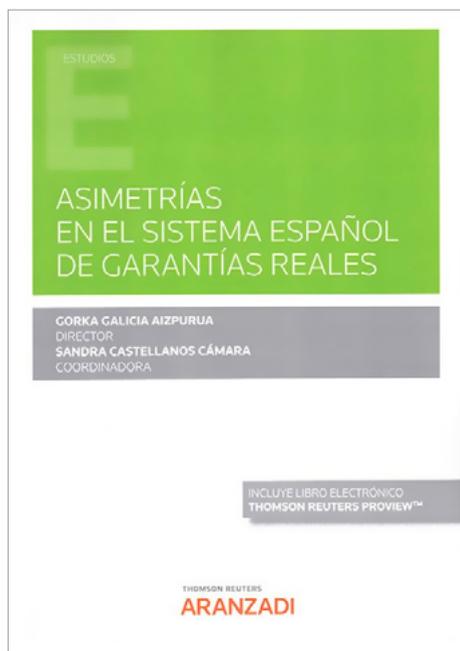


GALICIA AIZPURÚA, G. (dir.) y CASTELLANOS CÁMARA, S. (coord.): *Asimetrías en el sistema español de garantías reales*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 683 pp.



I. «*Asimetrías en el sistema español de garantías reales*»: este es el sugerente título de la obra colectiva dirigida por el Dr. Gorka Galicia y coordinada por la Dra. Sandra Castellanos, y que a lo largo de una decena de capítulos nos presenta, con cuidadosa confección y maestría técnica, un detenido y meditado estudio sobre ciertos institutos caucionales que, bien por la lectura que hace de ellos la jurisprudencia, bien por la aquiescencia del legislador, someten a los principios jurídicos clásicos del modelo español de garantía real –los consagrados en el Código Civil y la Ley Hipotecaria– a un intenso desgaste y exceptuación, a tal punto que dicho sistema deba ser tachado en el panorama actual, necesariamente, de *asimétrico*. Y es que la irreflexiva admisión en su seno de las figuras de garantía que en este estudio se analizan (o de ciertas interpretaciones respecto a su naturaleza) ha resultado, según denuncia el Dr. Galicia desde la misma presentación de la obra, en un conjunto «heterogéneo, amorfo y contradictorio», por erigirse tales clases de cauciones sobre bases jurídicas que lo alejan de su tradicional inspiración *formalista* para desviarlo hacia un modelo de corte *funcionalista*, claramente antitético al anterior y que quebranta sus pilares fundamentales.

Así pues, que no le pille de sorpresa al lector –el propio director de la obra ya se lo advierte desde un inicio–: no es esta una lectura cómoda, pues, lejos de

redundar en la *communis opinio* y de ceñirse a transitar por descansados lugares comunes, sitúa al lector contra las cuerdas y lo pone de frente –acompañándolo en el camino con un análisis técnico impecable– a una cruda realidad: el sistema actual de garantías reales español adolece de graves inconsistencias e incoherencias normativas, así como de numerosos dilemas cerrados en falso por la jurisprudencia, que hacen tambalearse los cimientos mismos de este primordial sector jurídico. En estas circunstancias, en las que se hace absolutamente necesario que el legislador español decida –como le conmina el director de la obra– «de una vez por todas qué dirección toma en la encrucijada entre “formalismo” y “funcionalidad” de las garantías reales», los autores de los trabajos que componen este estudio aportan elementos de juicio y bases jurídicas sólidas sobre las que aquel pueda tomar una decisión fundada.

2. En efecto, de todo lo previamente expuesto tratan de dar cuenta los ocho coautores de la obra, quienes, a lo largo de más de medio millar de páginas, se dedican al examen y valoración crítica de diversas e intrincadas cauciones que bordean e incluso trascienden los límites del modelo tradicional español de garantía real –singularmente, de la venta en garantía, el *leasing* mobiliario, la reserva de dominio, las garantías financieras, la prenda de créditos dinerarios y de créditos futuros, el derecho de retención, la hipoteca recargable y la hipoteca flotante, así como de otras cuestiones relacionadas que completan el debate (como los precedentes ius-históricos de la Ley Hipotecaria o la naturaleza de la realización notarial de bienes hipotecados)–, acometiendo para ello un cuidadoso análisis de su régimen jurídico en el que se ha puesto la mira en todo momento en cuál sea su genuina esencia.

Ahora, que no piense el lector que va a encontrar aquí una mera adición de estudios individuales e inconexos, pues se trata esta de una verdadera obra *colectiva*, en todo su significado: cada uno de los capítulos que la integra se halla ligado por una línea argumental y metodológica perfectamente estructurada y definida, que dota de unidad al estudio y lo convierte en una obra *plena*, derivada de un verdadero esfuerzo colectivo, cuyos resultados globales no pueden asimilarse cabalmente sin la necesaria suma de cada una de sus partes.

3. Se trata, además, de una obra *completa*, pues no se conforma con abordar el problema detectado desde una restringida perspectiva mobiliaria o inmobiliaria, sino que atiende por igual a ambos sectores, a los que dedica cada una de las dos partes en que se divide el estudio; constatando así que el cambio de paradigma advertido es tal, precisamente, por acechar al sistema de garantías reales español en su totalidad, con independencia de la clase de objeto gravado.

