

ELENA LAUROBA LACASA  
(Dir.)

JAUME TARABAL BOSCH  
(Coord.)

**GARANTÍAS REALES  
EN ESCENARIOS DE CRISIS:  
PRESENTE Y PROSPECTIVA**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PRÓLOGO</b> .....	7
 <b>PRIMER BLOQUE</b> <b>OPCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES</b>  	
<b>THE RULES ON PROPRIETARY SECURITY IN BOOK IX DCFR</b> , Ulrich DROBNIG .....	15
I. FUNCTION AND BASIC TYPES OF SECURITY .....	16
1. Function.....	16
2. Basic Types of Security .....	16
3. Basic Types of Proprietary Security .....	17
II. EUROPEAN «LEGISLATIVE» EFFORTS .....	17
III. PURPOSES AND STRUCTURE OF THE DCFR.....	19
1. Description, Purposes and Contents of the DCFR .....	19
2. Contents of the DCFR .....	19
IV. INTERACTION OF BOOK IX WITH OTHER BOOKS OF THE DCFR .....	19
1. Interaction of Book IX with Book VIII.....	20
2. Parts of Book III supplementing Book IX .....	21
V. BOOK IX DCFR .....	21
1. Structure-Overview .....	22
2. Contents.....	22
VI. CONCLUDING REMARKS.....	36

	Pág.
<b>PERSPECTIVAS DE REFORMA DE LA FINANCIACIÓN DE LA VI- VIENDA TRAS LA CRISIS FINANCIERA INTERNACIONAL: DE LAS PRESCRIPCIONES DEL FMI A LAS INICIATIVAS REGULA- TORIAS EN ESTADOS UNIDOS</b> , Emiliano GONZÁLEZ MOTA, José Ma- nuel MARQUÉS SEVILLANO y Luna ROMO GONZÁLEZ.....	39
I. LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO DE FI- NANCIACIÓN HIPOTECARIO AMERICANO .....	39
1. El mercado de titulizaciones .....	41
2. El papel de las GSE.....	46
II. RETOS Y PERSPECTIVAS DE REFORMA DEL MERCADO DE FI- NANCIACIÓN HIPOTECARIA AMERICANO .....	57
 <b>ESTADO ACTUAL DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY MODELO DE GARANTÍAS MOBILIARIAS DE LA OEA EN AMÉRICA LA- TINA</b> , Boris KOZOLCHYK.....	 61
I. UN CONCEPTO CENTRAL EN COMÚN: DERECHOS REALES POSESORIOS EN LOS BIENES DE OTROS ( <i>IURA EN RE ALIENA</i> ). .....	62
II. EL DERECHO ANGLOSAJÓN: INGLATERRA Y ESTADOS UNI- DOS DE NORTEAMÉRICA.....	63
1. Inglaterra .....	63
2. Estados Unidos.....	64
III. EL DERECHO ALEMÁN.....	67
IV. ILUSTRACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DE LAS GARANTÍAS MOBILIARIAS Y DE LA NECESIDAD DE UNA NORMATIVA UNIFORME.....	68
V. EL DERECHO ROMANO Y LA LEY MODELO OEA .....	73
VI. LA «GARANTÍA MOBILIARIA» DE LA LEY MODELO OEA Y DEL ART. 9 DEL UCC .....	75
VII. INSTITUCIONES HÍBRIDAS (DERECHO NORTEAMERICANO, ROMANO Y CONTINENTAL) EN LA LEY MODELO OEA: BIE- NES ATRIBUIBLES O DERIVADOS .....	78
VIII. CONVENCIÓN DE LA NACIONES UNIDAS SOBRE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL (CNUDMI). .....	80
IX. TRABAJO PREPARATORIO DE LA LEY MODELO OEA: MEJO- RES PRÁCTICAS Y PRINCIPIOS DERIVADOS DE LAS MISMAS... ..	81
X. <i>DE LEGE FERENDAE</i> Y DE LAS MEJORES COSTUMBRES Y PRÁCTICAS POR VENIR.....	82

	Pág.
<b>EL ART. 9 UCC. CAUTELAS CONCEPTUALES PARA UNA LECTURA EUROPEA</b> , Jaime TARABAL BOSCH .....	85
I. INTRODUCCIÓN .....	85
II. EN EL ART. 9 UCC LOS «DEUDORES» NO NECESARIAMENTE SON LOS «OBLIGADOS» .....	88
III. EL «PERFECCIONAMIENTO» DE LA GARANTÍA MOBILIARIA... ..	88
IV. MEDIOS DE PERFECCIONAMIENTO DE LA GARANTÍA MOBILIARIA .....	90
1. La inscripción de la garantía en un «registro de deudores» .....	91
2. El perfeccionamiento mediante posesión .....	98
3. El control de los bienes en garantía como medio específico de perfeccionamiento .....	100
 <b>THE TRUST AS SECURITY DEVICE: SOME COMPARATIVE OBSERVATIONS</b> , Michele GRAZIADEI .....	 107
I. FRAMING THE PROBLEM.....	107
II. TRUSTS AS SECURITY DEVICES AND THE HAGUE CONVENTION OF 1985 ON THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS AND THEIR RECOGNITION .....	108
III. TRUSTS PROTECTING (YOUR) MONEY IN A SALE OR LOAN TRANSACTION .....	110
IV. CONTINENTAL TRUSTS .....	112
V. NEW EUROPEAN RULES: FINANCIAL COLLATERAL ARRANGEMENTS.....	114
VI. CONCLUSIONS .....	115
 <b>LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO RELATIVOS A LOS BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL</b> , Elena LAUROBA.....	 117
I. INTRODUCCIÓN .....	117
II. LAS ACCIONES PRECEDENTES .....	118
III. <i>DEL LIBRO VERDE DEL CRÉDITO HIPOTECARIO EN LA UNIÓN EUROPEA AL LIBRO BLANCO SOBRE LA INTEGRACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO DE LA UNIÓN EUROPEA</i> .....	120
IV. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO RELATIVOS A LOS BIENES INMUEBLES DE USO RESIDENCIAL .....	124
1. La información precontractual .....	125
2. La evaluación de la solvencia. Las obligaciones de las partes .....	127

