1. Nacimiento del derecho real inmobiliario.
- 2. Contenido del derecho real inmobiliario.
- 3. Cambio de la persona del acreedor.
- 4. Fin de la posición del acreedor y extinción del derecho real inmobiliario.

5. Realización forzosa del derecho de garantía real inmobiliaria.
6. El regreso al propietario del inmueble.
7. Derecho internacional privado.

Estos diferentes puntos, a su vez, se subdividen en otros. En cada uno de los capítulos del índice se exponen los diferentes Ordenamientos jurídicos, uno a continuación del otro. Junto a las disposiciones legales se citan tanto opiniones doctrinales como jurisprudencia.

El informe ofrece una gran cantidad de información, explicaciones doctrinales e informes prácticos a través de un examen comparativo de los diferentes Ordenamientos jurídicos. Para poder exponer las necesidades de la práctica se suministró un cuestionario a las asociaciones relacionadas con el crédito. En relación a la utilización de la deuda territorial y la hipoteca en Alemania, se plantearon las siguientes preguntas: ¿Qué importancia tiene la deuda territorial en relación a la hipoteca? ¿Cuándo se constituye la primera y cuándo la segunda? ¿Consta en la inscripción de una deuda territorial en el Registro la finalidad de la garantía? ¿Con qué frecuencia se somete el deudor a la ejecución forzosa? ¿En qué porcentaje se emite un título sobre el derecho de garantía inmobiliaria? Las respuestas a estas preguntas no están hoy disponibles.

Esta «primera parte» del informe no contiene una conclusión general, fundamentalmente por la previsión de emitir una segunda parte. Por ello no se contesta a la pregunta que ahora nos ocupa de si la introducción de un derecho de garantía real inmobiliaria unitario, abstracto y eventualmente de nueva creación en los diferentes Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad Europea sería recomendable o, incluso, si sería posible.

3. ASOCIACIÓN BANCARIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA

En el año 1973 un grupo constituido *ad hoc* en la Asociación Bancaria Europea elaboró un estudio referente al crédito inmobiliario en Bélgica, Francia, Italia y la República Federal Alemana.

En ese estudio se pone brevemente de relieve cómo la Asociación Bancaria había suministrado a la Comisión Europea dos notas sobre aspectos importantes en relación a la constitución de los créditos inmobiliarios.

La primera nota hacía referencia a los siguientes aspectos: posibilidad de constitución de una hipoteca, en el supuesto de que el acto de constitución y el inmueble no estén sujetos a Ordenamientos jurídicos del mismo Estado. Posibilidad de fijar el importe de un crédito asegurado con un derecho de hipoteca en divisas extranjeras. Supresión de los privilegios ocultos y armonización del rango de los privilegios. Medidas adecuadas

para agilizar la constitución de los créditos hipotecarios. Posibilidad para los institutos de crédito de cerrar contratos de préstamos que estén garantizados con una hipoteca constituida sobre un inmueble radicante en otro Estado miembro. Esta nota tenía como anexo unos textos unitarios sobre un contrato de crédito garantizado con hipoteca, una propuesta para la inscripción de la hipoteca y un poder general para cerrar un crédito hipotecario que, a juicio de la Asociación Bancada, podrían ser empleados para la concesión de un crédito inmobiliario en la Comunidad Europea.

La segunda nota hacía referencia a la hipoteca de propietario y aludía al aspecto más importante para la constitución de un préstamo garantizado con un derecho real inmobiliario a juicio de la Asociación Bancaria: La garantía real. Para Francia e Italia esto suponía un nuevo tipo de hipoteca (la hipoteca de propietario) que debería introducirse junto a las hipotecas ya existentes. También Bélgica debería introducirla, mientras la República Federal Alemana tenía ya la deuda territorial.

El elemento característico de esta hipoteca de propietario sería la posibilidad de constituirse con independencia de la prestación personal que ha de garantizar, mientras que los demás tipos de hipoteca serían de naturaleza accesorias. Así podría constituirse antes de que se hubiese cerrado un contrato de préstamo y ser utilizada con posterioridad para asegurar un crédito personal e, incluso, subsistir tras la extinción de dicho crédito. Se recurría a la solución de una hipoteca de propietario en base a las dificultades que se preveían para la introducción en otros Ordenamientos jurídicos de un nuevo derecho real de garantía inmobiliario como la deuda territorial alemana. Además, la aplicabilidad de la deuda territorial, sin duda alguna, en parte hay que basarla en la existencia del sistema registral alemán. En todo caso debería excluirse la introducción de este sistema registral en otros Estados miembros, tanto por razón de principios como por razones prácticas.

Junto a ello podría pensarse en una reforma más limitada en el campo de las garantías reales. Esta quedaría limitada a la introducción de una regulación unitaria, con arreglo a la cual cualquier persona con interés pudiese tener información completa acerca de la situación jurídica de un inmueble que radicase en cualquier país comunitario. Igualmente, podrían unificarse determinadas características de las hipotecas convencionales: Posibilidad de gravar un inmueble con una hipoteca cuando el propietario únicamente tiene una propiedad condicional; posibilidad de gravar con hipoteca derechos futuros; carácter privilegiado de los intereses; los aspectos formales. La regulación del rango de las hipotecas constituidas simultáneamente; la duración de la inscripción de la hipoteca; los requisitos para la cancelación.

El estudio de los costes del crédito inmobiliario también demostró que existen importantes diferencias entre los Estados miembros, lo que planteaba grandes dificultades. Determinados aspectos que suponen un elevado

coste tenían mucha importancia en algunos Estados miembros, mientras que en otros carecían de tal importancia. Los costes eran diferentes. Parecía, sin embargo, muy difícil llevar a cabo una armonización en los costes que influyen directamente en la estructura del crédito inmobiliario. La armonización podría obtenerse más bien en el campo de los factores impositivos.

Como conclusión, el grupo de trabajo de la Asociación Bancaria Europea establecía que dentro de los créditos especializados, probablemente el crédito inmobiliario era el que necesitaba un mayor perfeccionamiento y renovación debido a sus antiguos orígenes y a su compleja formación. Ello debería llevarse a cabo en dos etapas: Primeramente, dentro de cada Estado miembro mediante la introducción de todas aquellas experiencias positivas de otros Estados miembros. Posteriormente, dentro de la Comunidad Europea a través de un proceso de unificación o al menos de aproximación de los diferentes sistemas. Finalmente, el grupo de trabajo señalaba cómo la armonización de los sistemas de créditos inmobiliarios era fuertemente dependiente de la política industrial y financiera de los Estados miembros y de la armonización de sus sistemas impositivos.

4. FEDERACIÓN HIPOTECARIA EUROPEA (DE LA CEE)

A comienzos de la década de los setenta, la Federación Hipotecaria Europea presentó en Bruselas algunas reflexiones acerca de la introducción de un derecho de garantía real inmobiliaria unitario. A diferencia de la finalidad perseguida por el Informe Segré, se pretendía la introducción de la institución jurídica de la deuda territorial en todos los países comunitarios. Para ello también se tenían en cuenta las reflexiones expuestas por el grupo de trabajo de la Asociación Bancaria Europea en relación a la hipoteca de propietario. La Federación Hipotecaria formuló una serie de exigencias, que deberían cumplirse, para la introducción de las modificaciones legales necesarias en los diferentes Estados miembros para facilitar las ventajas de la deuda territorial.

El nuevo derecho real inmobiliario debería incorporarse a un título, que podría ser denominado «título hipotecario» y que debería tener efectos jurídicos. El propietario del inmueble constituiría este título hipotecario a favor de sí mismo y podría utilizarlo en su beneficio.

Este derecho de garantía real inmobiliaria sería autónomo en el momento de su nacimiento. En contraposición a la hipoteca tradicional, que depende de un crédito previamente existente, en el supuesto del título hipotecario se trataría de un derecho independiente que tendría efectos con independencia de cada crédito. Como consecuencia de ello, este derecho no dependería de la existencia previa de un crédito, sino que estaría plenamente a dispo-

sición de su propietario y subsistiría aun después de la extinción del crédito garantizado.

Este título hipotecario, y como consecuencia el derecho a él incorporado, deberían ser objeto de transmisión en la forma más fácil.

La Federación Hipotecaria constituyó un grupo de trabajo, formado por delegados belgas, franceses, alemanes y de los Países Bajos. Este grupo de trabajo estimó que sería muy difícil la introducción en los Estados miembros (excepto la República Federal Alemana) de nuevas instituciones jurídicas que no tuviesen precedente en ellos. Por ello se siguió la indicación de la Asociación Bancada Europea de decidirse por una nueva forma de hipoteca que se denominaría «Hipoteca de propietario». Esta no tendría que conectarse necesariamente con la existencia de un sistema registral como el alemán. El grupo de trabajo estimó muy difícil la implantación de un sistema de publicidad como el alemán en los otros Estados miembros de la Comunidad por razones prácticas y de organización. La introducción de «una hipoteca de propietario» tropezaría con menores dificultades dado que partiría de la institución jurídica de la hipoteca previamente existente y regulada con gran detalle, aunque se apartaría de la hipoteca convencional en determinados aspectos. Todas las ventajas que llevaría consigo la introducción de la deuda territorial en todos los países comunitarios se conseguirían igualmente con la introducción de ésta «hipoteca de propietario», si bien bajo determinadas condiciones, sin que, sin embargo, llegasen a especificarse estas condiciones.

5. DOCUMENTOS DE TRABAJO DE LA COMISIÓN

Si a lo largo de los años sesenta los círculos comunitarios creyeron que era conveniente la aprobación de múltiples directivas, posteriormente se observó que con ello se generaban innumerables problemas difíciles de solucionar. Por ello se estimó que debería procurarse la unificación jurídica a través de los Reglamentos y Directivas sólo en los aspectos más importantes. La mayoría de los ámbitos jurídicos deberían aproximarse unos a otros y coordinarse, de tal forma que fuese posible el mercado único. Muchos de estos ámbitos deberían aproximarse a través del mutuo reconocimiento de los sistemas y disposiciones jurídicas. Esta posición se manifiesta en diversos documentos de trabajo de la Comisión Europea.

A) Consideraciones en torno a la coordinación de las disposiciones legales acerca del crédito a la construcción

Partiendo de las exigencias del Informe Segré acerca de la liberalización y coordinación en el ámbito del crédito hipotecario, este documento de trabajo debería ofrecer una nueva iniciativa en dicho ámbito del crédito hipotecario. Para ello «no se tomaría en consideración el crédito hipotecario en su conjunto, sino exclusivamente aquel crédito que afectase a la financiación de la construcción de viviendas, excluyendo el crédito a la industria garantizado con hipoteca para así poder contemplar los efectos de una posible liberalización».

Las diferencias en los Ordenamientos civiles de los Estados miembros se consideró como un fuerte impedimento para la financiación a la construcción de viviendas con carácter transfronterizo, pues estos Ordenamientos hacen difícil el aseguramiento de los créditos con inmuebles extranjeros, así como la satisfacción con cargo a los correspondientes derechos de garantía real inmobiliaria.

Al observarse otros graves problemas, se estimaba que no podía abordarse la solución de estos impedimentos individualmente. Por ello se estimó que las disposiciones legales de cada Estado miembro en relación a los derechos reales de garantía inmobiliaria no podrían armonizarse a través de medidas especiales sin antes suprimir esos obstáculos, aunque a largo plazo se contemplase una armonización como necesaria.

Por ello se estimaba que «era en el limitado sector del crédito a la construcción donde podrían obtenerse resultados a largo plazo en la armonización, liberalización y unión monetaria» para «dar a todo el proceso de integración en el campo financiero un nuevo impulso desde este limitado ámbito. En un mismo y único texto debería por ello darse un paso hacia la liberalización de capitales, considerar la seguridad de los derechos reales de garantía inmobiliaria en cada país miembro provisionalmente como equivalentes, prever una técnica para la disminución del riesgo monetario y establecer las consecuencias jurídicas de ello».

La armonización de la regulación de los derechos reales de garantía inmobiliaria en cada uno de los países miembros se consideró la solución más consecuente para el problema del aseguramiento. Sin embargo, se partió de la idea de que «todos los derechos de hipoteca en los Estados miembros son equivalentes en cuanto a los efectos de seguridad para el acreedor», y esta equivalencia no podría establecerse de forma expresa en el campo de los trabajos para la coordinación de las disposiciones legales acerca del crédito a la construcción, sino que «debería estar implícita». «Es fácil proponer que los Estados miembros levanten todas aquellas limitaciones que obligan a los institutos afectados por la Directiva a garantizar sus

créditos a la construcción sólo mediante derechos reales de garantía inmobiliaria sobre inmuebles nacionales», con lo que indudablemente se hacía referencia al artículo 1 de la Ley de Bancos Hipotecarios Alemanes.

También se proponía que «la igualdad debería radicar no sólo en la seguridad material otorgada al instituto acreedor cuando adquiere un derecho real de garantía inmobiliaria en otro Estado miembro, sino también en que el acreedor estuviese protegido desde el punto de vista procedimental», lo que se fundamenta en el acuerdo sobre la jurisdicción y ejecución de decisiones judiciales en el campo civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968, que permite una rápida ejecución, y en su artículo 50, también para documentos públicos.

B) Libertad de circulación en el sector del crédito a la construcción de viviendas

Este documento se ocupa de la libertad de establecimiento. Para ello se plantean cuestiones acerca de «exportación de las técnicas de financiación», principio del control de los Bancos, estructura de un mercado de capitales y libre competencia. Es de resaltar que mantiene todas las soluciones e ideas del primer documento de trabajo, especialmente los esfuerzos para conseguir la posibilidad de inscripción de una hipoteca en divisas extranjeras.

6. DIRECTIVAS

A) Directiva del crédito hipotecario (1)

En el año 1984 la Comisión Europea presentó un proyecto de Directiva para la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en el ámbito del crédito hipotecario (Directiva del crédito hipotecario). El artículo 3 de la primitiva propuesta establecía que «los Estados miembros autorizarán a los institutos de crédito a conceder créditos garantizados con hipotecas sobre inmuebles radicantes en otros Estados miembros». La propuesta modificada de Directiva presentada nuevamente a la discusión en el año 1987 establecía en el párrafo 1.º de su artículo 3.º que «los países de origen autorizarán a sus institutos de créditos... las actividades en el campo del crédito hipotecario en otros países comunitarios en relación a los inmuebles radicantes en cualquier

(1) Sobre el origen y principios de esta Directiva puede verse CASERO MEJÍAS, MANUEL, «El crédito hipotecario en la CEE» (en *RCDI*, núm. 580, mayo-junio 1987) y «Propuesta de Directiva sobre créditos hipotecarios» (en *Noticias CEE*, núm. 47, diciembre 1988).

lugar de la Comunidad». En opinión de la Comisión Europea, en el momento de hacer esta propuesta de Directiva subsistían importantes obstáculos para la existencia de un crédito hipotecario transfronterizo: La protección de los mercados de capitales frente a la competencia, las objeciones de las autoridades de vigilancia debido a los riesgos y las diferencias existentes en el Derecho civil de cada uno de los Estados miembros.

El objetivo de la Directiva del crédito hipotecario era crear las condiciones necesarias para que los institutos de crédito pudiesen otorgar crédito hipotecario en los diferentes Estados miembros. No se preveía una coordinación o unificación de las disposiciones del Derecho civil en los Estados miembros. Sin embargo, los trabajos de dicha Directiva se paralizaron. Hoy en día se pretende observar si la Segunda Directiva Bancaria es suficiente para terminar con los problemas o, por el contrario, debe volverse sobre una Directiva específica sobre el crédito hipotecario. Está por ver si en su caso traería consigo una unificación de las prestaciones del Derecho civil.

B) Segunda Directiva Bancaria

Tras llegarse a un acuerdo entre todos los Estados miembros en julio de 1989, se promulgó el 15 de diciembre de 1989 la llamada Segunda Directiva Bancaria. Esta Directiva es de capital importancia para el mercado bancario en la Comunidad Europea. Gran importancia reviste el principio del mutuo reconocimiento del establecimiento bancario por parte de las autoridades nacionales.

El artículo 18, párrafo 1.º, de esta Directiva establece que «todos los Estados miembros garantizarán que los institutos de crédito que resulten autorizados y controlados por sus autoridades puedan realizar aquellas actividades que figuran en el anexo con arreglo a los artículos 19, 20 y 21, bien a través de una sucursal, bien a través de la libre prestación de servicios, en tanto dichas actividades estén cubiertas por la autorización». En el anexo de la Directiva se incluye especialmente el préstamo hipotecario. El artículo 1.º, párrafo 3.º, de la Directiva define el concepto de sucursal.

El fundamento de la Directiva reside en que todos los Estados miembros deben vigilar para que las actividades que se benefician del mutuo reconocimiento puedan ser desarrolladas en la misma forma en que lo son en el país de origen en tanto no vulneren las disposiciones legales sobre el orden público. Se discute cómo debe interpretarse este principio del mutuo reconocimiento. Según una opinión, la formulación de este principio ha de relacionarse con el artículo 18 de la Directiva que concede una posibilidad de actuación, que afecta tanto al fondo como a la forma del negocio bancario, y por ello también incluye las disposiciones legales necesarias del

Derecho civil. Para otra opinión, esta Directiva afecta exclusivamente al Derecho de vigilancia de los Bancos, pero no al Derecho civil. Con arreglo a esta opinión, el principio del mutuo reconocimiento en relación al Derecho civil sólo afecta a la posibilidad de la libre elección del Ordenamiento jurídico aplicable, lo que ya se contempla en el Derecho internacional privado francés y alemán, así como en el EVU. Incluso las limitaciones que estos Ordenamientos jurídicos contemplan, en relación a la legislación reguladora de la protección de los consumidores y del orden público, no se suprimen por la Directiva, pues con arreglo al artículo 19, párrafo 4.º, y artículo 21, párrafo 5.º, se reconoce **prevalencia** a las disposiciones nacionales de interés general. Qué ha de entenderse por disposiciones de interés general no lo dice la Directiva. No obstante, dentro de ellas habría que incluir las normas o disposiciones obligatorias de Derecho internacional privado, como, por ejemplo, la protección de los consumidores o el orden público. Aunque se incluyesen en el principio del mutuo reconocimiento las normas de Derecho civil, debería sin embargo rechazarse la utilización ilimitada de la deuda territorial alemana en otros Estados miembros. Pues al menos en este punto la Directiva no es suficientemente explícita al no establecer nada de acerca de la forma de inscribir en el Registro la deuda territorial y, fundamentalmente, tampoco qué tratamiento recibiría en el caso de ejecución forzosa o en el supuesto de quiebra.

Precisamente la cuestión acerca de los elementos que pertenecen a la técnica de financiación, así como la frontera entre el Derecho civil y el Derecho de vigilancia de los Bancos ha conducido a que se produzca un cambio de opinión. Hoy en día se tiende a considerar que el principio del «mutuo reconocimiento de técnicas financieras» no es suficiente para solucionar los problemas. Debería, por el contrario, buscarse una mayor unificación de los sistemas jurídicos (2).