4. Y es, por encima de todo, una obra inmensamente *técnica* y *bien pensada*, en la que los autores abordan con maestría y precisión cada una de las espinosas

cuestiones tratadas. Dominio técnico sobre este complejísimo sector al que, por otro lado, nos tienen acostumbrados tanto director como coordinadora, y que se ha visto justamente reflejado en el buen hacer de la obra –como botón de muestra y sin ánimo de exhaustividad, *vid.*, entre los trabajos del Dr. Galicia, «Venta en garantía, simulación relativa y falta de causa (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo [1.ª] de 9 de junio de 2020)» (*Revista de Derecho Mercantil*, núm. 319, 2021, pp. 311 y ss.), «Naturaleza de las cuotas de leasing devengadas tras la declaración de concurso» (*Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 1, 2016, pp. 135 y ss.), *Fiducia, leasing y reserva de dominio* (Reus, Madrid, 2014), «La reserva de dominio y la resolución contractual» (en Carrasco Perera [dir.], *Tratado de la compraventa: Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*, t. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 641 y ss.) y *Causa y garantía fiduciaria* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2012); y de la Dra. Castellanos, «La asunción cumulativa de deuda: naturaleza y régimen» (*Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 4, 2022, pp. 7 y ss.), *Recargas y novaciones hipotecarias* (Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020), «Novación y modificación de la relación obligatoria: el artículo 1203 del Código Civil español» (*Revista Boliviana de Derecho*, núm. 28, 2019, pp. 168 y ss.) y «La flexibilización del principio de especialidad en la hipoteca flotante» (*Revista de Derecho Inmobiliario*, núm. 1, 2018, pp. 179 y ss.), todos ellos de obligada consulta en la materia–.

5. Como se ha adelantado, la obra se compone de diez capítulos distribuidos en dos partes, cuya sistematización atiende al tipo de garantía –mobiliaria (parte 1.ª) o inmobiliaria (parte 2.ª)– tratada.

La parte primera, dedicada a las garantías mobiliarias, se abre con un primer capítulo consagrado al estudio de la venta en garantía («La venta en garantía en la jurisprudencia: simulación y anomalías causales»), cuya autoría corresponde al propio director de la obra, el Dr. Galicia Aizpurua. La apertura no ya de la primera parte, sino de la obra en su conjunto, con el examen de la venta en garantía es absolutamente coherente con el objetivo perseguido por aquella, pues los sistemas de garantía funcionalistas –y la mayor autonomía de la voluntad y libertad de movimientos en que aquellos se asientan– encuentran su máxima expresión, precisamente, en una amplia aceptación de la transmisión de la propiedad con finalidad de garantía, frente a las tradicionales reservas que contra dichos negocios suelen existir en los sistemas de carácter formalista. En este sentido, se torna esencial comenzar por determinar en qué medida resulta admisible (de serlo) dicho mecanismo caucional en el sistema clásico español de garantías reales. A tal fin, el Dr. Galicia toma como punto de partida la actual tendencia jurisprudencial a extender el tratamiento propio de los negocios relativamente simulados a la venta en garantía, y a partir de un examen de los pronunciamientos recaídos al respecto, denuncia cómo la jurisprudencia queda «atrapada entre dos mantras»: el de que la venta en garantía es, de un lado, un negocio simulado, pues en ella no es posible

hallar verdadera voluntad transmisiva, y el de que el negocio disimulado (el de garantía) es, de otro, válido en atención al principio de libertad de contratación, mas inapto para propiciar una plena y definitiva transmisión del dominio. A partir de ahí, el Dr. Galicia nos acompaña por las diversas aproximaciones teóricas que han experimentado los negocios fiduciarios *cum creditore* en el Derecho español, para detenerse en las enseñanzas del Prof. De Castro y terminar por denunciar la ínsita debilidad de la teoría de la titularidad fiduciaria y de las conclusiones a las que arriba la jurisprudencia mayoritaria: ni es cierto —apunta el autor— que las partes no quieran verdaderamente el negocio exterior de compraventa (si bien que desempeñando una función más limitada que la que típicamente le corresponde), ni se justifica en ningún momento por qué la finalidad de garantía carece de virtualidad transmisiva del dominio en nuestro ordenamiento. La explicación técnica a este último interrogante nos la da, de hecho, el propio Galicia, cuando en las páginas siguientes nos conduce por el intrincado concepto de «causa» contenido en los artículos 1261.3.º y 1274 CC, en cuya aplicación llega a concluir, con muy buenos y variados argumentos, que la obligación asumida por el fiduciante —y, por derivación, el propio negocio fiduciario— es *nula* por no satisfacer el requisito causal impuesto por el artículo 1274 CC —leído este, no como la exigencia de un porqué de la contratación de la obligación, sino como un límite del ordenamiento a la autonomía privada de los contratantes en la creación de obligaciones convencionales atributivas que comporten un empobrecimiento para el deudor y un correlativo enriquecimiento para el acreedor—. Mas, no conforme solo con eso, el Dr. Galicia adelanta otra posible razón —nos remite, para ello, a la explicación que él mismo desarrolla en el cuarto capítulo de la obra— para la nulidad de la fiducia en garantía en el ordenamiento español: la vulneración de la prohibición de pacto comisorio contenida en los artículos 1859 y 1884 CC, cuando la *ratio* de esta se sitúa, como el autor propone, en la salvaguarda de la capacidad de financiación del deudor con cargo al bien empleado como garantía.