	Pág.
3. El reembolso anticipado .....	128
V. UN DOCUMENTO COMPLEMENTARIO: EL <i>WORKING PAPER</i> SOBRE PRÁCTICAS Y MEDIDAS NACIONALES PARA EVITAR PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS DE VIVIENDA .....	128
VI. ¿DÓNDE ESTAMOS? UNA REFLEXIÓN PROVISIONAL.....	129
<b>FORMA Y REALIDAD EN EL DERECHO ITALIANO DE LAS GARANTÍAS REALES, Enrico GABRIELLI .....</b>	<b>133</b>
I. AUTONOMÍA PRIVADA Y FUNCIÓN DE GARANTÍA REAL .....	133
II. LA GARANTÍA ROTATIVA .....	134
III. GARANTÍA ROTATIVA Y GARANTÍA FLOTANTE .....	136
IV. AUTONOMÍA PRIVADA Y ROTATIVIDAD DE LA GARANTÍA.....	137
V. LA ESTRUCTURA FORMAL DEL PACTO DE ROTATIVIDAD .....	139
VI. LA EFICACIA Y LA OponIBILIDAD DEL PACTO DE ROTATIVIDAD.....	142
VII. EL PROBLEMA DE LA REVOCABILIDAD ORDINARIA O CONCURSAL DEL PACTO DE ROTATIVIDAD.....	143
VIII. OPERACIÓN ECONÓMICA Y GARANTÍA REAL.....	145
<b>SECURITY RIGHTS UNDER BELGIAN LAW: KEY ISSUES AND PROSPECTS OF REFORM, Frédéric GEORGES .....</b>	<b>149</b>
I. STATE OF PLAY .....	149
1. Pledges .....	151
2. Security in financial assets .....	151
3. Privileged claims .....	152
4. Consequences of this (messy) state of Law .....	152
II. THE USE OF PROPERTY AS A SECURITY DEVICE .....	153
III. PROSPECTS OF REFORM .....	154
1. General overview.....	154
2. Objectives of the expected reform.....	155
3. Key features of the reform.....	155
<b>LAS GARANTÍAS REALES EN EL CCCAT, Ferran BADOSA COLL .....</b>	<b>157</b>
<b>Introducción. La garantía real.....</b>	<b>157</b>
A. <i>Los derechos reales de garantía y su presentación.....</i>	<i>157</i>
B. <i>El usufructo en garantía.....</i>	<i>158</i>
C. <i>El concepto de garantía real en el CCCat .....</i>	<i>158</i>

	Pág.
<b>Primera Parte. Los derechos reales de garantía. El valor de venta del bien.</b>	159
I. LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA EN LA LEGISLACIÓN CATALANA .....	159
1. La separación entre los derechos reales de garantía y las modalidades de la garantía real en las Leyes 22/1991 y 19/2002 .....	159
2. La asignación de las modalidades de la garantía real a los derechos reales de garantía en el CCCat. La realización de valor como modalidad principal de garantía .....	160
3. La disfuncionalidad de los derechos reales de garantía .....	160
4. Las modalidades de garantía. Su naturaleza jurídica. El caso especial de la retención posesoria .....	161
5. La reducción de la garantía a los valores del bien: valor de uso y valor de disfrute. La limitación de éste .....	162
<b>Segunda Parte. Los derechos reales de garantía en particular.....</b>	163
II. LA CREACIÓN DE UN NUEVO DERECHO DE GARANTÍA. EL DERECHO REAL DE RETENCIÓN .....	163
1. Las tres presentaciones de la retención posesoria en el Libro Quinto CCCat .....	163
2. La evolución de la retención. De excepción obligacional a derecho real de garantía .....	165
3. El derecho real de retención .....	165
4. La subsistencia del derecho de retención-excepción.....	167
5. Los dos problemas del derecho real de retención .....	167
III. EL DERECHO REAL DE PRENDA .....	168
1. Las dos características de la prenda .....	168
2. La obligación garantizada. El valor máximo de la garantía. Los componentes de la obligación .....	168
3. La distinción entre el objeto del derecho de prenda y el bien pignorado.....	170
4. La cuestión del comiso en el D. Catalán .....	171
IV. EL DERECHO REAL DE HIPOTECA. LA PREVENCIÓN DEL PRETENDIDO LÍMITE COMPETENCIAL DEL ART. 149.1.8 CE .....	172
V. EL DERECHO REAL DE ANTICRESIS. SUS MODALIDADES. SU REFUERZO CON LA FUNCIÓN DE REALIZACIÓN DEL VALOR...	173
1. El efecto anticrético.....	173
2. La anticresis como derecho real de garantía .....	178
<b>Tercera Parte. El usufructo en garantía. El valor de uso del bien.....</b>	180
VI. UNA GARANTÍA NO TIPIFICADA COMO DERECHO DE GARANTÍA. EL LLAMADO «USUFRUCTO EN GARANTÍA O SEGURIDAD DE UNA OBLIGACIÓN» .....	180
1. Su origen .....	180
2. La consideración del usufructo en garantía como un usufructo típico.....	181

	Pág.
3. En el usufructo en garantía el usufructo es el modo de designar el valor de uso del bien.....	181
4. Las funciones del usufructo en garantía dentro del sistema general de garantías del CCCat.....	182
<b>VII. LAS CARACTERÍSTICAS DEL USUFRUCTO EN GARANTÍA. SU CONSTITUCIÓN Y LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA .....</b>	<b>183</b>
1. La constitución y la destinación del usufructo en garantía .....	184
2. La obligación «garantizada» es una deuda dineraria. Sus significados.....	184
3. ¿Es posible la extinción de la deuda por compensación de la utilidad percibida? .....	188
<b>VIII. LA HIPOTECA SOBRE UN USUFRUCTO INMOBILIARIO CONSTITUIDO EN COSA PROPIA .....</b>	<b>188</b>
1. Los derechos reales en cosa propia .....	189
2. Los derechos reales limitados en cosa propia resultan de su constitución, no de una expresa decisión de la Ley .....	189
 <b>LA PROBLEMÁTICA DE LA RETENCIÓN DE AUTOMÓVILES EN EL CONTEXTO DE LA LEGISLACIÓN CIVIL CATALANA, María Luisa ZAHÍNO RUIZ.....</b>	 <b>191</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	191
II. LA EXIGENCIA DE UN PRESUPUESTO ESCRITO Y ACEPTADO PARA PODER RETENER POR LA ACTIVIDAD DESARROLLADA PARA CONFECCIONAR O REPARAR UN BIEN MUEBLE.....	192
III. LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN Y EL REQUISITO DE LA NOTIFICACIÓN NOTARIAL.....	195
IV. ALGUNAS PROPUESTAS EN RELACIÓN CON LA PROBLEMÁTICA DE LA RETENCIÓN DE AUTOMÓVILES EN EL CONTEXTO DE LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA ...	200

## SEGUNDO BLOQUE GARANTÍAS FINANCIERAS

<b>LAS GARANTÍAS FINANCIERAS: EFECTOS EN EL MERCADO DE LA TRANSPOSICIÓN A ESPAÑA DE LA DIRECTIVA 47/2002, Emilio Díaz RUIZ.....</b>	<b>205</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	205
II. LAS GARANTÍAS DE LA LEY 41/1999, DE SISTEMAS DE PAGOS Y LIQUIDACIÓN DE VALORES .....	207
III. GARANTÍAS FINANCIERAS EN LA LEY DEL MERCADO DE VALORES.....	208