7. UNIÓN DEL NOTARIADO LATINO

La Unión del Notariado Latino ha presentado propuestas a través de las cuales en la práctica, si bien no podrían suprimirse todos los inconvenientes derivados de las diferencias existentes en el Derecho civil, y especialmente

(2) Sobre las relaciones entre la Segunda Directiva Bancada y la Directiva del Crédito Hipotecario, puede verse: DE GRADO SANZ, CARMEN, y CASERO MEJÍAS, MANUEL, «Estudio de las Directivas relativas a la armonización de la libertad del establecimiento y prestación de servicios bancarios, referencia al proyecto de Directiva sobre el Crédito Hipotecario», publicado en el volumen *La libre circulación de capitales y su incidencia en el crédito hipotecario: la CEE y otras Comunidades internacionales*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España.

en el Derecho hipotecario de los Estados miembros, sí se podría al menos atenuar dichos inconvenientes. Por ello la Comisión para Asuntos Comunitarios de la Unión del Notariado Latino ha encargado a una subcomisión sobre «Eurohipoteca» el estudio de la contraposición de la cédula hipotecaria suiza (SCHWEIZER SCHULDBRIEF) con la deuda territorial alemana incorporada a un título (*deutsches Briefgrundschuld*), la contraposición de los resultados de esta comparación, en relación con las disposiciones legales de los otros países comunitarios, para sobre esta base trabajar en una regulación futura de un derecho de garantía real incorporado a un título transmisible.

Hasta nuestros días se ha elaborado la parte 1.^a, principalmente a través de la Delegación de Alemania. Con base a estos trabajos, el 22 de mayo de 1987 se entregó al Consejo de Ministros Comunitario la siguiente propuesta:

- Poner a disposición de los institutos de crédito junto a los derechos reales de garantía inmobiliaria actualmente existente en los diferentes países miembros una Eurohipoteca con regulación unitaria para todos los países.
- Este derecho de garantía real inmobiliaria de carácter unitario debería tomar como base la cédula hipotecaria suiza.
- A través de ello se pondría a disposición de los institutos de crédito y de los prestatarios en el seno de los países de la Comunidad Económica Europea un derecho real de garantía inmobiliaria más fácilmente transmisible, de utilización más variada, como alternativa a los derechos reales de garantía inmobiliaria ya existentes en los Estados miembros. De esta forma se evitarían los perjuicios jurídicos, económicos y prácticos derivados de una hipoteca fuertemente accesorio.

La Unión del Notariado Latino se decidió por la cédula hipotecaria suiza porque ésta constituye un derecho de garantía real inmobiliaria:

- Que es transmisible a través del título, protegida por el principio de la buena fe.
- Que podría ser introducida también en aquellos países en que la hipoteca surge y queda constituida a través del correspondiente documento público y no por la inscripción en el Registro.
- Que dado su carácter de título valor podría también ser utilizado en aquellos Estados miembros donde no se conoce la formalización en documento notarial (Reino Unido, Irlanda, Dinamarca), y
- Que sería más fácil que la deuda territorial alemana para conseguir la unificación, incluso en los países comunitarios con diferentes sistemas registrales.

8. CONCLUSIONES PARCIALES

En varias ocasiones se ha solicitado la armonización del derecho en relación a los derechos reales de garantía real inmobiliaria. En todos los supuestos se solicitó la creación de un derecho real de garantía inmobiliaria flexible y de fácil transmisión. La Comisión Europea no pretendía la unificación de los Ordenamientos jurídicos en el campo de los derechos reales de garantía inmobiliaria por sí mismos, sino unido a la liberalización del crédito para la construcción de viviendas. Las propuestas de Directiva existentes hasta hoy, así como las Directivas, no contienen disposiciones acerca de la unificación de los derechos de garantía real inmobiliaria. Sí aparece, sin embargo, en la reciente propuesta de la Unión del Notariado Latino.

II. LA CEDULA HIPOTECARIA SUIZA (3)

La Unión del Notariado Latino propone introducir la cédula hipotecaria suiza como «Eurohipoteca» en todos los Estados Comunitarios. Se examinará a continuación cómo está jurídicamente regulada esta cédula hipotecaria en el Derecho suizo y cómo se desenvuelve en la práctica del crédito de Suiza. Dadas las diferencias existentes entre los diferentes cantones, se contemplará la situación existente en el cantón de Zürich. Se sigue el mismo esquema utilizado (en la primera parte del libro) para otros sistemas.

1. IMPORTANCIA

El crédito garantizado hipotecariamente tiene una extraordinaria importancia en Suiza debido fundamentalmente al continuo crecimiento del valor de los inmuebles y al buen funcionamiento del sistema registral. Más del 50 por 100 de todos los anteriores concedidos por los Bancos suizos están asegurados con derechos de garantía real inmobiliaria. El «endeudamiento hipotecario» en Suiza ha subido desde 130,1 billones de francos (1978) a 333,5 (1988).

«Los créditos hipotecarios» sirven en Suiza principalmente para financiar la construcción de viviendas. La cédula hipotecaria ocupa una posición preeminente que, sin embargo, es diferente en los diversos cantones. Puede afirmarse que con anterioridad las hipotecas convencionales eran predominantes en el ámbito de la financiación de la construcción, mientras que en

(3) Se ha optado por traducir la expresión *Schuldbrief* por «cédula hipotecaria», aunque no se corresponda con lo que usualmente se entiende por cédula hipotecaria en el Derecho español. Debe, pues, entenderse dicha expresión como referida a la institución suiza de la *Schuldbrief*.

los últimos años resultan predominantes las cédulas. La importancia de las garantías personales es cada vez menor y sólo se utilizan en los créditos a corto plazo, en los que se opera con garantías bancarias.

2. DISPOSICIONES LEGALES

Las normas reguladoras de la cédula hipotecaria suiza se contienen en los artículos 793 y siguientes del Código Civil suizo, fundamentalmente en los artículos 842 a 846 y 854 a 874. Los aspectos formales se regulan en los artículos 942 a 977 de dicho Código y en un Reglamento general para el Registro de la Propiedad de 22 de febrero de 1910, así como en las disposiciones cantonales relativas al Registro.

3. OTROS DERECHOS DE GARANTÍA REAL INMOBILIARIA

La unificación de los diferentes derechos de garantía real inmobiliaria existente en los cantones fue uno de los principales problemas en la elaboración del Código Civil suizo. Debido a estas diferencias, el Código no se limitó a la admisión de un único derecho real de garantía inmobiliaria, sino que se eligieron tres diferentes, que en aquella época eran los más frecuentes en los cantones: La *Grundpfandverschreibung*, la *Schuldbrief* y la *Gült*. Junto a ellas se reconoce la obligación hipotecaria como una derivación de la *Grundpfandverschreibung*. La principal finalidad de los derechos de garantía real inmobiliaria debería ser constituir un medio para el aseguramiento de créditos y servir para la movilización del valor del suelo.

A) La *Grundpfandverschreibung* corresponde a la hipoteca de seguridad del Derecho alemán. Se distingue entre la llamada hipoteca de capital, en la cual, y con arreglo al artículo 794, párrafo 1.º, del Código Civil, debe pactarse en un contrato un determinado crédito en divisas suizas, y la llamada hipoteca de máximo, en la cual, y con arreglo al artículo 794, párrafo 2.º, de dicho Código, se requiere la existencia de un contrato de máximo y que sólo puede constituirse en forma de *Grundpfandverschreibung*.

Las limitaciones para el tráfico condujeron a que se admitiese como una derivación de esta forma la obligación hipotecaria, la cual incorpora un reconocimiento de deuda garantizado a través de una *Grundpfandverschreibung* e incorporado a un título. Normalmente se constituye a favor del portador y se denomina obligación hipotecaria al portador. Puede, sin embargo, también constituirse a favor de una persona determinada o a la orden. Este tipo de obligación hipotecaria está muy difundido en aquellos cantones donde no es frecuente la *Schuldbrief* o donde ésta última no resulta atractiva por limitación en los intereses o en la cuantía del endeudamiento.

Igualmente, la obligación hipotecaria tiene la ventaja de ser de fácil y rápida constitución. A diferencia de la *Schuldbrief*, en la obligación hipotecaria al portador no se presume la constitución del derecho real de garantía inmobiliaria. Además, la deuda incorporada al título no participa del principio de fe pública registral.

B) La *Gült* es una hipoteca de tráfico con el carácter de carga real (art. 847, párrafo 1.º, del Código Civil). Está completamente separada del crédito personal y constituye únicamente una garantía real (art. 847, párrafo 3.º). Con arreglo al artículo 856, párrafo 1.º, del Código debe emitirse un título sobre esta *Gült* que representa un título valor. En la práctica, esta forma de garantía no reviste importancia alguna en el aseguramiento del crédito. Pues su limitación como garantía real no satisface a la industria del crédito. Estas mismas razones son las que han conducido al fracaso de la *hypothèque sur soi-même* en Francia. Además, esta forma de garantía sólo puede constituirse sobre inmuebles, viviendas o construcciones rústicas (art. 847, párrafo 2.º, del Código Civil).

C) Los títulos hipotecarios existentes en el momento de entrar en vigor el Código Civil conservan su fuerza con arreglo al artículo 22, párrafo 1.º, del título final de dicho Código. Además, con arreglo al artículo 33, párrafo 1.º, de dicho título final los Reglamentos cantonales «podían establecer que un determinado tipo de derecho real de garantía inmobiliaria de su antiguo Derecho se equiparase a otro del nuevo Derecho», si bien se requería la aprobación del Consejo General suizo. Los cantones han hecho uso de esta posibilidad.

D) El Derecho suizo conoce también hipotecas legales. Se distingue entre hipotecas legales de constitución mediata, que sólo conceden el derecho a exigir la constitución de dicha hipoteca, o aquellas de constitución inmediata, que quedan constituidas directamente por la Ley.

Así, por ejemplo, con arreglo al artículo 837, párrafo 1.º, del Código Civil suizo, el vendedor de un inmueble tiene derecho a exigir la constitución de una hipoteca legal en tanto el comprador no satisfaga el precio, si bien la inscripción debe tener lugar como máximo dentro de los tres meses siguientes a la transmisión del dominio.

Con arreglo al artículo 836 del Código Civil, las hipotecas legales establecidas por los derechos cantonales que estén en conexión directa con el inmueble no precisan ser inscritas en el Registro de la Propiedad, admitiéndose sin embargo una regulación en contra por parte de los cantones. Estas hipotecas legales, como limitaciones legales del dominio, se anteponen a todas las demás hipotecas, salvo que el Ordenamiento jurídico cantonal correspondiente disponga lo contrario. Determinadas hipotecas de estas características se regulan en algunas leyes especiales; así, por ejemplo, para el aseguramiento de determinados impuestos.

4. ACCESORIEDAD

A) La cédula hipotecaria no es accesorio. Se constituye con independencia del crédito personal (en la práctica, un crédito derivado de un contrato de préstamo) para cuya seguridad se constituye, se adquiere o se pignora la cédula.

B) La cédula hipotecaria puede ser constituida como un derecho real de garantía inmobiliaria a favor del propietario y como tal subsistir aun después de extinguirse la prestación personal que garantiza.

La cédula hipotecaria de propietario es un supuesto especial de la cédula hipotecaria y puede constituirse a la orden o al portador. Los derechos incorporados a una cédula hipotecaria del propietario sólo existen (desde un punto de vista **material**) cuando un tercero adquiere el derecho sobre la cédula hipotecaria. El Código Civil no contiene un concepto de la cédula hipotecaria de propietario, pero, sin embargo, esta institución jurídica se menciona en varias disposiciones legales.

La finalidad de la cédula hipotecaria de propietario es impedir que acreedores hipotecarios posteriores en el rango adquieran automáticamente un rango preferente, aunque las condiciones de su derecho se constituyen como arreglo a un rango inferior. Por ello el propietario del título puede volver a utilizarlo.

Aunque en la práctica es usual la constitución de la cédula hipotecaria directamente a favor de un Banco, la cédula hipotecaria de propietario está muy difundida. Puede ser transmitida plenamente o simplemente ser pignorada, lo que le atribuye una gran importancia comercial.

5. NATURALEZA JURÍDICA

A) La cédula hipotecaria suiza es un derecho real limitado. Tal y como ocurre en la *Grundpfandverschreibung*, en la cédula hipotecaria coexisten las responsabilidades personal y real y, por tanto, «una unión entre el crédito personal y el crédito real». Como la *Gült*, la cédula hipotecaria suiza está incorporada a un título.

B) En la cédula hipotecaria suiza el deudor se obliga en forma abstracta al pago de una determinada cantidad de dinero (por tanto, un contrato de capital), y en la práctica también al pago de intereses (por lo que normalmente se incorpora a la cédula hipotecaria el llamado «interés máximo»), y asume para ello la responsabilidad personal con todo su patrimonio, lo que es asegurado a través de un derecho de garantía real inmobiliaria.

Con arreglo al artículo 868, párrafo 1.º, del Código Civil, el crédito incorporado a una cédula nominativa o al portador sólo puede ser transmitido, pignorado o, en general, hacerse valer con la posesión del título hipo-

tecario. Como consecuencia de ello la cédula hipotecaria se considera un título valor. Con arreglo al artículo 866 del Código Civil suizo, un adquirente de buena fe está protegido en relación a los derechos incorporados a la cédula hipotecaria.

6. OBJETOS HIPOTECABLES

Con arreglo al artículo 796, párrafo 1.º, del Código Civil, pueden ser gravados con un derecho de garantía real inmobiliaria los inmuebles. Con arreglo al artículo 655 del Código, son inmuebles los derechos inscritos como independientes en el Registro, las minas y la copropiedad sobre inmuebles.

7. EXIGENCIAS DE PUBLICIDAD

El Código Civil suizo introdujo un sistema registral unitario. Las mediciones territoriales necesarias para ello deberían estar terminadas para el año 1976. Sin embargo, aún no se han terminado en algunos cantones y por ello el Registro de la Propiedad suizo no está introducido hoy en día todavía en todos los cantones. En estos supuestos se establece un sistema transitorio. Con arreglo al artículo 48, párrafo 1.º, del título final del Código Civil, «con la entrada en vigor de las normas sobre derechos reales los cantones pueden designar aquellas formas a las que se les atribuye eficacia registral antes de la introducción del Registro de la Propiedad», es decir, «esas formas pueden ser investidas con eficacia tal que aun antes de la introducción del Registro de la Propiedad se produzcan los efectos registrales en relación a la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales», con arreglo al artículo 48, párrafo 2.º, del título final del Código. El artículo 48, párrafo 3.º, sin embargo, establece que no tendrán eficacia registral en relación al tercer adquirente de buena fe si el Registro de la Propiedad no ha sido aún introducido.

A) Con arreglo al artículo 799, párrafo 2.º, del Código Civil suizo, los derechos reales esencialmente sólo surgen con la **inscripción** en el Registro de la Propiedad, que es un Registro público, en el sentido establecido por el artículo 9, párrafo 1.º, del Código Civil, y que goza de la presunción de veracidad. Con arreglo al artículo 973 del Código Civil suizo, el contenido del Registro se presume válido y completo frente al tercero de buena fe. Se establece una eficacia de publicidad negativa y positiva.

Con arreglo al artículo 865 del Código Civil suizo, los efectos de la fe pública registral se extienden al crédito incorporado a la cédula hipotecaria, y con arreglo al artículo 866 al contenido del título hipotecario válidamente constituido.

B) El Registro tiene una competencia territorial, correspondiendo a los cantones la fijación de las demarcaciones, y está a cargo del encargado del Registro de la Propiedad. La organización de las oficinas registrales varía dentro de los cantones. Así, por ejemplo, en el cantón de Zürich, un Notario ejerce, junto a su función como tal, como Director del Registro.

C) El Registro de la Propiedad se compone de diferentes partes: Libro Principal (y junto a él los planos, referencias catastrales, descripciones de las fincas), el Libro Diario y los Libros Auxiliares.

El Libro Principal sigue el sistema del folio real (art. 942, párrafo 2.º, 945 y 950 del Código Civil suizo, y art. 5 del Reglamento del Registro de la Propiedad). Con arreglo al artículo 972, párrafo 1.º, del Código Civil, los derechos reales sólo nacen con la inscripción en el Libro Principal. En el Libro Diario se recogen las solicitudes de inscripción, lo que tiene importancia para la determinación del rango de un derecho (art. 972, párrafo 2.º). Los planos sitúan los inmuebles geográficamente. También están los documentos, que son aquellos que contienen el negocio jurídico subyacente e informan acerca del contenido del Derecho. Se llevan también Registros auxiliares (con arreglo al art. 949, párrafo 1.º, del Código Civil), fundamentalmente el Registro de Acreedores en el que se pueden inscribir los adquirentes de derechos reales de garantía inmobiliaria.

Junto a las inscripciones de los derechos de garantía real inmobiliaria se anotan las llamadas «observaciones», que hacen referencia a datos acerca de los intereses o acuerdos sobre el pago.

D) Con arreglo al artículo 860, párrafo 1.º, del Código Civil, el deudor y el acreedor pueden designar un fiduciario (también llamado representante o apoderado) que facilita la relación entre ellos, y especialmente, con arreglo al artículo 860, párrafo 1.º, está plenamente apoderado para recibir pagos, órdenes y consentir el levantamiento de cargas. Su nombre debe constar tanto en el Registro como en la cédula hipotecaria (art. 860, párrafo 2.º, del Código Civil) en la columna «observaciones», con lo que «ya no precisa ninguna otra especial prueba».

E) Las relaciones de rango se rigen, con arreglo al artículo 972, párrafo 1.º, del Código Civil, por la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Para ello la inscripción en el Libro Principal debe hacerse con arreglo al momento de presentarse la solicitud, y por ello la solicitud debe hacerse constar en el Libro Diario a través del correspondiente asiento debidamente numerado.

F) El legislador suizo ha preferido el sistema (propio del Ordenamiento jurídico alemán) del mantenimiento del rango, frente al sistema (propio de los Ordenamientos jurídicos de origen romano) del corrimiento del rango. Pues con ello derechos reales de garantía real inmobiliaria ya satisfechos pueden ser utilizados para un nuevo aseguramiento. Con ello se conserva el rango originario.

No obstante, el propio sistema contempla la existencia de determinadas excepciones a este principio del mantenimiento del rango. Así, por ejemplo, los acuerdos para la negociación del rango.