6. Con tan enérgico comienzo, la obra pasa a continuación a detenerse en el examen de otras dos modalidades de propiedad en garantía que han ganado especial protagonismo entre las cauciones mobiliarias españolas: me refiero, por supuesto, al leasing financiero y a la reserva de dominio. Al estudio del primero se dedica el segundo capítulo de la obra (titulado «Leasing mobiliario y garantía»), cuya autoría corre a cargo de la Dra. Clara Asua González. En dicho capítulo, la Dra. Asua parte de una constatación respecto a la naturaleza de dicho contrato y la perplejidad que, en vista de ello, causa la opinión más generalizada en la doctrina y la jurisprudencia: el leasing es un contrato de financiación, mas, a pesar de ello, la *communis opinio* sostiene que la entidad financiera es la efectiva propietaria del bien; planteamiento que, como señala la autora, llama la atención que «no haya suscitado más debate en un sistema en el que se asume, con pocas voces discordantes, que, a salvo designio específico del legislador, el dominio no puede transmitirse en

función de garantía, y en el que precisamente por ello se ha recurrido a la idea de una titularidad fiduciaria». A partir de ahí, la autora pasa a ocuparse del asunto, acompañando al lector en un recorrido por las claves del criterio mayoritario, en el que presta especial atención a los condicionantes normativos —relativos a la causa de la obligación contractual atributiva y, en su caso, a la prohibición de pacto comisorio— que obstaculizarían detentar el dominio como garantía, para concluir que la «razón por la que es difícilmente discutible que en el leasing la propiedad le corresponda a quien financia es que el legislador ha dado sobradas muestras de que asume esa *concepción*. Si no, en buena lógica habrían de proyectarse sobre la operación las limitaciones que impiden la transmisión del dominio como garantía» —limitaciones que, según advierte, sí se habrían de aplicar al *lease-back*—. Desde esta perspectiva, la Dra. Asua denuncia la «fácil y temprana construcción de una suerte de *muro*, como si se trataran de dos cosas distintas, entre el leasing y la transmisión del dominio con finalidad de garantía», cuando, a decir de la autora, «una cierta *conciencia de la jurisprudencia sobre sí misma* hubiera requerido siquiera traer a colación la patente cercanía, y realizar un apunte de que, en ese caso, no se seguía el principio general. Aunque es cierto que semejante apunte hubiera demandado una justificación o razón (más allá del respeto a la autonomía de la voluntad) que resultaba francamente comprometida».

7. Algo similar acontece con la reserva de dominio —al menos, cuando esta es leída, como hace la jurisprudencia mayoritaria, a modo de condición suspensiva de la traslación del dominio—, a cuyo examen se dedica la Dra. Laura Sancho Martínez en el tercer capítulo de la obra, titulado «La reserva de dominio típica en el ordenamiento español: inconsistencias normativas y consideraciones sobre su configuración». En dicho estudio, la autora parte de la caracterización del contrato de venta a plazos como negocio de financiación, para pasar a ahondar en la controvertida naturaleza del mecanismo de garantía por excelencia empleado en dicha clase de operación: el pacto de reserva de dominio. A tal fin, la autora delimita las principales teorías que enmarcan el debate científico sobre el pacto estudiado, para a continuación examinar, con carácter sistemático y en consideración de cada uno de los de los diversos planos jurídicos —sustantivo, procesal y concursal— en que dicha figura se manifiesta, los datos normativos que la rodean, con el objetivo de tratar de obtener una imagen holística de lo que la cláusula de reserva ha venido a representar para el legislador en nuestro ordenamiento interno. Abriéndose paso por las múltiples lagunas, antinomias e inconsistencias que afectan a dicha figura, la Dra. Sancho concluye, a partir de un análisis detenido de los preceptos implicados, no solo que el bien objeto de reserva forma parte del patrimonio del comprador reservatario, sino que la eficacia de dicha cláusula en las hipótesis de impago consiste en un *ius distrahendi* provisto de privilegio prendario y reipersecutoriedad; es decir, que el ordenamiento español configura la reserva de dominio tipificada legalmente como una figura de contenido equivalente a un

derecho real de garantía en cosa ajena. No obstante, aunque la autora destaca que, observada en perspectiva de sistema, el legislador ha acertado a dotar a la cláusula de reserva de una configuración que evita una inicua despatrimonialización del deudor, también advierte de la existencia de ciertos datos positivos —en especial, el poder de recuperación del artículo 150.2.º TRLC— que, resultado del influjo de la que viene siendo posición jurisprudencial mayoritaria, aproximan dicha figura hacia una concepción dominical; configuración esta última de la reserva de dominio que, conforme argumenta ampliamente la autora, debería ser rechazada, por no representar, en puridad, más que un negocio fiduciario *cum creditore*, difícilmente incardinable bajo los principios que rigen el modelo español tradicional de garantía real. En este sentido, la Dra. Sancho concluye que «una interpretación integrada de la reserva de dominio típica, respetuosa con los principios que inspiran nuestro sistema jurídico, debería pasar por que el reservista fuese tratado, sin más, de manera equivalente al acreedor dotado de una garantía real en cosa ajena con el contenido propio de un derecho de realización del valor (ex arts. 16 LVPBM y 270.4.º TRLC), y que tanto el legislador como el intérprete tomasen plena conciencia de esta naturaleza, de forma que otros efectos legales (como la posibilidad de recuperar el bien reservado previa resolución del contrato dentro del concurso —art. 150.2.º TRLC—) e interpretaciones (que exista espacio para una reserva atípica configurada como una plena retención de la propiedad) fuesen rechazados, por alejar a la reserva de dominio típica de su configuración como un derecho real de garantía en cosa ajena y aproximarla a una propiedad en garantía de fundamentos y contornos seriamente discutibles».