	Pág.
IV. LEY DE AUTONOMÍA DEL BANCO DE ESPAÑA .....	209
V. GARANTÍAS FINANCIERAS EN SENTIDO PROPIO: EL RDL 5/2005 .....	210
1. La materialización .....	210
2. Los sujetos .....	211
3. Objeto .....	212
4. Obligaciones garantizadas .....	214
5. Formalidades .....	217
6. Ejecución .....	218
VI. GARANTÍAS FINANCIERAS EN SEDE CONCURSAL .....	220
VII. ACUERDOS DE COMPENSACIÓN CONTRACTUAL .....	221
<b>LA LEY APLICABLE A LOS ACUERDOS DE GARANTÍA FINANCIERA: RÉGIMEN CONCURSAL, Francisco J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ .....</b>	<b>227</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	227
II. ESQUEMA ANALÍTICO .....	227
1. Normas de conflicto generales vs normas de conflicto concursales...	228
2. Normas de conflicto concursales .....	229
III. LEY APLICABLE AL OBJETO DE LA GARANTÍA ( <i>LEX CONTO SITAE</i> ) .....	231
IV. <i>LEX CONTO SITAE</i> Y SOLUCIÓN TRADICIONAL .....	234
V. LEY APLICABLE A LOS EFECTOS CONCURSALES .....	236
<b>CREDIT CLAIMS, CONTROL Y EFICACIA DE LAS GARANTÍAS FINANCIERAS SOBRE CRÉDITOS, Ángel CARRASCO PERERA .....</b>	<b>241</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	241
II. UN PROBLEMA GENERAL DEL RÉGIMEN ESPECÍFICO DE LAS «GARANTÍAS FINANCIERAS» ( <i>FINANCIAL COLLATERAL ARRANGEMENTS</i> ): SU LUGAR EN EL SISTEMA DE GARANTÍAS SOBRE ACTIVOS MOBILIARIOS .....	242
III. GARANTÍAS FINANCIERAS, ACUERDOS DE GARANTÍA FINANCIERA, ACUERDOS DE COMPENSACIÓN CONTRACTUAL, OPERACIONES FINANCIERAS .....	244
IV. FORMALIDADES .....	245
V. DEFINICIÓN DE CONTROL EN <i>DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE</i> Y OTROS TEXTOS INTERNACIONALES .....	247
VI. APORTACIÓN Y CONTROL .....	247
VII. ¿PARA QUÉ CONTROL? .....	251
VIII. RECAPITULACIÓN: CONTROL SOBRE CRÉDITOS .....	252



	Pág.
IX. EXCURSO. EL CASO <i>GRAY</i> Y SU EXTENSIÓN A LAS GF SOBRE CRÉDITOS .....	253
X. DERECHOS DE SUSTITUCIÓN Y DE DISPOSICIÓN .....	254
XI. GARANTÍAS COMPLEMENTARIAS .....	256
XII. EJECUCIÓN DE LA GF SOBRE CRÉDITOS .....	256
XIII. RANGO Y PREFERENCIA.....	257

### TERCER BLOQUE

#### ACREEDORES HIPOTECARIOS E HIPOTECAS

<b>LA «HIPOTECA RECARGABLE»: CASUÍSTICA SUSTANTIVA Y REGISTRAL, José Luis VALLE MUÑOZ.....</b>	<b>261</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	261
II. LA RECARGA EN LA LEY 41/2007 .....	263
III. LA CONSERVACIÓN DEL RANGO COMO ESENCIA DE LA HIPOTECA RECARGABLE .....	272
IV. REQUISITOS PARA QUE LA HIPOTECA RECARGABLE CONSERVE EL RANGO .....	273
V. LA RECARGA DE HIPOTECAS SOBRE FINCAS EN SITUACIÓN DE EJECUCIÓN .....	276
 <b>HIPOTECA DE VIVIENDA Y OTRAS HIPOTECAS DESDE LA PERSPECTIVA BANCARIA, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO .....</b>	 <b>281</b>
I. PLANTEAMIENTO GENERAL .....	281
II. LA REDUCCIÓN DEL DEPÓSITO PREVIO EXIGIDO PARA PARTICIPAR EN LAS SUBASTAS .....	285
III. REHABILITACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y ENERVACIÓN DE LA ACCIÓN .....	285
IV. ELEVACIÓN DEL MÍNIMO INEMBARGABLE DEL ART. 607 DE LA LEC, TRAS UNA EJECUCIÓN HIPOTECARIA DE VIVIENDA.	289
V. LA TRANSFORMACIÓN DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EJECUCIÓN ORDINARIA .....	291
VI. LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS SOBRE LOS SUPUESTOS EN QUE UN BANCO PUEDE ADJUDICARSE LA VIVIENDA O BIEN HIPOTECADO EN DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS: EL RD-LEY 8/2011 Y LA LEY 37/2011.....	295
VII. LA INTERPRETACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 6. <sup>a</sup> DE LA LEC REALIZADA POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITO.....	300

	Pág.
VIII. LA VÍA INDIRECTA QUE UTILIZAN LAS ENTIDADES DE CRÉDITO PARA SORTEAR EL ESPÍRITU DE LA REFORMA .....	301
<b>LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE PENSIONES PERIÓDICAS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE PRESTACIONES COMPENSATORIAS EN FORMA DE PENSIÓN Y DE ALIMENTOS, M. Esperança GINEBRA MOLINS.....</b>	<b>303</b>
I. LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE RENTAS O PRESTACIONES PERIÓDICAS EN EL LIBRO 5 DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA (ARTS. 569-36, 569-37 Y 569-38): LA «NO SUBROGACIÓN» DEL ADQUIRENTE DE LA FINCA HIPOTECADA EN LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE LAS RENTAS .....	303
II. HIPOTECA EN GARANTÍA DE PRESTACIONES COMPENSATORIAS EN FORMA DE PENSIÓN Y DE ALIMENTOS EN EL CCCAT (ARTS. 569-36.1 A 7 Y 569-37) E HIPOTECA EN GARANTÍA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DEL TRABAJO «CUANDO SE HAYA APLAZADO SU PAGO» (ART. 569-36.8): HIPOTECA EN GARANTÍA DE RENTAS O PRESTACIONES PERIÓDICAS <i>VERSUS</i> HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIÓN A PLAZOS .....	309
1. La hipoteca en garantía de prestaciones compensatorias en forma de pensión y de alimentos en el CCCat: los arts. 569-36.1 a 7 y 569-37. «Derecho a exigir» la constitución de la hipoteca o «medida judicial».....	309
2. La hipoteca en garantía de la compensación económica por razón del trabajo «si se ha aplazado su pago» (art. 569-36.8 CCCat): obligación «a plazos y no «obligaciones periódicas».....	314
III. CONCLUSIONES .....	318
<b>LA HIPOTECA SOBRE DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN, LÍDIA ARNAU RAVENTÓS.....</b>	<b>319</b>
I. IDENTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN TÍPICOS EN EL DERECHO CATALÁN .....	319
II. DERECHO DE REDIMIR, DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN Y SU EFICACIA ADQUISITIVA: ¿UN ÚNICO Y MISMO SISTEMA DE ADQUISICIÓN DE DERECHOS REALES?.....	320
1. El derecho de redimir: naturaleza real y eficacia adquisitiva.....	320
2. Derecho real de opción y eficacia adquisitiva .....	323
III. LA HIPOTECA SOBRE DERECHOS REALES DE ADQUISICIÓN...	327
1. El plazo de duración del derecho gravado y el de la hipoteca.....	327
2. La subrogación de la finca en el lugar que ocupaba el derecho de adquisición .....	329