8. CONSTITUCIÓN, TRANSMISIÓN Y CANCELACIÓN

A) Constitución

1) *Contrato de constitución e inscripción*

La cédula hipotecaria suiza nace con el contrato para su creación (o la constitución unilateral por parte del propietario del inmueble en el supuesto de cédula hipotecaria de propietario) e inscripción en el Registro: artículo 799, párrafo 1.º, del Código Civil suizo. Con arreglo al artículo 856, párrafo 2.º, del Código Civil, la eficacia de la cédula hipotecaria surge con la inscripción, es decir, el derecho de garantía real inmobiliaria nace con la inscripción en el Registro y no con la emisión de la cédula hipotecaria. Sin embargo, los derechos incorporados a la cédula hipotecaria sólo surgen cuando dicha cédula ha sido emitida. Sin embargo, si el acreedor tiene un derecho a la entrega de la cédula hipotecaria, esos derechos surgen ya con la inscripción.

En el supuesto de la cédula hipotecaria de propietario falta el tercero interesado. Por ello los derechos incorporados a la cédula, y el derecho real de garantía, surgen inicialmente sólo desde un punto de vista formal. Desde un punto de vista del derecho material, sólo serán efectivos cuando se produzca la transmisión o pignoración de la cédula hipotecaria de propietario.

2) *Título de pignoración*

Con arreglo al artículo 856, párrafo 1.º, del Código Civil suizo, el encargado del Registro emite un título que, con arreglo al artículo 858 del Código Civil y artículo 53, párrafo 2.º, del Reglamento para el Registro, se ajusta a unos formularios unitarios emitidos por las autoridades suizas.

Este título, que al igual que el propio derecho real se denomina cédula hipotecaria (*Schuldbrief*) contiene en la primera página la promesa de deuda abstracta, con la firma del deudor (o del Notario autorizado para ello). La segunda página, doble, sirve para la descripción del inmueble gravado, el rango de la inscripción de la cédula hipotecaria, las modificaciones o divisiones de la hipoteca, así como la observación de su liberación¹. Las transmisiones de la cédula hipotecaria, así como el pago de la prestación abstracta, pueden hacerse constar en la última página.

La necesaria inscripción en el Registro de la Propiedad para el naci-

miento de la cédula hipotecaria se regula en el artículo 40 del Reglamento del Registro de la Propiedad. No es necesario hacer constar en la inscripción registral el interés, las condiciones de reembolso o de amortización. Sin embargo, con arreglo al artículo 40, párrafo 2.º, de dicho Reglamento debe hacerse necesariamente una indicación de estas circunstancias en la columna sobre «observaciones». Lo mismo puede decirse en relación al título.

3) *Título valor*

La cédula hipotecaria como tal título tiene la consideración de título valor y es un título ejecutable. Puede emitirse como título a la orden, pero también como nominativo. En la práctica, sin embargo, en la actualidad son más frecuentes los títulos al portador.

4) *Entrega del título*

El título se entrega a aquel que haya solicitado la inscripción del derecho, en la práctica normalmente el Notario o al propio acreedor, o al propietario en el supuesto de cédula hipotecaria de propietario. Con arreglo al artículo 857, párrafo 3.º, del Código Civil, la entrega inmediata al acreedor sólo es posible con el consentimiento expreso del deudor y del propietario, con lo que se trata de evitar la entrega antes de la concesión del crédito.

En la práctica existen diferencias en relación a la entrega del título en los diferentes cantones, dependiendo de la organización del Notariado en cada uno de ellos. Estas se manifiestan especialmente en el supuesto en que se vaya a conceder un crédito antes de que esté emitido el título de la deuda. En estos supuestos el acreedor tiene, por razones de seguridad, un interés en recibir el título tras su emisión y entrega. En el contrato, el deudor se obliga a entregar el título al acreedor. En el cantón de Zürich, el propietario solicita al encargado del Registro la entrega del título al acreedor. Dado que allí el encargado del Registro es a la vez Notario, le es conocida la solicitud del acreedor, con lo que debe poner especial diligencia a quien entrega el título.

En otros cantones donde existen Notarios de libre competencia, el propio Notario puede ser apoderado por el propietario para obtener el título del Registro y entregárselo al acreedor, y como consecuencia de ello obligarse el Notario a dicha entrega.

En ambos supuestos, sin embargo, no puede asegurarse plenamente al primer tomador la adquisición del título en el supuesto de constitución de una cédula hipotecaria de propietario, dado que en esta no existe la obligación de entregar el título al acreedor, sino al propietario.

Si una cédula hipotecaria se constituye directamente a favor del acree-

dor, el derecho real de garantía surge ya con la inscripción. Si una cédula hipotecaria va a ser pignorada, el acreedor tiene derecho a exigir la emisión del título, así como su posesión.

5) *Novación*

La relación crediticia, que es presupuesto de la cédula hipotecaria, se extingue con la inscripción en el Registro (y no con la emisión del título) a través de la novación (art. 855, párrafo 1.º, del Código Civil), de tal forma que el acreedor sólo puede exigir la prestación abstracta de la cédula hipotecaria. Igualmente y con arreglo al artículo 872 del Código, «el deudor sólo puede oponer aquellas excepciones que deriven de la inscripción o del documento o que sean de carácter personal frente al acreedor».

Sin embargo, desde el punto de vista de la práctica del crédito esta novación no plantea problemas, fundamentalmente por dos razones:

1.^a La novación puede ser excluida por las partes contratantes, si bien sólo con eficacia, entre ellas o frente a terceros que no actúen de buena fe (art. 855, párrafo 2.º, del Código Civil). En la práctica se excluyen estos efectos de la novación principalmente cuando se emite una nueva cédula hipotecaria para sustituir a otra antigua y el deudor no está al corriente del pago de los intereses. Pues la novación traería como consecuencia la extinción de esos intereses pendientes.

2.^a Con arreglo al artículo 855, párrafo 1.º, del Código Civil, la novación sólo se produce en el supuesto de la «creación», es decir, la primera constitución de una cédula hipotecaria. Por ello la novación no tiene lugar en la práctica habitual en los Bancos de adquisición de cédulas hipotecarias para aseguramientos. Tampoco juega esta novación en los supuestos frecuentes de constitución de una cédula hipotecaria de propietario, pues no puede extinguirse ninguna prestación o deuda previamente inexistente. Pues la prestación se extingue por confusión si concurren en una persona las circunstancias de acreedor y deudor simultáneamente, con lo que en el supuesto examinado no puede ni siquiera haber surgido. Si con posterioridad el propietario transmite al Banco esa cédula hipotecaria para garantizar un crédito, no se produce el efecto de la novación.

6) *Contrato de aseguramiento*

La relación o conexión entre la relación crediticia que ha de asegurarse y la cédula hipotecaria se realiza en la práctica a través de un contrato de aseguramiento en el que se regula que el acreedor sólo puede utilizar la cédula hipotecaria para el aseguramiento de su crédito personal y sólo en

la cuantía determinada. Al ser esta una excepción personal frente al primitivo acreedor, el deudor sólo puede oponerla frente a dicho acreedor, pero no frente a acreedores posteriores que hayan adquirido la cédula hipotecaria o a favor de los cuales se haya pignorado.

7) *Límite de la deuda*

Los derechos cantonales «pueden exigir para la creación de una cédula hipotecaria una valoración oficial del inmueble que se ponga a disposición de las partes interesadas» (art. 843, párrafo 1.º, del Código Civil). El párrafo 2.º de dicho artículo establece que puede también disponerse que la cédula hipotecaria sólo pueda constituirse hasta el límite de dicha valoración o hasta una porción determinada de la misma. En los cantones en los cuales se han dictado disposiciones en este sentido, debe constituirse una hipoteca convencional para el aseguramiento del crédito bancario, que puede ser convertido en una cédula hipotecaria sólo cuando exista ya la tasación oficial.

Para evitar la especulación en el ámbito de los inmuebles, que trajo consigo una fuerte subida del precio del suelo, se han dictado diversas medidas legales en este campo. (Cita el autor a continuación diversas leyes que, por su casuismo y por afectar a una problemática específica de Suiza, no se exponen al no añadir interés al tema tratado).

b) *Transmisión*

1) *Entrega*

Un crédito incorporado a una cédula hipotecaria al portador se transmite mediante la entrega del título (art. 869, párrafo 1.º, del Código Civil). Si el nuevo acreedor se hace constar en el Registro de Acreedores, debe abonarse la correspondiente cantidad en el Registro (en la actualidad, 20 francos suizos). Si se prepara una transmisión antes de que se haya emitido la cédula hipotecaria, quien esté legitimado para ello puede indicar al Registro de la Propiedad su derecho como acreedor a poseer el título y a su entrega, lo que, sin embargo, no es preceptivo hasta que el título esté plenamente constituido.

2) *Título a la orden*

La transmisión de la cédula hipotecaria emitida como título a la orden se rige por las disposiciones legales generales para los títulos a la orden. La transmisión de los derechos incorporados al título requiere el endoso y la entrega del título. Por ello las partes deben celebrar un «contrato de transferencia» real (es decir, el acuerdo acerca de la transmisión de la propiedad,

en el cual la voluntad del transmitente se manifiesta a través de la forma del endoso).

Con arreglo al artículo 869, párrafo 2.º, del Código Civil suizo debe hacerse constar en el título el nombre del adquirente. Consecuencia de ello es que no es posible la transmisión a través de un endoso en blanco.

3) *Cesión*

Junto a ello es también posible la cesión del crédito incorporado al título mediante el correspondiente contrato de cesión (con arreglo a las disposiciones legales) y la entrega del título. La cesión, sin embargo, no implica ni la exclusión de las excepciones ni tampoco una eficacia legitimadora completa.

4) *Pignoración*

A) **Importancia**

La pignoración de los títulos valores tiene una gran importancia en Suiza, pues partes importantes de los patrimonios se encuentran incorporados a títulos valores, los Bancos llevan a cabo ellos mismos la negociación de los títulos y el derecho de prenda sobre títulos valores es de fácil realización.

La pignoración de títulos de garantía real, de gran importancia en la práctica y que recibe el nombre de «negocio hipotecario indirecto», tiene una gran relevancia en los supuestos de cédula hipotecaria de propietario y sirve tanto para el aseguramiento de varias relaciones crediticias como «segunda hipoteca» como para el aseguramiento de créditos, como, por ejemplo, créditos para la construcción. Los créditos bancarios asegurados con derecho de prenda mobiliaria pertenecen a los negocios más frecuentes de la Banca (desde la posición activa). La importancia de la cédula hipotecaria varía, sin embargo, de un Banco a otro.

Con arreglo al artículo 17, párrafo 2.º, de la Ley Federal de 8 de noviembre de 1934 sobre Bancos y Cajas de Ahorros, un Banco «no puede pignorar un derecho de prenda mobiliaria por un importe superior al que él puede exigir a su deudor de dicha prenda mobiliaria. Debe incluso velar porque no se constituyan derechos a favor de terceros sobre dicha prenda mobiliaria por un importe superior». Con arreglo al artículo 33, párrafo 1.º, del Reglamento del 17 de mayo de 1972, que desarrolla la Ley de Bancos y Cajas de Ahorros, un Banco «está obligado, una vez satisfecha la deuda que garantiza la prenda, a devolver de inmediato el título al pignorante con el carácter de libre».

B) Cédula hipotecaria de propietario

La pignoración de una cédula hipotecaria de propietario puede tener lugar en dos formas: Pignoración como título valor (con arreglo al art. 901 del Código Civil) o pignoración a través de la cesión (art. 900 de dicho Código). El objeto del derecho de prenda no es el inmueble gravado, sino el crédito incorporado al título y asegurado con el derecho real de garantía (en forma abstracta), de tal forma que se trata de un derecho de prenda sobre un crédito. O dicho de otra forma: en la pignoración como título valor (en los títulos a la orden mediante el endoso) el objeto del derecho de prenda es la cédula hipotecaria como título valor, mientras que en la pignoración a través de la cesión (sin endoso en los títulos a la orden) lo es el crédito incorporado a la cédula hipotecaria.

La pignoración como título valor es la más frecuente en la cédula de propietario. Exige un contrato de prenda (no sujeto a formalidades especiales) entre el acreedor pignoraticio y el pignorante, así como la entrega del título (en títulos al portador con arreglo al art. 901, párrafo 1.º, del Código Civil, y en títulos a la orden con arreglo al art. 901, párrafo 2.º, de dicho Código que exige el endoso), lo que puede ser sustituido por la tradición ficticia. No se requiere la inscripción en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, sí es posible la inscripción del acreedor en el Registro de Acreedores, lo que trae como consecuencia la obligación para el Registro de la Propiedad de poner en conocimiento del acreedor pignoraticio las notificaciones legalmente previstas.

Si se desea que el acreedor pignoraticio disfrute del derecho de prenda de inmediato, puede indicarse al encargado del Registro de la Propiedad que retenga el título para el acreedor pignoraticio, de tal forma que éste adquiera el derecho de prenda desde el momento de la constitución de la cédula hipotecaria.

En la práctica, los Bancos suelen pactar que la pignoración incluya no sólo el capital de la cédula, sino los intereses de los tres últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente e, incluso, también de intereses futuros. La opinión mayoritaria estima que este tipo de cláusulas son admisibles.

Si la pignoración de la cédula hipotecaria de propietario se quiere efectuar a través de la cesión, se requiere un contrato de prenda escrito y la entrega de la cédula hipotecaria de propietario al acreedor pignoraticio.

C) Ventajas de la pignoración de una cédula hipotecaria de propietario

Una ventaja especial es que para la constitución de un derecho de prenda mobiliaria sobre una cédula hipotecaria es suficiente un contrato sin

sujeción a forma especial y no se exige una escritura pública (a diferencia de los supuestos de constitución de un derecho de garantía directo a favor del acreedor).

Con arreglo al artículo 795, párrafo 2.º, del Código Civil suizo, «las disposiciones cantonales pueden establecer el límite máximo del tipo de interés admisible en los créditos garantizados con un derecho de garantía sobre inmueble». Por lo demás, las partes contratantes pueden establecer el tipo de interés (art. 795, párrafo 1.º, del Código Civil), siempre que se respeten los límites de la Ley de Usura. Algunos cantones han hecho uso de esta posibilidad de establecer límites máximos al tipo de interés.

Sin embargo, este límite afecta sólo a los créditos garantizados con un derecho de garantía real inmobiliaria y, por tanto, no para el supuesto de aseguramiento a través de un derecho de prenda mobiliaria sobre una cédula hipotecaria. La cuestión acerca de si la competencia de los cantones (con arreglo al art. 795, párrafo 2.º, del Código Civil) incluía también los créditos garantizados con derecho de prenda mobiliaria fue contestada negativamente por la jurisprudencia y por la doctrina dominante. De ahí que a través de la pignoración de una cédula hipotecaria de propietario puede evitarse el límite en el tipo de interés, lo que en la práctica ha sido utilizado. Sin embargo, esta finalidad obtenida a través del consiguiente rodeo de la norma no puede ser tampoco excesivamente importante. Pues la posibilidad de pignorar una cédula hipotecaria no modifica el hecho de que dicha cédula esté sometida al límite en el tipo de interés pactado en el momento de su constitución, a no ser que el límite se haya introducido tras la constitución de la cédula. En la práctica, sin embargo, es norma que en la pignoración se garantice un interés superior al primitivo, que queda garantizado en el derecho de garantía real inmobiliaria.

Además, acudiendo al derecho de prenda mobiliaria sobre títulos hipotecarios, determinados Bancos pueden evitar algunas limitaciones que tienen en sus actividades: así, por ejemplo, los Bancos comerciales no pueden realizar negocios en el ámbito del crédito hipotecario, de tal forma que acuden al «negocio hipotecario indirecto». Determinados Bancos tienen límites en relación a los créditos, garantizados directamente con derechos de garantía real inmobiliaria. Los créditos que superen estos límites, sin embargo, pueden ser asegurados a través de la pignoración de una cédula hipotecaria de propietario.

La constitución de un derecho de prenda mobiliaria sobre una cédula hipotecaria de propietario tiene también ventajas en el supuesto de realización de la garantía, pues la realización del derecho de prenda mobiliaria es más fácil que la de un derecho de garantía real inmobiliaria.

En el supuesto de que un inmueble gravado con una cédula hipotecaria sea objeto de venta forzosa o se vea afectado por una quiebra, el titular de

un derecho de prenda sobre la cédula hipotecaria puede dirigirse directamente contra el inmueble, de tal forma que el crédito garantizado con el derecho de prenda mobiliaria sobre la cédula hipotecaria tiene la consideración de una carga directa sobre el inmueble.

Las partes pueden pactar el derecho de realización privada del derecho de prenda, de tal forma que el acreedor pueda enajenar directamente la cédula hipotecaria. Los Bancos suelen pactar en los contratos de prenda la posibilidad de elegir en el supuesto de realización del derecho de prenda entre la enajenación a través de la correspondiente venta con arreglo a las disposiciones legales o a través de la venta privada. La posibilidad de pactar la venta privada es reconocida hoy por la Ley. La venta privada, sin embargo, queda excluida en el supuesto de que el pignorante haya caído en quiebra o concurso o el inmueble gravado sea objeto de una venta forzosa.

Incluso se admite como válida la «entrada del propio acreedor» en el supuesto de venta privada, y no se considera que choque con la prohibición de la venta decomiso (art. 894 del Código Civil). Sin embargo, en todo caso el acreedor pignoraticio, una vez cobrado el precio del crédito garantizado, debe devolver el exceso al pignorante.

D) Riesgos de la pignoración de una cédula hipotecaria de propietario

Quien adquiera una cédula hipotecaria en un proceso de ejecución tiene la posición de un acreedor hipotecario plenamente legitimado, de tal forma que puede exigir el valor de la garantía tras la denuncia de la cédula hipotecaria. La Sentencia de la Sección 2.^a de lo Civil del Tribunal Federal Suizo del 13 de abril de 1989 estableció la independencia del crédito garantizado con la pignoración de una cédula hipotecaria en relación al crédito (abstracto) garantizado con el derecho real de garantía inmobiliaria, aunque con ello pueda causarse un perjuicio al deudor.

En el supuesto contemplado por el Tribunal Federal, un Banco había concedido a su cliente una cuenta de crédito con un límite de 475.000 francos suizos. En garantía de ello el cliente pignoró a favor del Banco una cédula hipotecaria de propietario constituida sobre un inmueble por un valor de 260.000 francos suizos. Cuando el Banco realizó la prenda a través del correspondiente procedimiento, subastó por un importe de 1.000 francos suizos la cédula hipotecaria, convirtiéndose así en poseedor de la misma. Posteriormente denunció la citada cédula hipotecaria. Al no obtener el pago promovió el correspondiente procedimiento de realización de la cédula hipotecaria. El inmueble fue subastado. El Banco obtuvo una cantidad de 290.000 francos suizos. Posteriormente el banco denunció la cuenta de crédito y exigió del cliente el pago de 400.000 francos suizos, incluidos los

intereses. La cuestión discutida era si los 290.000 francos que había obtenido deberían reconocerse como parte del pago de la devolución de la deuda derivada de la cuenta de crédito.

