

De las reformas hipotecarias y otras alternativas

From mortgage reforms and other alternatives

por

ROSA M. ANGUITA RÍOS
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Jaén

RESUMEN: Reflexiones sobre la hipoteca inmobiliaria de acuerdo a las distintas reformas que se han sucedido en los últimos tiempos y atendiendo a la situación económica y social actual en la que se han desarrollado. El estudio nos muestra que lejos de existir un problema estructural de la hipoteca, en cambio se aprecian cuestiones que deben ser atajadas en sede contractual y de legislación social. La falta de debate y reflexión jurídica, unida a la grave tensión económica y social que vivimos desaconseja, de momento, una nueva redacción de la Ley Hipotecaria, lo que requeriría un análisis más sosegado. No obstante se avanzan algunas cuestiones que dicha reforma debería abordar. El drama personal y la situación asfixiante que vive el deudor hipotecario impiden mantener una actitud pasiva. Independientemente del contenido, que se valora en el trabajo, es acertado atajar esta situación con la adopción de unas medidas legales urgentes de efecto inmediato, pero además apostamos por otras alternativas que ya recoge nuestro sistema legal y que servirían para descongestionar el bloqueo de las relaciones entre acreedor y deudor hipotecario.

ABSTRACT: *Critical thought about the real estate mortgages in accordance with the previous reforms made based on the economic and social situation of that time. This study shows how there is not a problem with how the mortgage is*

structured, but rather other issues that have to be addressed in based contractual and social legislation. Due to many reasons, such as lack of debate and legal critical thought and economic and social pressure, it is not advised to revise the mortgage law at the moment, which would require a closer analysis. However issues to be addressed are exposed. No passive attitude can be expected from suffocated mortgagors. Regardless the content, which is showed in the research, some urgent measures need to be taken immediately. However, this study focuses on alternative measures that are already within our legal system, which should help clear the relationships between a creditor and a mortgager.

PALABRAS CLAVE: Deudor. Hipoteca inmobiliaria. Sobreendeudamiento. Ejecución hipotecaria. Desahucio.

KEY WORDS: *Debtor. Real estate mortgage. Indebtedness. Foreclosure. Eviction.*

SUMARIO: I. VALORACIÓN GENERAL Y REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS *REBUS SIC STANTIBUS*.—II. LAS RECIENTES REFORMAS HIPOTECARIAS: 1. LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE. 2. REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS. 3. REAL DECRETO-LEY 27/2012, DE 15 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS. 4. LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL: A) *Introducción*. B) *Medidas sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria adoptadas por el legislador*. C) *Otras medidas de protección del deudor hipotecario adoptadas por el legislador*.—III. ALTERNATIVAS O MEDIDAS COMPLEMENTARIAS A TENER EN CUENTA: 1. INTERVENCIÓN DE NOTARIOS Y REGISTRADORES. 2. INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA. 3. DACIÓN EN PAGO. 4. ALQUILER DE VIVIENDAS. 5. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA. 6. SISTEMA DE CONTROL SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE TASACIÓN DE INMUEBLES.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. VALORACIÓN GENERAL Y REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS *REBUS SIC STANTIBUS*

No es necesario advertir la complejidad del tema que vamos a abordar en las siguientes líneas. Leer bajo un mismo título hipoteca y reformas legales predispone al lector a que no será una lectura ligera la que se presenta entre sus

manos. Una institución jurídica forjada en el siglo XIX, envuelta en los estrictos moldes de los principios registrales y con pocas reformas estructurales y un poder legislativo que ha relajado el debate y la reflexión jurídica por el dinamismo acelerador que los tiempos de crisis económica e institucional provocan, hace quedar en «agua de borrajas» todo intento de mejora con la consiguiente frustración para el analista y para el sujeto pasivo de la situación que se analiza.

Y es que, ciertamente, nos encontramos ante una realidad compleja: la de conjugar un principio de seguridad jurídica, según el cual el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros del cumplimiento de sus obligaciones (art. 1911 CC), y un derecho constitucional el de la vivienda según el cual corresponde a los poderes públicos reconocer, respetar y proteger (art. 47 CE)¹. Y entre ambos se sitúa la hipoteca inmobiliaria como instrumento que facilita el crédito necesario para adquirir la vivienda y como garantía que asegura la obligación de pago del deudor con la realización del bien dado en garantía.

Vamos a partir de la base de que se le están achacando a la hipoteca consecuencias que no le son imputables y que inciden negativamente sobre la imagen pública que se tiene de esta figura jurídica, cuando más bien se trata de cuestiones que deben ser resueltas en sede contractual y de legislación social. Por ello considero acertado acometer el tema de la reforma hipotecaria de manera puntual, atendiendo a la situación asfixiante que vive el deudor hipotecario manifestado a través de sus circunstancias económicas y al carácter de primera vivienda del inmueble garante. No es el momento de acometer la redacción de un nuevo texto legal, pues no nos encontramos en la situación social, económica y jurídica aconsejables para afrontar una nueva redacción de la Ley Hipotecaria.

Entre 2007 y 2012 se han producido más de 400.000 ejecuciones hipotecarias en España. En el 2012 se incrementaron un 17,7 por 100 las ejecuciones hipotecarias respecto al año 2011, que fueron un total de 77.864. Atendiendo a los datos facilitados por el Colegio de registradores², en el año 2012 el 74,76 por 100 de las ejecuciones hipotecarias correspondieron a la primera vivienda (un total de 65.778 viviendas), con el impacto social que ello conlleva y el drama personal que acarrea. Esta cantidad se relativiza porque los números nos lo permiten, aunque no las situaciones personales vividas, que merecen la máxima atención de los responsables públicos, en función de las constituciones de hipoteca en los últimos diez años, que fue de 871.366 operaciones anuales. Y es que, no hay ningún país con un acceso tan generalizado al crédito hipotecario como España, por los bajos tipos de interés, por los dilatados plazos y por el amplio margen que se financia sobre el valor de la vivienda. Por el contrario, el recurso a las daciones en pago sigue siendo menor, pues solo representa una quinta parte de las ejecuciones iniciadas, sin embargo empiezan a adquirir una mayor relevancia en la práctica habitual bancaria, representando el 36,5 por 100 de las adjudicaciones inscritas.

Estos datos manifiestan que no está resuelto el problema de las ejecuciones, pero sobre todo evidencia una falta de solvencia por parte del deudor.

Son los datos provocados por la época de recesión que vivimos tras la bonanza económica. Pero como entendemos que esta es una situación coyuntural, consideramos que requiere de unas medidas puntuales, un cambio de hábitos en el consumidor, pero también en los demás agentes o instituciones intervinientes, más que de una reforma general del régimen jurídico hipotecario, que de abordarse no puede centrarse solamente en casos de pobreza o exclusión, tal y como se está haciendo.

Así, este cambio de conducta requiere, por parte de los poderes públicos, adoptar medidas acordes a la situación económica que no han podido evitar. En lo referente a las entidades financieras porque por razones de negocio, por su vinculación a la sociedad de consumo, por su imagen publicitaria y porque las ejecuciones hipotecarias generalmente se traducen en pérdidas, apostar por la renegociación del préstamo, concediendo periodos de carencia, alargando los plazos de vencimiento e incluso promoviendo daciones en pago en determinadas situaciones, con independencia de aquellas ocasiones en que el legislador o el código de buenas prácticas les obligue. En cuanto a la judicatura, de donde procede la mayor respuesta a la situación actual, seguir cumpliendo con su función, esto es, aplicar la ley al caso concreto, haciendo una interpretación equitativa de la norma para ponderar el rigor de la misma cuando se ha de aplicar a un tiempo y lugar determinado, concretando lo que por naturaleza tiene que ser general, como apreciando de oficio qué cláusula debe considerarse abusiva atendiendo a las circunstancias particulares del contrato.

En cualquier caso y partiendo de que todo sistema jurídico es mejorable, considero que ahora es el momento de tomar decisiones urgentes de efecto inmediato que atiendan a la situación social actual, para que tras un análisis más sosegado y una valoración del impacto se aborden medidas de mayor calado. En tal sentido, ALMENAR BELENGUER (2013, pág. 126)³ sugiere, como una de las reformas que se acometen, la de asimilar la ejecución hipotecaria a la ejecución ordinaria, de tal manera que existiera en nuestro sistema un solo tipo de ejecución, sin perjuicio de que para la hipoteca siguiesen existiendo algunas pautas concretas. Sin embargo, no entiendo esta medida si se van a seguir manteniendo especialidades tal como lo hace el artículo 681 y siguientes LEC. Otras medidas irían dirigidas a potenciar la aplicación de las nuevas tecnologías a las subastas para sacarlas de la clandestinidad, medida que se prevé para la venta extrajudicial, pero que habría que extrapolarla a la ejecución judicial de bienes inmuebles y potenciarla en general⁴; a atraer al comprador particular y conseguir un precio de remate más competitivo; a eximir a los postores a tener que hacer una consignación previa como requisito para participar en la subasta y que solo se realizase dicho depósito para el que resulte ser el mejor postor, señal que perdería de no abonarse el precio en el plazo de veinte días desde

la aprobación del remate; a crear una atractiva ley de garantía mobiliaria que ofreciera alternativas garantes al crédito; a concretar las cláusulas de los créditos hipotecarios dotándolas de una mayor tipicidad legal frente a la vorágine de condiciones que se incluyen en el contrato y que, por ley, muchas se transcriben en el Registro; a facilitar alternativas de pacto, como la inclusión de una opción de compra para que el deudor ejecutado pueda acceder de nuevo a su vivienda si mejora su situación económica, tomando como precio el valor de tasación, entre otras medidas⁵.

El daño institucional que está recibiendo la hipoteca inmobiliaria proviene, de un lado, de una regulación elaborada en un momento histórico totalmente distinto al que vivimos y, por otro lado, de una legislación concursal que siendo contemporánea, es insuficiente para resolver los problemas de insolvencia de la persona física y de las sociedades de pequeño tamaño⁶. Las circunstancias económicas que se están produciendo requieren un plan de actuación más cercano a los procedimientos de insolvencia o universales que a las ejecuciones singulares. Aunque se está trabajando en este camino, es necesario legislar para permitir un «volver a empezar» a los deudores físicos que por su volumen de endeudamiento mantienen un pasivo después de la liquidación de sus bienes y de los que siguen siendo responsables, permitiéndoles recuperar su actividad de consumo. El procedimiento concursal tiene sentido cuando existen varios acreedores, porque, en caso contrario, su coste económico y el continuar con la ejecución singular por las deudas no cubiertas después de la ejecución concursal no justificaría su aplicación.

En este momento la ejecución hipotecaria está en el «ojo del huracán», pero considero que el problema de la hipoteca inmobiliaria no está tanto en la fase ejecutiva sino en la constitutiva y el necesario control de las cláusulas que acceden al contrato y al Registro de la Propiedad. Se puede considerar que el problema es más bien patológico y que versa tanto en la sobrevaloración del bien, de tal manera que se ha valorado el inmueble para cubrir un crédito cuyo importe condicionaba la tasación de la finca invirtiendo los términos de la lógica garantista, como en la parte del valor de la vivienda que se financia con la hipoteca (es imposible financiar el 120 por 100 del valor de una vivienda).

Por consiguiente, por un lado se ha producido una sobrevaloración del bien en cuantía suficiente para cubrir un préstamo que excedía de las posibilidades económicas del deudor. Por otro lado, esa valoración realizada por las partes al constituir la hipoteca servía para muchas cosas y entre ellas para la ejecución, pues no cuenta el proceso especial de ejecución de la LEC con un trámite de valoración de los bienes embargados (art. 682.2.1 LEC). El precio con que se tasa la finca sirve de tipo en la subasta, tasación no realizada por las partes, sino en general por la entidad financiera acreedora, aunque el gasto lo cubre el deudor. Por tanto, en la tasación no hay un acuerdo entre las dos partes, sino que uno de ellos impone al otro el valor que va a tener el inmueble a los

efectos de la tasación. Esta situación, de utilizar un valor que no se ajusta a la realidad de las transacciones jurídico-privadas y a las condiciones del mercado, se «remata» o se le da el golpe de gracia cuando la situación económica provoca una disminución del valor del inmueble que inicialmente partía como una variable segura.

Esta situación económica sobrevenida que desequilibra la situación contractual de las partes cuando se ejecuta la garantía nos recuerda a la formulación doctrinal de las cláusulas *rebus sic stantibus* (estando así las cosas) que permite al juez entrar en el contrato de larga duración para restablecer el equilibrio perdido por circunstancias sobrevenidas y totalmente fuera del poder de actuación de las partes, resultando para una de ellas imposible o muy gravoso el cumplimiento de la obligación. Esta construcción doctrinal que la jurisprudencia admite⁷ requiere para su aplicación unas premisas fundamentales⁸: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias imprevisibles. El efecto no es la extinción o resolución del contrato, sino la modificación y su revisión.