**CUARTO BLOQUE  
INCUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN**

<b>INCUMPLIMIENTO Y EJECUCIÓN: OPCIONES EXTRAJUDICIALES EFICIENTES, Ángel SERRANO DE NICOLÁS .....</b>	337
I. INTRODUCCIÓN .....	337
II. INCUMPLIMIENTO DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: RESPONSABILIDAD ILIMITADA DEL DEUDOR, DEVENGO DE INTERESES MORATORIOS Y ANATOCISMO .....	338
1. Responsabilidad ilimitada del deudor hipotecario: Aplicación del art. 140 LH y de la dación en pago .....	339
2. Vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por mora en el pago: Intereses de demora (su naturaleza y tipo máximo) y anatocismo .....	341
III. RECLAMACIÓN DE LA DEUDA HIPOTECARIA: RELEVANCIA DE LA TASACIÓN, DEL CONCEPTO DE PRODUCTO Y DE OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS .....	344
1. Funciones de la tasación en la legislación del mercado hipotecario...	345
2. Concepto de producto, modalidad de adjudicación y doctrina de los actos propios al contabilizar lo adjudicado la entidad acreedora .....	348
3. Enriquecimiento injusto por coaligación negocial entre la compra y la hipoteca y posible aplicación del retraso desleal.....	350
IV. OPCIONES EXTRAJUDICIALES EFICIENTES AL MARGEN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL: DEL APODERAMIENTO PARA LA VENTA A LA ADMISIBILIDAD DEL PACTO MARCIANO .....	352
1. La admisibilidad del pacto marciano como vía para la realización eficiente de la deuda hipotecaria .....	353
2. Apoderamiento para la venta del inmueble hipotecado en caso de impago del deudor hipotecario.....	357
V. CONCLUSIÓN.....	357
<b>GARANTÍAS REALES Y CONCURSO: ÚLTIMAS REFORMAS Y REFORMAS PENDIENTES, José Ramón GARCÍA VICENTE .....</b>	359
<b>LA PRENDA REGISTRAL SOBRE CRÉDITOS FUTUROS EN LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA Y EN LA LEY CONCURSAL, Luis FERNÁNDEZ DEL POZO .....</b>	371
I. LA LICITUD DE LA PRENDA SOBRE CRÉDITOS FUTUROS. EL PROBLEMA DE SU OPONIBILIDAD EXTRACONCURSAL .....	371
II. LA EFICACIA DE LA PRENDA DE CRÉDITOS FUTUROS EN EL CONCURSO DEL PIGNORANTE .....	379

**COMUNICACIONES LIBRES**

<b>HOW THE GLOBAL FINANCIAL CRISIS IS AFFECTING EUROPEAN MORTGAGE LAWS</b> , Francesca FIORENTINI .....	395
I. MORTGAGE LAWS BETWEEN LOCAL DIMENSION AND GLOBAL ASPIRATIONS .....	395
II. COMPARING MORTGAGE LAWS IN EUROPE: DIFFERENT NATIONAL APPROACHES .....	397
III. THE «COMMON CORE» OF EUROPEAN MORTGAGE LAWS .....	401
1. Principle of publicity and speciality of the security in relation to the asset .....	401
2. The accessory of the security right .....	401
3. Proportionality between security right and secured obligation .....	402
IV. EU LAW FOR AN INTERNAL MORTGAGE MARKET: TOWARDS A NEW CONVERGENCE.....	402
V. THE «CONTRACTUALIZATION» OF MORTGAGE LAW. OPEN ISSUES .....	405
VI. THE «FINANCIALIZATION» OF MORTGAGE LAWS: THE FRONTLINE BATTLE.....	406
<b>PROPIEDAD INMOBILIARIA EN GARANTÍA Y JUEGO DEL PACTO COMISORIO EN NUESTRO SISTEMA DE GARANTÍAS REALES: PRINCIPIOS Y LÍMITES</b> , Núria GINÉS CASTELLET.....	409
I. INTRODUCCIÓN .....	409
II. CAUSA DE GARANTÍA Y TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD.....	410
III. EL PACTO COMISORIO: FUNDAMENTO DE SU PROHIBICIÓN Y REQUISITOS PARA SU ADMISIBILIDAD .....	415
<b>LA ACCIÓN DIRECTA EN LA PRESTACIÓN ALIMENTICIA. EL PAGO DIRECTO EN EL DERECHO FRANCÉS</b> , Carmen María LÁZARO PALAU.....	425
I. INTRODUCCIÓN .....	425
II. EL PAGO DIRECTO EN EL DERECHO FRANCÉS: CARACTERES GENERALES .....	427
III. REQUISITOS DEL CRÉDITO CAUSANTE DE LA ACCIÓN DIRECTA.....	428
IV. OBJETO: EL CRÉDITO EMBARGABLE .....	430
V. EL PROCEDIMIENTO DE PAGO DIRECTO: RASGOS PRINCIPALES .....	432
VI. EFECTOS .....	434

	Pág.
<b>DE LA RETENCIÓN. TRES REGULACIONES MODERNAS: JAPÓN, CATALUÑA Y CHINA, Íñigo MATEO Y VILLA.....</b>	437
I. INTRODUCCIÓN .....	437
II. LA RETENCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL JAPONÉS .....	442
III. LA RETENCIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CATALÁN.....	444
IV. LA RETENCIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA .....	447
<b>EL USUFRUCTO DE GARANTÍA EN EL DERECHO CATALÁN, M.<sup>a</sup> Patricia REPRESA POLO .....</b>	451
<b>LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS BANCARIOS: EL CRÉDITO HIPOTECARIO, Cristina ROY PÉREZ.....</b>	459
I. LA POLÍTICA COMUNITARIA DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.....	461
II. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE CRÉDITO HIPOTECARIO: LA PRETENDIDA NOVEDAD DE LA DIRECTIVA SOBRE CONTRATOS DE CRÉDITO PARA BIENES INMUEBLES DE 2011.	464
III. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE CRÉDITO HIPOTECARIO EN ESPAÑA: LA ORDEN EHA/2899/2011, DE 28 DE OCTUBRE, Y EL RD-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO .....	469
<b>EL CLIENTE Y EL CONSUMIDOR DE SERVICIOS FINANCIEROS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO, Immaculada BARRAL VIÑALS.....</b>	473
I. INTRODUCCIÓN .....	473
II. EL CLIENTE DE «SERVICIOS BANCARIOS DE CRÉDITO».....	474
1. El cliente de las entidades de crédito: la normativa de transparencia.	475
2. El concepto restringido de «cliente de préstamo hipotecario destinado a financiación de vivienda» .....	477
III. EL CONSUMIDOR DE «SERVICIOS FINANCIEROS NO BANCARIOS» .....	478
1. Los prestadores de servicios de crédito hipotecario.....	479
2. El consumidor de servicios financieros de crédito hipotecario .....	482
3. El consumidor de servicios financieros de crédito a distancia .....	483
IV. LA UNIFICACIÓN DE RÉGIMEN JURÍDICO EN LA TRANSPARENCIA EN LOS CRÉDITOS NO HIPOTECARIOS.....	486
V. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA CONTRATACIÓN EN MASA DE SERVICIOS FINANCIEROS DE CRÉDITO .....	486

	Pág.
<b>LA VIVIENDA HIPOTECADA EN LA ACTUAL SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA</b> , Ana Isabel BERROCAL LANZAROT.....	489
I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	489
II. LA FORMALIZACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.....	495
III. LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA Y LA NO POSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA DEUDA HIPOTECARIA.....	499
IV. REALIZACIÓN DEL BIEN HIPOTECADO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR. PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.....	514
<b>LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIÓN FUTURA FRENTE A LA LLAMADA «HIPOTECA RECARGABLE»: ALTERNATIVA DE TIPOS HIPOTECARIOS O RELACIÓN DE GÉNERO Y ESPECIE</b> , Pilar CARRERAS BOJ .....	525
I. LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIÓN FUTURA .....	526
II. HIPOTECA RECARGABLE .....	529
III. ALTERNATIVA ENTRE AMBAS MODALIDADES O RELACIÓN ENTRE UN GÉNERO, LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE OBLIGACIÓN FUTURA Y UNA ESPECIE, LA HIPOTECA RECARGABLE.....	532
<b>LAS GARANTÍAS FINANCIERAS SOBRE LOS DERECHOS DE EMISIÓN DE GASES DE EFECTO INVERNADERO</b> , Esperanza FERRANDO NICOLAU .....	535
I. INTRODUCCIÓN .....	535
II. LAS GARANTÍAS FINANCIERAS SOBRE LOS DERECHOS DE EMISIÓN DE GASES GEI .....	536
1. Concepto y regulación de las denominadas «garantías financieras».	536
2. Elementos objetivos .....	537
3. Elemento subjetivo: especialidades por el objeto.....	543
4. Elemento formal: especialidades por el objeto .....	545
III. LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LOS DERECHOS DE EMISIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LAS GARANTÍAS .....	546
1. La constancia registral de los derechos de emisión.....	546
2. El Registro Nacional de Derechos de Emisión .....	547
3. Funcionamiento del Registro: especial referencia a las garantías ¿Coordinación con el Registro de Bienes Muebles?.....	548