El Tribunal Federal establece que es indiscutible que el acreedor pignoraticio de una cédula hipotecaria de propietario sólo adquiere un derecho de prenda sobre la cédula hipotecaria, pero no el crédito incorporado a la misma, pues dicho crédito no puede surgir en tanto que el propietario sea a la vez acreedor y deudor de dicho crédito, sino, por el contrario, sólo cuando se produce la realización de la prenda mobiliaria o cuando se produce la transmisión de la propiedad del título de la cédula hipotecaria. Si un acreedor pignoraticio adquiere a través del correspondiente procedimiento de realización el crédito incorporado al título, puede también exigirlo.

El Tribunal Federal se plantea si debe seguirse la opinión minoritaria en la doctrina de que el acreedor a cuyo favor se pignoró una cédula hipotecaria de propietario sólo tiene un derecho de garantía real inmobiliaria. Pues en el supuesto examinado el Banco adquirió la propiedad de la cédula hipotecaria pignorada a través del correspondiente procedimiento de realización y por ello se convirtió en acreedor del crédito incorporado al título y garantizado con el derecho de garantía real inmobiliaria. Si este derecho se exige posteriormente lo adquirido en dicho procedimiento, no debe sumarse al crédito para cuya seguridad se pignoró la cédula hipotecaria, pues ambos créditos son independientes uno de otro. Pues no se está en presencia de una transmisión fiduciaria de la cédula hipotecaria (salvo el correspondiente acuerdo específico a este respecto), sino sólo ante una pignoración.

Por ello el Tribunal Federal estima que «el resultado, que en esencia permite al acreedor negarse a sumar lo obtenido como consecuencia de la realización del derecho de garantía real inmobiliaria al crédito garantizado a favor de él», no puede evitarse ni con la aplicación de las disposiciones legales ni con la analogía, sino en todo caso debe ser el legislador quien corrija esta situación jurídica injusta.

Sin embargo, el Tribunal Federal sí hizo la observación de que finalmente, al haber imputado el Banco el resultado obtenido como consecuencia de la realización del derecho de garantía real inmobiliaria a la cuenta corriente del deudor, reconocía que el resultado de la realización de dicho derecho de garantía real inmobiliaria debía sumarse al crédito que tenía garantizado a su favor.

Esta sentencia del Tribunal Federal ha sido considerada desacertada por la práctica crediticia suiza. Se considera que el Tribunal Federal tenía la obligación de haberse pronunciado por la obligación de sumar las cantidades, pues la conexión existente entre las garantías subsistía aun después de la realización del derecho de prenda mobiliaria y esto podía haberse alegado como excepción por el deudor. Pues la pignoración no persigue un fin en

sí misma. Por el contrario, un derecho de prenda se constituye sobre una cédula hipotecaria para garantizar un crédito. A través de esta sentencia existe el riesgo de que los Juzgados no acepten en el futuro el acuerdo para la entrada del propio acreedor. Por ello una realización a través de un procedimiento privado sólo sería posible cuando se acepte la obligación de sumar las cantidades, pues en caso contrario se produciría la violación de la prohibición de la venta decomiso. Los Bancos suizos, sin embargo, en la práctica se sujetan a esta norma y suman lo obtenido en uno u otro procedimiento.

E) Accesoriedad

A través de la constitución de un derecho de prenda mobiliaria sobre la cédula hipotecaria, se establece una conexión directa entre el crédito asegurado y la garantía (derecho de prenda) constituida, pues el derecho de prenda mobiliaria es de naturaleza fuertemente accesorio. Para el supuesto de extinción del crédito, se extingue también el derecho de prenda mobiliaria sobre la cédula hipotecaria. La cédula hipotecaria subsistiría como tal.

5) Transmisión en garantía

Aunque la transmisión en garantía (en forma no accesorio) no aparece regulada expresamente en el Código Civil suizo, la jurisprudencia y la doctrina suiza la admiten. Sin embargo, y con arreglo al artículo 717, párrafo 1.º, del Código Civil, «la transmisión de la propiedad no es eficaz frente a terceros» cuando la cosa permanece en manos del propietario como consecuencia de una especial relación jurídica y con ello se intenta causar un perjuicio a tercero o evitar las disposiciones sobre la prenda mobiliaria. Como consecuencia de ello la transmisión en garantía no produce efectos en cuanto a tercero si se conserva la posesión, pero sí en el supuesto a producirse la transmisión en garantía con entrega de la posesión.

La transmisión en garantía tiene gran importancia en la práctica bancaria, singularmente en las transmisiones de títulos garantizados con derechos de garantía real inmobiliaria y especialmente en las de cédulas hipotecarias. Para ello se transmite el título como garantía, de tal forma que el acreedor adquiere la plena propiedad del mismo. Con ello adquiere la posición jurídica de un acreedor hipotecario normal.

La transmisión de los títulos se produce en los supuestos de títulos al portador (art. 869, párrafo 1.º, del Código Civil) con la entrega del título, y en títulos nominativos con el endoso (art. 869, párrafo 2.º), endoso que

con arreglo al citado precepto ha de ser un endoso pleno. El artículo 869 del Código Civil no menciona el correspondiente acuerdo real sobre la transmisión de la propiedad, pero ha de sobreentenderse.

Si en el momento del acuerdo sobre la garantía todavía no se ha emitido la cédula hipotecaria, el artículo 799, párrafo 2.º, del Código Civil suizo exige el correspondiente contrato de prenda en documento público, dado que el adquirente de la garantía tiene desde un punto de vista externo la plena posición del acreedor hipotecario. Sin embargo, la propiedad (en garantía) sobre la cédula hipotecaria sólo surge cuando ésta ha sido emitida formalmente y el adquirente de la garantía ha obtenido la posesión. Dado que el adquirente de la garantía es acreedor hipotecario, puede hacer valer sus derechos incluso en el período de tiempo entre la inscripción de la cédula hipotecaria en el Registro de la Propiedad y la transmisión de la propiedad del título (art. 799, párrafo 1.º, y 856, párrafo 2.º, del Código Civil).

El contrato de garantía puede incluir el pacto de que el crédito garantizado en la cédula hipotecaria pueda exigirse en las mismas condiciones y por la misma cuantía que el crédito asegurado. El «acuerdo de garantía», que no requiere forma especial, constituye, por un lado, la causa de la transmisión de la propiedad de la cédula hipotecaria, y determina, por otro, los derechos y obligaciones de los contratantes. Si la deuda, para cuya seguridad se transmitió la cédula hipotecaria, no es satisfecha a su debido tiempo, el acreedor puede con arreglo al contrato de garantía exigir su satisfacción con la cédula hipotecaria, de tal forma que permanezca como propietario definitivo de la misma. Puede conservar la cédula hipotecaria o proceder a su venta.

Se discute si la prohibición de pacto de comiso del artículo 894 del Código Civil suizo es aplicable a la transmisión en garantía, y como consecuencia de ello si el acreedor debe devolver al deudor el exceso obtenido con la venta. A pesar de que el Tribunal Federal rechaza la aplicación del artículo 894 del Código Civil a la transmisión en garantía y concede al transmitente de la garantía sólo un derecho de impugnación, la mayoría de los Bancos establecen en las condiciones generales de sus contratos la obligación de la devolución del exceso.

c) *Extinción*

Dado el carácter abstracto de la cédula hipotecaria, la extinción del crédito para cuya garantía se emitió no determina la extinción de la cédula hipotecaria (art. 863, párrafo 1.º, del Código Civil suizo). Por el contrario, es necesaria su anulación. Esto exige la cancelación de la inscripción regis-

tral (art. 801, párrafo 1.º del Código Civil). Para ello el artículo 864 del Código Civil exige que el título «pierda eficacia» o sea declarado sin eficacia por el Juez. El acreedor y el propietario del inmueble debe consentir la cancelación. Es igualmente exigible el consentimiento del tercero a cuyo favor se haya pignorado el título.

El deudor puede también exigir del acreedor la devolución del título devenido ineficaz (art. 873 del Código Civil). Esto es necesario cuando quiera utilizarlo para un nuevo contrato crediticio. Tampoco los pagos parciales afectan en esencia a la existencia y contenido de la cédula hipotecaria. Sin embargo, el deudor puede exigir con arreglo al artículo 847, párrafo 1.º y 2.º del Código Civil que la suma incorporada (inscrita) al título sea reducida y con ello se obtenga una «cancelación parcial del derecho de prenda o una ineficacia parcial del título», o cuando menos que el pago parcial se haga constar en el Registro de la Propiedad y en el título, de tal forma que se produzca la correspondiente modificación del título.

9. MODIFICACIÓN DEL CRÉDITO

A) La variación del crédito en una cédula hipotecaria es posible al ser ésta independiente del crédito garantizado. Por ello puede establecerse en el contrato de garantía, o en el contrato de prenda, que la cédula hipotecaria ha de garantizar todos los créditos del banco frente al deudor, incluso los que se pacten en contratos futuros. Así, una modificación del crédito es posible tanto en el supuesto de transmisión de la garantía como en el caso de pignoración.

B) La modificación del crédito exige sin embargo que el deudor renuncie frente al acreedor a la excepción de reembolso, es decir, que haga la declaración (no sujeta a forma especial) de que no hará uso con arreglo al artículo 874, párrafo 1.º y 2.º del Código Civil de su derecho de reducir la suma garantizada o de hacer constar en el título la correspondiente observación.

C) No resulta problemático el cambio del crédito cuando la cédula hipotecaria se ha constituido a favor del Banco, en garantía de un crédito. No obstante, en este supuesto se extingue el crédito con arreglo al artículo 855, párrafo 1.º, del Código Civil suizo. Sin embargo, en este caso suele hacerse efectivo el pacto, contenido normalmente en el contrato de garantía, de que la cédula hipotecaria asegurará todos los créditos del Banco frente al deudor.

Se plantean, sin embargo, dificultades en los supuestos en que se haya pactado contractualmente el «derecho de corrimiento» a favor de los acreedores posteriores en el rango, es decir, que tras el pago del crédito garan-

tizado éstos puedan «correrse» en el rango de la cédula hipotecaria. Sin embargo, «este derecho de corrimiento» tiene en la práctica cada vez menos importancia, pues los acreedores posteriores otorgan poca importancia a la concesión de este derecho. Pues para ellos es difícil conocer cuándo el crédito ha sido satisfecho. Además, la cédula hipotecaria puede ser adquirida por un tercero de buena fe, que no tiene que respetar este «derecho de corrimiento».

10. ACUMULACIÓN DE CRÉDITO

En la acumulación de créditos subyace un acuerdo sobre un nuevo crédito. Dado el carácter no accesorio de la cédula hipotecaria suiza, ésta puede garantizar también el nuevo crédito. Para ello no es necesario elevar la suma de la cédula hipotecaria, pues los pagos ya realizados no han disminuido dicha suma. La concesión de un nuevo crédito influye solamente en la relación personal entre el acreedor y el deudor. Pues el contrato de garantía no tiene por qué ser modificado o complementado si incluye el acuerdo, lo que es normal, de que garantizará todos los créditos, incluso los derivados de contratos futuros.

Se plantean problemas en la acumulación de créditos en el supuesto de que la cédula hipotecaria haya sido «reducida», pues se requerirá el consentimiento de los acreedores posteriores en rango para su «elevación». Lo mismo sucede en el supuesto de que se pretenda «elevar» la suma originaria de la cédula hipotecaria y también en el supuesto en que se hubiese concedido a un acreedor posterior en el rango un «derecho de corrimiento».

11. NUEVA UTILIZACIÓN

La jurisprudencia del Tribunal Federal suizo ha reconocido la posibilidad de que a través del correspondiente acuerdo (no sujeto a formalidades especiales) un nuevo crédito pueda ocupar el lugar de otro ya satisfecho y con ello quedar garantizado con el derecho de garantía real inmobiliaria. Presupuesto de ello, sin embargo, es la renuncia a la excepción de pago.

12. CONVERSIÓN

También en el supuesto de conversión (reembolso) puede la cédula hipotecaria ser utilizada como medio para garantizar un nuevo crédito.

A) Ello es posible a través de la transmisión de la cédula hipotecaria

del antiguo al nuevo acreedor, lo que en el supuesto de cédulas hipotecarias nominativas tiene lugar mediante el endoso, y en cédulas hipotecarias al portador a través del correspondiente acuerdo y la entrega.

B) Si el primer acreedor sólo es titular de un derecho de prenda mobiliaria sobre la cédula, puede tener lugar la conversión a través de «un cambio de acreedor», ofreciendo un nuevo acreedor el valor del crédito, para que pueda ser satisfecho el crédito anterior. Para su seguridad se establece un nuevo derecho de prenda sobre la cédula hipotecaria, lo que exige un nuevo contrato de prenda. En la práctica el título pignorado suele ser transmitido directamente de un Banco a otro. Aquí no juegan los derechos de restitución de acreedores posteriores, pues con anterioridad sólo se constituyó un derecho de prenda, y por eso no se ha producido una modificación de la posición jurídico-material del poseedor de la cédula hipotecaria.

También es posible la «adquisición» del crédito asegurado a través de un contrato entre el adquirente y el anterior acreedor, de tal forma que el derecho de prenda permanezca y se adquiera también siempre que el pignorante consienta la transmisión de la deuda (subrogación). En este supuesto, sin embargo, el nuevo acreedor queda sujeto a las excepciones del deudor frente al primitivo acreedor derivadas del contrato de préstamo y vinculado por sus estipulaciones.

C) Debe observarse que en el supuesto de pago parcial de la deuda garantizada el rango que ocupaba esta deuda parcialmente liberada no puede ser nuevamente gravada si no es con consentimiento del primitivo acreedor pignoraticio parcialmente satisfecho.

13. ASEGURAMIENTO DE UNA LÍNEA DE CRÉDITO

A) Una cédula hipotecaria puede también ser utilizada para asegurar una línea de crédito, pues no le afectan las modificaciones del crédito asegurado dado su carácter no accesorio. Para ello se constituye por una suma superior al crédito inicial. En relación a los intereses, constituye una práctica habitual, aceptada además con carácter general, que los intereses asegurados con un título de este tipo lo son mediante la fijación de un tipo máximo de interés en lugar de un tipo fijo. En estos supuestos, la cédula hipotecaria puede ser constituida directamente a favor del Banco. Sin embargo, es frecuente también que una cédula hipotecaria de propietario se pignore o se transmita al Banco para garantizar una línea de crédito.

B) Para estos fines en la práctica se utiliza mucho menos (al menos en el cantón de Zürich) la hipoteca de máximo, igualmente posible en este supuesto.

14. FINANCIACIÓN POR TRAMOS

Con arreglo al artículo 818, párrafo 2.º, del Código Civil, «el interés pactado inicialmente... no puede elevarse por encima de un 5 por 100 en perjuicio de acreedores hipotecarios posteriores». Para la elevación por encima de este porcentaje se requiere el consentimiento de los acreedores posteriores.

Los Bancos suizos suelen establecer un tipo de interés variable, y para ello el Banco establece unilateralmente el tipo de interés (en relación al mercado del dinero o de capitales). Se establece un tipo máximo como «tipo máximo de interés» y se hace constar en la cédula hipotecaria y en el Registro de la Propiedad. Si el tipo de interés se eleva por encima de este máximo pactado, se requiere el consentimiento de los acreedores posteriores siempre que el tipo deseado supere el 5 por 100.

También en el supuesto de derecho de prenda mobiliaria puede pactarse un tipo de interés máximo, que será vinculante para el deudor y para el adquirente si es inferior a aquel que se establece en la cédula hipotecaria. Si falta un acuerdo en este sentido, se plantea la duda de si junto al capital se deben o no intereses.

15. ASEGURAMIENTO DE UN CRÉDITO CONSORCIAL

La concesión de un crédito consorcial garantizado con un derecho de garantía real inmobiliaria no es frecuente en Suiza, quizá porque suelen ser muy escasos los grandes créditos para financiar proyectos importantes.

El medio de garantía en estos escasos supuestos es la cédula hipotecaria. Esta se constituye a favor del Director del Consorcio (el Banco Director de Crédito), que para el supuesto de impago realiza como fiduciario la cédula hipotecaria y distribuye el resultado internamente. También es posible la constitución de la cédula hipotecaria a favor de todos los acreedores consorciales conjuntamente. Incluso podría pensarse en la constitución de cédulas hipotecarias individuales a favor de cada uno de los acreedores, lo que desde un punto de vista de los costes (en relación a los impuestos de constitución) no plantearía diferencia alguna, pues estos impuestos se rigen por el importe de la deuda.

El aseguramiento a través de un derecho de garantía real inmobiliaria puede llevarse a cabo también a través de una hipoteca, en cuyo supuesto un Banco concede el crédito y se refinancia a través de otros Bancos.

16. FINANCIACIÓN INTERMEDIA

A) El «crédito a la construcción» opera en Suiza normalmente a través del siguiente proceso: El propietario ingresa parte de su propio capital en un Banco en una cuenta corriente para la construcción, y este Banco con ello paga las prestaciones realizadas por terceros para la construcción. Una vez que el propio capital se agota, el Banco continúa realizando los pagos con cargo al crédito para la construcción, que es un crédito a corto plazo sólo hasta la terminación de la obra y con un tipo alto de interés. Entonces este crédito se satisface a través de un crédito hipotecario a largo plazo, con un tipo de interés más bajo e hipotecariamente con naturaleza de crédito de primer rango. Esto significa que durante la construcción se concede un crédito cuya cuantía varía y posteriormente se libera (satisface) a través de un crédito a la construcción mediante el correspondiente contrato. Ambos créditos son concedidos por el mismo Banco. La participación de otro Banco como financiador intermedio no es habitual en Suiza.

Hasta hace pocos años era usual que el crédito a la construcción estuviese asegurado durante el período de la construcción con un contrato de hipoteca en forma de hipoteca de máximo que, normalmente, se liberaba (satisfacía) a través de una cédula hipotecaria nominativa. Para ello era necesario acudir dos veces al Notario y al Registro de la Propiedad, lo que producía los consecuentes costes. Además, la cédula hipotecaria nominativa era menos flexible; así, por ejemplo, en el supuesto de pago parcial anticipado no podía servir para garantizar otros créditos.

Por ello la práctica crediticia acudió a la garantía a través de cédulas hipotecarias. Para ello se transmite al Banco la cédula hipotecaria una sola vez para la correspondiente garantía. En el contrato de aseguramiento se establece que la cédula hipotecaria ha de asegurar ambos créditos sucesivamente.

B) Bajo determinadas condiciones, puede también pensarse que la financiación intermedia pueda asegurarse con cédulas hipotecarias aun en el supuesto de intervención de diversos institutos de crédito. Por razones de costes, y no sólo para evitar una novación, podría pensarse en la cédula hipotecaria del propietario. Para ello la cédula hipotecaria de propietario debería transmitirse en el momento de la concesión del crédito intermedio al concedente de dicho crédito y después ser transmitida por éste al financiador final. O bien la cédula hipotecaria de propietario se transmite al financiador final, quien la posee como fiduciario del financiador intermedio, o bien constituye un derecho de prenda a favor de éste o se la transmite en garantía de su crédito, y finalmente se vuelve a transmitir al financiador final.