Así las cosas podemos considerar que los préstamos hipotecarios concertados con anterioridad al declive del *boom* inmobiliario han dejado al descubierto al deudor por un importe no respaldado por la garantía pactada, que ha reducido el valor previsto al momento de la perfección del contrato por el derrumbe del mercado inmobiliario, situación resultante por una alteración sobrevenida fortuita al momento de la ejecución del préstamo hipotecario. No obstante, esta cláusula implícita en todo contrato cuenta con el halo jurisprudencial de ser «peligrosa» y, en su caso, de admisión cautelosa. La sentencia de la AP de Murcia de 27 de febrero de 2013⁹ califica de «extravagante» el recurso a la cláusula *rebus sic stantibus* y no la aplica al impago de la cantidad debida por el cese de la actividad laboral, ya que considera que, de forma particular, la situación de paro del comprador evidencia un cese de ingresos pero no de insuficiencia patrimonial y, de forma general, que la referencia a la crisis económica no es suficiente para justificar por sí sola el cambio extraordinario a que se refiere la jurisprudencia¹⁰.

Un punto de inflexión en esta teoría es la STS de 17 de enero de 2013, que califica a la crisis económica actual como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar una desproporción entre las prestaciones de las partes. Así que, cuando el banco se niega a reestructurar la deuda o modificar las prestaciones se podrían corregir judicialmente si concurriese alguna de las circunstancias que a modo de ejemplo recoge la sentencia: el destino de la casa a la vivienda habitual, la imposibilidad de no contar con financiación por la situación económica, debiéndose valorar también las condiciones impuestas

por la entidad de crédito para conceder esa financiación; la situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar; que afecta a particulares y no a profesionales del sector¹¹, entre otras¹².

Lo más novedoso de la sentencia se concreta en el reconocimiento expreso del marco de la crisis económica actual como un factor de alteración excepcional e imprevisible de la base del negocio que puede provocar una excesiva onerosidad en la ejecución del contrato.

GARCÍA ABURUZA (2012) considera que la aplicación de esta cláusula al ámbito del préstamo hipotecario sería posible en casos muy concretos y severos, tanto por la propia esencia y requisitos de la cláusula, como por el carácter vinculante de los contratos y el respeto al principio de seguridad jurídica. Para la autora el carácter cíclico de la economía y el conocimiento de la existencia de la burbuja inmobiliaria no hacen tan imprevisible la actual crisis. En definitiva, el principal escollo para defender la aplicación de la cláusula será justificar que una crisis económica cumple con los requisitos impuestos por la jurisprudencia, pues muchos Tribunales entienden que una crisis económica es imprevisible o que sus consecuencias no son también eludibles.

La consideración de esta cláusula en el ámbito inmobiliario ha sido muy limitada por entender que las oscilaciones en este mercado y los cambios urbanísticos son consustanciales al mismo, por lo que no podría hablarse de imprevisibilidad. Pero la envergadura de esta crisis era difícil de prever. Es una crisis que ha superado las previsiones iniciales, que se está alargando en el tiempo, que afecta no a un sector determinado sino de manera genérica a toda la economía de un país, que su dimensión la hace tener un alcance mundial. Qué duda cabe que casi todos los negocios tienen un componente especulativo sobre la evolución de las circunstancias, pero lo que en ningún caso puede pretenderse es que prevean absolutamente todas las posibilidades de cambio futuro¹³.

Por consiguiente, la situación económica que vivimos trasciende a las fluctuaciones económicas del mercado, el carácter restrictivo de la aplicación del código de buenas prácticas bancarias lleva a muchos deudores hipotecarios a no poder renegociar las condiciones de pago con el fin de mantener como alternativa preferible el contrato, y algunas de las condiciones impuestas por las entidades de crédito para obtener la imprescindible financiación del precio de la venta han sido declaradas por muchas sentencias como abusivas, todo ello hace pensar que no sea tan descabellada la aplicación de las cláusulas *rebus sic stantibus* al préstamo hipotecario, pues al fin y al cabo de eso se trata, de que el juez pueda valorar esta casuística particular para determinar su aplicación. Esta claro que no basta con alegar la crisis económica. No se trata de rescindir un contrato de compraventa por no obtener financiación. Hablamos de aplicar esta doctrina de la base del negocio porque las variaciones cuantitativas en la garantía han provocado una excesiva onerosidad al ejecutar la hipoteca. Si con

esta fundamentación se admite su aplicación, el juez podría reestructurar la deuda a lo que se negaba el acreedor.

II. LAS RECIENTES REFORMAS HIPOTECARIAS

El formalismo y el corsé registral que es de esencia de nuestro derecho real de hipoteca no han impedido que, a lo largo de los años, esta garantía haya sido capaz de irse adaptando a las más variadas necesidades e intereses de los operadores jurídicos.

Desde la Ley Hipotecaria de 1946, las posteriores reformas han hecho de esta garantía que sea más fácil, flexible y barata su constitución así como su modificación, permitiendo una mayor competencia entre las entidades. Han hecho que sea una respuesta eficaz para el acreedor en caso de impago, la filosofía del texto procesal del 2000 perseguía rentabilizar la enajenación forzosa del inmueble (reduciendo el número de subastas y buscando otras alternativas a la realización de valor) y acelerar el procedimiento ejecutivo. Se ha logrado también que la hipoteca pueda asegurar una globalidad de obligaciones (hipoteca flotante). Que puedan tener por objeto fincas que no existen en la realidad extrarregistral. Y, ahora, tras la última reforma, que los privilegios que la adornan sean compatibles con los legítimos derechos de los consumidores¹⁴. Cada pequeño avance en el régimen de la hipoteca ha sido el resultado de la labor de ponderación entre el valor de los principios registrales (en concreto, el de especialidad) y la libertad de contratación.

Además de las leyes que se detallan a continuación se podrían recoger otras, como:

- Real Decreto 1975/2008, sobre medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y acceso a la vivienda, que aprueba una moratoria temporal y parcial en el pago de los préstamos hipotecarios a favor de personas desempleadas y autónomos (abarca a los préstamos hipotecarios concertados con anterioridad al 1 de septiembre de 2008, por importe inferior a 170.000 euros y exclusivamente para la adquisición de vivienda habitual). Estas cantidades posteriormente se prorrateaban en las mensualidades que restaban.
- La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Se trata de una ley que tiene por objeto proteger al consumidor frente a prácticas abusivas de los intermediarios financieros en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores, fijando criterios de transparencia financiera, y de control de su validez.

- El Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, amplía los límites de inembargabilidad de los bienes del deudor en atención a la situación de cargas familiares del ejecutado (límites posteriormente elevados por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio); de tal forma que la ejecución posterior sobre el resto de bienes del deudor por la cantidad no cubierta por la venta del bien hipotecado no abarcará al salario mínimo interprofesional en la cantidad fijada por el artículo 607 LEC e incrementada en un 50 por 100 y además en otro 30 por 100 del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional hasta un límite de dos. A efectos prácticos, en muchas ocasiones la responsabilidad del deudor quedaba limitada a la responsabilidad real.
- La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible que, entre otras disposiciones, recogía la concesión responsable de los préstamos dirigida a evitar situaciones de sobreendeudamiento a través del estudio de la solvencia del cliente en términos de capacidad de pago (relación de ingresos y compromisos de pago).
- La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, vuelve al caso en que la finca hipotecada y subastada no es suficiente para cubrir el crédito, pero existen otros bienes sobre los que se podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte (art. 579 LEC). La transición del procedimiento especial al ordinario pasa por la solicitud del despacho de la ejecución, sin entrar directamente en la fase de apremio, por lo que antes de pasar al embargo habrá que dirimir las posibles causas de oposición esgrimibles en el ejecutivo ordinario, vedadas en el hipotecario.
- El Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio¹⁵, que elevaba el salario mínimo inembargable cuando se trataba de deudores hipotecarios que han perdido su vivienda habitual y actualizaba el importe de la adjudicación de los bienes al acreedor al 60 por 100 del valor de tasación, y que por reforma de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, lo eleva al 70 por 100 cuando se trata de la vivienda del deudor. En estas fechas, aún no se atrevía el legislador a adoptar medidas tendentes a la dación en pago.

Todas estas reformas recogidas bajo este epígrafe, y que manifiestan una continua y deficiente sucesión de modificaciones legislativas, se ha debido al impago de los préstamos hipotecarios, creciendo con enorme rapidez las ejecuciones¹⁶, hasta el punto de que los desahucios se han convertido, por primera vez, en una de las principales preocupaciones para la población española, como indican los últimos barómetros del CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas¹⁷). Esta situación se produce por la excesiva concentración de créditos hipotecarios a

interés variable (por encima del 98 por 100, frente a la media europea del 46 por 100), comenzando a partir de 2005 una carrera alcista, subiendo el euríbor en los tres años siguientes, lo que se traduce en un mayor esfuerzo necesario para la amortización de la deuda hipotecaria, que porcentualmente significa que el 47 por 100 de la renta familiar va destinado a sufragar este gasto. Si a ello se le une el descenso de las rentas y la situación de desempleo que la crisis económica ha producido se comprende el dramático aumento de la cifra de las ejecuciones hipotecarias.

1. LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE¹⁸

La Ley que presentaba a la hipoteca inversa, la hipoteca flotante y la hipoteca recargable como nuevas figuras en el mercado financiero, modificaba el artículo 12 LH, cuyo apartado segundo plantea bastantes dudas de interpretación al señalar que las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca «se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización». Estas cláusulas solo se hacen constar, por lo que quedaban aparte del resto de cláusulas que requieren una previa calificación registral para determinar su trascendencia real y constancia registral. De la redacción legal parece que no se les reconoce trascendencia real a efectos de la calificación, aunque lo cierto es que, si acceden al Registro de la Propiedad, van a permitir la ejecución hipotecaria y van a afectar, sin duda, a terceros sobre la base de lo establecido en el artículo 130 LH¹⁹.

Así las cosas, los préstamos hipotecarios incluyen un gran número de condiciones generales que por definición legal no son negociadas individualmente. El notario se centra en la información precontractual, en la claridad en la redacción y el consentimiento informado. La escritura pasa al Registro de la Propiedad, en el que gran número de cláusulas se transcriben sin previa calificación, dotando de carácter real a pactos que podrían ser contrarios a normas imperativas, prohibitivas o incluso abusivas. Además según la redacción originaria del artículo 695 LEC, el juez no podía paralizar el procedimiento ejecutivo aún a sabiendas de la existencia de alguna cláusula abusiva que resuelta en procedimiento declarativo, en tal sentido se inscribía en el Registro después de iniciarse la ejecución, asiento que se cancelaba, como el resto de notas marginales, una vez adjudicado el bien.

La interpretación que la DGRN otorgó al artículo 12 LH tras la reforma era que las cláusulas financieras estaban excluidas de la calificación, de manera que no eran objeto de inscripción sino de simple transcripción de lo que constaba en la escritura de constitución de la hipoteca, es decir, solo requerían una copia literal de las mismas en el asiento registral correspondiente. Esta interpretación chocaba con nuestro sistema hipotecario, que es precisamente

de inscripción, pero sobre todo sorprende que durante la etapa del gobierno socialista se favoreciera la inclusión de todo tipo cláusulas por parte de las entidades financieras, mermando e ignorando de manera palpable los derechos de los consumidores y usuarios.

Esta ley se gesta en un momento de enorme expansión del mercado hipotecario, tanto por el número de hipotecas que se constituían como por el importe medio de capitales contratado. En este contexto en que quizá la prudencia hubiese aconsejado «enfriar» el mercado hipotecario, incrementando los niveles de solvencia exigidos en los deudores, imponiendo mayor rigor en las tasaciones y estimulando los controles jurídicos, es decir, introduciendo medidas anticíclicas, la Ley de diciembre de 2007 no acomete tales medidas, sino que introduce otras de efecto inverso que estimulan todavía más el mercado, como fue la introducción de las hipotecas flotantes, las hipotecas recargables y la confusa redacción del artículo 12 LH, que da pie a una restricción en la calificación registral de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios²⁰. Inicialmente esta ausencia de calificación no produjo ningún efecto en la seguridad de tráfico, pero la gravedad de la medida se relevó con posterioridad al dispararse las ejecuciones hipotecarias que pasaron de menos de 25.000 en 2007 a casi 100.000 en 2010.

Esta situación ha hecho cambiar a la DGRN pues, aún contando con limitados medios probatorios los registradores, hay casos en los que el carácter abusivo es directo sin necesidad de una interpretación del conjunto del negocio jurídico, y el control de legalidad que instaura el artículo 18 LH, el derecho de consumo y la legislación europea obligan al registrador a analizar las cláusulas financieras e inscribir las que no sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas, y ello aunque tengan carácter personal.