	Pág.
<b>«IN NAVEM SAUFEII COMPLURES FRUMENTUM CONFUDERANT...» O UNA REFLEXIÓN SOBRE LA PERSISTENCIA DEL DERECHO REAL EN LOS NEGOCIOS SOBRE LOS VALORES ANOTADOS Y OTROS BIENES FUNGIBLES, Karolina LYCZKOWSKA .....</b>	551
I. EN LA NAVE DE SAUFEYO SE MEZCLÓ EL TRIGO DE VARIOS...	551
II. EL DEPÓSITO IRREGULAR Y EL OLVIDADO ART. 381 CC.....	554
III. LOS BIENES FUNGIBLES, EL DERECHO REAL EN LA <i>CONMIX- TIO</i> Y EL MERCADO DE VALORES.....	556
IV. LA DISTRIBUCIÓN DE LAS PÉRDIDAS ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE LMV.....	558
V. CONCLUSIONES .....	560
 <b>LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR HIPO- TECARIO A TRAVÉS DEL ART. 140 DE LA LEY HIPOTECARIA, Chantal MOLL DE ALBA LACUVE .....</b>	 561
I. EL PACTO DE LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA.....	561
1. Regla general: la responsabilidad ilimitada del deudor hipotecario...	561
2. Excepción: el art. 140 LH .....	562
II. ORIGEN DEL ART. 140 DE LA LEY HIPOTECARIA .....	563
1. La Reforma de la Ley Hipotecaria de 1944.....	563
2. La legislación cubana en la «Gran depresión» .....	563
III. ¿LA HIPOTECA DEL ART. 140 LH CORRESPONDE A LA <i>GRUND- SHULD</i> ALEMANA?.....	565
IV. INAPLICACIÓN EN LA PRÁCTICA DEL ART. 140 LH.....	565
V. ¿CÓMO LIMITAR <i>EX-ANTE</i> LA RESPONSABILIDAD DEL DEU- DOR HIPOTECARIO?.....	566
1. Imposición forzosa de la hipoteca de responsabilidad limitada .....	566
2. Mejorar el sistema de información al prestatario.....	568
3. Convertir el art. 140 LH en el sistema legal de responsabilidad por defecto .....	569
4. Permitir el pacto <i>marciano</i> .....	570
 <b>LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS FRENTE A LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS DE VIVIENDAS EN TIEM- PO DE CRISIS, María Isabel MONDÉJAR PEÑA .....</b>	 573
I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN .....	573
II. MEDIDAS DE APOYO A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS ADOPTADAS POR EL RD-LEY 8/2011, DE 1 DE JULIO.....	577

	Pág.
1. Nuevo límite de inembargabilidad de las rentas de los deudores hipotecarios que hayan perdido su vivienda habitual en una ejecución hipotecaria .....	577
2. Reducción de la cantidad a depositar para que los postores puedan participar en la subasta .....	578
3. Incremento del valor por el cual el acreedor puede solicitar la adjudicación de los bienes hipotecados.....	579
III. PROPUESTAS PARA INCREMENTAR EL APOYO A LOS DEUDORES HIPOTECARIOS EN ESTA SITUACIÓN DE CRISIS .....	580
<b>EL VALOR DE LA ADJUDICACIÓN DE BIENES INMUEBLES HIPOTECADOS AL ACREEDOR: REFLEXIONES SOBRE LAS REFORMAS DE LOS ARTS. 670 Y 671 DE LA LEC POR EL RD-LEY 8/2011, DE 1 DE JULIO, Y LA LEY 37/2011, DE 10 DE OCTUBRE, Joaquín María RIVERA ÁLVAREZ.....</b>	<b>589</b>
<b>LA DOBLE EJECUCIÓN REAL Y PERSONAL DEL CRÉDITO HIPOTECARIO: UNA TRIPLE PERSPECTIVA: LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y DE PRÁCTICA BANCARIA, María Goñi RODRÍGUEZ DE ALMEIDA .....</b>	<b>603</b>
I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA SITUACIÓN DE CRISIS ECONÓMICA COMO DETONANTE DEL SUPUESTO DE HECHO DEL QUE SE PARTE .....	603
II. ARGUMENTOS QUE DEFIENDEN LA CONTINUACIÓN EN LA EJECUCIÓN PERSONAL .....	604
1. La hipoteca como derecho real de garantía.....	604
2. La accesividad de la hipoteca respecto a la obligación garantizada.....	607
3. La no extinción de la deuda garantizada .....	610
III. ARGUMENTOS PRÁCTICOS QUE DEFIENDEN LA CONTINUACIÓN EN LA EJECUCIÓN .....	612
1. Legales .....	612
2. Jurisprudenciales .....	614
3. Razones de la práctica bancaria .....	616
IV. CONCLUSIONES .....	617
<b>LAS CONSECUENCIAS PROCESALES DEL CONCEPTO DE VALOR DEL PRODUCTO DEL ART. 579 LEC, Vicente PÉREZ DAUDÍ.....</b>	<b>619</b>
I. LA CONVERSIÓN DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN EJECUCIÓN ORDINARIA. EL ART. 579 LEC .....	619
II. EL CONCEPTO DE PRODUCTO.....	620
III. LAS POSIBILIDADES PROCESALES DEL EJECUTADO.....	627



	Pág.
1. En el proceso de ejecución hipotecaria .....	627
2. En el proceso de ejecución de título no judicial.....	627
<b>NOVEDADES LEGISLATIVAS: RD-LEY 6/2012 Y OTRAS NOVEDADES LEGISLATIVAS O REFORMAS QUE PUDIERAN PLANTEARSE O QUE SERÍAN PERTINENTES, Jesús M.ª SÁNCHEZ GARCÍA.....</b>	<b>635</b>
I. INTRODUCCIÓN .....	635
II. LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS .....	637
1. RD-Ley 8/2011, de 7 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios .....	637
2. Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal...	638
3. RD-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos .....	638
4. Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y ad- ministrativas y de creación del impuesto sobre las Estancias en Es- tablecimientos Turísticos del Parlamento de Cataluña.....	641
III. PROPUESTAS DE REFORMAS LEGISLATIVAS EN CURSO.....	642
IV. CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA ANTE EL TJUE.....	643
V. CONCLUSIONES .....	644