8. A continuación, en el capítulo cuarto, el Dr. Gorca Galicia alude nuevamente a la problemática de la transmisión de la propiedad en garantía con motivo de la inspección del régimen creado *ad hoc* para las garantías financieras en el RDL 5/2005; mas la cuestión esencial que ocupa su específico interés es, en esta ocasión, la prenda de créditos dinerarios y, más concretamente, el examen relativo a si su “natural” ejecución por apropiación vulnera o no el principio de interdicción de pacto comisorio, como da cuenta la propia rúbrica del capítulo («Prenda de créditos dinerarios, garantías financieras, pacto comisorio y pacto marciano [o por qué el Código Civil no reguló la prenda de créditos]»). A tal fin, el Dr. Galicia realiza un recorrido por la evolución normativa —desde su preterición en el Código Civil hasta su consagración en el RDL 5/2005— y jurisprudencial de la prenda de créditos, para pasar a delimitar los aspectos esenciales de la disciplina que le es aplicable, y llamar la atención sobre el brutal contraste entre su régimen ordinario y el establecido por el RDL 5/2005 para las garantías financieras —normativa esta última que sienta una serie de cruciales excepciones a los principios sobre los que tradicionalmente se ha erigido el sistema español de garantías reales—. En el examen realizado, el Dr. Galicia pone de manifiesto cómo doctrina, jurisprudencia y legislador —este último, en relación con las garantías

financieras— consideran con carácter generalizado que la ejecución de la prenda de créditos dinerarios mediante su ejercicio y cobro por el acreedor pignoraticio no conculca la prohibición de pacto comisorio, en la medida en que se respeta la proporcionalidad entre la sujeción del valor del bien objeto de la garantía y el importe de la deuda. Sin embargo, el autor, tras poner en evidencia las importantes paradojas sistemáticas de las que adolece tal fundamento de la interdicción —el consistente en la proporcionalidad ejecutiva de la garantía—, detecta una posible explicación adicional a su existencia, que se alinea con las preocupaciones que guiaron al legislador decimonónico en la ordenación de las garantías reales: la salvaguarda de la capacidad de endeudamiento del sujeto gravado en relación al bien dado en garantía. Localizada esta *ratio* adicional de la interdicción, el Dr. Galicia extrae una serie de derivadas de extraordinario alcance: toda transmisión fiduciaria en garantía vulnera la referida proscripción desde su misma constitución, la razón identificada en orden a la prohibición del pacto comisorio no desaparece en su versión «marcianizada», y «el modo de realización de la prenda de créditos generalmente aceptado por doctrina y jurisprudencia, amén de hacer ilusoria la constitución de prendas sucesivas, supone conculcación de la prohibición de pacto comisorio ex artículo 1859 CC (...) no porque genere un desequilibrio patrimonial *inter partes* (entre pignorante y acreedor pignoraticio), sino porque impide destinar la parte de crédito superflua o no necesaria para el aseguramiento de este último a la obtención de más financiación. De ahí que el legislador, consciente del problema y del sinsentido de reconducir la ejecución de esta clase de prenda al procedimiento previsto en el artículo 1872 CC, decidiera no regularla, lo que, de paso, le liberó de la obligación de reconocerle privilegio alguno y le permitió preservar la entera riqueza crediticia del deudor bajo el paraguas de la *par conditio*». Todo lo cual conduce al autor a proponer, a fin de superar el alto grado de incoherencia alcanzado en esta materia, retornar al modelo del Anteproyecto de Código Civil de 1882-1888, en el que se aceptaba la apropiación comisorio en sede de prenda (con posible salvedad, en cualquier caso, de las prendas derivadas de contratos con consumidores), además de admitir expresamente los derechos de crédito como objeto de esta.

9. La obra continúa, en el capítulo quinto, con el estudio titulado «La extensión de la prenda a los créditos futuros en la ingeniería financiera», en el que el Dr. Mikel Karrera Egialde pone en evidencia *cómo* la capacidad funcional del mercado financiero discurre por las pretensiones de neutralizar cualquier eventualidad que ponga en riesgo la recuperación del crédito concedido. Para ello, la ingeniería financiera se aleja de los tipos de garantía regularizados y crea mecanismos de garantía moldeables para ser formalizados en masa y resistir frente a otros operadores (acreedores) económicos; fenómeno en el que, a decir del Dr. Karrera, se insertan las prendas irregulares y globales que llegan a alcanzar a los derechos de crédito futuros. No obstante, esta vigorización del aseguramiento mobiliario

sobre el derecho de crédito debe confrontarse con los límites normativos anclados al principio de seguridad jurídica y a los principios estructurales de los derechos reales de garantía. Así, si bien el juego de la autonomía de la voluntad viabiliza las configuraciones atípicas, estas quedan siempre sometidas a los criterios y fundamentos de orden público que marcan los límites de la extensión del objeto pignorado. Especiales dificultades afloran –continúa el Dr. Karrera– cuando la práctica aglutina mecanismos de sobreaseguramiento y la realización del valor del derecho de crédito cedido se topa con la prohibición del pacto comisorio. Conflictos que ponen en cuestión los soportes estructurales en que la ingeniería financiera asienta la garantía prendaria (ómnibus) de las obligaciones futuras (global) por la ausencia de limitaciones legales expresas a la libre configuración de la prenda, a la divisibilidad de la prenda cuando se pignoren diversos créditos y a la pluralidad de bienes gravados en prenda. La licitud admitida sobre la obligación futura determinada o determinable por criterios objetivos es muy insegura, añade el autor, cuando recae sobre un conjunto de obligaciones o créditos futuros que pretenden asegurar un crédito más allá de la originaria relación jurídica que provoca la garantía, sobre todo por las incertidumbres e implicaciones que se derivan en dirección a la posición de los terceros.