17. ASEGURAMIENTO DE PRESTACIONES ACCESORIAS

Las prestaciones accesorias pueden ser garantizadas con una cédula hipotecaria al ser ésta independiente de las prestaciones aseguradas. Para ello es necesario la ampliación del contrato de garantía o, en su caso, del contrato de prenda.

18. PRÉSTAMOS GLOBALES

No existe en este punto una disposición legal especial en Suiza. Normalmente el empresario general cierra los contratos de venta con los consumidores finales antes de la terminación del inmueble. Sin embargo, una adquisición real no se produce hasta la terminación del mismo. Entonces el derecho real de garantía inmobiliaria conjunto constituido para asegurar la financiación del empresario general (por ejemplo, una cédula hipotecaria) se extiende a los diferentes inmuebles. El Banco que financia al consumidor final paga cuando ha sido adquirido el inmueble.

Tras el completo pago del precio de compra se produce un levantamiento de la garantía, para lo cual se requiere el consentimiento del acreedor, que ha de manifestar que está de acuerdo con la liberación del deudor. Esto se hace constar en el título (cédula hipotecaria) y en el Registro de la Propiedad (a través de la correspondiente cancelación). El contrato de compra podría también pactarse con la condición de que el Banco que financió al empresario general entregue el objeto gravado libre de cargas. El consentimiento para el levantamiento de la garantía podría obtenerse también mediante el abono del precio de la compra en la cuenta del empresario general en el Banco.

El crédito al comprador se asegura con una nueva cédula hipotecaria. Esto, en parte, se debe (al menos en el cantón de Zürich) a que los costes de constitución de una cédula hipotecaria son escasos si vienen a sustituir a un derecho de garantía real inmobiliaria que se extingue.

Jurídicamente también podría admitirse la constitución de diversas cédulas hipotecarias sobre los diferentes inmuebles (es decir, tras la división) y la transmisión de las cédulas hipotecarias para asegurar la financiación de los adquirentes.

19. RESERVA DE UNA POSICIÓN DE RANGO VENTAJOSA

A través de la constitución de una cédula hipotecaria de propietario, el propietario puede reservarse un rango preferente.

Otra posibilidad para reservar el rango viene dada por la «reserva del lugar no ocupado (vacío) de la carga» (también denominada «Vorgang»). Mediante la inscripción de un «Vorgang» en el Registro de la Propiedad con arreglo al artículo 813, párrafo 2.º, del Código Civil suizo, y artículos 48 y 40 del Reglamento del Registro de la Propiedad, puede conseguirse la constitución de un derecho de garantía real inmobiliaria de rango posterior sin necesidad de previa existencia de uno de rango anterior; pero, sin embargo, de esta reserva de la posición de la carga debe determinarse su ámbito con exactitud y, según la opinión general de la doctrina, también debe ser inscrito un determinado tipo de interés para el supuesto de que con posterioridad se desee constituir una hipoteca de capital. En la práctica, sin embargo, no es frecuente la inscripción de un «Vorgang». En todo caso, puede tener sentido en el supuesto de que aún no esté determinado el importe de una cédula hipotecaria que se vaya a emitir.

20. OCULTAMIENTO DE LA PERSONA DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

Si la cédula hipotecaria se emite como un derecho de garantía real inmobiliaria de propietario, puede mantenerse oculta la persona del acreedor. Pues la transmisión del título se produce fuera del Registro de la Propiedad. La inscripción o constancia en el Registro del cambio de acreedor no es obligatoria. Sin embargo, puede llevarse a cabo en el Registro de Acreedores y hacerse constar así en las observaciones en el Registro de la Propiedad. El principio de la buena fe protege con arreglo a las normas reguladoras de los títulos valores si la cédula hipotecaria se ha transmitido como tal título valor.

Si la cédula hipotecaria se constituye directamente a favor del acreedor, debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad en nombre de dicho acreedor. Sin embargo, si con posterioridad se transmite la cédula hipotecaria sin hacer constar tal circunstancia en el Registro de Acreedores, el nuevo acreedor permanece oculto.

21. HIPOTECA EN DIVISAS EXTRANJERAS

La inscripción de una hipoteca en divisas extranjeras no está permitida, pues con arreglo al artículo 794, párrafo 1.º, del Código Civil suizo, en la constitución de un derecho de garantía real inmobiliaria debe determinarse su importe en moneda nacional. Una cédula hipotecaria debe como consecuencia de ello emitirse solamente en francos suizos.

Sin embargo, la naturaleza abstracta de la cédula hipotecaria permite la

constancia en la cédula hipotecaria de un importe superior en francos suizos para cubrir el riesgo del cambio. En el contrato de aseguramiento puede entonces pactarse que este importe superior sirva para el aseguramiento de los cambios de valor.

22. EJECUCIÓN FORZOSA

Si el acreedor tiene un derecho de prenda **mobiliaria** sobre la cédula hipotecaria, puede en su caso utilizar el procedimiento para la realización de un derecho de prenda **mobiliaria**. Si la cédula hipotecaria se constató directamente a favor suyo o se le transmitió como garantía, puede utilizar el procedimiento de ejecución hipotecaria. Ambos procedimientos están regulados en los artículos 151 a 158 de la Ley Federal sobre realización de deudas y concurso de 11 de abril de 1889, en la redacción de 28 de septiembre de 1949.

A) *Realización de la prenda mobiliaria*

El procedimiento se inicia con una solicitud del acreedor (normalmente en un formulario) dirigida al Tribunal competente, en la que debe expresarse la suma del crédito asegurado y la prenda (objeto pignorado). Los acreedores pignoratícios posteriores deben ser notificados. Con arreglo al artículo 51, párrafo 2.º, de la Ley antes citada, la instrucción en relación a créditos asegurados hipotecariamente sólo puede tener lugar allí donde radique el inmueble hipotecado. La expresión hipotecado, o garantizado con hipoteca, abarcan tanto la obligación garantizada con hipoteca (incluida hipoteca naval) como la cédula hipotecaria y la **Gült** (art. 37, párrafo 1.º, de la Ley).

A continuación el Tribunal (sin prueba acerca de la situación jurídico material) extiende una orden de pago con arreglo a la cual el deudor se ve obligado a pagar en el plazo de veinte días o presentar en el plazo de diez días «una proposición en derecho» (excepción) (arts. 152 y 69 de la Ley). Igualmente se comunica la orden de pago a un tercero que sea propietario.

Si la «propuesta en derecho» se presenta, el acreedor puede en el plazo de un año pedir el levantamiento de dicha propuesta para su supresión; después de un año se extingue la orden de pago (art. 154, párrafo 2.º, de la Ley).

Una «supresión definitiva» (de las excepciones) es posible si, por ejemplo, existe una sentencia firme en relación al crédito. Si la solicitud es estimada, puede continuar el procedimiento. En caso contrario la pretensión debe ser resuelta en el procedimiento ordinario correspondiente.

Si el crédito está recogido en un reconocimiento escrito de deuda o ha sido constituido en un documento público, se establece una «apertura provisional del procedimiento» si el deudor no demuestra la validez de sus excepciones. En este caso debe proponer la correspondiente excepción para el no reconocimiento del crédito, pues en caso contrario la apertura provisional se convierte en definitiva y puede tener lugar el procedimiento de realización.

Para la realización debe dirigirse una solicitud de realización al Juzgado competente. El tiempo de realización de una prenda mobiliaria oscila entre un mínimo de un mes y un máximo de un año tras la orden de pago, sin que en estos plazos se cuenten los correspondientes al supuesto de interponerse excepciones.

Los bienes muebles son enajenados por el Juzgado competente en un plazo mínimo de diez días y máximo de un mes tras la solicitud de realización (art. 122, párrafo 1.º, de la Ley). La venta se realiza a través de una subasta pública (art. 125). El objeto subastado se adjudica tras un triple llamamiento a aquel que haga la mejor oferta, siempre que lo ofrecido supere el importe de los créditos asegurados pignoratadamente a favor de acreedores de rango anterior. Si no se produce ninguna oferta suficiente, decae la solicitud en relación a ese objeto.

La regla general es que debe satisfacerse el precio de la subasta de inmediato y en metálico. Excepcionalmente, en determinados supuestos se permite el pago en el plazo de veinte días. Para el supuesto de que no se pague en plazo, el Juzgado debe ordenar una nueva subasta y el primitivo adquirente responde en el supuesto de que quede desierta.

La subasta puede ser sustituida por una venta libre si así lo desean todos los interesados o si se trata de un título al portador.

Con lo obtenido en la subasta se satisfacen, en primer lugar, los costes del procedimiento. Posteriormente se paga a los acreedores pignoratarios. Para el supuesto de que el remate no sea suficiente para pagar a todos los acreedores, el encargado del procedimiento establece el orden en el rango de los acreedores y la participación de cada uno en un «plan de colocación» (de pago) (arts. 157, párrafo 3.º, y 146 de la Ley).

B) *Ejecución hipotecaria*

Este procedimiento es muy similar al procedimiento de realización de la prenda mobiliaria. La solicitud para la realización de la hipoteca puede dirigirse al Juzgado en un plazo mínimo de seis meses y máximo de dos años desde la orden de pago, sin que en estos plazos se cuenten los correspondientes al supuesto de interponerse excepciones.

La realización se hace a través de una pública subasta. Para ello el Juzgado establece un índice de las cargas. Aquí también sólo se admite el remate que cubra los créditos garantizados a favor de acreedores preferentes. Los derechos preferentes garantizados con un derecho real de garantía inmobiliaria subsisten. La obligación personal derivada de la cédula hipotecaria se transmite al rematante del inmueble. Los derechos vencidos de rango posterior se satisfacen con el remate en tanto exista cobertura. Los derechos no vencidos de rango posterior se satisfacen igualmente en tanto estén cubiertos por el remate. A los acreedores de estos derechos se les expide en su caso un certificado de que sus créditos no han sido cubiertos.

Este pago trae como consecuencia la subsistencia de la cédula hipotecaria y que ésta se ponga a disposición del nuevo propietario tras el pago. Los derechos que no puedan ser unidos en esta forma deben ser cancelados en el Registro de la Propiedad.

C) *Práctica*

Si se ha pignorado una cédula hipotecaria a favor del Banco, éste puede acudir al procedimiento de realización de la prenda mobiliaria, que tiene la ventaja de que puede iniciarse tres meses después de la expedición de la orden de pago. Sin embargo, en la práctica los Bancos suelen rematar ellos mismos las cédulas hipotecarias de tal forma que no adquieren dinero, sino que se convierten en poseedores de dichas cédulas. Posteriormente deben acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria, para lo que tienen que esperar otros seis meses desde la nueva orden de pago, hasta la ejecución correspondiente. Por ello suele pactarse el derecho de entrada. Con arreglo a ello el acreedor pignoraticio puede «entrar» en la cédula hipotecaria y, a través de ello, el Banco adquiere la propiedad del título y el capital de la cédula hipotecaria se declara fallido. Con ello puede iniciar de inmediato el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Realmente, con arreglo al artículo 41, párrafo 1.º, de la Ley debe primero ejecutarse la responsabilidad real del inmueble antes de que pueda perseguirse la responsabilidad personal derivada de la cédula hipotecaria. Esta disposición, sin embargo, puede evitarse. En la práctica, para ello suele pactarse que el acreedor pueda elegir entre dirigirse contra el patrimonio personal del deudor o contra el inmueble. En atención a ello, y a que sólo pueden garantizarse los intereses de tres años, casi siempre se elige el camino de la ejecución forzosa del inmueble para evitar los perjuicios derivados del transcurso del tiempo. Y ello fundamentalmente en los supuestos en que el deudor no tiene los medios de evitar el procedimiento de subasta pública ni siquiera con el pago.

23. CONCLUSIONES PARCIALES

La cédula hipotecaria suiza posee todas las características que requiere un moderno derecho de garantía real inmobiliaria. La constitución de una cédula hipotecaria, especialmente en los supuestos de cédula hipotecaria de propietario, es sencilla y con pocos costes. Puede ser utilizada por el acreedor en múltiples ocasiones. Como título valor puede ser pignorado o transmitido en garantía, según el propietario desee una relación accesorio entre el crédito garantizado y la cédula hipotecaria o una relación de crédito flexible. En la pignoración de una cédula hipotecaria desaparecen todos los problemas derivados de una pretensión de restitución.

III. IDONEIDAD PARA LA SOLUCION DEL PROBLEMA

A continuación se estudia la idoneidad de la cédula hipotecaria suiza para solucionar los problemas que se plantean al mercado del crédito en el ámbito del aseguramiento a través de los derechos de garantía real inmobiliaria.

1. TÉCNICAS DE ASEGURAMIENTO

Con la ayuda de la cédula hipotecaria suiza pueden solucionarse problemas que plantea la utilización de las hipotecas de naturaleza accesorio. La cédula hipotecaria subsiste aunque se modifique el crédito, con independencia de su constitución directamente a favor del Banco, o bien su transmisión en garantía o aunque el Banco la obtuviese a través de la pignoración. A través de las cláusulas que de ordinario se recogen en los contratos de aseguramiento o de prenda, que se dirigen también al aseguramiento de contratos futuros, pueden también asegurarse las acumulaciones de crédito. Pueden plantearse problemas si en el período intermedio se reduce el importe de la cédula hipotecaria o surge un derecho de corrimiento en el rango frente a acreedores posteriores. Si el deudor renuncia a la excepción del pago, es posible sin más un nuevo aseguramiento a través de la cédula hipotecaria suiza. Al poder emitirse la cédula hipotecaria como un título a la orden o al portador, puede igualmente transmitirse de forma sencilla y poco costosa. Igualmente, posee una gran movilidad, derivada fundamentalmente de la posibilidad de una transmisión en garantía o una pignoración sin grandes complicaciones. A través del correspondiente contrato de aseguramiento, la cédula puede servir para asegurar una línea de crédito.

La cédula hipotecaria puede también utilizarse para la financiación por

tramos al ser independiente el interés de la cédula hipotecaria y el interés del crédito. Dado su carácter no accesorio, es indiferente que el nuevo tramo se deba a la existencia de un nuevo crédito o simplemente a una modificación del interés. Al tener la característica de título valor, la cédula hipotecaria suiza puede ofrecer varias posibilidades para garantizar una financiación consorcial. La cédula hipotecaria suiza podría también utilizarse para el aseguramiento de una financiación intermedia al permitir diversas variaciones como consecuencia de su fácil transmisibilidad. Con ella también se pueden asegurar prestaciones accesorias, lo mismo que con una hipoteca de naturaleza accesorio. En los supuestos de endeudamiento global, la situación de Suiza desde un punto de vista del aseguramiento a través de derechos de garantía real inmobiliaria puede compararse con la situación alemana. A través de la existencia de un derecho de garantía real inmobiliaria de propietario, el Derecho suizo ofrece al propietario la posibilidad de asegurar un rango para utilizarlo en garantía de créditos futuros. Una cédula hipotecaria suiza puede transmitirse con independencia del Registro y con ello mantener oculto el nombre del acreedor, incluso el del primer acreedor, si la misma se ha constituido como una cédula hipotecaria de propietario.

La constitución directa (e inscripción) de un derecho de garantía real inmobiliaria en divisas extranjeras no es posible en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos. Sin embargo, en el Derecho suizo la cédula hipotecaria puede ser utilizada para garantizar un crédito en divisas extranjeras a través del correspondiente contrato de aseguramiento, en cuyo supuesto, sin embargo, el crédito incorporado a la cédula hipotecaria debe ser expresado en francos suizos. En la cédula hipotecaria existe una acción personal y una acción real, lo que permite, en el supuesto de ejecución, utilizar diversas posibilidades. Igualmente y dado su carácter de título valor, la cédula hipotecaria permite en el supuesto de una pignoración una realización en procedimiento privado.

2. VENTAJAS DE LA «EUROHIPOTECA»

A) Si la cédula hipotecaria suiza se tomase como modelo para la «Eurohipoteca», tendría las propiedades a que se refería el memorándum de la Comisión de 5 de marzo de 1969:

Una aplicación elástica de la «Eurohipoteca» sería posible dada su naturaleza no accesorio. Con ello el acreedor tendría diversas posibilidades para la realización de su crédito. Al ser independiente del crédito (y por tanto del contrato de crédito), podría utilizarse para el aseguramiento de un gran número de créditos e, incluso, de diferentes acreedores. Tras la extinción de esos créditos, la cédula subsistiría y permitiría la existencia de

nuevos créditos sin necesidad de realizar nuevas formalidades. A través de la promesa de deuda abstracta que contiene, permitiría también el acceso directo al patrimonio personal.

Sería de fácil constitución. Su constitución, su contenido y su subsistencia serían reguladas con claridad. Especialmente en su constitución se podrían utilizar formularios.

La deseada *seguridad jurídica* se podría obtener concediendo a la «Eurohipoteca» la protección del principio positivo (o al menos del negativo) de la buena fe. Para ello sería necesaria la inscripción de la «Eurohipoteca», pues de otra forma el tercero no tendría conocimiento de la situación jurídica. La seguridad jurídica además exigiría que en todos los Estados miembros de la Comunidad Europea se regulase unitariamente.

Los costes de la constitución y transmisión de la «Eurohipoteca» podrían ser escasos si se admitiese su constitución como derecho de garantía real del propietario y pudiese constituirse a través de un formulario sin intervención de Notario, como, por ejemplo, es posible en el cantón de Zürich. La intervención de un Notario en todo caso no debería exigirse obligatoriamente en aquellos lugares donde la constitución de una hipoteca no exige dicha intervención notarial, como, por ejemplo, en el Reino Unido de la Gran Bretaña y en Dinamarca. Debería quedar al arbitrio de las partes si, por ejemplo, desean la intervención de una «solicitor». Allí donde no exista un Registro de la Propiedad, sino en todo caso un Registro para hechos reales jurídicos (por ejemplo, en Francia), podría introducirse una observación notarial acerca del rango real que le corresponde. Esto en todo caso debería ser facultativo para el acreedor, quien podría exigirlo cuando estimase que no es suficiente en estos lugares la constatación registral a través del correspondiente encargado del Registro. En todo caso, en la transmisión de la «Eurohipoteca» no debería exigirse ni la intervención del Notario ni la inscripción en el Registro para obtener los correspondientes efectos en cuanto a tercero. Las muchas iniciativas llevadas a cabo en diversos Ordenamientos jurídicos para facilitar la transmisibilidad de los créditos garantizados con derechos reales de garantía inmobiliaria muestran claramente el interés existente en encontrar fórmulas de transmisión sencillas y no costosas. A través de la conexión de las acciones reales y personales en el título valor, ambas se pueden transferir juntas sin problema. En atención a la naturaleza no accesorio debería tenderse a que la fácil transmisibilidad de una «Eurohipoteca» se extendiese también al crédito garantizado.