2. REAL DECRETO-LEY 6/2012, DE 9 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES DE PROTECCIÓN DE DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS

Es la primera medida normativa dirigida a la protección de los deudores hipotecarios, contemplando la dación en pago en determinadas circunstancias, la suscripción de un contrato de arrendamiento con el ejecutado hipotecario y la preferencia para las ayudas por alquiler.

Ya en esta reforma aparece esa tríada de medidas con las que el legislador va jugando en las posteriores reformas hipotecarias: perfilar la ejecución hipotecaria (con las consiguientes reformas procesales), incentivar otro tipo de acuerdos entre el acreedor y el deudor que desbloquee la situación (es el caso de la dación en pago, la quita, la reestructuración de la deuda hipotecaria y el arrendamiento) y protocolizar una conducta ética del profesional del crédito a través de lo que se ha llamado el código de buenas prácticas bancarias. Res-

puestas insuficientes si las comparamos con la iniciativa legislativa presentada por ciertos colectivos²¹, pero acorde con el sistema jurídico y el principio de autonomía de la voluntad.

Es cierto que el Gobierno del Partido Popular llena de buenas intenciones la Exposición de Motivos de este Real Decreto-ley, donde incluso reconoce la insuficiencia de las medidas anteriores adoptadas por ellos mismos. Es cierto que pretende facilitar el pago de las deudas hipotecarias, pero no a todos, sino a aquellos sujetos que por su precaria situación económica requieren un miramiento especial. La aplicabilidad de la norma viene limitada por unos elementos subjetivos y objetivos. El primero estaría delimitado por el concepto de exclusión social, y el segundo por unos topes de cuantía hipotecaria (determinada por el precio de adquisición de la vivienda²²) tan ínfimos que no atiende a la situación real de la población que concertó sus préstamos hipotecarios en plena expansión de la burbuja inmobiliaria. Estos límites se han ido corrigiendo al alza por reformas posteriores, como la de 14 de mayo de 2013.

Por tanto, con esta reforma, qué es lo que se consigue. Primero, una obligada aplicación de las previsiones recogidas en el código de buenas prácticas bancarias, porque si bien es cierto que su adhesión es totalmente voluntaria, una vez que lo aceptan las entidades financieras se someten a ese cauce de solución del conflicto que contempla e impone el código de buenas prácticas al que se han adherido. Segundo, la posibilidad de suspender las ejecuciones hipotecarias de vivienda habitual para comprobar si el deudor está dentro del sujeto beneficiado por la norma. Tercero, si el deudor se encuentra situado en el umbral de exclusión²³, la aplicación del código de buenas prácticas y del Real Decreto-ley que lo incorpora deviene obligatorio para la entidad ejecutante adherida al mismo, por lo que el juez podrá controlar su debida aplicación. Cuarto, las soluciones que ofrece el Real Decreto-ley para estos casos es la reestructuración de la deuda (periodo de carencia de cuatro años²⁴ con reducción del interés del euribor + 0,25 por 100 y ampliación del plazo de vencimiento hasta un máximo de cuarenta años); ofrecer a los deudores una quita sobre el conjunto de la deuda si con la medida anterior la cuota a pagar se sigue llevando el 60 por 100 de los ingresos familiares²⁵; o, en su defecto, la dación en pago como medida liberatoria definitiva de la deuda, en cuyo caso se podrá permanecer en la vivienda en alquiler al menos dos años, siempre que satisfaga una renta anual equivalente al 3 por 100 del importe total de la deuda en el momento de la dación. Y quinto, estas opciones solo son viables durante la tramitación del proceso y antes de la subasta.

Afortunadamente con este Real Decreto-ley (art. 12) se aborda la actualización del proceso de ejecución extrajudicial y su armonización con la realización de valor judicial al reducirse a una única subasta. Es la Ley 1/2013, de 14 de mayo, la que modifica el artículo 129 LH, vinculando los tipos de adjudicación a los previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de forma que, en ningún

caso, pueda haber divergencias sustanciales con el procedimiento judicial de ejecución forzosa. Por esta misma razón, también se le atribuye al notario facultades para advertir a las partes de que alguna cláusula del contrato puede ser abusiva, suspendiendo la venta extrajudicial cuando las partes acrediten que ha solicitado al órgano judicial competente que dicte resolución decretando la improcedencia de dicha venta por existir cláusulas abusivas. Pero, puesto que la reforma de esta venta forzosa ante notario se ha demorado trece años a contar desde la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya se incluyen otras medidas más innovadoras y actuales como la venta extrajudicial electrónica, que tendrá lugar en el portal de subastas que a tal efecto dispondrá la Agencia estatal del Boletín Oficial del Estado. Eso sí, sigue pendiente la adaptación del Reglamento Hipotecario.

En definitiva, del Real Decreto-ley 6/2012 podemos destacar como positivo la obligatoriedad de la dación en pago que hasta ahora siempre se había contemplado con un carácter voluntario, pero un optimismo nuevamente corregido, pues el deudor se ha de encontrar en el umbral de exclusión y el precio de la vivienda dentro de los baremos a que se refiere la norma. Sigue siendo una respuesta legal muy limitada que incluso queda sobrepasada por la jurisprudencia anterior a la norma que aplicaba la dación sin tener en cuenta el precio de la vivienda ni la condición laboral del deudor. Con independencia de la consideración jurídica que se tenga sobre estas respuestas judiciales favorables a la dación, los criterios legales adoptados pueden provocar como efecto un refreno en la adopción de esta medida extintiva de la deuda en sede judicial al indicarse estos nuevos parámetros normativos.

Tampoco la norma matiza ni tiene en cuenta la carga familiar, y no es lo mismo situar en el 60 por 100 de los ingresos totales la carga hipotecaria cuando hay hijos que cuando no existen. El esfuerzo es mucho mayor para aquellas familias, por lo que se podría haber reducido en estos casos acogiendo a estas medidas un mayor número de beneficiarios. En apreciación de GARCÍAS DE ESPAÑA (2013), estos criterios determinantes de la exclusión social favorecen la economía sumergida, puesto que para aplicar el paquete básico de medidas es necesario que todos los miembros de la unidad familiar se encuentren en situación de desempleo, por lo que en muchas ocasiones será mejor para el deudor trabajar sin cotizar de modo que pueda aprovechar estas ventajas.

Es adecuado pensar y aplicar un trato diferencial para los deudores que actuaron de forma «temeraria», asumiendo una deuda desproporcionada a sus ingresos, pero esto no significa que deban ser excluidos de cierta consideración, toda vez que las entidades financieras faltaron a su responsabilidad al no analizar la solvencia de sus clientes a efectos de evitar un sobreendeudamiento.

3. REAL DECRETO-LEY 27/2012, DE 15 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS

Este nuevo Real Decreto-ley es una operación de maquillaje o retoque del anterior con efectos reducidos, habida cuenta de la suma de requisitos que se exigen para disfrutar de sus beneficios.

Se trata de una norma breve (dos artículos, una Disposición Adicional única, una Disposición Transitoria única y dos Disposiciones Finales) que trata de proteger, por un lado, a aquellas personas cuyo proceso de ejecución hipotecaria ya ha finalizado y van a ser desalojados de sus viviendas y, por otro lado, a aquellas personas que ya han perdido la vivienda. Para los unos se suspenden los lanzamientos y para los otros se les permite el acceso a la vivienda a través del alquiler social.

Según la norma, hasta el 16 de noviembre de 2014 quedan suspendidos los lanzamientos de sus respectivas viviendas de las familias pertenecientes a colectivos vulnerables. Ya no hablamos de exclusión social, sino que bajamos un escaño para referirnos a las familias numerosas, monoparentales con dos hijos, familias con un menor de tres años o cuyos miembros sean discapacitados o en situación de dependencia que lo incapacite para una actividad laboral, que exista una víctima de violencia de género, familias, cualquiera de ellas, que además no tengan unos ingresos superiores a 19.170 euros anuales (1.597,53 € mensuales), que la unidad familiar haya sufrido una alteración grave de las circunstancias económicas en los últimos cuatro años, y la cuota hipotecaria supere el 50 por 100 de los ingresos de la unidad familiar quedando gravada de esta forma la única vivienda en propiedad del deudor.

Pero esta medida únicamente es aplicable cuando la vivienda se le ha adjudicado en pago al banco o entidad de crédito a través de un proceso judicial o extrajudicial hipotecario, no alcanzando a los supuestos en que el remate se apruebe a favor de una entidad del grupo del banco acreedor (siempre y cuando no actúe por cuenta de este). Tampoco se suspenderá el lanzamiento si la hipoteca fue concertada por una familia sobre su vivienda para pagar la deuda de uno de sus miembros, ni cuando la adjudicación se ha producido conforme a otra forma de realización distinta a la subasta (por convenio con un tercero o venta por entidad especializada).

La norma permite suspender el lanzamiento, pero no se suspenden los efectos propios de la adjudicación, de modo que el adjudicatario²⁶ es el propietario desde el auto de adjudicación a todos los efectos. Además, esta suspensión de la ejecución del lanzamiento tampoco determina una suspensión de los efectos propios del incumplimiento de la parte de la deuda que no haya sido extinguida con la adjudicación, de modo que siguen devengando intereses de demora. Por ello, ante la opción de la dación en pago que plantea el Real Decreto-ley anterior y la posibilidad de arrendar la vivienda o la elección de mantenerse en

la vivienda al suspender el desalojo es preferible permanecer en el hogar familiar como inquilino, pues la renta del alquiler es baja y aunque en la segunda opción es inexistente, la deuda se mantiene y los intereses se generan con la incertidumbre de lo que sucederá cuando finalice esta moratoria²⁷.

El Real Decreto de marzo se consideraba ineficaz por su reducido ámbito, sin atender a la demanda de miles de familias, y este de noviembre lo único que hace es frenar durante dos años los desahucios, pero dejando la interrogante abierta pasados ese plazo. Se crea una confrontación entre ambas normas, dando lugar a deudores que estarían incluidos en el Real Decreto-ley 6/2012, pero no en el Real Decreto-ley 27/2012, y al revés. Por ejemplo, familia cuya cuota hipotecaria excede del 50 por 100 sin llegar al 60 por 100 de los ingresos de la unidad familiar, por lo que le sería aplicable la medida de paralización del lanzamiento, pero no la limitación de intereses moratorios que contempla el Real Decreto-ley 6/2012, por lo que seguirá devengando intereses, pues nada dice al respecto el Real Decreto-ley 27/2012.

En cualquier caso, como hemos dicho más arriba, son medidas que se pueden sortear fácilmente por el banco hipotecante cuando se adjudique la vivienda a una sociedad del grupo al que pertenezca la entidad.

Mención especial merece el matiz que CARRASCO PERERA (2012) incorpora a esta prerrogativa que el poder ejecutivo ha aprobado a favor de los deudores hipotecarios de mantenerse en la vivienda que aún no han desalojado. Y es que para el autor, el Real Decreto-ley deja suspendida parcialmente la aplicación del artículo 675 LEC, que posibilita al rematante entrar en la posesión del bien adquirido en subasta, pero no ha suprimido la posibilidad que tiene el propietario de desahuciar por precario a toda persona que ocupa su inmueble sin pagar precio o renta iniciando el correspondiente juicio verbal. Se basa en que el banco es el propietario y el deudor es un precarista que carece de derecho dependiendo de la voluntad o tolerancia del dueño. Considero que esta opción legal de desahuciar al precarista, si bien cuenta con suficiente argumentación jurídica, deja inaplicable lo preceptuado en una norma de igual rango como sería este Real Decreto-ley. Otra cosa diferente sería el considerar si es constitucional obligar a los bancos propietarios de viviendas adjudicadas a que soporten la posesión precaria, como si de una expropiación sin justiprecio se tratara. El propio CARRASCO habla de una inconstitucionalidad por crear discriminaciones arbitrarias entre los deudores «bajo el umbral de exclusión» que han llegado a un acuerdo de dación con sus acreedores y que ocupan la vivienda merced al pago de una renta proporcional a sus ingresos y estos cuasi-lanzados que pueden habitar gratis la finca adjudicada al banco.

Se crea una situación artificial que abre interrogantes como qué pasaría si el banco propietario vende la vivienda en estos dos años que es ocupada por el deudor. El adquirente tendría que soportar la continuidad del precario hasta que venza el plazo legal, como si se tratase de una carga legal sin publicidad registral.

Estas dos reformas comentadas destacan por su enfoque tan limitado, objetiva, subjetiva y temporalmente. Son tan restrictivas que son claramente insuficientes para dar una solución efectiva. Lo que se evidencia con esta sucesión de reformas es que el objetivo sigue sin cumplirse.

4. LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO, DE MEDIDAS PARA REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS, REESTRUCTURACIÓN DE DEUDA Y ALQUILER SOCIAL

Los anteriores RRDDL de 6/2012 y 27/2012 se refunden y reformulan con la presente Ley que pasamos a comentar.

A) *Introducción*

La sentencia del TJUE, de 14 de marzo de 2013, declaró que la normativa española sobre ejecuciones hipotecarias se opone a la Directiva 93/33/CEE por carecer de mecanismos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual, así como por no permitir al juez que aprecie la existencia de cláusulas abusivas adoptar medidas cautelares, como la suspensión de la ejecución. Desde entonces no ha dejado de especularse en España en qué lugar y manera debería habilitarse la suspensión del procedimiento hipotecario cuando el ejecutado hiciera valer, con o sin éxito, la existencia de cláusulas abusivas en el título²⁸.

La cuestión que planteaba el Tribunal de la Unión Europea no es tanto sobre el concepto o el carácter abusivo de una estipulación, cuestión doctrinal superada por la doctrina²⁹ y que se mantiene en términos muy generales y con ausencia de unos parámetros uniformes³⁰. El problema que traslada dicha resolución judicial reside en si el juez de oficio, dentro de un procedimiento declarativo ordinario, puede paralizar la ejecución hipotecaria que sigue otro tribunal o incluso, que sería lo más lógico, el propio juez de la ejecución puede adoptar dicha medida.

Lo que se remarca a nivel europeo es la apreciabilidad de oficio de las cláusulas abusivas, que sea a iniciativa del juez el que se establezca ese control eventual de las estipulaciones. Esta sentencia no dice que los jueces puedan paralizar los desahucios, sino solo que pueden actuar de oficio ante una ejecución hipotecaria iniciada con una escritura pública que contenga cláusulas abusivas. Tampoco declara la nulidad de ninguna cláusula concreta, ni dice que la ejecución hipotecaria por impago de la deuda sea en sí misma abusiva. Se limita a manifestar que será el juez quien determine, en cada caso concreto, el carácter o no abusivo de determinadas cláusulas, de acuerdo con lo previsto en la legislación nacional, teniendo en cuenta unos criterios generales proporcionados por el propio TJUE.

Con anterioridad, la sentencia TJUE, de 3 de junio de 2010, declaraba que era posible y, por tanto, no contrario al derecho imperativo comunitario, que los Estados miembros adoptasen «una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible». El artículo 82, apartado 1 del TRLGDCU³¹, considera cláusula abusiva todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. De esta redacción sería posible enjuiciar los elementos esenciales del contrato, en contra del carácter restrictivo que aplican algunas sentencias nacionales como la del TS de 18 de julio de 2012, que los excluye aplicando el carácter usurario de los intereses remuneratorios, pero no la nulidad por abusiva de su conclusión. Igualmente contradictorio puede resultar el artículo 83 del TRLGDCU, que atribuye al juez facultades moderadoras y de reintegración del contrato en el que alguna de sus cláusulas haya sido declarada nula por abusiva, al contraponerlo con otros pronunciamientos normativos³² y judiciales europeos que entienden que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a seguir utilizando cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales³³. Considerarlo nulo significa que no se podría aplicar y, en el caso de un interés de demora, que la entidad financiera no podría ser indemnizada por el incumplimiento deudor, algo contrario al equilibrio contractual y a la teoría general del contrato. Por ello se apunta a que dicha nulidad, en particular al caso que nos referimos de los intereses moratorios, puede ser resuelta por el artículo 1108 del Código Civil y aplicar el interés legal, que no supone un mecanismo de integración, prohibido por el Derecho comunitario, sino norma de Derecho positivo aplicable ante una laguna contractual. Pero entonces dejaría de contar con ese carácter sancionador y disuasorio que bien recoge la doctrina europea, evitando la inclusión en nuevos contratos de préstamo y perjudicando a nuevos consumidores.

Así las cosas y a tenor de cómo iban discurriendo los dictámenes europeos y el buen hacer jurisdiccional, quedaba claro que el juez podía apreciar de oficio la nulidad de una cláusula de carácter abusivo impuesta por las entidades

financieras a los consumidores en cualquier proceso en el que se reclamara el cumplimiento de la obligación de pago. Pero resultaba más controvertido llegar a la misma conclusión para el procedimiento de ejecución hipotecaria a tenor de lo que disponía en el artículo 695 LEC. Resulta claro que existía una tendencia a admitirlo en los casos de ejecución de títulos extrajudiciales, por ejemplo, en el arbitraje de consumo y en el procedimiento monitorio que sí se estaba aplicando esta actuación de oficio. Quedaba, por lo tanto, abierta la interrogante para la ejecución hipotecaria.

B) *Medidas sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria adoptadas por el legislador*

Con estos sobreavisos jurisdiccionales aparece la Ley de 14 de mayo de 2013, que intenta acomodarse a las consideraciones recogidas por la sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013, y en particular busca una articulación procesal acorde para establecer un control de las cláusulas abusivas del contrato de préstamo hipotecario. El legislador, de nuevo, no lo pone fácil, requiriendo un esfuerzo reinterpretaivo para analizar tanto el contenido de la oposición a la ejecución hipotecaria como el momento procesal oportuno.

Dos de los artículos procesales reformados (el 552 y 695,1, 4.ª) contemplan como causa de oposición el carácter abusivo de alguna cláusula contractual. Por una parte, el artículo 552 LEC, instaura un control de oficio por el juez con un trámite de audiencia para que las partes se manifiesten sobre la apreciación judicial de nulidad. Con la Disposición Final cuarta de la Ley 8/2013, de 26 de junio³⁴, el plazo previsto para tramitar esta audiencia se ha visto ampliado pasando de cinco a quince días. Por otra parte, el artículo 695 LEC introduce una nueva causa de oposición a la ejecución cuando el ejecutado alegue la abusividad de alguna cláusula del título, ampliándose por la misma Ley de 26 de junio de 2013 el plazo de comparecencia de las partes ante el Tribunal que ahora será de quince días (anteriormente eran cuatro).

Sin embargo, solo el artículo 695 es específico para la ejecución hipotecaria, permitiendo al ejecutado formular su oposición. Y al respecto, dos cuestiones. La primera, es que no establece plazo ni trámite para formular las causas de oposición a la ejecución hipotecaria, por lo que el ejecutado podría siempre formular oposición en cualquier fase del procedimiento sobre la base de la existencia de una cláusula abusiva, que se despacharía por el trámite del artículo 695 LEC. A no ser que se entendiera, lo que parece razonable a tenor del artículo 681.1 LEC, que en este particular resulta aplicable el plazo de oposición de diez días del artículo 557 LEC y que el juez debe señalarlo así en el auto de despacho de ejecución, estableciendo la posibilidad de articular la oposición por los medios del artículo 695 LEC.

La segunda cuestión es si afecta a ese carácter sumarial del que siempre se ha predicado y regulado del procedimiento ejecutivo hipotecario. Históricamente la rapidez en la ejecución hipotecaria se trasladaba al exterior como una ventaja para favorecer el crédito territorial, y así las distintas reformas que se sucedieron sobre la materia aceleraban trámites y plazos³⁵. La especial fuerza ejecutiva del título fundamentaba la ausencia de una fase contradictoria, remitiendo todas las reclamaciones que pudieran formular tanto el deudor como los terceros poseedores al correspondiente juicio declarativo. De hecho, las reformas que se han producido en lo que va de año suavizan esta impresión de que el tratamiento de las causas de oposición debe ser expedito, puesto que ha pasado de quedar resuelto el incidente planteado en seis días a diecisiete días (ver el reformado art. 695.2 LEC). Antes hablábamos de un cambio de conducta en todos los sujetos intervinientes en el crédito y en el proceso hipotecario. Pues bien, esta alta morosidad, la urgencia por conseguir el crédito en las condiciones que sea y los pronunciamientos judiciales en el ámbito nacional y europeo también han provocado un cambio en el criterio doctrinal, matizándose las consideraciones doctrinales que antes del 2008 se hacía de este proceso de ejecución hipotecaria, pues se consideraba que no había una renuncia del deudor a las garantías procesales ni a la tutela jurisdiccional, sino que el deudor al pactar esta garantía consentía en una defensa de eficacia momentáneamente disminuida. Así las cosas, consideramos que este debate contradictorio sobre la abusividad de una cláusula referida directamente sobre la venta del bien debe ser tratado dentro del procedimiento ejecutivo como causa de oposición por tratarse de una estipulación contraria a una norma imperativa.

Pero si entendemos que no es aplicable el artículo 552 LEC sobre disposiciones generales a la específica ejecución hipotecaria estaríamos vulnerando el sentir de la reforma, porque bastaría con que no se personara el ejecutado, situación que se produce con asiduidad cuando el hipotecante no se encuentra en el proceso, habiendo desatendido el requerimiento de pago y permaneciendo indiferente al despacho de ejecución, para que se esfumara la posibilidad de controlar la existencia de una cláusula abusiva. Por ello, el control de oficio es imprescindible.

Entonces, si los consideramos compatibles y a efectos de evitar dilaciones entorpecedoras, producido y resuelto el incidente de audiencia del artículo 552, no tiene justificación que luego pudiera el ejecutado oponerse a la ejecución mediante la alegación autónoma de la causa de oposición en cuestión, especialmente si el auto del artículo 552 hubiera mandado seguir adelante la ejecución.

Hay que evitar la duplicidad de instancias de control. Más eficaz hubiese sido que fuese el juez, una vez realizado el examen de admisibilidad de la demanda ejecutiva y antes de despachar la ejecución y requerir de pago al deudor, pudiese abrir un incidente, con audiencia y oposición de las partes, por considerar la abusividad de una cláusula.

En cualquier caso considero, como así también lo hace CARRASCO PERERA (2013), que la posible nulidad de la cláusula se debe apreciar dentro del procedimiento de ejecución de la hipoteca y que no suspendiera el procedimiento de ejecución la simple acreditación de que en un procedimiento declarativo se ha solicitado del juez competente la nulidad de una cláusula hipotecaria (acorde con el art. 698, 1 LEC)³⁶. Cuestión diferente sería que existiese ya una sentencia declarativa sobre la nulidad de la cláusula hipotecaria, puesto que la sentencia produciría el efecto de cosa juzgada. Es más, considero que de la interpretación de la debatida sentencia del TJUE, el juez del procedimiento declarativo puede adoptar, como medida cautelar, la suspensión de la ejecución hipotecaria seguida ante otro tribunal, cuando así lo requiera la protección de los derechos de los consumidores. Pero solo si aprecia el carácter abusivo de una cláusula, en el bien entendido sentido de que no se trata de discutir el carácter abusivo de cualquier cláusula incorporada a la hipoteca, sino exclusivamente el de aquellas que hayan sido determinantes o desencadenantes de la ejecución, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo. Añadiendo al respecto que ahora, tras la última reforma de la LEC, el juez puede apreciar de oficio la abusividad de una cláusula, sin necesidad de esperar a que sea alegada por el demandado.

Después de todo lo planteado en torno a la interrupción del procedimiento y al estudio de la abusividad de una cláusula del préstamo hipotecario, hay que dejar claro que el problema de fondo se mantiene, cual es si se tiene o no dinero para devolver el préstamo solicitado en su día. Si el ejecutado o el juez de oficio consideran que alguna de las cláusulas referidas es abusiva, se podrá paralizar el procedimiento, pero el Banco o Caja podrá realizar una nueva liquidación de las cantidades, o un nuevo cálculo de los intereses moratorios, e iniciar un nuevo procedimiento de ejecución no aplicando las cláusulas que se consideraron abusivas. Como señala DOMÍNGUEZ LUELMO (2013, pág. 24), la clave está en si se tiene o no dinero para devolver el préstamo. Si no se tiene, la ejecución es inevitable, como por otro lado es normal, porque constituye la propia esencia del derecho real de hipoteca.

Junto a lo anterior, también hay que destacar que la sentencia europea se refiere a los procedimientos de ejecución hipotecaria, sin excepción alguna, lo que plantea la duda sobre el control del clausulado de un contrato cuando se ejecuta vía extrajudicial, pues el notario carece de potestades jurisdiccionales. Pero tampoco se puede considerar que no se realice ningún control sobre la validez de las cláusulas contractuales en los procedimientos notariales de ejecución, pues entonces sería fácilmente eludible el régimen de protección de los consumidores en materia de cláusulas abusivas³⁷. Puesto que el notario no puede juzgar el carácter de la cláusula, pero tampoco puede dejar de atenderse a esta condición antijurídica de las condiciones del contrato, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que fortalece la venta extrajudicial de los bienes hipotecados reconoce a estos fedatarios públicos las dos opciones que siempre han tenido: una, infor-

mar a los interesados del carácter abusivo de alguna de las estipulaciones que constituyen el fundamento de la venta o que hubiesen sido determinantes de la cantidad exigible y, dos, suspender la venta cuando las partes acrediten haber iniciado el procedimiento declarativo oportuno por tal causa (art. 129 LH).