La extensión de la prenda a los créditos futuros en la ingeniería financiera constituye, según explica el Dr. Karrera, un síntoma cierto de la desmaterialización dinámica y continuada del objeto del derecho real de prenda que, actualmente, se ubica sobre bienes intangibles y por determinar. Ello obedecería, en su génesis, a la evolución económica de la financiación de los sectores productivos que transita de un modelo basado en la propiedad inmobiliaria (hipotecaria) a otro apoyado preferentemente en el crédito (confianza o expectativa) de que se dispone y sobre la que pivotará la financiación y su consiguiente garantía. El viraje de la economía tradicional de lo productivo hacia lo meramente financiero traslada el acento a la generación de beneficios mediante ingenierías diversas, no solo económicas, sino también jurídicas en el campo de las garantías, para reducir el riesgo de insolvencia del deudor que afronta el cumplimiento de las obligaciones garantizadas. En esta era de las finanzas que aprovecha los movimientos del capital como apuestas de futuro –afirma el autor– se busca seguridad (económica y jurídica) sobre ese futuro, y se agranda la importancia y trascendencia de la información crediticia del deudor y del derecho de crédito, e incluso de su expectativa, como garantía real de las operaciones de financiación. Sin embargo, los principios de configuración voluntaria de los derechos reales de garantía mobiliarios se enmarcan en una ordenación estructural que opera a modo de última frontera que las garantías mobiliarias no pueden superar. Con todo, el Dr. Karrera apunta que las disposiciones normativas tienden a regular mecanismos específicos atendiendo a los bienes que los operadores pretenden hacer valer por su fácil liquidación, sin fijar linderos universales y estables de la prenda mobiliaria

que delimiten su verdadero alcance *erga omnes* en defensa de los intereses del propio deudor y de los terceros. Efectivamente, el sistema diseñado a retales y aplicado a voluntad del financiador evidencia una falta de concordancia con los fundamentos de los contratos de constitución de garantías reales y con la esencia misma de la prohibición del pacto comisorio articulado para preservar la capacidad crediticia del deudor en lo que no le haga falta al titular de la prenda. De ahí la necesidad de plantear, en opinión del Dr. Karrera, las disposiciones concordantes en la priorización de las garantías mobiliarias presentes y acaso futuras, no solo en las situaciones concursales, sino también en la realización del valor de la prenda en el marco ordinario de relaciones crediticias.

10. El análisis de las garantías mobiliarias a que se dedica la primera parte de la obra concluye con el examen del derecho de retención en el capítulo sexto, titulado «El derecho de retención en el Código Civil: análisis de su regulación y reconstrucción jurídica», cuya autoría corresponde a la Dra. Irantzu Beriain Flores.

Partiendo de que Código Civil no recoge una regulación sistemática del derecho de retención en la que se definan su finalidad, naturaleza y características más esenciales, y que tampoco parece haber sintonía a la hora de concretar los supuestos en que opera, el estudio busca conectar la finalidad de dicho derecho con las medidas existentes en el ordenamiento español para garantizar el cumplimiento de las obligaciones, en general, y con su sistema de garantías reales, en particular, a fin de determinar su naturaleza jurídica y eficacia. A tal objeto, la autora emprende un detenido estudio de dicha figura, en el que trata de delimitar sus rasgos conceptuales y presupuestos estructurales característicos, deteniéndose en el análisis detallado de cada uno de los distintos supuestos regulados en el Código Civil. La Dra. Beriain destaca que, como elemento común a todos ellos, «en el momento en que confluyen los requisitos necesarios para el nacimiento del derecho de retención, su titular ya es poseedor del bien que, obligado a restituirlo, puede retener a su favor hasta el pago de una determinada obligación. *Posesión y restitución* son, pues, los dos elementos que, junto con la *obligación* que se pretende garantizar, concurren en todos los supuestos legales. En lo demás, cada cual reúne una serie de características propias, y sólo algunas veces parcialmente comunes». La finalidad del derecho de retención reside, según destaca la Dra. Beriain, en garantizar el crédito de su titular, aprovechando para ello la posesión del bien a favor del acreedor, y excepcionando, a su vez, su obligación de restituir. En este sentido, el mecanismo con el que cuenta el acreedor para proteger su crédito es la legitimidad para oponerse al cumplimiento de la obligación de restituir por medio de la retención del bien: «la ventaja que ofrece a su titular es la de facilitar la preservación del patrimonio del deudor, añadiendo al derecho de crédito una facultad (la posesoria) que de por sí no tiene». A ello debe añadirse, como destaca la autora, el carácter privilegiado de los créditos que este

derecho garantiza, de suerte que «cuando ambos mecanismos se yuxtaponen, la garantía de cobro es aún mayor, como consecuencia de la posesión que el acreedor mantiene por efecto del derecho de retención». No obstante, la Dra. Beriain concluye que en ningún caso puede afirmarse que el retenedor es titular del *ius distrahendi*; y su eficacia frente a terceros habrá de definirse, caso por caso, atendiendo a las circunstancias. En cualquier caso, la autora subraya que todo lo que se afirme sobre el derecho de retención depende, en gran medida, del trabajo elaborado por la doctrina en torno a su contenido, pues el Código Civil establece los supuestos en los que se reconoce al acreedor este derecho, pero poco aporta sobre su naturaleza, contenido y eficacia. Ello le lleva a concluir que la viabilidad del derecho de retención como mecanismo de protección del crédito precisa de una obligada reforma.