B) Una especial ventaja de la «Eurohipoteca» es que permitiría utilizar su valor asegurador en tres diferentes posibilidades. Podría constituirse directamente a favor del concedente del crédito, transmitírsela en garantía (en tanto el correspondiente Ordenamiento jurídico permita la transmisión

en garantía) o pignorarse a su favor. Con ello el concedente del crédito también tendría la posibilidad de establecer una accesoriedad entre el crédito asegurado y el bien sobre el que se constituye la garantía si así lo desea y si asume el inconveniente que la constitución de las garantías es menos flexible. Es también decisivo que la «Eurohipoteca» subsiste en todos aquellos supuestos en que el crédito asegurado se extingue y queda a disposición de otros fines crediticios.

C) Para la utilización de la cédula hipotecaria suiza como fundamento o ejemplo de la «Eurohipoteca» existe aún otra circunstancia, como es que las disposiciones reguladoras de la cédula hipotecaria se contienen en tres idiomas (francés, italiano y alemán). Esto permitiría una simplificación en su discusión y comprensión.

3. RIESGOS DE LA «EUROHIPOTECA»

Si se decidiese por la no intervención de un Notario o del funcionario jurídico correspondiente en los respectivos países, al constituirse una Eurohipoteca podría dudarse de si el concedente del crédito tendría suficiente información acerca de las consecuencias jurídicas de la operación. Si no se exigiese la intervención de un Notario en la transmisión de la «Eurohipoteca» podría temerse su uso indebido. Sin embargo, sería de esperar que en aquellos Ordenamientos jurídicos que hasta ahora no admiten los derechos de garantía real inmobiliaria de naturaleza no accesorio se produjese una jurisprudencia muy estricta. Además, en todo caso el constituyente de la garantía tendría la posibilidad de elegir entre la constitución de una «Eurohipoteca» o de otro derecho de garantía real inmobiliaria (de naturaleza accesorio). Debería esperarse además que legalmente se dispusiese que el constituyente de la garantía debería estar perfectamente informado de las consecuencias jurídicas de la «Eurohipoteca», especialmente las derivadas de su carácter no accesorio. La protección de los consumidores quedaría con ello suficientemente garantizada en relación al derecho de información y claridad. No deberían exigirse formalidades excesivas (Notario e inscripción) especialmente en la transmisión de la «Eurohipoteca», pues en caso contrario se perderían sus principales ventajas, como son la flexibilidad y el reducido coste.

Además la utilización de la «Eurohipoteca» debería reservarse a los institutos de crédito, pues la supervisión estatal de los mismos haría más difícil su uso indebido, existiendo un mayor riesgo si se utilizase por personas privadas. Sería pensable además que las disposiciones legales de los diferentes Estados miembros reguladoras de las actividades de los Bancos estableciesen una disposición análoga a la del derecho suizo, prohibiendo

la transmisión posterior de la cédula hipotecaria en el supuesto de ausencia de valor.

Las consecuencias de un procedimiento de ejecución de prenda **mobiliaria** sorprenden en un primer momento. Sin embargo, éstas sólo se dan en el supuesto de pignoración del título valor como prenda mobiliaria. Además la situación jurídica sería la misma si el Banco adquiere el inmueble en el procedimiento de ejecución y posteriormente lo enajena por precio superior. También en el campo de la pignoración de las cosas muebles (por ejemplo, máquinas para la construcción), existe una eventual ganancia tras la adquisición de la cosa en subasta por parte del titular de la garantía, sin que exista una obligación de compensación. Para estos supuestos sería pensable establecer claramente una obligación de imputación.

A través del crédito incorporado a la cédula hipotecaria, de naturaleza no accesoria, el tomador del crédito y concedente de la garantía podría verse frente a dos reclamaciones. Esto podría evitarse mediante la constitución de una «Eurohipoteca» que condujese a una novación o estableciendo que ambas exigencias no podrían hacerse valer cumulativamente. Técnicamente, el deudor podría ser protegido frente a las reclamaciones múltiples, haciendo depender la realización del crédito personal existente, de la devolución del título valor o que la realización del crédito personal incorporado al título presuponga la presentación de título valor o que el pago total sólo pueda ser exigido mediante la entrega del título y un pago parcial mediante su constancia en el título si así lo estableciesen las partes. Esto, sin embargo, debería quedar sometido a la autonomía de la voluntad de los contratantes, pues de lo contrario se destruirían las ventajas en relación a la posterior nueva utilización de la garantía para créditos posteriores.

4. ¿Es LA «EUROHIPOTECA» COMPATIBLE CON LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD?

No es posible hacer aquí un estudio completo acerca de si la introducción de la «Eurohipoteca» sería compatible con todos los Ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados comunitarios y qué modificaciones legales deberían abordarse en cada uno de ellos. Simplemente, se harán algunas observaciones.

Las modificaciones a introducir en los Ordenamientos jurídicos nacionales serían limitadas, pues seguirían subsistiendo los derechos de garantía real inmobiliaria existentes hasta ahora. Ya con anterioridad se han discutido nuevas instituciones y en parte se han introducido en los Ordenamientos nacionales, coexistiendo con instituciones anteriormente existentes en

dichos Ordenamientos; así, por ejemplo, los proyectos de Directivas para la creación de una Sociedad Anónima Europea, para una Sociedad Europea con Limitación de Responsabilidad o la Agrupación Europea de Interés Económico.

A) *Alemania*

La deuda territorial alemana se corresponde en su regulación legal con la *Gült*, pero en su regulación práctica (deuda territorial con reconocimiento abstracto de deuda) con la cédula hipotecaria suiza. La cédula hipotecaria suiza y la deuda territorial tienen en común su estructura abstracta (o mejor no accesorio), pero «con funcionalidad accesorio».

La constitución de una deuda territorial en conexión con un acuerdo de promesa de deuda abstracta ofrece ya de por sí la mayoría de las ventajas que ofrecería una «Eurohipoteca». A través de la incorporación a un título de las acciones personales y reales se facilita ya la **transmisibilidad** de ambos componentes. Sin embargo, la pignorabilidad es una especialidad de la cédula hipotecaria suiza que no tiene la deuda territorial (incorporada a un título), pues no es portadora de derechos por sí misma. A través de la pignoración pueden evitarse los problemas de las acciones de restitución, pues no se produce modificación de la titularidad.

Sin embargo, la «Eurohipoteca» podría presentar un inconveniente en relación a la práctica de crédito habitual hoy en día: La conexión indisoluble entre la promesa de deuda y el derecho de garantía real inmobiliaria. También el crédito en la promesa de deuda surge sólo cuando la cédula hipotecaria suiza se ha constituido a través de la inscripción en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, la práctica del crédito alemán se ha preocupado de hacer posible la **exigibilidad** de la promesa de deuda con independencia del nacimiento de la obligación real.

La gran semejanza entre la deuda territorial y la cédula hipotecaria suiza demuestra que la introducción de una «Eurohipoteca» fundamentada en la cédula hipotecaria suiza no chocaría con los principios jurídicos alemanes. Por ello no debería esperarse mayores problemas con la introducción de la «Eurohipoteca» en el Derecho alemán.

B) *Francia*

En relación al Derecho francés, sí son previsibles discusiones de principios. Es de esperar que surjan obstáculos para la introducción de la «Eurohipoteca» fundamentalmente por no existir en el Derecho francés un dere-

cho de garantía real inmobiliaria de propietario, no admitirse la naturaleza abstracta del mismo y por el deseo de proteger al consumidor frente a posibles abusos.

La incorporación de un crédito, garantizado con un derecho de garantía real inmobiliaria, a un título no es contrario al sistema, así como tampoco (al menos desde un punto de vista comercial) la transmisión de una hipoteca con independencia del crédito garantizado (véase la subrogación). Sin embargo, sí sería problemática la introducción de la necesidad de la registración para producir efectos. Pues el sistema registral francés está basado en una función puramente declarativa. Un punto de partida para buscar la solución podría ser la revalorización del *fichier immobilier* mediante el establecimiento del carácter constitutivo de la inscripción del acta de constitución. Sólo la fijación definitiva de las propiedades y condiciones de constitución de la «Eurohipoteca» podría indicar qué adaptaciones serían necesarias en el derecho formal.

El autor MOULY resalta las ventajas que tendría la introducción de medidas abstractas que subsistan con independencia del crédito y de su extinción o reducción, lo que se demuestra por el éxito en la práctica crediticia. El mismo autor concluye que la armonización del derecho europeo del crédito puede conducir a la introducción de esos derechos de garantía abstractos en el Derecho francés. Igualmente, en Francia se ha iniciado una fuerte discusión acerca de la fiducia. Incluso no se descarta su extensión al Derecho inmobiliario.

Además, con anterioridad existió una *Hypothèque sur soi-même* que incluso existe hoy con el carácter de excepcional. El hecho de que podría introducirse con carácter general en el Ordenamiento jurídico, tal como estaba construida en el Código Civil francés, lo demuestra el ejemplo de Marruecos. Allí ya en el año 1924 se admitió una hipoteca de estas características, que se correspondía en esencia con la deuda territorial alemana y con la cédula hipotecaria suiza. Para su constitución se requería una única inscripción, mientras que los contratos sobre el crédito, así como el endoso del título hipotecario, estaban exentos de requisitos de publicidad. En el año 1962 se introdujo nuevamente la exigencia de la registración del contrato de crédito. A través del Real Decreto de 17 de diciembre de 1968 se suprimió este tipo de hipoteca por entenderse que la inscripción separada del contrato de crédito y de esta «hipoteca de propietario» podría conducir a un desarrollo muy complicado. El desarrollo de la construcción en Marruecos ha demostrado, sin embargo, que la supresión de esta hipoteca trae consigo muchos problemas.

Es de esperar que en el Derecho francés se produzcan muchas reticencias desde un punto de vista de la protección de los consumidores en relación a la simplificación de la transmisibilidad. Debe, sin embargo,

observarse cómo ya la Ley de 15 de junio de 1976 establece en su artículo 11, párrafo 1.º, la no aplicabilidad de las exigencias formales del artículo 6 a la transmisión de las «copias ejecutorias a la orden» cuando se hayan constituido a favor de un Banco o de un instituto de crédito o instituto financiero o se hayan transmitido a éstos. En esta Ley y en algunas otras disposiciones el legislador francés ha señalado claramente cómo es deseable una simplificación en la transmisibilidad de los créditos garantizados con derechos de garantía real inmobiliaria. El artículo 8 de la Ley de 15 de junio de 1976 ya estableció que las excepciones personales del deudor no pueden ser opuestas a nuevos acreedores.

En el supuesto de que una hipoteca se pueda transmitir sin publicidad, el nombre del adquirente permanece en el anonimato. Este anonimato se consideró tan problemático que se suprimió la *grosse au porteur*. En este contexto se discutió principalmente el problema que se plantea cuando debe ser renovada la inscripción de una hipoteca. Pues el Notario que documenta la constitución de la hipoteca no puede indicar al acreedor hipotecario entonces existente acerca de la conveniencia de la renovación, pues no le es conocida la identidad del mismo. Este problema podría resolverse si cada nuevo acreedor realiza una comunicación formal al Notario acerca de su adquisición jurídica. Además, puede quedar a su voluntad si desea o no la renovación. Para ello sería de ayuda una breve constancia en la «Eurohipoteca» acerca de la conveniencia de la renovación. Sin embargo, lo ideal sería que la «Eurohipoteca» permaneciese ajena a una nueva registración. Además no tendría sentido una conexión directa entre la eficacia de la inscripción y el plazo del primer crédito garantizado, pues la «Eurohipoteca» es esencialmente no accesorio, para poder asegurar otros créditos posteriores. Además, el argumento de la renovación de la hipoteca tiene hoy menos importancia, pues desde el año 1967 la hipoteca francesa no se extingue siempre automáticamente tras el transcurso de diez años.

Se alegaría también que en un procedimiento de «purga» el nuevo propietario del inmueble debe notificar a todos los acreedores hipotecarios y facilitarles el correspondiente documento, lo que sólo es posible cuando conozca su identidad. Sin embargo, puede alegarse en contra de ello que el sistema de la «purga» se utiliza sólo muy excepcionalmente en la práctica hoy en día.

Con arreglo al artículo 12 de la Ley **Scrivener II**, el deudor de un préstamo hipotecario puede proceder a su reembolso anticipado. Si no conoce al acreedor actual, la cuestión sería a quién debe dirigirse el deudor. La naturaleza no accesorio de la «Eurohipoteca» trae como consecuencia que la transmisión no produzca automáticamente la del crédito garantizado. El pago del importe del crédito es por ello independiente de la pregunta de quién sea el acreedor de la «Eurohipoteca». La pregunta sería entonces

cómo puede el receptor del crédito —propietario— ser protegido de una doble acción. Precisamente el punto de vista de la protección de los consumidores debería apoyar la introducción de la «Eurohipoteca». Pues el resultado que supone el ahorro de fuertes costes favorecería a los consumidores.

Todo ello demuestra que la «Eurohipoteca» constituida en forma de cédula hipotecaria suiza estaría en consonancia con el Derecho francés.

C) *España*

Al igual que en Francia, el Derecho español tiene características que permiten pensar en la introducción de una «Eurohipoteca».

Así, por ejemplo, la hipoteca puede garantizar créditos incorporados a títulos nominativos o al portador. El propietario del inmueble gravado con una de estas hipotecas puede también ser titular del título valor, si bien no en el momento de la constitución de la hipoteca. Por ello el Derecho español ofrece una normativa que permite la introducción de una figura similar a la hipoteca de propietario. Igualmente es posible garantizar créditos mediante la pignoración de títulos valores (art. 320 y siguientes del Código de Comercio).

Igualmente en el Derecho español puede prescindirse de la notificación al deudor en el supuesto de transmisión de créditos garantizados con hipotecas cuando se trate de la transmisión de créditos endosables o de títulos al portador.

5. CONTRATO DE ASEGURAMIENTO

Mientras que en los derechos de garantía de naturaleza accesorio la mayoría de los problemas se plantean precisamente por su *accesoriedad*, en los derechos de garantía de naturaleza no accesorio estos problemas se sitúan frecuentemente en el contrato de aseguramiento. Este contrato regula cuál es la finalidad de la constitución del derecho de garantía de naturaleza no accesorio y qué sucede con este derecho en el supuesto de conclusión del citado fin.

Debe ponerse especial cuidado en la regulación de este contrato de aseguramiento. Pues precisamente en aquellos lugares donde no se reconocen derechos de naturaleza no accesorio es de esperar resistencia frente a la «Eurohipoteca» desde el punto de vista de la protección de los consumidores. Frente a ello podría oponerse que el acuerdo sobre un contrato de aseguramiento debería constituirse bajo forma notarial allí donde los respectivos

derechos nacionales exijan la intervención notarial en la constitución de una hipoteca. Sin embargo, con ello decaerían algunas de las ventajas de la «Eurohipoteca» (flexibilidad, rapidez y ahorro de costes). Por ello debería intentarse abordar este conflicto con mesura. En este sentido podría estudiarse si el fin del aseguramiento debería interpretarse en sentido rígido o amplio y si el propietario y el deudor del crédito deberían ser la misma persona.

Debería ser suficiente un acuerdo sin sujeción a forma especial para el contrato de aseguramiento cuando el propietario y el deudor fueran la misma persona y la «Eurohipoteca» sirviese para asegurar un crédito concreto. Para el supuesto de que el propietario y el deudor no fuesen la misma persona o que se pretendiese asegurar también prestaciones futuras o aún no determinadas, podría discutirse la necesidad de forma notarial para la constitución del contrato de aseguramiento siempre que no fuese aceptable la admisibilidad de la libertad de forma.

El contrato de aseguramiento también debería regular el derecho a la devolución, que ha planteado algún problema en el Derecho alemán, en el ámbito de la deuda territorial. El acreedor debería quedar obligado a devolver la «Eurohipoteca» al propietario cuando el fin del aseguramiento se haya extinguido. Debería prohibirse la exclusión del derecho a la devolución o, en todo caso, limitarse a los acreedores reales de rango posterior.

Los pagos de los deudores deberían concretarse en relación al crédito personal para que así la «Eurohipoteca» pudiese subsistir y permitir posteriormente al propietario su plena utilización para otras financiaciones.

La Unión del Notariado Latino está preparando un contrato de aseguramiento que contemple los diferentes intereses entre el concedente del aseguramiento y el tomador del mismo (de hecho, ya se ha presentado junto con la nueva propuesta efectuada en 1993).

Con todo ello, además, no debe olvidarse que los diferentes Ordenamientos jurídicos (y, por tanto, el alemán) no perderían las instituciones jurídicas hoy existentes, pues junto a la «Eurohipoteca» subsistirían los derechos de garantía real inmobiliaria hoy existentes.

6. CONCLUSIONES PARCIALES

La introducción de una «Eurohipoteca» no resulta incompatible con los distintos Ordenamientos jurídicos, aunque serían necesarias algunas modificaciones. No obstante, debe esperarse alguna oposición, fundamentalmente desde el punto de vista de la admisión de un derecho de garantía real de propietario, de naturaleza no accesorio, oposición que incluso tendría su origen en criterios dogmáticos, lo que requerirá un cambio de mentalidad. En este sentido no sería suficiente resaltar la característica de la «Eurohi-

poteca» como derecho de garantía real inmobiliaria y su naturaleza fuertemente accesorio en relación a la promesa de deuda abstracta que contiene. Pues lo definitivo es que el crédito personal incorporado al título represente una promesa de deuda no accesorio, lo que, por ejemplo, es hoy desconocido en el Derecho francés. Las discusiones acerca del carácter abstracto de la letra de cambio francesa es de esperar que se reproduzcan con más fuerza al discutir una «Eurohipoteca». Al menos puede encontrarse fundamento jurídico (una «causa») como es el contrato de aseguramiento.

Quien tenga escrúpulos comerciales debido a la naturaleza no accesorio de la «Eurohipoteca» debería tomar en consideración cómo la práctica alemana, fundamentalmente la jurisprudencia, ha intentado limitar los riesgos y abusos de la no accesorio. Especialmente en el aseguramiento de créditos por terceros, la jurisprudencia ha restringido fuertemente el uso de formularios.

Para evitar la separación del crédito y la deuda territorial se prohíbe en parte la separabilidad de la deuda territorial o se hace depender del consentimiento. A falta del consentimiento, se presume del contrato de aseguramiento la prohibición del tomador de la garantía de transmitir la deuda territorial antes del vencimiento del crédito, salvo que la transmita en unión del crédito garantizado, dando el incumplimiento lugar a la correspondiente acción de daños y perjuicios. También parcialmente en la doctrina se considera admisible la constitución de la deuda territorial condicionada a la subsistencia del crédito. Pero entonces la deuda territorial de garantía perdería su flexibilidad e incluso sería menos ventajosa que una hipoteca alemana, que se transforma en una deuda territorial de propietario en el supuesto de extinción del crédito garantizado.