C) *Otras medidas de protección del deudor hipotecario adoptadas por el legislador*

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, modifica en su Capítulo IV el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. La nueva ley introduce nuevos requisitos para la reestructuración de la deuda, pero mantiene prácticamente los existentes para la quita y la dación en pago. Eso sí, el nuevo ámbito de aplicación de la Ley 1/2013 abarca a los avalistas hipotecarios respecto a su vivienda habitual.

Las alternativas que ofrece el legislador siguen siendo las mismas, esto es, la reestructuración viable de la deuda hipotecaria; la quita sobre el conjunto de la deuda, o la dación en pago como medio liberatorio definitivo de la deuda.

Se establecen, por tanto, tres niveles, partiendo de la situación de exclusión social del deudor y siempre que se trate de la vivienda habitual. El primer nivel estaría formado por la reestructuración de la deuda a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital de cuatro años, una reducción del tipo de interés durante esos cuatro años de euribor + 0,25 y la ampliación del plazo total de amortización hasta un total de cuarenta años a contar desde la concesión del préstamo. Para acceder a esta medida se ha tenido que producir, en los últimos cuatro años, un cambio significativo en las circunstancias familiares que permita apreciar su vulnerabilidad³⁸.

Si además de encontrarse en aquellas circunstancias que determinan el umbral de exclusión social, el préstamo se concedió para adquirir la única vivienda que tiene el deudor en propiedad, careciendo de otros bienes y derechos que sirvan de garantía, se podría optar por el segundo nivel, que es la quita, al resultar inviable la reestructuración.

Con la quita de la deuda se consiguen dos cosas, equilibrar el valor de tasación con el valor real de la vivienda que se vio inflado durante la burbuja, e incentivar el pago de la deuda al ver reducida su cuantía.

Por último, la dación solo procederá si las medidas anteriores son inviables y siempre que la finca no se encuentre gravada con cargas posteriores. La entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que esta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda personal del deudor y de los fiadores. En este caso, si existen fiadores,

el deudor se podrá beneficiar de la medida si estos fiadores reúnen también las condiciones exigibles para ser incluidos en el umbral de exclusión.

III. ALTERNATIVAS O MEDIDAS COMPLEMENTARIAS A TENER EN CUENTA

1. INTERVENCIÓN DE NOTARIOS Y REGISTRADORES

Bajo este epígrafe reivindicamos un papel más activo de los notarios y registradores como controladores de la legalidad del contrato de crédito hipotecario.

En términos generales, la validez de una cláusula queda supeditada a su ajuste con otras normas del ordenamiento jurídico, como los límites generales que establece el artículo 1255 del Código Civil para la autonomía de la voluntad (no ser contrarias a la ley, la moral y el orden público), el principio de la buena fe que impone el cumplimiento de los contratos del artículo 1258 del Código Civil, o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (art. 7 CC). Pero en particular se debe tener en cuenta la Ley 7/1998, de 7 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y la normativa contenida en los artículos 80 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre de 2007.

La Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, dentro de los deberes que corresponden a notarios y registradores, admite en su artículo 18.1 el control de legalidad por parte de estos, señalando: «En su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta ley». En este mismo sentido, el artículo 18 LH impone con carácter general un control de legalidad que obliga a denegar la inscripción de los pactos que sean nulos y las cláusulas abusivas lo son de pleno derecho, sin necesidad de ninguna sentencia.

En la STS de 16 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010/702) se reitera el papel activo del registrador en presencia de una cláusula abusiva, destacando el papel propio de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciando entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula. Por ello, a título de ejemplo, en el Fundamento de Derecho duodécimo se afirma: «la cláusula que estableciese la absoluta prohibición de arrendar no solo no es inscribible sino que no es válida».

La Resolución de la DGRN, de 1 de octubre de 2010 (*RJ* 2010/4273), reconoce que la interpretación del artículo 12 LH, que admite la transcripción de las cláusulas financieras en el Registro vulneraba los principios rectores del sistema registral español por permitirse el acceso al registro de un tipo de cláusulas carentes de eficacia alguna frente a terceros; afirma, además que: «dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto». Esto es, el registrador puede rechazar la inscripción de una cláusula que haya sido declarada por resolución judicial como nula, así como otras que sin previa valoración puedan apreciarse objetivamente por no contener conceptos jurídicos indeterminados.

En la medida en que la normativa comunitaria y la interpretación del Tribunal de Luxemburgo permite eliminar esa cláusula tóxica por abusiva manteniendo el resto del contrato, no es posible ampararse en las facultades moderadoras del juez para reintegrar el contrato como excusa para rechazar este filtro registral de cláusulas abusivas.

2. INTERMEDIACIÓN HIPOTECARIA

Acorde con las iniciativas y reformas legales, tanto de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, como del artículo 2, apartado 1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y del artículo 4, apartado 5³⁹ de la Ley de 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, así como con el espíritu europeo de renegociación de la deuda, la mediación en materia hipotecaria se alza con gran empuje.

Una de las opciones que se podría mantener sería la de acudir a una mediación obligatoria cuyo fin principal, entre otros, fuese la renegociación de la deuda, proponiendo las partes un plan de pagos en función de las circunstancias que concurren. Es cierto que la mediación, tal y como se configura en la Ley nacional de 2012, es voluntaria (art. 6), y así es como se ha de mantener en determinados ámbitos como el familiar para que la mediación llegue a buen fin. Las reformas que en materia procesal ha planteado la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles van dirigidas a fomentar la mediación intrajudicial a través de la información e invitación a la primera sesión informativa. Sin embargo, en la mediación hipotecaria tendría que ser obligatoria antes de acudir a la ejecución, incluyéndose en las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario

o a instancia del juzgador antes de iniciar el procedimiento hipotecario, pues el beneficiario, en cualquier caso, sería el deudor que, en su consideración de consumidor, se le protege por ser la parte más débil en el contrato, por lo que un posible pacto con la entidad financiera adoptado en igualdad y equilibrio de las partes siempre será mejor que la pérdida de su vivienda.

Acudir a la mediación está justificado en cualquier caso, antes de iniciar la ejecución o durante el proceso. Pero el incentivo para las entidades de crédito de acudir a la intermediación hipotecaria antes de que se produzca el impago o retraso generalizado de las cuotas del préstamo es mayor, ya que afecta a su cuenta de resultados, evitando la calificación de la operación de refinanciación o reestructuración de «riesgo dudoso», calificación que se obtiene por la existencia de importes vencidos con una antigüedad superior a seis meses, con las pérdidas que ello le ocasionaría a nivel contable⁴⁰.

En tal sentido se está trabajando desde los Colegios de Abogados y en colaboración con los Ayuntamientos (a través del sistema público de servicios sociales) y, en su caso, con los Colegios de Trabajadores Sociales en la implantación de las Oficinas de Intermediación Hipotecaria para acercar las posiciones entre el deudor y la entidad financiera. En este modelo, el intermediador no es un mediador como tal, ya que el abogado acompaña y asesora a la familia en todos los aspectos legales y jurídicos con el fin de encontrar una solución satisfactoria para ambas partes. El abogado que actúe en la intermediación facilita asesoramiento e información de las consecuencias derivadas del impago, a la vez que media con la otra parte interesada, y concluye su expediente asistiendo al deudor ante el notario para recoger en documento público el acuerdo adoptado con la entidad. Por consiguiente, carece de ese carácter imparcial y neutral del mediador que facilita el clima de la negociación sin proponer soluciones. Estas oficinas de intermediación son un servicio más que presta el Colegio de Abogados con un claro trasfondo social.

3. DACIÓN EN PAGO

Se define como todo acto de cumplimiento de la obligación que, con consentimiento del acreedor, se lleva a cabo mediante una prestación distinta a la inicial. El Código Civil no la regula expresamente, aunque se refiere a ella en varios preceptos (arts. 1521, 1636 y 1849).

La dación en pago supone, en caso de incumplimiento, la extinción del préstamo hipotecario por la entrega de la vivienda. Es esta una de las soluciones defendidas por la plataforma de afectados por la hipoteca y que más interés despierta en la prensa y demás medios de comunicación. Resulta paradójica la prohibición del pacto comisorio en el artículo 1858 del Código Civil para evitar abusos por parte del acreedor y que ahora resulte ser la tabla de salvación para muchas familias.

Nuevamente los órganos de política europea vuelven a intervenir en atención a la situación social que los desahucios hipotecarios están provocando en los distintos países, y lo hace, como lo ha hecho hasta ahora, con llamadas de atención para que se utilicen aquellos recursos legales de los que dispone cada ordenamiento jurídico. En esta ocasión, el informe sobre vivienda social aprobado por el Pleno de la Cámara incluye una serie de recomendaciones, entre ellas aparece la dación en pago⁴¹ para los deudores o familias en situación de quiebra. España ya contemplaba esta opción en situaciones excepcionales (Reales Decretos comentados) y es posible su pacto en cualquier momento, siempre que acreedor y deudor estén de acuerdo. Por lo tanto, es una medida que nada nuevo aporta.

Y es que, ciertamente, hasta ahora, las distintas aportaciones europeas no incluyen una fórmula jurídica propia y originaria, entre otras razones porque sería prácticamente imposible, ya que cualquier medida en este sentido se encontraría con los obstáculos propios de la diversidad legislativa de la eurozona. Por lo que volvemos a lo mismo, a un documento europeo que no tiene implicaciones legales, pero sí una fuerte carga política. Respuestas a nivel supranacional que aboguen por otorgar efectos retroactivos a la dación en pago no se van a dar porque dependen de las circunstancias financieras de cada país. Nunca va a haber una solución en tal sentido.

Las llamadas de atención a favor de la dación en pago ya se produjeron con anterioridad cuando la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, en fecha de 17 de diciembre de 2010, extinguía la deuda pendiente tras el banco adjudicarse en subasta el inmueble hipotecado⁴².

Los defensores de una dación en pago de forma generalizada la admiten porque no creen entender el interés que pueda tener el Estado o las entidades financieras en condenar a una persona a la economía sumergida exigiendo el pago de una deuda que nunca van a poder saldar definitivamente⁴³.

Los detractores se escudan en el perjuicio generalizado que la adopción de esta medida provocaría a consumidores y a adquirentes de vivienda por dificultar el acceso al crédito⁴⁴ frente a la relativa ventaja cuantitativa que obtendría el 3 por 100 de los deudores hipotecarios en vías de ejecución. Se puede justificar la negativa a una admisión generalizada de la dación en pago desde razonamientos jurídicos o económicos, pero socialmente, el principal escollo es que se trata de una medida rechazada por las entidades financieras, que después de la clase política, es lo que peor valorado se encuentra en nuestro país.

En el ámbito hipotecario no cabe la dación en pago entendida como liberación de la deuda impuesta al banco con la entrega de la vivienda. Atenta contra el principio de responsabilidad patrimonial universal y de la autonomía de la voluntad. Sí caben medidas que sirvan para incentivar su conclusión voluntaria por acuerdo de la partes, por ejemplo, de carácter fiscal.

Para respetar ambos principios y, precisamente, basándose en la capacidad de las partes de autorregular sus relaciones, BALLUGERA GÓMEZ (2013) interpreta

el contrato del préstamo hipotecario conforme a la legislación existente y, en concreto, al artículo 6 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que establece la prevalencia de la condición más beneficiosa para el cliente en el caso de contradicciones en la escritura. La contradicción, premisa necesaria para optar con la condición más beneficiosa, estaría en que, de un lado, se pacta en el contrato la responsabilidad personal universal y, de otro lado, la exigencia de una garantía por la totalidad de la deuda como condición para la concesión del préstamo. De tal forma que si la tasación del bien es menor no hay crédito, formándose en el deudor unas expectativas razonables de que la responsabilidad de la deuda quedaba completamente saldada con la garantía. Para acreditar esta circunstancia se le impone al deudor una tasación que solo beneficia al acreedor, a fin de poder ir a la ejecución directa, titularizar y, además, hacer más difícil el acceso del público a la eventual subasta.

Si esto se pudiera evidenciar en un juicio, debería prevalecer la disposición más beneficiosa para la persona consumidora, la cual se entiende en el sentido que la garantía cubre la totalidad de la deuda y solo hasta ese límite.

Una interpretación forzada que pasa por demostrar todo ese tipo de convencimientos en un juicio. Una solución compleja, pero es una solución o salida a entender la dación en pago dentro del contrato y, por tanto, dentro de la capacidad de negociación de las partes, que es lo que requiere nuestro ordenamiento jurídico.

4. ALQUILER DE VIVIENDAS

Cuando las estadísticas han mostrado el alto número de viviendas desocupadas, la opción del alquiler de viviendas resurge con ímpetu y es una medida que a nivel estatal y autonómico se está relanzando como respuesta a la pérdida de la vivienda hipotecada.

La Ley de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, de 14 de mayo de 2013, prioriza el acceso al alquiler a las familias afectadas por desahucios como consecuencia de la ejecución judicial o extrajudicial de hipotecas o como consecuencia de la dación en pago. La particularidad de este contrato de arrendamiento está en el tiempo de duración que se reduce a un máximo de dos años, salvo pacto en contrario, y a una renta máxima de conformidad con los parámetros del Código de Buenas Prácticas.

La historia del contrato de arrendamiento de vivienda está hecha de vaivenes, es la historia de una figura jurídica utilizada como instrumento para controlar la inversión inmobiliaria. Su regulación se ha proyectado sobre aspectos colaterales a la misma, más que a los fines propios del alquiler o a los intereses de las partes en juego. Blindar el contrato con un contenido imperativo o abrirlo a lo

que arrendador y arrendatario quieran libremente pactar ha sido el binomio que se ha utilizado para buscar una mayor o menor intervención.

Según la Ley de 4 de junio de 2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas⁴⁵, ahora hay que apostar por la dinamización del mercado del alquiler y, para ello, ¿qué medidas emplea el legislador para conseguirlo? Pues, nuevamente, se centra, por un lado, en la libertad de pacto, dando prioridad a la voluntad de las partes y, por otro lado, en el tiempo de duración del alquiler, reduciendo de cinco años a tres por el total de las prórrogas obligatorias y de tres años a uno por la prórroga tácita. Ahora el arrendador puede oponerse a cualquiera de las prórrogas obligatorias, una vez cumplido el primer año del contrato y siempre con dos meses de antelación a la fecha de terminación de cualquiera de las anualidades posteriores, sin que la necesidad de utilizar la vivienda para el arrendador se haya previsto en el contrato (art. 9.3 LAU) . En las reformas de las leyes de arrendamiento urbano y rústico, cuando se reducen los plazos de duración del contrato se elimina la irrenunciabilidad del derecho de adquisición preferente, dejando a la voluntad de pacto excluir este derecho (art. 25, apart. 8 LAU). En opinión de GONZÁLEZ CARRASCO (2013, pág. 188), los derechos de adquisición preferente no deberían poderse excluir por pacto, sino simplemente, desaparecer del régimen arrendaticio en un sistema en el que la variedad de oferta de pisos en venta ha dejado de justificar una limitación tal de la libre transmisibilidad de la propiedad del arrendador. Sin embargo, considero que el tanteo y el retracto aportan cierta estabilidad al arrendatario que ante la enajenación del inmueble le permite seguir disfrutando de su hogar, ahora en concepto de dueño.

Aunque toda propuesta de regulación del arrendamiento de vivienda se ha planteado desde la óptica del equilibrio entre los derechos-deberes del arrendador y del arrendatario, la balanza se ha inclinado por uno o por otro en cada reforma arrendataria. En este caso, la balanza se inclina a favor del arrendador, y se hace conscientemente porque se piensa que de esta forma entrarán en el mercado del alquiler un mayor número de viviendas, muchas de ellas mientras esperan a un comprador con crédito suficiente para adquirirlas. Esto es, se sigue en la misma línea que en la reforma anterior (Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler de viviendas y mejora energética de los edificios), que ampliaba los supuestos de rescisión del contrato por necesidades del arrendador y agilizaba el proceso judicial arrendaticio de desahucio y reclamación de rentas pendientes, porque así entiende el legislador que se corrige el miedo del arrendador a alquilar su propiedad.

Pero, en contrapartida, al restar tiempo de duración a la vigencia del contrato de alquiler, lo que se está perdiendo es la estabilidad necesaria que se ha de mantener cuando se trata de un contrato que afecta al hogar familiar. Cuando el arrendador encuentra a un inquilino cumplidor de sus obligaciones, lo que le interesa es mantenerlo en el contrato. El miedo al impago de la renta no se

solventa reduciendo el tiempo de duración del contrato ni de las prórrogas, sino agilizando el procedimiento de desahucio, pues el incumplimiento de la obligación de pago resuelve el contrato quedando extinguido sin necesidad de tener que mantener a ese arrendatario moroso en la vivienda. No tiene sentido reducir las prórrogas obligatorias si, a la misma vez, se opta por un sistema que permite la denegación de las mismas por causa de necesidad imprevista del arrendador transcurrido el primer año. No tiene sentido potenciar la inscripción registral como fórmula de protección del inquilino ante enajenaciones a terceros de la vivienda arrendada con independencia de la duración, si los gastos de escrituración y registro no lo salvaguardan frente al principal peligro de extinción de su derecho durante el periodo prorrogado, consistente en la alegación de causa de necesidad por parte del propio arrendador.

La Disposición Adicional primera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social prevé la constitución de un fondo social de viviendas. Mediante la misma se encomienda al Gobierno que promueva con el sector financiero la constitución de un fondo social de viviendas propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario.

Este fondo social de viviendas tendrá como objetivo facilitar el acceso de estas personas a contratos de arrendamiento con rentas asumibles en función de los ingresos que perciban. En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la norma se podrá valorar la ampliación del ámbito de cobertura del fondo social de viviendas a personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad social distintas a las previstas en el artículo 1.

Una especial referencia merece el Decreto-ley de la Junta de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. Esta norma modifica el artículo 1 de la Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía para establecer como contenido esencial del derecho de propiedad de la vivienda el deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitual previsto en el ordenamiento jurídico. Asimismo, impone el deber de mantener, conservar y rehabilitar la vivienda con los límites y condiciones que establezca el planeamiento y legislación urbanística. Los dos objetivos que se marca el legislador con su promulgación son el desarrollo de una serie de medidas de actuación sobre viviendas desahabitadas, y la regulación de un procedimiento de expropiación temporal del uso de viviendas objeto de procesos de ejecución hipotecaria.

Incluimos el comentario al Decreto-ley 6/2013 dentro de este apartado porque lo que se cede es el uso, aunque no quede muy clara la relación jurídica entre la entidad adjudicataria del inmueble y el desahuciado que recupera el uso de la vivienda. Más le hubiese servido al ejecutivo andaluz servirse del contrato forzoso de alquiler y no de esta situación jurídica particular de expropiación

del uso donde la Administración autonómica asume una especie de usufructo temporal de la vivienda y, con él, el derecho de imponer arrendamientos sobre la misma por el tiempo de duración del usufructo. En estos casos será la Administración expropiante, la que actúa como arrendador, la deudora de los gastos de comunidad, de los deberes de conservación y de realización de obras necesarias en la vivienda arrendada. Igualmente es la Administración, y no el beneficiario de la medida, quien paga el justiprecio o contraprestación, si bien el desahuciado estará obligado a pagar a la Administración en concepto de contribución al pago del justiprecio el 25 por 100 de los ingresos de su unidad familiar.

Se ha debatido mucho sobre el cauce utilizado de la expropiación y del coste que tendrá que asumir la ya endeudada Comunidad Autónoma andaluza. Pero, si bien es cierto que nunca es grato acudir a la expropiación por causa de interés social, este recurso ya se utilizó por el gobierno nacional con el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, al paralizar el lanzamiento de la vivienda del deudor ejecutado sin que hubiese, en este caso, contraprestación o justiprecio.

De la Disposición Adicional segunda del Decreto-ley se beneficiarán aquellas personas que cumplan los requisitos económicos que se establecen en la norma⁴⁶ y se hayan vistos privados de su vivienda, consecuencia del procedimiento de ejecución hipotecaria, por lo que podrán disfrutar del uso de la vivienda por un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de lanzamiento acordado por el órgano judicial competente. Esta expropiación del uso se aplicará únicamente a las viviendas adjudicadas a los bancos o sus entidades filiales.

A tal efecto se crea un registro público de viviendas deshabitadas de carácter autonómico que queda bajo el control de la Consejería de Vivienda, pudiendo recabar información a los particulares, a las compañías suministradoras de servicios, notarios y registradores. Una vez declarada la vivienda deshabitada, no solo puede ser objeto de expropiación del derecho de uso (temporal) sino que, por un lado, se le notificará dicha resolución al Ayuntamiento en cuyo término radique el inmueble para que puedan aplicar el recargo del Impuesto de Bienes Inmuebles previsto en el artículo 72 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales y, por otro lado, podrá dar lugar a la apertura de un procedimiento sancionador (multas de hasta 9.000 €) previsto en el mismo Decreto-ley por «no dar efectiva habitación a la vivienda», siempre que el titular de la vivienda sea una persona jurídica.

Con esta medida vuelve a renacer el perenne debate sobre las competencias de las Comunidades Autónomas. Hasta dónde llegan sus atribuciones, cómo se interpreta el reparto competencial que establece la Constitución en los artículos 148 y 149. En tal sentido, son las Comunidades Autónomas las que tienen competencia en materia de urbanismo, asumiendo el protagonismo sobre el diseño de sus territorios. Al Estado le corresponde la determinación del marco común, mientras que a las Comunidades Autónomas le corresponde el

modelo de ciudad y de territorio. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las Comunidades Autónomas, siempre que sus previsiones sean coherentes con la regulación estatal, están habilitadas para regular causas de expropiación, teniendo en cuenta que el marco general de desarrollo de la expropiación forzosa sería competencia estatal, también las garantías que les correspondan, así como supuestos indemnizatorios específicos y procedimientos administrativos especiales. En cualquier caso, si entra dentro de la competencia exclusiva del Estado el contenido del derecho de propiedad que ahora se redefine para incluir el uso. Otra cuestión sería también determinar si esta importante materia en atribuciones que se le conceden a la Administración para ejercer el control e inspección de estas viviendas se puede llevar a cabo a través de esta figura legislativa, el decreto ley, relegada a casos de extraordinaria y urgente necesidad.

5. LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

El artículo 105 LH dispone que «la hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil».

La atribución legal conjunta de estas responsabilidades real y patrimonial puede verse alterada por el pacto en la escritura de constitución de la hipoteca para hacer efectiva la obligación garantizada exclusivamente con los bienes hipotecados, quedando la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor limitados al importe de los bienes gravados, sin que alcancen a los demás bienes del patrimonio del deudor. Esta posibilidad, contemplada en el artículo 140 LH, se debe a la Ley de 30 de diciembre de 1944, de reforma de la Ley Hipotecaria, que introducía así una importante innovación que no contaba con antecedentes legislativos autóctonos⁴⁷, pero también una alteración de la doctrina general que hasta ese momento se aplicaba.

El tiempo ha demostrado que esta hipoteca de responsabilidad limitada, junto con la de rentas y prestaciones periódicas, puede considerarse como una de las especies hipotecarias menos comunes de las previstas en nuestro ordenamiento jurídico, según indica tanto la escasa litigiosidad que se presenta sobre ella como la experiencia de los notarios autorizados de las escrituras de préstamo hipotecario⁴⁸. Su importancia ha sido más teórica que práctica, ya que es de nula aplicación un precepto que elimina la afección de otros bienes del deudor al cumplimiento de sus deberes contractuales. La limitada repercusión y el escaso atractivo que representa para los acreedores renunciar a parte de su garantía explican el desinterés práctico al que ha llevado una hipoteca que se mueve contra corriente en un mercado que considera insuficiente cualquier garantía derivando a la aglutinación y superposición de estas.

Es una opción hipotecaria que no se utiliza porque el crédito garantizado se encarece muchísimo si se establece una cobertura incompleta, aparte de las repercusiones que pueda tener en el mercado secundario.

Es significativo el momento histórico en el que apareció este tipo de hipoteca, en 1944, cuando la situación económica después de la guerra civil y durante el hermetismo de una guerra mundial era lo suficientemente asfixiante como para poner en práctica otras fórmulas que estimularan las inversiones de una sociedad de base agrícola.

Es cierto que si tenemos en cuenta determinadas circunstancias como la imputación contractual automática del riesgo de la deflación de los inmuebles a los deudores hipotecarios, o el posible antecedente histórico del precepto basado en la Ley cubana de 3 de abril de 1933, que establecía la preceptiva limitación de la responsabilidad patrimonial, o la incisiva situación económica actual en el ámbito social, nos llevan a buscar una respuesta legislativa en el sentido de potenciar la responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios. Pero, ¿en qué sentido?

No es posible derogar la responsabilidad ilimitada del deudor, pues afecta a la base jurídica de las obligaciones.