II. Si la tensión advertida entre *formalismo* y *funcionalidad* es notoria, según ponen de manifiesto los capítulos recién descritos, en sede de garantías reales mobiliarias, otro tanto sucede en relación con la hipoteca inmobiliaria, como se argumenta en la segunda y última parte de la obra.

Esta se abre en el capítulo séptimo, con el estudio titulado «160 años de la Ley Hipotecaria, ¿una ley de consenso, radical y progresista?», de la Dra. Itziar Alkorta Idiakez. La Ley Hipotecaria de 1861 es, en palabras de la Dra. Alkorta, «la norma decana del ordenamiento jurídico español. Su indudable calidad técnica y el celo con el que ha sido implementada por parte de los registradores de la propiedad son notas que explican su longevidad». Además —añade la autora— «pese a las numerosas reformas de las que ha sido objeto, la doctrina sigue reivindicando la vigencia y actualidad de los principios hipotecarios que derivan de la norma fundacional». Pues bien, tomando como motivo su 160 aniversario, la Dra. Alkorta revisita algunos tópicos vigentes en su caracterización *ius-histórica* y propone la revisión de algunos de ellos. A tal efecto, la autora aborda, en primer lugar, el contexto socio-económico y político en el que se inscribe la reforma isabelina de la regulación hipotecaria, para pasar a examinar, a continuación, la cuestión de las causas que impulsaron la aprobación de la ley. En particular, la autora se plantea hasta qué punto se trató de una ley hipotecaria antes que una norma reguladora del registro de la propiedad; discute, también, la afirmación de que aquella fue una ley de consenso; y, asimismo, al respecto del debate sobre la inspiración germánica de la norma, revisa las aportaciones doctrinales más recientes, destacando en sus conclusiones la originalidad de aquella.

La Dra. Alkorta informa que la Ley Hipotecaria de 1861 respondió a la necesidad de establecer un nuevo sistema hipotecario que contribuyera a la movilización del crédito territorial y al asentamiento de la propiedad fundiaria, teniendo en cuenta la situación en la que se hallaba el crédito hipotecario y la publicidad registral en la

segunda mitad del siglo XIX. Una ley cuya longevidad ha puesto de manifiesto, según destaca la autora, que las opciones que se tomaron, aunque tardaron en poder ser aplicadas, fueron acertadas. La Comisión de codificación, que estaba convencida de la necesidad de implantar un sistema registral racionalizado y avanzado, era consciente del rechazo que habría de producir un ordenamiento registral apartado de la tradición castellana y que era percibido como un sistema copiado del Derecho extranjero. Es por ello que, separándose de la tradición germánica que concede carácter constitutivo a la inscripción, la Comisión de 1846 suprime los plazos y otorga a la inscripción el carácter de voluntaria, según concluye la autora. En opinión de la Dra. Alkorta, la originalidad de la ley hipotecaria española reside en el hecho de que, aplicando los principios de especialidad y publicidad no solo al derecho real de hipoteca sino también al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, se confía en que, por su inscripción voluntaria en el registro público, y solo por ella, quedarían asegurados y consolidados los derechos frente a tercero. «Para justificar tal decisión, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria señalaba que, el Registro, como institución de terceros, “en nada debe interferir las obligaciones y derechos inter partes”». Según concluye la Dra. Alkorta, «desde esta base pudo el legislador de 1861 formular una regulación original en la que, sin inscripción (...) constitutiva y desde la idea de asegurar al adquirente de buena fe que confía en el Registro, fundamentar la protección registral».

12. A continuación, en el capítulo octavo, la Dra. Sandra Castellanos Cámara, coordinadora de la obra, pasa a ocuparse de una cuestión intrincada donde las haya, como es «La hipoteca inmobiliaria y su *recargabilidad*». Como informa la autora, la reforma introducida en el artículo 4 de la Ley sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios mediante la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha suscitado el debate en torno a la incorporación y admisibilidad en nuestro ordenamiento de lo que se ha dado en denominar como «hipoteca recargable»; es decir, la posibilidad de que el gravamen hipotecario «constituido en garantía de un préstamo, en el que el deudor ha restituido parte de lo prestado, pueda cubrir una entrega adicional de capital resultado de un nuevo convenio entre acreedor y deudor, hasta el límite cuantitativo inicialmente pactado, de tal forma que la ampliación quede asegurada por el gravamen inicial con el rango correspondiente al momento de su constitución, y ello, aunque existan acreedores intermedios (entre su inscripción y la posterior ampliación)». En un detallado análisis crítico de la figura, la Dra. Castellanos acompaña al lector, en primer lugar, en el recorrido evolutivo experimentado por aquella, desde su radical rechazo por las primeras resoluciones de la DGRN (hoy, DGSJFP), hasta el giro doctrinal absoluto acometido por las Resoluciones de 14 de mayo de 2015 y de 19 de septiembre de 2017, pasando por la deficiente reforma del artículo 4 previamente referido, cuya oscura letra se presta a las más variadas interpretaciones. Así, la autora exhibe cómo la Dirección General pasa en menos de una década de sostener que, en la reforma experimentada por el artículo 4, el