## PRÓLOGO

*El presente libro recoge las contribuciones al congreso Internacional «Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva», que se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona los días 20 y 21 de octubre del 2011. Lo organizaba el grupo de investigación que dirige desde hace más de veinte años el Dr. Ferran BADOSA COLL, catedrático emérito de la Universidad de Barcelona. El grupo ya había organizado dos encuentros sobre esta temática, que se focalizaron en las garantías mobiliarias (2005, «Garantías reales mobiliarias en Europa», 29 y 30 de septiembre, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona; 2008, «Garantías reales mobiliarias: Modelos y perspectivas», 17 y 18 de abril, celebradas en el Decanato de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de Cataluña), pero ahora se consideró necesario incorporar las garantías inmobiliarias. Las tareas de investigación no pueden ser ajenas al mundo en que se desarrollan, y en la actual situación económica —nacional y mundial— teníamos que abordar determinados aspectos del mercado hipotecario y del derecho real de hipoteca. Durante los últimos años —pues ya no basta decir «los últimos meses»— se han sucedido propuestas y reformas legislativas, medidas de las administraciones públicas de características muy diversas (ambiciosas, propagandísticas, quizás eficaces); resoluciones judiciales y, sobre todo, un debate inagotable sobre las causas que han dado lugar a la realidad actual así como las fórmulas para mejorar la situación, con la recurrente figura de la dación en pago como falsa panacea general y el eficaz, pero todavía anecdótico —en términos estadísticos— recurso a la mediación. El escenario lo resume, concisamente, el primer párrafo de la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos: «España atraviesa una profunda crisis económica desde hace cuatro años, durante los cuales se han adoptado medidas encaminadas a la protección del deudor hipotecario que, no obstante, se han mostrado en ocasiones insuficientes para paliar los efectos más duros que sobre los deudores sin recursos*

*continúan recayendo. Resulta dramática la realidad en la que se encuentran inmersas muchas familias que, como consecuencia de su situación de desempleo o de ausencia de actividad económica, prolongada en el tiempo, han dejado de poder atender el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los préstamos o créditos hipotecarios concertados para la adquisición de su vivienda. Tal circunstancia y la consiguiente puesta en marcha de los procesos de ejecución hipotecaria están determinando que un segmento de la población quede privado de su vivienda, y se enfrente a muy serios problemas para su sustento en condiciones dignas [...]». Justamente, para situar los orígenes del escenario actual, se contó con Emiliano GONZÁLEZ MOTA quien, como responsable de la Dirección general Adjunta de Asuntos Internacionales del Banco de España, hizo inteligibles las acciones de las entidades bancarias durante los primeros años de esta década y situó las últimas acciones en aras de la reforma de la financiación de la vivienda que han impulsado el Fondo Monetario Internacional y los Estados Unidos de América. Su contribución es especialmente valiosa porque facilita a los juristas una visión diferente de los entresijos del mercado hipotecario, ampliando la perspectiva privatista.*

*En definitiva, el encuentro intentó aunar una perspectiva global, desde los parámetros del tráfico jurídico in genere, y una visión más individualizada, ligada a la singularidad de las situaciones jurídicas concretas. Por ello se analizaron las nuevas propuestas normativas —especialmente de soft law— y la evolución de las garantías —ya sea por el empleo de figuras como el trust, o de nuevos objetos, significativamente las garantías financieras—. Así, el Dr. Ulrich DROBNIG (Max-Planck-Institut, Hamburgo) impartió la lección inaugural, que versó sobre el Libro IX del Draft Common Frame of Reference (DCFR, 2009). Como sabemos, prevé un régimen general de garantías mobiliarias no posesorias para Europa y pretende instaurar un sistema de garantías «funcional», es decir, un régimen jurídico que sirva de apoyo a todos los mecanismos que tengan como finalidad la afectación de bienes muebles al cumplimiento de una obligación, con independencia de la manifestación externa o formal que adopten dichos mecanismos. Pese a tratarse de un instrumento de soft law, sus principios rectores ya han inspirado iniciativas modernizadoras de reforma legislativa. El caso paradigmático es Bélgica, y así lo ilustró uno de sus promotores, el Dr. Frédéric Georges, profesor de la Universidad de Lieja. El Libro IX sigue los criterios del régimen norteamericano de garantías que desarrolla el art. 9 Uniform Commercial Code (UCC). Precisamente sobre el art. 9 UCC y su influjo en los países de América Latina se centró la ponencia del Dr. Boris Kozolchyk (National Law Center for Inter-American Free Trade, Universidad de Arizona). Para él, las diferencias entre los sistemas jurídicos de Derecho continental y de common law en materia de derechos reales se desvanecen si se reconducen al concepto de iura in re aliena propio del Derecho romano clásico —su mínimo común denominador—, que permite que coexistan una pluralidad de derechos reales de carácter posesorio sobre un mismo bien. Completó la materia el Dr. Jaume TARABAL BOSCH, con una comunicación de título sobradamente elocuente: «El art. 9 Uniform Commercial Code. Cautelas conceptuales para una lectura europea». Y desde la experiencia italiana, también los Dres. Enrico GABRIELLI (Universidad de Roma «Tor Vergata») y Michele GRAZIADEI (Universidad de Tu-*

rín) reconocieron la corriente actual de prevalencia de la sustancia o función de los mecanismos jurídicos sobre su forma o nomen. El Dr. Gabrielli bosquejó una cartografía del Derecho italiano, con ese progresivo desplazamiento conceptual, mientras que el profesor Graziadei se centró en la figura del trust como renovado instrumento de garantía. Por último, era necesario presentar la Propuesta de Directiva sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial, adoptada el 31 de marzo de 2011, una iniciativa de la Unión Europea relativamente ambiciosa —y que dada la situación está enfatizando los aspectos de protección de los consumidores—, pero cuyos efectos prácticos, si se convierte en derecho vigente, pueden ser sólo relativos. Así lo señalamos en nuestra intervención.

En un bloque específico se estudiaron las garantías financieras, pues centran la discusión jurídica actual sobre garantías mobiliarias. Aquí el Dr. Emilio DÍAZ RUIZ (Universidad Complutense de Madrid) analizó los efectos de la transposición de la Directiva 2002/47/CE, de 6 de junio de 2002, en el mercado español y el Dr. Ángel CARRASCO PERERA (Universidad de Castilla-La Mancha) delimitó el impacto en nuestro país de la Directiva 2009/44/CE, de 6 de mayo, que, entre otras previsiones, amplía los bienes inmateriales susceptibles de conformar el objeto de las garantías financieras. Por último, el Dr. Francisco Javier GARCIMARTÍN ALFÉREZ (Universidad Autónoma de Madrid) desglosó los problemas que plantean dichas garantías desde la perspectiva del Derecho internacional privado, en aras de una mínima, y necesaria, seguridad jurídica, que redunde en beneficio de la libre circulación de bienes y de capitales.

En otro bloque se abordó la ejecución de las garantías reales, con las ponencias del Dr. Ángel SERRANO DE NICOLÁS, notario de Barcelona, sobre las opciones extrajudiciales eficientes en caso de ejecución —con una incisiva descripción de algunos factores que han contribuido a la situación actual, entre los que podemos destacar las deficiencias en la tasación de los inmuebles—, y del Dr. José Ramón GARCÍA VICENTE (Universidad de Salamanca) quien situó las vicisitudes de las garantías reales y el concurso, en relación con las últimas reformas y destacando las que han quedado pendientes. Completó este panel el Dr. Luis FERNÁNDEZ DEL POZO, registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles de Barcelona, que se centró en «La prenda registral sobre créditos futuros en la ley de hipoteca mobiliaria y en la ley concursal».

Y quedaban otras cuestiones que nos pareció pertinente abordar. En concreto, la perspectiva bancaria en relación con las hipotecas de vivienda y respecto de otros bienes, que presentó el Dr. Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (Universidad de Valladolid) con abrumadores datos estadísticos, y la figura de la hipoteca recargable, que, a nuestro juicio, es una modalidad de hipoteca que demuestra la evolución de los parámetros clásicos de la institución. Fue ponente José Luis VALLE MUÑOZ, registrador de la propiedad y director del Servicio de Estudios registrales de Cataluña.

Asimismo, de acuerdo con la trayectoria del grupo de investigación, se expusieron las construcciones de Derecho civil catalán sobre la materia. Así, el Dr. Ferran BADOSA COLL disertó sobre las garantías reales específicamente previstas en el Código Civil de Cataluña, con especial atención al usufructo en

garantía; la Dra. María Luisa ZAHÍNO RUIZ habló del derecho de retención de automóviles —con el plus de la interlocución con los principales representantes del sector de los talleres de reparación en Cataluña—; la Dra. Lidià ARNAU RAVENTÓS abordó la hipoteca sobre los derechos de adquisición preferente y la Dra. Esperança GINEBRA MOLINS la hipoteca en garantía de pensiones periódicas, prestando especial atención a la modalidad que asegura prestaciones compensatorias en forma de pensión y de alimentos. Las dos clarificaron la concisa regulación del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña.

Por último, durante las jornadas se presentaron 17 comunicaciones, que han enriquecido el debate. Vale la pena hacer un reconocimiento explícito porque las aportaciones libres, más allá del cálculo de los organizadores, son determinantes para el balance final.

Como hemos apuntado al inicio, este congreso forma parte de las tareas del Grupo de Investigación que dirige el Dr. Badosa. Procede encuadrarlo a nivel institucional y administrativo en los Proyectos de Investigación DER 2008-03992, «Mecanismos de adquisición de los derechos patrimoniales y modelos de garantía» y DER 2011-26892, «Retos y tendencias del derecho patrimonial. Atribución y disposición de bienes en el siglo XXI», y en la SGR 2009 221. También debe mencionarse el apoyo de la Secretaría de Universidades e Investigación del Departamento de Economía y Conocimiento de la Generalitat de Catalunya, mediante la 2011 ARCS1 00312, decisivo a la hora de la publicación.

Un congreso de estas características sólo se convierte en una realidad gracias a la implicación continuada de todos los miembros del grupo de investigación. Sin embargo, de entre ellos hay que destacar, de manera específica, la labor del profesor Jaume TARABAL, que fue el incansable coordinador de las jornadas y después el perseverante interlocutor de los ponentes, hasta conseguir completar la publicación, si no en el tempo anhelado, sí garantizando su utilidad y actualidad. Hay que agradecer la implicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona —con mención individualizada a la Escuela de Postgrado, cuyo equipo hace fácil encarar cualquier contingencia— y del Departamento de Derecho civil. En otro apartado, es imprescindible agradecer la desinteresada colaboración —que en la mayoría de los supuestos se remonta a la primera edición, hace ya siete años— del Colegio de Notarios de Catalunya, el Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad de Catalunya, el Consejo General de la Abogacía Española, el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, la editorial Huygens y la entidad financiera Unnim. También queremos destacar la impecable tarea de la editorial Marcial Pons, que se ha implicado con su habitual profesionalidad en la edición, pese a la complejidad que suponen tantas colaboraciones.

Hace ya dos años el grupo de investigación se embarcó en esta aventura académica e intelectual, porque consideramos que era necesario seguir estudiando las garantías reales, desde la relectura que se deriva de la crisis actual. Tras el congreso, se han realizado workshops más acotados, han aparecido otras publicaciones y podemos augurar que en los años venideros emprendemos nuevas iniciativas. Sólo queda desear, desde parámetros no estrictamente

*científicos, que los próximos análisis puedan centrarse en temas como el papel determinante de la flexibilidad de las garantías reales en la recuperación económica, o la mejora de la información en la concesión de créditos hipotecarios. De momento, esta obra también intenta, pese a la sombría crónica de la situación actual, apuntar algunas claves para un mejor uso e inteligencia de las garantías reales en el futuro.*

Elena LAUROBA LACASA  
Barcelona, 30 de julio de 2012

## THE RULES ON PROPRIETARY SECURITY IN BOOK IX DCFR

Ulrich DROBNIG \*

A few words are called for with respect to the term «Draft Common Frame of Reference» (DCFR). It is a vague term, probably intentionally so coined by the Commission of the EU when it initiated and financed the academic project of formulating basic legal rules for obligations (contracts, torts, unjust enrichment), certain aspects of property law (ownership and proprietary security) as well as trusts. Rather than using a firm and broadly accepted (and understood!) term, it preferred vague words —obviously in order to prevent the impression of intending to envisage a European civil code— a horror for some of the un-«codi»fied legal systems in Northern European states.

With respect to the core of the DCFR, *i. e.* contract law, the fundamental discussion and formulation of relevant rules had started much earlier. It had been initiated by *Ole Lando* in the middle of the 1980's and had achieved a high degree of perfection in the «Principles of European Contract Law» published between 1995 and 2003<sup>1</sup>. By contrast, the other parts of a traditional civil code (unjust enrichment and torts) as well as central aspects of movable property (ownership and security rights) and the (uncompleted) rules on trusts are new topics.

---

\* Director emérito y miembro científico del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburgo.

<sup>1</sup> O. LANDO and H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law part I* (Dordrecht, Boston and London 1995); parts I and II (2000); O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM and R. ZIMMERMANN (eds.), *part III* (The Hague, London and New York, 2003).

## I. FUNCTION AND BASIC TYPES OF SECURITY

### 1. Function

Before entering the specific area of this contribution —European rules on proprietary security in movable assets— it is useful to recall briefly the general function of security rights. In civil and commercial law security is granted in order to guarantee the performance of an obligation which is owed by the debtor of a monetary obligation to its creditor.

In economic terms and practice, the close interaction between security right and secured monetary obligation is reflected in the «price» which the debtor has to pay for obtaining credit: the better the economic value of the security granted to the creditor, the lower is the price that has to be paid for the credit, *i. e.* the rate of interest charged by the creditor for the credit. By contrast, the rate of interest for an unsecured loan will be clearly higher than interest for a secured loan. And a creditor may even refuse to grant a loan if the debtor can offer only insufficient security or none. Thus it is obvious that the availability of (sufficient) security is a crucial factor for the granting of credit and its terms.

### 2. Basic Types of Security

In the basic pattern, security is granted by the debtor to its creditor in order to secure the credit granted by the latter to the debtor.

The security may be personal —by a third person engaged by and acting for the debtor, serving as surety or guarantor.

By contrast, proprietary security is usually granted by the debtor: an item from the debtor's assets and offered by him as security is encumbered by a security right in favour of the secured creditor. A variation uses the pattern of personal security, especially if the debtor cannot offer a sufficient number or quality of assets regarded as necessary by the creditor: a third person —such as a family member of the debtor or the latter's bank— may be willing to offer assets to serve as security. The French call this a «proprietary suretyship» since the basic rules on suretyship govern the relationship between the debtor and the security provider; however, the security provider is not liable with all its assets —as a personal security provider is—. Rather, in the case of a third party proprietary security provider, the third party is liable only with the specifically encumbered assets. As in the case of a personal security, the proprietary security provider, after having satisfied the creditor, has a right of recourse against the debtor (DCFR IX.-6:106). However, the vast majority of proprietary security is being granted by the debtor as the beneficiary of the credit to be secured.



### 3. Basic Types of Proprietary Security

Our attention is limited to the broad field of security in movable assets; this includes intangible assets, especially monetary claims and comparable rights and extends to immaterial rights, such as intellectual property<sup>2</sup>. Due to technological advances, the quantity of intangible assets is enormously increasing—but that is another field.

By contrast, excluded are security rights in immovables, such as the various forms of mortgages, since they are closely connected with immovables. Ironically, highly mobile items of equipment, such as ships, airplanes and railway equipment are sometimes equated to immovables<sup>3</sup>.

This extension of the term «immovables» to highly mobile pieces of equipment is a contradiction in terms. It may have been provoked by the fact that they are registered like immovables; and consequently, the security rights encumbering them are often designated as mortgages. In fact, the present rules apply to them, since they are movables *par excellence*. An exception only applies if they are covered by international conventions, especially by one of the Protocols to the UNIDROIT Convention on Security Interests in Highly Mobile Equipment of 2001.

The Europeanisation of securities in immovables is a broad, but separate field. Suffice it to mention here that the idea of a «Eurohypothec» was born already 20 years ago<sup>4</sup> and is still being pursued by specialists in the framework of special studies covering now also East European countries<sup>5</sup>.

## II. EUROPEAN «LEGISLATIVE» EFFORTS

Before going into details of the Draft Common Frame of Reference (DCFR) it is necessary to give a brief account of existing European efforts and achievements in the field of proprietary security rights.

A first attempt is of merely historical interest. Already in 1973 the EC-Commission had called a small working party of experts with the mandate to prepare an EC-instrument on security rights in movables. However, the British government—at that time negotiating the accession of the United Kingdom to the European Community—soon objected to this project, and it was dropped.

About 30 years later, when the EU-Commission elaborated the Directive against late payment of commercial monetary obligations of 2000, it inserted a clause dealing with retention of title in border-crossing intra-Community trade, reading:

---

<sup>2</sup> Specific rules for security in this type of collateral have been elaborated by the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. Supplement on Security Rights in Intellectual Property (New York 2011).

<sup>3</sup> Cf. the UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment of 16 November 2001.

<sup>4</sup> STÖCKER, *Die «Eurohypothek»* (Berlin, 1992).

<sup>5</sup> Cf. the three volumes STÖCKER (ed.), *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa* [Schriftenreihe des Verbandes deutscher Pfandbriefbanken vols. 23, 32 and 43 I (2006) II (2007) III (ed. 2, 2010)].

«1. Member States shall provide in conformity with the applicable national provisions designated by private international law that the seller retains title to goods until they are fully paid for, if a retention of title clause has been expressly agreed between the buyer and the seller before the delivery of the goods»<sup>6</sup>.

This text has recently been revised by Directive 2011/7/EU of 16 February 2011 with the same title<sup>7</sup>.

The idea underlying this provision has been retained in the DCFR Book IX art. 3:108. But it has been generalized—both as to its substance as well as to its geographic scope—. It reads: «If an encumbered asset is brought from a country outside the European Union into this area, any pre-existing security right which is effective [against third parties] remains effective if the requirements laid down in this Chapter are fulfilled within three months».

Another piece of EU-legislation also deals with retention of title and also on the level of private international law: According to art. 7 of the Regulation on Insolvency Proceedings of 2000<sup>8</sup>, such a proceeding against the buyer of an object does not affect the rights of the seller deriving from a retention of ownership, if at the time of opening the proceeding the sold asset was located in another member state (par. 1); conversely the same, if such a proceeding is opened against the seller (par. 2).

Perhaps less known generally because of its special object, but of much greater economic importance is the Directive on financial securities of 6 June 2002<sup>9</sup>, as revised on 6 May 2009<sup>10</sup>. These two Directives have harmonized the law by establishing a border-crossing European market for financial securities and credit claims. In the DCFR, the original version is reflected in art. IX.-5:207. I need not go into the details of this instrument, since these are dealt with very broadly by the paper of Diaz Ruiz (*infra* pp. 205-225).

In 2010, the so-called Stockholm program<sup>11</sup> had mandated the EU-Commission to submit a proposal for a non-binding frame of reference for a European contract law. Already in 2007, the EU-Commission had enlisted members of the private Commission for European Contract Law and other comparative lawyers to elaborate statute-like rules, not only on contract law, but on the entire law of obligations; and, in addition, on three parts of property law, namely: Acquisition and loss of ownership [I add: in movables]; Proprietary Security in movable assets; and Trusts. These three proprietary topics now form books VIII-X of the Draft Common Frame of Reference (DCFR), published in 2009<sup>12</sup>. It is a massive work, comprising six volumes with over 6500 pages.

<sup>6</sup> Art. 4 (1) Directive 2000/35/EC of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions (O.J. EC 2000 L 200, p. 35).

<sup>7</sup> Now art. 9 (1) of the new version of the Directive of 16 Feb. 2011, O.J. EU 2011 L 48, p. 1.

<sup>8</sup> Regulation no. 1346 of 29 May 2000 (O.J. EU 2000 L 160, p. 1).

<sup>9</sup> Directive 2002/47/EC on financial securities (O.J. E.C. 2002 L 168, p. 43).

<sup>10</sup> Directive 2009/44/EU on financial securities [...] and credit claims, amending Directive 2002/47/EC (preceding n.) (O.J. EU 2009 L 146, p. 37).

<sup>11</sup> O.J. EU 2010 C 115, p. 36.

<sup>12</sup> *Study Group on a European Civil Code*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (ed. C. v. BAR and E. CLIVE) (Munich, 2009), 6563 p. in 6 vols.

A few specific aspects of the interaction of Book IX with other books of the DCFR will be touched upon in the proper context.

### III. PURPOSES AND STRUCTURE OF THE DCFR

#### 1. Description, Purposes and Contents of the DCFR

The DCFR, published in late 2009, pursues two purposes on two different levels:

First, it strives at achieving a full-scale legal *Europeanisation* of intra-European trans-border transactions and movements of assets, especially for exports. In this respect, it would constitute an additional, the 28th legal system in the European Union.

And, secondly: It may also serve as a possible model for a European-inspired development and harmonization of the *national* legal systems, which would achieve a certain degree of harmonization. This applies especially to the new member states in central, eastern and south-eastern- Europe which are in the course of developing new, market-oriented legal systems.

#### 2. Contents of the DCFR

For general understanding, it is appropriate to briefly sketch the general structure of the Draft Common Frame of Reference:

Books II and III offer general rules on contracts.

Book IV contains rules on eight types of specific contracts.

Books V-VII deal with non-contractual obligations, especially torts and unjust enrichment.

Books VIII-X deal with certain aspects of property in movables: Acquisition and loss of ownership of goods (Book VIII); Proprietary security in movable assets (Book IX); and Trusts (Book X).

Clearly and for self-explanatory reasons, security rights in immovables are not covered.

### IV. INTERACTION OF BOOK IX WITH OTHER BOOKS OF THE DCFR

Book IX more or less explicitly interacts with two other Books of the DCFR, namely Books VIII and III.