De plantear la aplicación del artículo 140 LH como la regla general y la excepción enmarcarla en el artículo 105 del mismo texto legal, tampoco se obtendría un resultado operativo. Es decir, se puede buscar una alternativa menos agresiva y más respetuosa con la tipología hipotecaria, de tal forma que en el préstamo hipotecario, si se siguiera esta opción, se añadiera una renuncia expresa a la responsabilidad limitada hipotecaria, por lo que, ante la ausencia de pacto se aplicara el artículo 140 LH⁴⁹. En definitiva, que la ejecución del préstamo hipotecario impagado no pudiese extenderse al patrimonio presente y futuro del deudor sino cuando expresamente así se hubiese pactado, convirtiendo la excepcionalidad de la responsabilidad limitada en la regla general. Sin embargo, esta alternativa que se plantea no es muy efectiva, pues la práctica notarial demuestra que aún explicando didácticamente cuál es la responsabilidad que se está asumiendo sobre el patrimonio y las posibles consecuencias de la misma, en el futuro no se opone objeción alguna aceptándola como otra cláusula más del contrato.

6. SISTEMA DE CONTROL SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE TASACIÓN DE INMUEBLES

Intentar que la tasación y el valor mínimo de adjudicación del inmueble en subasta sean más ajustados al valor real, implica su determinación durante el proceso de ejecución. En este sentido se podría articular la tramitación de esta circunstancia a petición del acreedor ejecutante o del propio deudor en el procedimiento de ejecución para proceder a la valoración pericial por

decisión judicial del inmueble en fecha más cercana al acto de venta forzosa. Hay que tener en cuenta que la valoración que se toma como referencia se calcula al tiempo de constituir la garantía, por lo que sería interesante que ese valor se actualizara al momento de iniciar el procedimiento utilizando la intervención de peritos independientes. De esta manera la tasación establecida en la escritura de hipoteca solo serviría para determinar la cuantía del préstamo sin que se utilizase como tipo de la subasta, pues luego se concretaría en el procedimiento.

Esta medida es beneficiosa para ambas partes, pues si las fluctuaciones y demás vicisitudes han hecho que el precio del inmueble al tiempo de la ejecución sea mayor perjudicará al deudor, y si ha disminuido ocasionará que la subasta quede desierta, afectando al acreedor.

La tasación lo que refleja es el valor del inmueble en un momento determinado, y no hace previsiones sobre la evolución del mercado, ni garantiza que el valor se vaya a mantener en el futuro.

Es una buena apuesta la que se hace en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, al reforzar la independencia de las sociedades de tasación controlando, tanto la composición del accionariado con participaciones significativas en las sociedades de tasación, como la presencia de la entidad o entidades que pertenecen al mismo grupo en estas sociedades de tasación. Por ello las entidades de crédito que cuenten con servicios propios de tasación y tengan en circulación títulos hipotecarios deberán constituir una comisión técnica que verifique los requisitos de independencia. Esta medida lleva aparejado un endurecimiento del régimen sancionador cuando se detecten irregularidades en la prestación de sus servicios. Asimismo, se obliga a las entidades a aceptar la tasación aportada por el cliente, siempre que provenga de un tasador homologado⁵⁰.

IV. CONCLUSIONES

I. No podemos quedar impasibles ante la situación social que estamos viviendo. Hay que abordar soluciones que atajen el drama social y humano que plantea la pérdida de la vivienda para los más afectados por la crisis y el desempleo. Y hay que hacer algo por razones éticas y de responsabilidad social y jurídica, pues esta es una situación que se está produciendo dentro de un contexto de ayudas públicas destinadas al saneamiento del sistema financiero.

II. La importancia de la sentencia del TJUE, de 14 de marzo de 2013, sobre la ejecución hipotecaria española, radica en que ofrece un punto de debate, abandona la pasividad contemplativa de la situación económico-social española y pone sobre la mesa algunas medidas a adoptar dentro de la legislación ya vigente apremiando a su armonización. Hay autores, como AGÜERO ORTIZ (2013), que con acierto califican a la situación promovida por la sentencia como de «mucho

ruido y pocas nueces», y es cierto, ya que no aporta una solución definitiva e inmediata para solventar la situación de los desahucios, pero, al menos, toma cartas en el asunto, dando una llamada de atención para que el legislativo se «remangue» e intervenga de una vez por todas.

III. Partiendo de que la constitucionalidad de una norma no debe hacerse depender de la situación económica, sino que esta debe provocar un cambio legal, competencia del poder legislativo, considero que el mayor control debería residir no tanto en la fase final ejecutiva del crédito hipotecario sino en la fase constitutiva, potenciando la posición como consumidor del prestatario deudor hipotecario, restableciendo un equilibrio inexistente actualmente, por lo que se debería de dotar de un mayor contenido imperativo al contrato bancario que permitiera corregir estos desequilibrios, solución esta más coherente con la amplia regulación que sobre consumo se establece a nivel nacional y europeo tras los esfuerzos por armonizar las legislaciones de los distintos estados, y más acorde con la intervención en el proceso hipotecario de dos grandes técnicos del Derecho: el notario y el registrador.

IV. Si de reformas legales queremos hablar para solucionar el problema del deudor que se queda sin vivienda y con una deuda considerable, buscando una solución legal que sea suficiente y con proyección de futuro, entonces, tendríamos que abordar la reforma legal del proceso concursal, del tratamiento jurídico que se despacha a la persona física en situación de sobreendeudamiento. El problema no es el de limitar la responsabilidad hipotecaria o el de renunciar a la responsabilidad patrimonial universal, sino de una modificación de la legislación concursal a favor de las familias. La Ley concursal está pensada en unidades de producción y no en unidades familiares de consumo, cuestión que hay que atajar y resolver.

V. No considero viable la aplicación generalizada de la dación en pago ni creo que sea el momento oportuno para abordar una reforma estructural de la hipoteca, pero también entiendo que no podemos permanecer ajenos a la situación actual, por lo que las alternativas vendrían de la mano de la renegociación de la deuda, bien sea por imperativo legal (el sentido de las reformas hipotecarias), imperativo judicial (utilizando las cláusulas *rebus sic stantibus*) o imperativo contractual (acuerdo de mediación hipotecaria). Y cuando esta finalidad se vea frustrada o sea imposible, entonces, atender con mayor ahínco al sistema del alquiler como acceso a la vivienda.

VI. Debido al carácter excepcional de la cláusula *rebus sic stantibus*, no puede alegarse la crisis económica como motivo universal que justifique la aplicación generalizada de la cláusula, pero si combinamos aquellas con las circunstancias del caso (se trate de la vivienda familiar, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para obtener financiación, modificación significativa de la situación económica del deudor por los motivos coyunturales, etc.) podríamos encontrar una salida para hacer extensible la reestructuración del crédito a otros

supuestos que no entren dentro de los márgenes marcados por la ley y que son cercanos a la exclusión social. Lo interesante, en este caso, es que se podría aplicar la renegociación de las condiciones de pago, incluso ante la negativa injustificada del acreedor.

VII. Hay que hacer más ostensible la consideración de consumidor al deudor hipotecario, al fin y al cabo se trata de un sujeto de mercado que contrata un servicio para destinarlo a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares. Es interesante su inclusión en el concepto, pues la tutela del consumidor actual tiene precisamente la misión de erradicar algunas disfunciones de la economía del mercado, y una de estas disfunciones es la proliferación de las formas de contratación en masa que abocan a una situación de desigualdad o desequilibrio.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 4 de junio de 2009.
- STJUE de 3 de junio de 2010.
- STJUE de 14 de junio de 2012.
- STJUE de 14 de marzo de 2013.
- STS de 14 de diciembre de 1940.
- STS de 16 de diciembre de 2009.
- STS de 18 de julio de 2012.
- STS de 27 de diciembre de 2012.
- STS de 17 de enero de 2013.
- SAP de Navarra de 17 de diciembre de 2010.
- SAP de Murcia de 27 de febrero de 2013.
- RDGRN de 1 de octubre de 2010.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2013): «La ejecución hipotecaria y los desahucios: un problema social», en *Registradores de España*, núm. 64 (enero-marzo), pág. 127 y sigs.
- AGÜERO ORTIZ, A. (2013): «Sentencia europea sobre la ejecución hipotecaria española: mucho ruido y pocas nueces», en *Centro de Estudios de Consumo* [en línea], marzo, disponible en <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/jurisprudencia/30.pdf>
- ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M.; LUNA YERDA, A. y XIOL BARDAJÍ, M. (2013): «Crisis económica y cláusula *rebus sic stantibus*: ¿cambio de vía en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo? Comentario de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013 (RJ 2013/1819)», en *Revista Aranzdi Doctrinal*, núm. 3.

- ALBIÑANA Y SUÁREZ DE LEZO (Departamento Bancario y Financiero) (2013): «Los nuevos criterios del Banco de España sobre refinanciaciones y reestructuraciones», en *Revista Contable*, núm. 12 (junio).
- ALMENAR BELENGUER, J. (2013): «La ejecución hipotecaria y los desahucios: un problema social», en *Registradores de España*, núm. 64 (enero-marzo), pág. 126.
- ANCHÓN BRUÑÉN, M. J. (2012): «Soluciones para la mejora del procedimiento de ejecución hipotecaria», en *Diario La Ley*, núm. 7966 (16 de noviembre).
- (2013): «Iniciativa legislativa popular relativa a la dación en pago: impedimentos para que prospere y soluciones alternativas», en *Diario La Ley*, núm. 8031, 26 de febrero.
- APARICIO HACKETT, M. (2010): «La cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación en la crisis», en *2010, Anuario Mercantil para abogados. Los casos más relevantes en 2009 de los grandes despachos*. Madrid, La Ley.
- BAÑUGERA GÓMEZ, C. (2013): «Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013», en *Diario La Ley*, núm. 8092 (28 de mayo) y *Actualidad Civil*, 13 de junio.
- CARRASCO PERERA, A. (2012): «La corte de los milagros o la suspensión de lanzamientos hipotecarios», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 854.
- (2013): «La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de reforma hipotecaria y la articulación procesal del control sobre cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria», en *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)* [en línea], núm. 6, 58-65, disponible en <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/301/273>
- CASTILLA CUBILLA, M. (2011): «La responsabilidad patrimonial limitada en los préstamos hipotecarios como instrumento de modulación de los precios inmobiliarios», en *Actualidad Civil*, quincena del 16 al 30 de junio, pág. 1355 y sigs.
- COLEGIO DE REGISTRADORES: *Panorama registral de impagos hipotecarios de vivienda en 2012* [en línea], disponible en http://www.registradores.org/estadisticas_propiedad_1682.jsp
- CORDERO LOBATO, E. (2012): «Notas de urgencia sobre la paralización temporal de desahucios hipotecarios establecida en el Real Decreto-ley 27/2012», en *Diario la Ley*, núm. 7973 (de 27 de noviembre) y núm. 7988 (de 20 de noviembre).
- (2013): «La hipoteca flexible: los retos pasados y presentes de la reina de las garantías. En particular, el problema del aplazamiento en las refinanciaciones», en *Diario La Ley*, núm. 8109 (20 de junio).
- (2013): «Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* [en línea], núm. 5, 30, disponible en <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/255/220>
- DÍAZ FRAILE, J. M. (2013): «El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 14 de marzo de 2013», en *La Ley Unión Europea*, núm. 5 (junio).
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013): «La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* [en línea], núm. 5, 5-25, disponible en <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/254/219>

- GARCÍA ABURUZA, M. P. (2012): «Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula *rebus sic stantibus*», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6.
- GARCÍAS DE ESPAÑA, E. (2013): «Ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, dación en pago y reclamación posterior», en *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2013): «El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* [en línea], núm. 6, 170-190, disponible en <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/315/280>
- MARÍN CASTÁN, F. (2013): «La ejecución hipotecaria y los desahucios: un problema social», en *Registradores de España*, núm. 64 (enero-marzo), pág. 129.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013): «La voluntad virtual del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11)», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* [en línea], núm. 5, pág. 39 y sigs., disponible en <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/256/221>
- NIN ABARCA, M. (1947): «La hipoteca de responsabilidad limitada», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 228 (mayo-junio), págs. 292-315.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F. (2011): «Responsabilidad individual, ejecución hipotecaria y endeudamiento familiar», en *Ejecución hipotecaria* [en línea], julio-septiembre, pág. 120, disponible en <http://www.registradores.org/revistas-registradores.jsp>
- SALVADOR CODERCH, P. (2011): «Alteración de las circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en Materia de Obligaciones y Contratos», en *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, pág. 5.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013): «La cláusula *rebus sic stantibus* en el ámbito de la contratación inmobiliaria. Aplicación a los supuestos de imposibilidad de financiación en la compraventa de viviendas. Comentario a la sentencia dictada por el pleno de la Sala Primera de 17 de enero de 2013», en *Diario La Ley*, núm. 8077 (7 de mayo).