legislador se había limitado a reconocer la doctrina preconizada por ella –a saber, «que sin perjuicio de que *inter partes* pudiera operar la novación modificativa, frente a terceros debía entenderse que existían dos obligaciones distintas y, en definitiva, dos hipotecas, puesto que en ningún caso podía perjudicar a aquellos la pretendida extensión de la deuda»–, a aseverar que el citado precepto ha introducido en nuestro ordenamiento «“un nuevo modelo de hipoteca”, consistente en “la facultad de compensar las cantidades amortizadas del principal –de un préstamo preexistente– con los nuevos importes concedidos, siempre que la suma de estos con el capital pendiente de amortización del préstamo primitivo no supere la cifra de capital inicialmente concedido, aunque existan acreedores intermedios, y con el mantenimiento del rango de la hipoteca que seguirá siendo única”». Con semejantes antecedentes, la Dra. Castellanos somete a examen profundo tal intelección de la norma propugnada por la Dirección General, desde una doble perspectiva, real y jurídico-obligacional: de un lado, la autora confronta la recarga tanto con los principios estructurales típicos del derecho de hipoteca –accesoriedad y determinación–, como con aquellos que informan el ordenamiento inmobiliario registral –singularmente, el principio de prioridad–, a fin de averiguar si aquella respeta o, por el contrario, contraviene tales pilares básicos. A tal objeto, la autora desciende a la esencia y fundamento mismo de tales principios, con la finalidad de delimitar su razón de ser en nuestro ordenamiento y, así, poder someter la recarga a firme valoración crítica. Pero, no conforme solo con ello, la autora se plantea, además, a nivel obligacional, si la premisa sobre la que descansa la propia construcción de la hipoteca recargable –a saber, que la ampliación de capital representa una “novación modificativa” del contrato de préstamo– resulta conforme con el régimen previsto para la novación en los artículos 1203 a 1213 del Código Civil; de suerte que la autora nos ofrece, asimismo, un hondo análisis sistemático de esta institución, con la mirada puesta en revelar su naturaleza.

Pertrechada de múltiples y solventes argumentos recabados en ambas vertientes jurídicas, la Dra. Castellanos alcanza en su estudio conclusiones de extraordinaria magnitud, que se sintetizan en la idea de que «el planteamiento que subyace tras la recarga constituye en realidad una falacia: ni cabe hablar de “novación modificativa” como categoría jurídica a la que quepa atribuir una significación propia, ni la “ampliación de capital” comporta una modificación del contrato de préstamo en que pretende enmarcarse, ni, en fin, cabe trasladar sin mayores consideraciones al plano del derecho real de hipoteca el acuerdo alcanzado *inter partes* respecto de la obligación garantizada, pues la hipoteca no puede medirse a través del metro que ofrece la “cifra de responsabilidad hipotecaria” como si se tratase de la mera reserva de un derecho de realización del valor por un importe igual a esa cifra». No obstante, advierte que el artículo 4 de la Ley de subrogación hipotecaria admite, en todo caso, una lectura alternativa, que no fuerza ni las características

estructurales típicas de la hipoteca ni los principios que consagra nuestro sistema registral, y que pasa por entender que «de entre las “modificaciones” que relaciona el art. 4.2, podrán quedar cubiertas por la hipoteca ya constituida aquellas que no produzcan un aumento de la cifra de responsabilidad (la “ampliación de capital” por regla general lo hará) o la ampliación en el plazo de la hipoteca. Aquellas que excedan de dichos márgenes serán inoponibles a terceros, salvo que presten su consentimiento y solo podrán quedar garantizadas mediante una carga postergada en rango en razón de dicho “incremento o ampliación”. Pues, en fin, la remisión que el propio legislador realiza a la normativa hipotecaria vigente en materia de rango –y de su negociabilidad– (...) no hace sino reafirmar la idea de que, lejos de exceptuar el régimen vigente, verdaderamente lo confirma».

13. Al análisis de la hipoteca recargable le sigue el de otra modalidad hipotecaria que, como la anterior, propicia que las entidades financieras adquieran un monopolio o exclusiva sobre el deudor y sus bienes inmuebles, en una clara flexibilización de principios que se sitúa en la senda de los sistemas funcionalistas. Se trata de la hipoteca global o flotante, a cuyo estudio se consagra, nuevamente, la Dra. Sandra Castellanos en el noveno y penúltimo capítulo de la obra, que lleva por título «La hipoteca flotante y su particular régimen jurídico». La Dra. Castellanos retoma la reforma acometida mediante la Ley 41/2007 para centrar su interés, en esta ocasión, en la hipoteca flotante introducida en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria; y a dicha figura y sus notas características dedica su examen, a fin de «contrastar hasta qué punto su especial naturaleza y régimen jurídico se cohonestan con los fundamentos de nuestro Derecho hipotecario». A tal objeto, la autora nos acompaña, primero, en un recorrido por las distintas hipotecas de seguridad o de máximo, en el que analiza al detalle la doctrina registral recaída al respecto de las mismas y su incidencia sobre los principios de accesoriadad y especialidad, y en el que pone en evidencia cómo la Dirección General se vio obligada a rechazar reiteradamente la inscripción de hipotecas que alteraban los principios que tradicionalmente habían inspirado la regulación de esta institución. Una vez extractadas las líneas maestras de la doctrina registral analizada, la Dra. Castellanos emprende un minucioso examen de la hipoteca flotante introducida en el artículo 153 bis LH y, junto a ella, de la flexibilización del mercado hipotecario impelida por el legislador.