Estas posibilidades de limitar los riesgos de la naturaleza no accesorio de la «Eurohipoteca» conllevan, sin embargo, un peligro para la propia «Eurohipoteca». Si se deja a cada uno de los Estados miembros la concreción de estas disposiciones limitativas, quedaría excluida la unificación jurídica. Pues sería de esperar que, sobre todo en aquellos países donde hasta hoy no existen derechos reales de garantía de naturaleza no accesorio, la no accesorio sería fuertemente combatida no sólo por el legislador, sino también por las jurisprudencias nacionales y por la propia doctrina, y con ello se limitaría fuertemente su flexibilidad si es que no llega a suprimirse totalmente.

IV. ¿COMO PODRIA REGULARSE LA «EUROHIPOTECA»?

A continuación se detallan los aspectos que deberían tomarse en consideración al crearse la «Eurohipoteca».

La «Eurohipoteca» debería introducirse como algo añadido a los derechos hipotecarios materiales y formales ya existentes en los diferentes Estados miembros. La práctica enseñaría si acabaría imponiéndose o no a los derechos de garantía real inmobiliaria ya existentes.

Debería surgir de una promesa de deuda abstracta, que se garantizaría con un derecho de garantía real inmobiliaria. Ambos aspectos deberían incorporarse a un título valor de manera indivisible. De esta forma incorporaría una acción personal y una acción real. Si debe limitarse a un título a la orden, o admitirse también un título al portador, debería en todo caso ser una decisión política. Quizá fuese más factible la primera postura, pensando fundamentalmente en la esperada posición francesa.

La «Eurohipoteca» debería crearse pensando en una fácil transmisibilidad, fundamentalmente como título y no limitado a una forma registral. Lo ideal sería permitir ambas formas de transmisión.

Podría concebirse la «Eurohipoteca» esencialmente como un derecho de *garantía* real inmobiliaria de propietario. Así se coincidiría con las propuestas tanto de la Federación Bancada como de la Federación Hipotecaria. No obstante, debería admitirse también su constitución como un derecho de garantía real inmobiliaria directamente a favor del acreedor para admitir construcciones más variadas.

Por razones de política de protección de los consumidores, podría limitarse la «Eurohipoteca» sólo a los supuestos de constitución a favor de un instituto de crédito o admitir la transmisión sólo a favor de estos institutos (con independencia de la constitución a favor del propio propietario).

La constitución de una «Eurohipoteca» podría hacerse depender (tanto en relación a las partes como a terceros) de su constancia en un formulario determinado o en forma notarial, así como de la inscripción en el Registro de la Propiedad existente en cada uno de los Estados miembros. Podría, sin embargo, prescindirse de la intervención notarial y exigir una declaración escrita del propietario cuando la «Eurohipoteca» se constituyese como una hipoteca de propietario. Sin embargo, sería básico que las condiciones para la constitución fuesen idénticas en todos los Estados miembros. Pues a través de la introducción de la «Eurohipoteca» se pretende precisamente que un instituto de crédito que opere a nivel internacional pueda limitarse a utilizar un derecho de garantía real inmobiliaria y no tener que someterse a las exigencias en cada uno de los Estados miembros, lo que necesariamente conduce a unos costes mucho mayores. Si no pudiese conseguirse una regulación de costes unitaria, en todo caso la «Eurohipoteca» no debería tener un tratamiento peor que el que tuviesen los demás derechos de garantía real inmobiliaria nacionales.

Para conseguir una adecuada información podría introducirse un intercambio de información entre los diferentes Registros de la Propiedad u

Oficinas Registrales nacionales. Así, por ejemplo, sería deseable que una Oficina Registral alemana pudiese obtener información acerca de la situación jurídico-registral de un inmueble español mediante la conexión con el Registro de la Propiedad español. Debería esperarse para determinar si es posible o no en un futuro construir un «Registro Central de Hipotecas» en Europa. Sin embargo la introducción de la «Eurohipoteca» no debe quedar condicionada a esta exigencia.

La «Eurohipoteca» tendría que ser en su constitución independiente del crédito para cuya seguridad se constituya o para cuya seguridad se transmita. Su unión con el crédito debería regularse en un *contrato de aseguramiento* cuya constitución y modificación no debería estar sujeta a una forma determinada. Pues sólo así podría obtenerse una aplicación flexible. En todo caso, la práctica determinaría si se opta por el camino de una constitución directa, incluso una transmisión en garantía, o más bien por la constitución de un derecho de prenda sobre una «Eurohipoteca» (constituida, por ejemplo, a favor del propio propietario), para construir una relación (accesoriedad) inmediata entre el crédito asegurado y la garantía. Allí donde hoy en día no se reconozcan derechos de garantía real inmobiliaria de naturaleza no accesorio o donde no se permita la transmisión en garantía se podría (si no fuese posible adquirir un compromiso mayor) conceder a los respectivos Ordenamientos jurídicos la posibilidad de admitir la pignoración de la «Eurohipoteca» que se hubiese constituido como un derecho de garantía real inmobiliaria de propietario únicamente a favor del concedente de un crédito, así como la posibilidad de incluir en un contrato de prenda el aseguramiento de créditos futuros. Con ello, además, se atenderían las indicaciones de la Federación Bancaria y de la Federación Hipotecaria acerca de la introducción de una *hypotheque sur soi-même*. La relación jurídica entre el tomador de la garantía y el concedente de la misma sería, sin embargo, accesorio. No obstante, el derecho de garantía real subsistiría aún después de extinguirse todos los créditos asegurados y estaría disponible para nuevos fines crediticios. No existirían problemas en relación a las acciones de restitución, pues el derecho de garantía real inmobiliaria permanecería con el concedente de la garantía y el tomador de la garantía sólo tendría un derecho de prenda.

Para la transmisión de la «Eurohipoteca» sólo debería exigirse el correspondiente acuerdo de voluntades entre el transmitente y el adquirente, la correspondiente constancia del endoso en el documento, así como la entrega del título. Igualmente debería regir para la pignoración de la «Eurohipoteca». Sin embargo, podría exigirse la legitimación notarial del documento de transmisión para que el principio de fe pública de los respectivos sistemas registrales pudiese extenderse a la transmisión o pignoración de la «Eurohipoteca». No debería exigirse la inscripción en el Registro de la

Propiedad (u Oficina Registral correspondiente), pues con ello se perdería la ventaja de la fácil transmisibilidad. Podría seguirse el ejemplo del Derecho suizo y establecer sanciones por parte de las autoridades de vigilancia bancaria en el supuesto de que la «Eurohipoteca» se utilizase por un importe superior al de su valor.

La «Eurohipoteca» debería solamente extinguirse con su anulación. Debería asegurarse plenamente el derecho del propietario del inmueble gravado a exigir del acreedor el título tras la extinción del crédito garantizado. Debería excluirse la cesión de esta acción de restitución o autorizarse sólo a favor de acreedores reales de rango posterior. Debería permitirse la constancia en el título de pagos parciales a instancia del deudor, a no ser que se hubiese pactado la exclusión de esta posibilidad.

Los inmuebles deberían ser gravables tanto con la «Eurohipoteca» como con los derechos de garantía real inmobiliaria admitidos por cada uno de los respectivos Ordenamientos jurídicos. Pues en el supuesto de existir créditos garantizados con posterioridad (con rango posterior), nadie debería ser obligado a elegir una «Eurohipoteca» cuando esté constituida una «Eurohipoteca» con primer rango. Y nadie debería ser excluido de la posibilidad de constituir una «Eurohipoteca», cuando una hipoteca constituida con arreglo al Derecho nacional ocupa el primer rango.

Ante la pregunta esencial de si los efectos jurídicos de una «Eurohipoteca» deberían ser aquellos que tienen una hipoteca contractual con arreglo a los respectivos Ordenamientos jurídicos o si dichos efectos deberían ser regulados unitariamente, hay que inclinarse a favor de esta segunda posibilidad. Pues en caso contrario se tendría nuevamente un derecho de garantía real inmobiliaria diferente para cada Ordenamiento jurídico. De ahí que deban regularse unitariamente muchas características si es posible. Si se dejase al legislador de cada uno de los Estados Comunitarios la regulación de cada una de las características, difícilmente podría obtenerse como resultado la unificación. Y en relación a la jurisprudencia, debería vigilarse que las conclusiones en materia de «Eurohipotecas» no tuviesen diferentes fundamentaciones. Debería incluso estudiarse la atribución al Tribunal Europeo de Justicia de las decisiones en relación a cuestiones jurídicas en el ámbito de la «Eurohipoteca», como se ha hecho también en el desarrollo del EVU.

Ante el peligro de que se pretendiese el ejercicio acumulativo de ambos créditos (el crédito personal y la promesa de deuda abstracta), podría buscarse la solución en la novación o en una regulación expresa que prohibiese esta forma de proceder. Al acreedor, sin embargo, debería de dársele la opción de poder elegir entre dirigirse contra el patrimonio personal o el patrimonio real.

Debería al menos intentarse que la «Eurohipoteca» y su seguridad no se

viese obstruida a través de la existencia de *privilegios*, sino que, por el contrario, rigiese el principio de prioridad. Si no fuese posible la exclusión de derechos preferentes en todo supuesto de constitución de una «Eurohipoteca» (lo que sería deseable desde el punto de vista de la cooperación internacional y de las asociaciones de financiadores), tendría en todo caso que observarse lo dispuesto en el artículo 22, párrafo 4.º, de la Directiva del Consejo de las Comunidades para la coordinación de las condiciones jurídicas y reglamentarias referentes a determinados organismos para las inversiones comunes en títulos valores (Directiva 88/220) y por tanto que la liberación de la «Eurohipoteca» de derechos preferentes sólo rija cuando sirva para el aseguramiento de títulos definidos en la citada norma. Por lo demás, la «Eurohipoteca» debería en esencia incardinarse en los sistemas nacionales sobre ejecución forzosa y concurso.

Aunque sería deseable la plena armonización de los sistemas de ejecución forzosa y concursales para la realización de la «Eurohipoteca», sin embargo no debería condicionarse la discusión acerca de la introducción de la «Eurohipoteca» a esta finalidad. Las discusiones (que ya duran varias décadas) acerca de la armonización de los Ordenamientos jurídicos en materia de insolvencia demuestran claramente que el intento de conseguir semejante armonización para la «Eurohipoteca» está destinado al fracaso. Si no fuese posible la unificación en el ámbito de los derechos preferentes, al menos traería como consecuencia la regulación detallada de las diferencias en materia de ejecución forzosa y de concurso en cada uno de los países comunitarios en que la «Eurohipoteca» se introdujese. Sin embargo, esto podría no abordarse, al menos en una primera fase. En tanto subsistiesen regulaciones diferentes en el ámbito de los derechos preferentes, podría indicarse en el documento de constitución el rango que le correspondería con arreglo a cada Derecho nacional. Podría ser posible además que la armonización en el ámbito de los derechos preferentes se trajese a colación en el supuesto de que la «Eurohipoteca» se mostrase en la práctica como un derecho de garantía más moderno y funcional que los derechos de garantía real inmobiliaria hasta ahora existentes.

V. POSIBILIDADES DE CREACION DE UNA EUROHIPOTECA

A continuación se exponen las posibilidades de creación de una «Eurohipoteca» en el marco del Derecho comunitario. La cuestión si la Comunidad Europea puede crear una «Eurohipoteca», es decir, si tiene la competencia jurídica para ello.

1. MERCADO INTERIOR PARA EL CRÉDITO HIPOTECARIO

A) *Fines del Tratado de creación de la Comunidad Económica Europea*

El artículo 2 del Tratado de creación de la Comunidad Económica Europea prevé como uno de los fines de la Comunidad la creación de un Mercado Común. Con arreglo al artículo 3.C) de dicho Tratado, deben eliminarse los obstáculos a la libre circulación de personas, servicios y capitales entre los Estados miembros. La actividad de la Comunidad comprende también la aproximación de las disposiciones jurídicas internas de los Estados, en la medida que sea necesario para el funcionamiento del Mercado Común [art. 3.H) del Tratado]. Por ello la condición de ser «necesario» no establece una limitación a la competencia, pero reduce la obligación de los órganos comunitarios de hacer algo en el campo de la aproximación jurídica.

Con arreglo al artículo 8 del Tratado, le corresponde a la Comunidad la disposición de las medidas necesarias para la creación del Mercado Interior el 31 de diciembre de 1992. El artículo 8.a) establece como objetivo para la Comunidad la eliminación de las diferencias jurídicas que dificultan en libre tráfico de bienes, personas, servicios y capitales, para conseguir a través de ello el Mercado Interior. El artículo 8.a), párrafo 2.º, del Tratado define el concepto del Mercado Interior como el espacio sin fronteras interiores en el que se garantice la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales con arreglo a las disposiciones del Tratado.

Se ha discutido cómo debe entenderse el concepto de Mercado Interior. Para un determinado sector de la doctrina debe identificarse con el concepto de Mercado Común. Otros entienden, sin embargo, que esta opinión no es sostenible, pues el Mercado Interior, desde el punto de vista de la abolición de fronteras, desborda sin duda el Mercado Común y no se agota en su campo de aplicación e incluye también la supresión de todos los obstáculos al tráfico interior de mercancías que descansen en disposiciones nacionales no discriminatorias, así como sus diferencias. Otro sector doctrinal considera los conceptos de Mercado Común y Mercado Interior como conceptos fácticos, idénticos en esencia, pero no como conceptos jurídicos, pues el concepto de Mercado Interior no abarca el tema de la libertad, que se regula ya en las normas especiales relativas a las libertades básicas.

Como objetivo ideal el Mercado Interior europeo debería ser homogéneo con el Mercado Interior, por ejemplo, existente en Francia o en Alemania. En el campo del crédito hipotecario, sin embargo, todavía está muy lejano un Mercado Interior de estas características. Las grandes diferencias existentes entre los Ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente en el ámbito del Derecho civil, impiden que un instituto de crédito pueda utilizar

las técnicas financieras de su país de origen en todos los Estados comunitarios. Esto se pone especialmente de relieve al contemplar los derechos de garantía real inmobiliaria. Por ello en muchos países de la Comunidad Europea, en donde sólo se admiten hipotecas de naturaleza fuertemente accesorio, no pueden introducirse técnicas de aseguramiento y, con ello, técnicas financieras flexibles. La creación de un Mercado Interior funcional y moderno para el crédito hipotecario exige un derecho de garantía real inmobiliaria flexible que pueda ser utilizado en todos los Estados miembros. Por ello la obligación de desarrollar un Mercado Interior [art. 8.a) del Tratado] comprende también la introducción de un derecho de garantía real inmobiliaria unitario y de naturaleza no accesorio.

El artículo 8.a) del Tratado prevé que el Mercado Interior debería hacerse realidad para el 31 de diciembre de 1992. En junio de 1985 la Comisión entregó al Consejo Europeo el Libro Blanco para la creación del Mercado Interior, en el que se contienen cerca de 300 propuestas sobre medidas de armonización que deben llevarse a cabo. No se incluye, sin embargo, la unificación o aproximación de los derechos de garantía real inmobiliaria. En el Acta Unica Europea se estableció, en relación al artículo 8.a) del Tratado, que la fijación del plazo del 31 de diciembre de 1992 no tenía un efecto jurídico automático. De ello no se deduce que tras la terminación del indicado plazo el artículo 8.a) del Tratado fuese de utilización directa y por ello no tuviesen que observarse las disposiciones jurídicas nacionales de cada uno de los Estados miembros contradictorias entre sí. Por eso, tras la llegada del 31 de diciembre de 1992 subsiste la necesidad de tender hacia la armonización de los derechos de garantía real inmobiliaria.

B) *Función de la armonización legal*

El artículo 3.H) del Tratado dispone que la finalidad de la armonización legal consiste en la colaboración a la creación del Mercado Común y a la aproximación de la política comercial. La eliminación de los obstáculos para la libertad de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales es una de las características fundamentales del Mercado Común. Sin embargo, la armonización legal no tiene como tarea propia la eliminación de las diferencias jurídicas, sino la facilitación de las exigencias legales entre los Estados, su racionalización y el incremento de la seguridad jurídica. Lo decisivo es que a través de ello se acomoden las disposiciones legales al funcionamiento ordenado del Mercado Común mediante el levantamiento de determinados obstáculos específicos.

Debe resaltarse cómo la armonización legislativa no tiene por qué orientarse a través de las disposiciones nacionales de los países. Por ello «el

objeto de la armonización legislativa no es obtener la media aritmética entre todas las disposiciones jurídicas nacionales». Por el contrario, debe orientarse hacia las exigencias del funcionamiento ordenado del Mercado Común. Por ello no es contradictorio con los principios de la armonización legislativa en la Comunidad Europea la armonización legal en el sector del derecho de hipotecas a través de la creación de una nueva institución (la «Eurohipoteca»), tomando como modelo la institución jurídica de la cédula hipotecaria suiza, es decir, una institución regulada por un Ordenamiento jurídico ajeno a los países de la Comunidad Europea.

Hoy en día es indiscutido que las palabras «aproximación», «coordinación» y «armonización» son iguales. Sin embargo, la armonización legislativa debe diferenciarse de la creación de un Derecho comunitario nuevo y unitario y de la unidad jurídica en el sentido tradicional. El Derecho comunitario es un derecho unitario, tanto material como formalmente, en todos los Estados miembros, y su jurisprudencia corresponde al Tribunal de Justicia Europeo. La unidad jurídica en el sentido tradicional tiene lugar a través de la Ley única y se sitúa entre la aproximación legislativa y la creación de un Derecho comunitario. La especialidad de la armonización legislativa está en que respeta la identidad de los derechos que abarca y sólo lleva a cabo la modificación de esos derechos, pero no conduce a su supresión.

2. INSTRUMENTOS GENERALES DE LA COMUNIDAD EUROPEA

El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957 contempla diversos instrumentos jurídicos, de los que ahora sólo pueden tomarse en consideración algunos.

Un *Reglamento* tiene eficacia general con arreglo al artículo 189, párrafo 2.º, del Tratado y es de aplicación inmediata en todos los Estados miembros. Una *Directiva* es obligatoria en cuanto al fin que persigue, pero, sin embargo, deja a los Estados miembros la posibilidad de establecer la forma y los medios de alcanzar ese fin (art. 189, párrafo 3.º, del Tratado). En supuestos excepcionales, una Directiva puede tener eficacia directa con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo. Las *recomendaciones y tomas de posición* no tienen carácter obligatorio con arreglo al artículo 189 del Tratado, y por ello no son adecuadas para la introducción de una «Eurohipoteca».

El instrumento fundamental para la consecución de la armonización jurídica es la Directiva (véase art. 100 del Tratado). En muchos ámbitos se deja a la libre elección el sistema que ha de utilizarse. Sin embargo, el Acta Única Europea de 1986, que introdujo el artículo 100.a) en el Tratado,

estableció que la Directiva no es obligatoria para conseguir la armonización jurídica. Sin embargo, en una aclaración al citado artículo 100.a) se estableció que la Comisión debe dar preferencia a la Directiva cuando algún Estado miembro deba llevar a cabo modificaciones legales para conseguir la armonización jurídica. En el llamado Libro Blanco la Comisión ha desarrollado la estrategia de que una armonización jurídica sólo debe perseguirse allí donde sea indispensable, y aún entonces sólo como una armonización básica. Será, por tanto, la necesidad la que debe orientar tanto el cuándo como el cómo de la armonización.

3. *Artículo 222 del Tratado*

Con arreglo al artículo 222 del Tratado, dicho Tratado deja intacta la regulación de la propiedad en los diferentes Estados miembros. Con ello se plantea la cuestión de si queda excluida una competencia jurídica de la Comunidad Europea para la introducción de una «Eurohipoteca».

El artículo 222 del Tratado viene a establecer que la configuración de la ordenación de la propiedad permanece como competencia de los Estados miembros, especialmente la socialización o privatización. Por ello el concepto de ordenación de la propiedad comprende todas las disposiciones constitucionales acerca de la propiedad privada, la expropiación, la socialización y los límites de la utilización de la propiedad. La propiedad privada se entiende no sólo en relación al dominio de las cosas, sino también a otros derechos patrimoniales, como, por ejemplo, los derechos reales limitados, derechos de autor, así como los créditos.

Esto no significa, sin embargo, que deba entenderse excluida la competencia para la armonización del derecho de hipotecas. La causa de una inclusión del artículo 222 en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea fue la estructura diferenciada en las relaciones de propiedad en las empresas de los Estados miembros, en el ámbito de sus respectivos ordenamientos reguladores de la propiedad. Con el artículo 222 del Tratado se pretendía dejar claro que la privatización o socialización era competencia de los Estados miembros. A favor de ello juega el hecho de que el artículo 222 del Tratado se concibió como un punto de partida y no significaba que en el futuro la Comunidad Europea debiese ser neutral en relación a los Ordenamientos de la propiedad de los Estados miembros. Como consecuencia de ello el artículo 222 del Tratado no excluye una reorganización de la regulación de la propiedad en los Estados miembros en el camino hacia una armonización jurídica. Por el contrario, el Tratado a través de su artículo 222 establece más bien un límite en el ámbito de las nacionalizaciones. Pues la supresión total de la propiedad privada en un Estado miembro sería

contraria a los principios del Tratado. Si a través del artículo 222 del Tratado no puede excluirse totalmente la modificación de la regulación de la propiedad, no puede fundamentarse en dicho precepto una exclusión general de la armonización de las disposiciones de Derecho civil. La pregunta sería más bien cuándo y en qué extensión sería necesaria, conveniente o deseable una unificación.

Los propios organismos comunitarios entienden que el artículo 222 no excluye esencialmente la armonización jurídica en el sector del Derecho civil. Esto lo demuestran, por ejemplo, las Directivas comunitarias en el ámbito del derecho de protección de los consumidores. El hecho de que el Mercado Interior sea uno de los fines del Tratado tiene significación jurídica. Esta finalidad ha de tenerse en cuenta en la interpretación del Tratado y, por tanto, también para la interpretación del citado artículo 222. Además, no puede olvidarse que con la introducción de la «Eurohipoteca» no se suprimiría ninguna institución del Derecho privado de los países miembros, sino que, por el contrario, se añadiría una nueva.

Por todo ello debe concluirse que el artículo 222 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea no impide la creación de una «Eurohipoteca» a través del correspondiente acto legislativo de la Comunidad.

4. NORMAS LEGITIMADORAS PARA LA INTRODUCCIÓN DE UNA «EUROHIPOTECA»

Para la introducción de una «Eurohipoteca» pueden tomarse en consideración diversas normas legitimadoras.

A) *Artículos 67 y 69 del Tratado*

Con arreglo al artículo 67 del Tratado los Estados miembros suprimirán entre ellos todas las restricciones a la circulación de capitales, así como todas las discriminaciones, en la medida que sea necesaria para el funcionamiento del Mercado Común. Pueden aprobarse todas las Directivas necesarias para dicho fin con arreglo al artículo 69. El concepto de circulación de capitales no se encuentra en el Tratado. Por ello el Consejo al aprobar en el año 1960 la primera Directiva sobre circulación de capitales incluyó la definición de todos los movimientos de capitales (sin embargo, sin carácter excluyente). Con arreglo a ello la «circulación de capitales» incluye la circulación de capital real (por ejemplo, inmuebles) y capital monetario (títulos valores, créditos a medio y largo plazo). Se entiende por circulación de capitales la «transmisión de valor unilateral (de capital real o crediticio)

de un Estado miembro a otro, que a su vez constituya normalmente una inversión de capital». Con ello se incluye no sólo la transmisión **transfronteriza** de títulos valores, sino también la concesión de un crédito. Lo mismo resulta aplicable al crédito hipotecario, pues la constitución de un derecho de garantía real inmobiliaria no supone ninguna prestación del Banco al tomador del crédito, sino que tiene lugar en interés del Banco.

La «Eurohipoteca» en la forma que ha quedado antes configurada sería un título valor. Sin embargo, la libertad de circulación de capitales con arreglo al objetivo que persigue garantiza únicamente la circulación transfronteriza de títulos valores ya existentes, pero no la creación o conversión de determinados títulos valores, de tal forma que sean fungibles a lo largo de todos los países comunitarios. La finalidad es la supresión de todas las limitaciones en la transmisión de valores a través de las fronteras de los diferentes Estados miembros, especialmente en cuanto a divisas, pero también otros obstáculos derivados de disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros que dificulten la circulación transfronteriza de capitales o la puedan limitar, como, por ejemplo, determinadas autorizaciones o exigencias formales para la emisión o admisión de títulos valores a negociación en Bolsa. El artículo 67 del Tratado no está dirigido a los problemas internos de determinados Ordenamientos jurídicos, sino hacia aquellas limitaciones que subsisten en las relaciones entre los Estados miembros, y especialmente para el tráfico con extranjeros.

Al poseer la «Eurohipoteca» también la característica de representar un derecho incorporada al título valor, haciéndolo con ello fácilmente transmisible, la introducción de una «Eurohipoteca» no está dentro de la libertad de circulación de capitales y por ello no puede tener una fundamentación legitimadora en los artículos 67 y 69 del Tratado.

B) *Artículos 59, 66, 57, párrafo 2.º del Tratado*

Con arreglo a los artículos 59, 66, y 57, párrafo 2.º, del Tratado puede dictarse una Directiva si con ello se facilita la admisión y el ejercicio de la libre prestación de servicios.

El concepto de prestación de servicios sólo es aludido en el artículo 60 del Tratado y sus consecuencias quedan prácticamente en el aire. Al igual que se expone anteriormente en el apartado A), la concesión de un crédito hipotecario, en su caso garantizado con una «Eurohipoteca», cae dentro de la libertad de circulación de capitales, pero no la introducción de un nuevo derecho de garantía real inmobiliaria. Por ello el artículo 59 del Tratado no puede ser excluido totalmente como fundamento legitimador.

La libertad de prestación de servicios comprende, sin embargo, sólo la

aplicación simplificada de técnicas previamente existentes, pero no la creación de nuevas en otros Estados miembros. Por ello, el artículo 59 del Tratado no puede considerarse que otorgue competencia para la introducción de una «Eurohipoteca».

C) *Artículo 110.A) del Tratado*

Hasta ahora las medidas para la armonización jurídica se han basado en las normas sobre competencia del artículo 100, y en su caso del artículo 235 del Tratado. En el supuesto de ser aplicable el artículo 100.A) del Tratado, queda postergada la aplicación del artículo 100 de dicho Tratado. Este puede también predicarse del artículo 235 del propio Tratado cuando la norma especial legitimadora comprenda otras previsiones (condiciones) procedimentales.

El artículo 100.A) del Tratado fue introducido por el Acta Unica Europea de 1987 para conseguir la realización del Mercado Interior. Incluso después del 1 de enero de 1993 seguirá vigente este mandato, pues subsistirá la necesidad de adoptar medidas de aproximación, y el artículo 100.A) del Tratado seguirá exigiendo un funcionamiento sin obstáculos del Mercado Interior, lo que requerirá la adopción de esas medidas.

El artículo 100.A) del Tratado no puede fundamentar medidas de armonización jurídica, para las que existan disposiciones especiales de competencia. Como antes se ha expuesto, las disposiciones acerca de la libertad de capitales y de prestación de servicios no sirven de fundamento para la introducción de una «Eurohipoteca». La norma del artículo 100.A) del Tratado sólo puede ser tomada en consideración en tanto persiga el desarrollo de los fines del artículo 8.A) del propio Tratado. El ámbito de aplicación del artículo 100.A) del Tratado debe por tanto determinarse no desde un punto de vista real, sino funcional. El artículo 8.A) del Tratado contiene disposiciones generales para conseguir la realización del Mercado Interior. Para ello sirve la armonización jurídica con arreglo al artículo 100.A) del propio Tratado.

También para el crédito hipotecario debe alcanzarse el Mercado Interior. La existencia de un derecho de garantía real inmobiliaria unitario es necesario para la construcción del «Mercado Interior para el crédito hipotecario» como parte de un mercado europeo de capitales.

La construcción de un Mercado Interior exige la eliminación de aquellos efectos excluyentes que tengan su fundamento en las diferencias y en la eficacia limitada **territorialmente** de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Un efecto excluyente de este tipo se da en el ámbito del crédito hipotecario. Así, por ejemplo, en determinados Ordenamientos ju-

rídicos que sólo reconocen derechos de garantía real inmobiliaria de naturaleza **fuertemente** accesoria no son posibles determinadas técnicas de aseguramiento (así, por ejemplo, el aseguramiento de crédito de carácter flexible o financiaciones intermedias), e incluso no utilizables por razones de costes (así, por ejemplo, la conversión de la deuda si ello exige la constitución de una nueva hipoteca). Un Mercado Interior en el seno de la Comunidad Europea significa que en todos los lugares de dicho mercado pueden ser ofrecidos los mismos productos y prestaciones de servicio. Igualmente, debe ser posible la utilización en cualquier lugar de las mismas técnicas financieras. Ello exige que en todos los Estados miembros de la Comunidad, además de las especialidades nacionales de cada uno, se ponga a disposición de los usuarios un instrumento de garantía de carácter flexible y unitario, que en todo lugar responda a las mismas condiciones esenciales. Ya que no es posible la utilización de todos los derechos de garantía real inmobiliaria en todos los Estados miembros, al menos debe ofrecerse un derecho de garantía real inmobiliaria unitario si se desea el buen funcionamiento de un «Mercado Interior del crédito hipotecario».

El funcionamiento del Mercado Interior exige también la confianza en el funcionamiento del mercado de capitales por parte de los sujetos que intervienen en él. La introducción de una «Eurohipoteca» aumentaría la confianza de los inversores en la seguridad de las obligaciones bancarias (por ejemplo, las cédulas hipotecarias) garantizadas con «Eurohipotecas», incluso cuando los inmuebles gravados radiquen en otros Estados miembros de la Comunidad.

Además del artículo 100.A) del Tratado, se desprende que la protección de los consumidores recibiría también una especial consideración. Esto podría brindar un punto de apoyo para introducir una «Eurohipoteca» con vistas a la información a los consumidores (tomadores del crédito e inversores). Los consumidores verían con satisfacción la seguridad que brindaría un derecho de garantía real inmobiliaria unitario, y con ello pronto conocido por todos, en todos los Estados miembros, y que además permitiese un ahorro de costes, por ejemplo, en los supuestos de conversión de la deuda.

Si bien una regulación unitaria exigiría la concreción de muchos detalles, sin embargo se podría dejar a los diferentes Estados miembros el encardinamiento de la figura en los sistemas nacionales: así, por ejemplo, el tema de la publicidad. Con ello se plantea la cuestión acerca de la forma jurídica para la armonización.

El artículo 100.A) del Tratado atribuye al Consejo, con una mayoría cualificada la competencia para la adopción de medidas, que contribuyan a la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros que se opongan a la creación y funcionamiento del Mercado Interior. El artículo 100.A) del Tratado concede con ello una amplia **com-**

petencia para la creación de derecho del Mercado Interior. Podría utilizarse tanto un Reglamento como una Directiva. La finalidad de introducir una «Eurohipoteca» unitaria aboga por la forma de un Reglamento. Una Directiva chocaría más con la necesidad de hacer los ajustes necesarios en los respectivos Ordenamientos jurídicos nacionales. Pero también en una Directiva pueden regularse detalles. En todo caso la elección de la forma jurídica sería una decisión política. Una decisión previa ya fue tomada en la aclaración al Acta Única Europea al estimarse que, siguiendo el artículo 100.A) del Tratado, es preferible una Directiva si, como en el supuesto examinado, los derechos de los Estados miembros han de ser modificados, para obtener una armonización jurídica.

D) Artículo 100.B), apartados 1.º y 2.º del Tratado

Otro instrumento de la Comunidad Económica se encuentra en el artículo 100.B), apartados 1.º y 2.º del Tratado, que permite al Consejo decidir según el procedimiento del artículo 100.A) del Tratado, que las disposiciones vigentes en un Estado miembro deban ser reconocidas como equivalentes a las disposiciones de otros Estados miembros. Con ello quiere asegurarse que las disposiciones legales que con arreglo al artículo 100.A) del Tratado deban ser armonizadas no impidan la realización del Mercado Interior a 21 de diciembre de 1992, cuando no han sido armonizadas entre sí. Dado que cédula hipotecaria suiza no está regulada en ningún Estado Comunitario, no puede introducirse por el camino del reconocimiento en los otros Estados miembros. Pero incluso la introducción de la deuda territorial alemana, por ejemplo en Francia, no parece posible por este camino, pues con ello se verían afectadas determinadas condiciones de la publicidad y de la ejecución para poder incardinar la deuda territorial en el sistema de hipotecas francés. El artículo 100.B) del Tratado no ofrece, por tanto, solución.

5. TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

No pueden cerrarse acuerdos de Derecho internacional público para la armonización jurídica cuando las condiciones para su realización han sido atribuidas a los órganos comunitarios con los medios del Derecho comunitario. Dado que la introducción de la «Eurohipoteca» puede realizarse a través de un medio del Derecho comunitario, con arreglo al artículo 100.A) del Tratado, no sería admisible la firma de un Tratado Internacional en este sentido.

Una posición especial se encuentra en el artículo 220 del Tratado. Con arreglo a dicho precepto una armonización jurídica puede realizarse también mediante un Tratado entre Estados miembros, pero sólo para las excepciones previstas en el precepto. La «Eurohipoteca» no es una de estas excepciones.

Quien mantenga la opinión de que el Tratado constitutivo de la Comunidad no atribuye competencia para la creación de una «Eurohipoteca», limitaría sus posibilidades a una introducción a través de un Acuerdo Internacional. Esto, por otra parte, tendría la ventaja de que otros Estados podrían ser atraídos a la armonización jurídica. Fundamentalmente se trataría de aquellos otros Estados, que es previsible que en un futuro ingresen en la Comunidad Europea como los países del Este. La inclusión de Estados no comunitarios fue el fundamento para que el EVU se cerrase como un Acuerdo Internacional, desviándose del artículo 220 del Tratado.

6. CONCLUSIONES PARCIALES

Un instrumento jurídico comunitario para la introducción de una «Eurohipoteca» tendría su fundamento en el artículo 100.A) del Tratado. Al tener que acoplarse esta figura en los diferentes Ordenamientos jurídicos nacionales, existiendo por tanto la obligación de su transposición a dichos Ordenamientos, deberá llevarse a cabo mediante una Directiva. Esta, sin embargo, debería regular muchos detalles, pues de lo contrario existe el peligro de que la institución jurídica de la «Eurohipoteca» no tuviese una forma unitaria en todos los Estados miembros de la comunidad.

D. CONCLUSION FINAL

Los derechos de garantía real inmobiliaria de naturaleza accesoria no se corresponden con las exigencias actuales de flexibilidad y costes. Tanto en Francia como España existen en muchos ámbitos problemas debido a la poca flexibilidad de la hipoteca de naturaleza accesoria. El mercado del crédito tiende a apartarse de construcciones especiales. En el ámbito del crédito profesional francés, hoy en día se renuncia casi siempre a la constitución de un derecho de garantía real inmobiliaria. Se entiende suficiente una *promesse d'hypothèque*. Esto demuestra cómo el mercado del crédito europeo exige un derecho de garantía real inmobiliaria de naturaleza no accesoria.

El principio del mutuo reconocimiento no ofrece en el ámbito de los derechos de garantía real inmobiliaria una salida hacia el Mercado Común

Europeo. Tampoco solucionan el problema las normas de colisión debido al principio de *Lex rei sitae*. Un derecho especial para el crédito hipotecario transfronterizo tampoco sería suficiente, pues quedarían limitadas las posibilidades de creación de cooperaciones y asociaciones internacionales de financiadores. Para ello debería haberse emprendido el camino de la armonización de los derechos nacionales.

Por razones comerciales también sería aconsejable la introducción de un derecho de garantía real inmobiliaria no accesorio unitario para toda la Comunidad, la «Eurohipoteca». La construcción de esta «Eurohipoteca» debería inspirarse en la cédula hipotecaria suiza, incorporada a un título de naturaleza personal y real, independiente de la prestación (crédito), de fácil y barata constitución y transmisibilidad, y en lo posible no afectada por privilegios ocultos. En el Derecho francés y español existen supuestos excepcionales en que se reconoce la desviación del fuerte principio de accesoriedad. Por ello parece posible la incardinación de una «Eurohipoteca» en estos Ordenamientos jurídicos, aunque serían necesarias diversas modificaciones del Derecho material. Sin embargo, la «Eurohipoteca» debería tener los mismos efectos jurídicos en todo lugar.

Existe el instrumento jurídico comunitario necesario para ello. Ello rige especialmente en relación al perfeccionamiento de la protección de los consumidores a través de la transparencia. Una «Eurohipoteca» es irrenunciable para la construcción de un «Mercado Interior del crédito hipotecario».

El objetivo o fin general es la creación de un Mercado Interior en el seno de la Comunidad Europea. El Mercado Interior comprende también el mercado de la prestación de servicios en el ámbito financiero. Una parte de este mercado es el crédito hipotecario. Para la posibilidad de funcionamiento de un moderno «Mercado Interior del crédito hipotecario» es exigible la existencia de un derecho de garantía real inmobiliaria flexible que esté disponible por igual en todos los Estados Comunitarios. Por ello debería apoyarse la propuesta de introducir una «Eurohipoteca».

Por la presentación y traducción,

MANUEL CASERO MEJÍAS

Registrador Mercantil de Madrid