NOTAS

¹ El reconocimiento del derecho a la vivienda como derecho constitucional está vinculado a su consideración como una necesidad básica imprescindible para vivir con dignidad y seguridad. Que la persona pueda disfrutar de este marco o dimensión espacial de carácter primario como es la vivienda, le permite satisfacer al individuo y a la familia necesidades biológicas, de albergue y defensa, necesidades personalísimas, de intimidad, bienestar y seguridad, y, en última instancia, necesidades sociales y ambientales, de relaciones de convivencia y de vecindad. Por eso la Constitución establece, dentro de los principios rectores de la política social y económica, que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, y que los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. Ahora bien, no se puede considerar el derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna como un simple derecho privado de exigibilidad individual, sino desde la perspectiva social. La Constitución impone a los poderes públicos obligaciones que exceden de la dimensión individual del derecho. Es un mandato dirigido a la colaboración entre Administraciones y entidades de crédito para la promoción de viviendas y la regulación proclive a facilitar su

acceso y solventar cuestiones litigiosas relacionadas con el domicilio familiar. En este sentido encajan perfectamente las recientes reformas legales en materia hipotecaria. Siguiendo con la línea constitucional habría que potenciar la vivienda de protección oficial, que se ha convertido en una vivienda protegida pero no social. Esta vivienda pública no ha ido dirigida a los sectores más vulnerables de la población, ni se le ha dado un uso racional de los recursos habitacionales y territoriales. La Administración no ha tenido en cuenta las necesidades de la población, sino que ha utilizado el desarrollo urbanístico como fuente de ingresos creando barrios sin dotación de servicios, promociones inmobiliarias vacías con desatención del casco antiguo de las ciudades.

² Panorama registral de impagos hipotecarios de vivienda en 2012 [en línea], disponible en http://www.registradores.org/estadisticas_propiedad_1682.jsp

³ Magistrado y vocal del Consejo General del Poder Judicial.

⁴ Las pujas electrónicas se encuentran previstas en el artículo 649, apartado 2 LEC para la subasta de los bienes muebles, pero sigue sin ser una práctica habitual.

⁵ En materia de reforma del procedimiento de ejecución se señalan las siguientes medidas: el aumento de garantías en la práctica de los actos de comunicación al ejecutado; que el valor de tasación se corresponda con el de mercado; medidas para hacer llegar las subastas a todos los ciudadanos; considerar otras opciones como la administración en pago en aras de cobrarse con los frutos del bien cuando al acreedor no le interese la adjudicación del inmueble, etc. [ANCHÓN BRUÑÉN, M. J. (2012) y AA.VV. (2013), pág. 127 y sigs.].

⁶ En el año 2010 solo 905 particulares fueron a procesos concursales en España, sin embargo en Alemania sumaron 60.000 y 100.000 en Francia.

⁷ Este remedio para restablecer el equilibrio alterado carece de regulación legal, siendo creada y desarrollada por la jurisprudencia tras la Guerra Civil (STS de 14 de diciembre de 1940 —*RJ* 1940/1135—). La propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, de la Comisión General de Codificación, propone su formulación legal concretando los presupuestos de aplicación: «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieran cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante la ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución. La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato» (SALVADOR CODERCH, 2011, pág. 5).

⁸ Presupuestos recogidos, entre otras, en la sentencia del TS de 27 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1625).

⁹ *JUR* 2013/133348.

¹⁰ En el mismo sentido, STS de 27 de abril de 2012 (*RJ* 2012/4714); SAP de Álava de 1 de marzo de 2012 (*JUR* 2012/185465); SAP de Madrid de 9 de febrero de 2012 (*JUR* 2012/108874) y SAP de Lleida de 20 de marzo de 2012 (*JUR* 2012/154060).

¹¹ Este carácter profesional de los contratantes aparecía en otras sentencias para descartar que la crisis pueda ser considerada imprevisible para el que se dedica de manera profesional a la actividad. Incluso esta consideración se hace extensiva a particulares que adquirieron inmuebles con ánimo especulativo.

¹² Sobre el tema, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M.; LUNA YERDA, A.; XIOL BARDAJÍ, M. (2003) y SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013).

¹³ A favor de la aplicación de las cláusulas *rebus sic stantibus* a la crisis económica, vid. APARICIO HACKETT, M. (2010).

¹⁴ Cfr. CORDERO LOBATO, E. (2013).

¹⁵ De medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de la simplificación administrativa.

¹⁶ 93.636 ejecuciones hipotecarias en 2010 y 77.854 en 2011, según datos del Consejo General del Poder Judicial recogidos por GARCÍAS DE ESPAÑA, E. (2013).

¹⁷ [En línea] disponible en http://www.cis.es/cis/opencm/ES/11_barometros/index.jsp

¹⁸ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE de 8 de diciembre de 2007).

¹⁹ El precepto dice así: «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo».

²⁰ Opinión vertida por DÍAZ FRAILE, J. M. (2013).

²¹ La propuesta incluía un nuevo párrafo del artículo 693 LEC, que permitiría al deudor, dueño de la vivienda habitual, comparecer con anterioridad a la subasta solicitando la entrega del bien hipotecado en pago de la deuda garantizada. El Tribunal dictaría resolución autorizando la entrega y acordando la adjudicación del inmueble al ejecutante en pago del total de la deuda garantizada, extinguiéndose la misma junto con los intereses y costas. Además se contempla la paralización de los desahucios y el alquiler social, de tal manera que se podría determinar el derecho de arrendamiento del ejecutado sobre la vivienda ejecutada con limitación del importe de la renta mensual.

²² Para municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 200.000 euros; para municipios de entre 500.001 y 1.000.000 de habitantes o los integrados en áreas metropolitanas de municipios de más de 1.000.000 de habitantes: 180.000; para municipios de entre 100.001 y 500.000 habitantes: 150.000 euros; para municipios de hasta 100.000 habitantes: 120.000 euros.

²³ Se tiene en cuenta la inexistencia de otros bienes o garantías que cubran la deuda, siendo el inmueble ejecutado el único bien que posee la unidad familiar que carece de ingresos y debe pagar una cuota del préstamo que supera el 60 por 100 de los ingresos netos.

²⁴ La Ley 1/2013, de 14 de mayo, aumenta la carencia en la amortización del capital de cuatro a cinco años.

²⁵ Se rebaja al 50 por 100 de los ingresos en la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

²⁶ El adjudicatario tiene que ser el acreedor o persona que actúe por su cuenta. Por tanto, no están afectados por la suspensión del lanzamiento, las adjudicaciones a terceros que no representen al acreedor, sean o no sociedades de su grupo.

²⁷ Sobre el tema, vid. CORDERO LOBATO, E. (2012).

²⁸ Es igualmente interesante la apreciación que CORDERO LOBATO (2013, pág. 5) hace sobre la posible responsabilidad patrimonial del Estado que no legisló para que los consumidores fueran protegidos conforme a las directivas de la Unión Europea al demostrar que el ejecutado ha sido víctima de la aplicación no controlada de una cláusula abusiva.

²⁹ Al respecto hay que destacar que según la STJUE de 4 de junio de 2009, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquel haya impugnado previamente con éxito tal cláusula.

³⁰ La sentencia TJUE, de 14 de marzo de 2013, utiliza como criterios «el desequilibrio importante», «la contrariedad de la buena fe» o la «voluntad virtual», entendida esta como la valoración de si el consumidor hubiese aceptado esa cláusula de haber existido una negociación individual entre ambas partes. Para apreciar si es abusiva una cláusula hay que atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, a todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, y a las demás cláusulas del contrato. Por eso, no ha de estarse únicamente al contenido de la concreta cláusula cuya abusividad se discute. La

abusividad requiere de un control circunstanciado, «intracontrato» y «extracontrato» (MARÍN LÓPEZ, 2013, pág. 39 y sigs.).

³¹ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287 de 30 de noviembre).

³² Artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Diario Oficial, L 095 de 21-4-93).

³³ La sentencia de 14 de junio de 2012 del TJUE (JUR 2012/199743) considera, por lo tanto, que la nulidad de la cláusula abusiva no solo tiene un efecto equilibrador de las posiciones de las partes, sino también disuasorio o sancionador del empresario, a quien en este caso se privaría de poder exigir los daños causados por el retraso en el cumplimiento de la obligación de pago en la forma prevista en el contrato.

³⁴ Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (BOE núm. 153, de 27 de junio).

³⁵ La LEC consagra como regla general el principio de no suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria y distingue entre causas de oposición (las previstas en el art. 695.1) y causas de suspensión, contempladas en el artículo 696 (tercería de dominio) y en el artículo 697 (prejudicialidad penal). Tanto unas como otras suponen la paralización del procedimiento de ejecución hipotecaria. No obstante, las causas de oposición provocan la apertura de un incidente contradictorio ante el juez de la ejecución, mientras que las causas de suspensión suponen un procedimiento distinto.

³⁶ Esta medida, solicitar la suspensión del procedimiento ejecutivo si se acreditaba la existencia del correspondiente proceso declarativo cuyo objeto fuese la impugnación de determinadas cláusulas consideradas abusivas contenidas en el contrato que fundamentaba la ejecución, era una medida aplicada por los jueces de Alicante tras la sentencia de 14 de marzo de 2013 del TJUE y en espera de las medidas legales que se adoptaran en España. Acuerdo adoptado por la Junta Sectorial de Jueces de Alicante alcanzado el 23 de abril de 2013 (JUR 2013/127797).

³⁷ Al respecto, CORDERO LOBATO, E. (2013, pág. 31).

³⁸ Esas circunstancias se objetivan en la siguientes: se haya modificado la situación familiar por el divorcio de la pareja, enfermedad de algún miembro de la familia, hijos menores de tres años o familia numerosa. O se haya empeorado la situación económica por reducción del salario (superando el 50 por 100 de los ingresos el pago de la cuota hipotecaria) o desempleo.

³⁹ Apartado introducido por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (BOE de 5 de junio de 2013).

⁴⁰ Departamento Bancario y Financiero de ALBIÑANA Y SUÁREZ DE LEZO (2013).

⁴¹ El párrafo 12 del informe sobre vivienda social pide a los Estados miembros que incluyan en sus normativas «procesos de renegociación de la deuda o la dación en pago para los deudores y familias en situación de quiebra».

⁴² Es interesante traer a colación, al respecto, las palabras que PANTALEÓN PRIETO (2011, pág. 120) dedica al auto: «jurídicamente disparatado, absolutamente intencionado».

⁴³ Véase MARÍN CASTÁN, F. (2013, pág. 129).

⁴⁴ Según cita la doctrina, las desventajas se concretan en aumento del tipo de interés, financiación en torno al 60 por 100 del total, limitación de los plazos de devolución, concurrencia de otras garantías adicionales y desconfianza de los mercados internacionales de financiación, con efectos negativos para los inversores en cédulas hipotecarias. También se habla de que esta dación en pago generalizada atentaría contra el derecho de igualdad constitucional, ya que supondría conceder un privilegio a favor de los deudores hipotecarios en detrimento del resto de deudores que podrían sufrir el embargo de todos sus bienes, mientras que quienes hubiesen garantizado el préstamo con una hipoteca tan solo perderían el bien hipotecado. Sobre estos y otros argumentos, vid. ANCHÓN BRUÑÉN, M. J. (2013).

⁴⁵ BOE núm. 134 de 5 de junio de 2013.

⁴⁶ Que las condiciones económicas de la persona hayan sufrido un importante menoscabo, cuantificado en que la carga hipotecaria que pesa sobre la renta se haya multiplicado en, al

menos 1,5 y ello suponga más de un tercio de los ingresos, y que el conjunto de los ingresos de la unidad familiar no supere el 3 del Indicador Público de Renta de Efecto Múltiples (IPREM).

⁴⁷ Al respecto, considera DE LA RICA ARENAL que este tipo de hipoteca es una creación genuina española, afirmación que es rebatida por NIN ABARCA (1947, pág. 296), que sitúa el antecedente del artículo 140 LH en la Ley cubana de 3 de abril de 1933, sobre supresión del ejercicio de la acción personal en el contrato de hipoteca en los siguientes términos: «el acreedor no podrá, en ningún caso, dirigirse por acción personal o de otra clase ni por ningún otro procedimiento, contra otros bienes del deudor que no fueron objeto del contrato de hipoteca». Como se puede comprobar, su redacción es similar al artículo 140, apartado 2.º de nuestra Ley, sus efectos los mismos, pero existe una diferencia significativa, a saber, la concreción de la responsabilidad nace del pacto en nuestro Ordenamiento, mientras que en la Ley cubana es preceptiva.

⁴⁸ Criterio este último recogido por CASTILLA CUBILLA, M. (2011, pág. 1355).

⁴⁹ Véase CASTILLA CUBILLA, M. (2011).

⁵⁰ Conforme a los requisitos establecidos por el Real Decreto 775/1997, de 30 de mayo, de régimen jurídico de homologación de servicios y sociedades de tasación.

*(Trabajo recibido el 17-7-2013 y aceptado
para su publicación el 21-10-2013)*