Los resultados que la Dra. Castellanos alcanza en su estudio son, nuevamente, de formidable valor; y así, entre otras conclusiones, patentiza que la hipoteca flotante entraña una auténtica «subversión del orden jurídico establecido», que se acerca peligrosamente a la denominada «hipoteca de propietario», y de la que difícilmente puede sostenerse que cumpla con los principios básicos del sistema hipotecario español: en ella, «el derecho real solo es “accesorio” si el acreedor decide acudir a la fase ejecutiva ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones

que el deudor tenga contraídas, decidiendo en aquel instante “de qué” responde la garantía. En el ínterin, la hipoteca es una cesta con cabida potencial para muchos créditos pero que ninguno guarda por el momento; de ahí que la cesión de las obligaciones “cubiertas” (que no “aseguradas”, como si alguna diferencia hubiera) se produzca independientemente de la hipoteca (en contra: arts. 1528 CC y 149 ss.) y que su pago (sean cuales fueren las circunstancias en las que se lleve a cabo) excluya en todo caso el efecto subrogatorio —es decir, la transmisión de la garantía para salvaguarda del crédito adquirido por el tercero que coopera con el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones—, restando toda virtualidad práctica a la institución (en contra: arts. 1210 ss. y Ley 2/1994). Y de ahí, también, que el pago de la deuda o deudas “eventualmente” garantizadas ninguna repercusión tenga en el derecho de hipoteca del acreedor, que se mantiene intacto e incólume, listo para ser utilizado “de nuevo”». En vista de ello, la Dra. Castellanos concluye que la hipoteca flotante «solo podría admitirse si previamente se reestructurase toda la dogmática de la hipoteca, aunque de dicha reestructuración sería, a buen seguro, corolario la admisión de la hipoteca de propietario. Téngase presente, por ello, antes de decantarse por alguna solución, el riesgo que entraña para el tráfico jurídico inmobiliario, no solo respecto de terceros adquirentes o titulares de otros derechos reales sino también desde el punto de vista del propio hipotecante; un riesgo cierto de hacernos retornar al que fuera punto de partida en la elaboración de nuestra primera Ley Hipotecaria, a saber: la incertidumbre e inseguridad jurídica, el aprovechamiento monopolístico de los recursos del deudor y, en fin, la inmovilización del crédito territorial».

14. La segunda parte de la obra —y, con ello, esta en su plenitud— se cierra con un décimo capítulo dedicado a la realización notarial de la hipoteca inmobiliaria, y que lleva por título «La realización notarial del bien hipotecado: análisis crítico del alcance constitucional de su naturaleza jurídica». El estudio, cuya autoría corresponde a la Dra. Leire Imaz Zubiaur, aborda la controversia relativa a la (in)constitucionalidad de la realización notarial del bien hipotecado. A tal fin, la autora acompaña al lector, en primer lugar, en un recorrido histórico en el que pone de manifiesto que la realización extrajudicial del bien hipotecado es un recurso milenario que comienza su andadura, en la República de Roma, como mecanismo protector de la posición jurídica deudora. Sin embargo, la autora informa que, llegado el siglo XX, y concretamente en la década de los noventa, un sector importante de la doctrina española y parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuestionan su constitucionalidad: vetan su calificación como *procedimiento extrajudicial de ejecución*, aduciendo la exclusiva competencia del poder judicial para “ejecutar”, la vulneración del derecho fundamental de las personas deudoras a la tutela judicial efectiva y la transgresión de la obligada reserva legal por hallarse regulado en sede reglamentaria. La recalificación —explica la autora— de la realización notarial del bien hipotecado como *venta extrajudicial* tras

la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 parece aplacar los desacuerdos doctrinales y jurisprudenciales, ante la ausencia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional. En opinión de la Dra. Imaz, pese a que en la vigente legislación sean numerosos los aspectos que deban ser mejorados en la regulación concerniente a la realización notarial del bien hipotecado, la vía extrajudicial es una herramienta jurídica «tan adecuada como la judicial, siempre y cuando la legislación vigente la dote de la calidad y seguridad necesaria para que la posición deudora no quede resentida más de lo que ya lo está». Así, no es tanto una cuestión de quién guía o supervisa la ejecución de un bien hipotecado —juez o notario— para que pueda operarse el cobro del crédito por parte del acreedor, sino de cuánto se protege el equilibrio de las partes, con independencia de qué órgano o entidad se encargue de preservarlo. Tal vez sea —concluye la Dra. Imaz— el «criterio de la cooperación entre los diversos agentes especializados y no la dialéctica de poder y de conflicto la que consiga dar con un nuevo sistema de ejecución hipotecaria que sea garantista, respecto de (todos) los derechos de la parte más vulnerable, a la vez que rápida y segura, en la satisfacción del crédito del acreedor».

15. En fin, la enorme trascendencia de las cuestiones tratadas, así como la magnitud y novedad de las conclusiones obtenidas y que acaban de ser expuestas, hacen innecesario insistir en lo evidente: que nos hallamos, sin atisbo de duda, ante una obra del todo recomendable. Una obra, en definitiva, técnicamente impecable, completa y de aguda crítica, que sin duda está llamada a convertirse en un imprescindible entre nuestros estudios de garantías reales; sector tan necesitado de una cuidadosa indagación doctrinal como la que esta es muestra.

José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia